

Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile

Lidia Casas Becerra
Delfina Lawson
(compiladoras)

Autores:

Agustín Squella

Lidia Casas Becerra, Lieta Vivaldi Macho y Juan José Álvarez Rubio

Ximena Gauché Marchetti

Verónica Undurraga Valdés

Yanira Zúñiga Añazco

Rodolfo Figueroa García-Huidobro

Ángela Vivanco Martínez

Manuel A. Núñez Poblete

Héctor Hernández Basualto

María Magdalena Ossandón Widow

Paola Bergallo

udp FACULTAD
DE DERECHO



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**
FACULTAD DE DERECHO

Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile

Lidia Casas Becerra

Delfina Lawson

(compiladoras)

1ª Edición, julio de 2016

1000 ejemplares

ISBN 978-956-314-350-8

Inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual N° 267575

Diseño y diagramación:

Gráfica LOM

Concha y Toro 25

Fonos: (56-2) 2672 22 36 - (56-2) 2671 56 12

Impreso en los Talleres de Gráfica LOM

Miguel de Atero 2888

Fonos: (56-2) 2716 96 95 - (56-2) 2716 96 84

Santiago de Chile

© Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro, su recopilación en un sistema informático y su transmisión en cualquier forma o medida (ya sea electrónica, mecánica, por fotocopia, registro o por otros medios) sin el previo permiso y por escrito de los titulares del *copyright*.

DEBATES Y REFLEXIONES EN TORNO A LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CHILE

LIDIA CASAS BECERRA
DELFINA LAWSON
(COMPILADORAS)

AUTORES:

AGUSTÍN SQUELLA
LIDIA CASAS BECERRA / LIETA VIVALDI MACHO / JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO
XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI
VERÓNICA UNDURRAGA VALDÉS
YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO
RODOLFO FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO
ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ
MANUEL A. NÚÑEZ POBLETE
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO
MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW
PAOLA BERGALLO

ÍNDICE

Prólogo.....	7
<i>Agustín Squella</i>	
Debate sobre la legalización de la interrupción del embarazo en Chile: las condiciones mínimas necesarias de garantizar y preservar.....	11
<i>Lidia Casas Becerra, Lieta Vivaldi Macho y Juan José Álvarez Rubio</i>	
Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el derecho internacional de los derechos humanos.....	45
<i>Ximena Gauché Marchetti</i>	
La pena inútil.....	77
<i>Verónica Undurraga Valdés</i>	
La regulación del aborto: entre el control y la autonomía.....	109
<i>Yanira Zúñiga Añazco</i>	
Objeción de conciencia y aborto.....	147
<i>Rodolfo Figueroa García-Huidobro</i>	
La objeción de conciencia como derecho constitucional.....	179
<i>Ángela Vivanco Martínez</i>	
Convicciones éticas institucionales y objeción de conciencia colectiva en el sector sanitario público y privado.....	209
<i>Manuel A. Nuñez Poblete</i>	
La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación.....	229
<i>Héctor Hernández Basualto</i>	
Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación: un injusto penal eventualmente no exigible.....	261
<i>María Magdalena Ossandón Widow</i>	
Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina.....	277
<i>Paola Bergallo</i>	

PRÓLOGO

A nadie puede extrañar que el proyecto que despenaliza el aborto en tres situaciones haya producido un intenso y prolongado debate tanto puertas adentro como puertas afuera de nuestro Congreso Nacional. Eso es lo que ocurre cuando una iniciativa legal toca convicciones morales fuertes de ciudadanos y legisladores. No todos los proyectos tienen esa particularidad, y de ahí que después de más de un año en la Cámara de Diputados, la iniciativa del Ejecutivo en materia de aborto haya pasado en marzo de 2016 al Senado, ralentizando allí su tramitación, en espera de que algunos parlamentarios que han expresado reservas sobre la materia, especialmente en el caso de la tercera de las causales que contempla el proyecto, despejen sus dudas y se manifiesten dispuestos a votar el proyecto. Esto debería ocurrir pronto, porque no se trata de postergar indefinidamente una decisión sólo porque se está en presencia de un proyecto que divide opiniones.

La democracia es discusión de puntos de vista no coincidentes y espacio para los acuerdos, pero cuando éstos se tornan imposibles ella echa mano de la regla de la mayoría, la cual no resuelve sobre la verdad de lo que está en discusión, sino sobre el tipo y legitimidad de la decisión normativa que se adopte. Decidido un asunto en aplicación de tal regla, la discusión puede continuar, pues la minoría que pierde sólo tiene que acatar la decisión, mas no necesariamente aprobarla desde un punto de vista moral.

Norberto Bobbio, un jurista que no era partidario del aborto libre aunque sí de la democracia y sus reglas, solía decir que de la constatación de que las creencias últimas de las personas son irreductibles había sacado la lección más importante de su vida: detenerse ante el secreto de cada conciencia, escuchar antes de discutir y discutir antes de condenar. Pues bien, en el proyecto que debatimos ahora esa conciencia no debería ser otra que la de la mujer embarazada en alguna de las tres hipótesis de la iniciativa. Ni el Estado ni el derecho que éste produce deberían reemplazar la conciencia de la mujer cuya vida está en peligro por causa de un embarazo, o que se encuentra embarazada de un feto inviable, o que es resultado de una violación.

El presente libro reúne un buen número de excelentes trabajos acerca de la despenalización del aborto voluntario en general y, asimismo, sobre diferentes aspectos que han estado presentes en la discusión legislativa que hemos tenido en

Chile a propósito de un proyecto acotado únicamente a tres causales. Una discusión parlamentaria aún no terminada y que tampoco cesará luego de que el proyecto en referencia agote su tramitación legislativa, puesto que los legisladores de un país resuelven sobre lo que regirá como derecho y no sobre cuáles deban ser las creencias morales que los ciudadanos tengan y mantengan sobre materias de regulación jurídica fuertemente imbricadas con convicciones morales sólidas de los sujetos.

Los trabajos que componen este volumen provienen de profesores de distintas formaciones y de diferentes afiliaciones en cuanto a las instituciones de educación superior en las que llevan a cabo sus tareas docentes y de investigación, profesores que, a la vez, tienen puntos de vista no coincidentes acerca de la despenalización del aborto en general y acerca del proyecto en actual tramitación. Doble muestra de pluralidad, en consecuencia, que es lo que cabe respetar y expresar a propósito de un asunto que divide tan fuertemente las opiniones y en el que, por lo mismo, se hace indispensable un diálogo que confronte los distintos pareceres. La pluralidad no es más que la diversidad de pareceres que existe de hecho en toda sociedad libre, mientras que el pluralismo consiste en la valoración positiva que damos al hecho de la pluralidad. Plural es entonces este libro, pero también pluralista.

Un diálogo –en este caso sobre el aborto voluntario– en el que se dan y escuchan razones, y en el que se muestra también evidencia empírica sobre la materia en discusión, aunque tratándose de desacuerdos en creencias muy arraigadas y las más veces irreductibles, lo más que se puede esperar es el encuentro de las posiciones en pugna en un ambiente de respeto, tolerancia y pacífica convivencia. Un diálogo en que es muy difícil que alguno de los interlocutores cambie su posición original en aspectos centrales, pero que tendrá siempre el auspicioso sentido de una conversación que no se interrumpe. De hecho, el momento verdaderamente trágico de la filosofía, como también de la política, ocurre cuando el diálogo se interrumpe.

Sobre la interrupción voluntaria del embarazo se puede hablar desde varias perspectivas: biológica, médica, de salud pública, jurídica y, en el caso de esta última, desde una perspectiva constitucional, penal y civil. Es lo que hacen los trabajos incluidos en este libro, en los que hay también presentes, cómo no, enfoques de filosofía moral, es decir, análisis acerca de qué es el bien y qué debe hacerse para realizarlo.

Los desacuerdos no son una anomalía y los conflictos tampoco son una patología social. Unos y otros son propios de la vida en común y de allí la importancia de

la democracia como forma de gobierno, ya que cuando los acuerdos se vuelven imposibles se puede echar mano de la regla de la mayoría, una regla puramente cuantitativa, denuncian los enemigos de la democracia, pero –otra vez Bobbio– “siempre será mejor contar cabezas que cortarlas”. La democracia es encuentro y discusión en el espacio público y es también búsqueda de acuerdos. Pero en presencia de desacuerdos, así éstos persistan hasta después de una votación, no cabe sentir vergüenza, sobre todo si se producen en el ámbito de las convicciones morales de las personas. Y respecto a los conflictos, el derecho no los elimina. Cuenta con que ocurrirán y establece las instancias, los procedimientos y las reglas que, una vez acaecido un conflicto y atendida la índole del mismo, permitan darle un curso y llegar a una solución pacífica, pronta y eficaz.

Deliberamos individualmente en el plano moral y debatimos también con los demás, pero no estamos obligados a llegar a acuerdos y menos a descubrir una verdad moral única o final que resulte evidente para todos los que participan en la discusión. Y cada vez que deliberamos y debatimos asuntos morales que consideramos importantes nos preguntamos tanto acerca del bien como de lo que es bueno. Podemos establecer el bien si contrastamos cursos posibles de acción con normas y principios morales que hemos aceptado previamente, pero determinar lo que es bueno en uno o más casos específicos pasa también por advertir las circunstancias de cada caso y por calcular los efectos de nuestras posibles decisiones. Lo bueno es preferible al bien y suele descubrirse gracias a una flexibilización de las normas y principios morales que hemos aceptado. Así por ejemplo, de acuerdo a la idea del bien que tiene la mayoría de las personas, no sería moral sobornar a los guardias de una prisión para facilitar la fuga de un reo, pero ninguno de nosotros objetaría la conducta de los discípulos de Sócrates cuando hicieron precisamente eso para rescatar a su maestro injustamente condenado a muerte. Otra cosa es que el filósofo haya preferido seguir en prisión y beber la cicuta. Del mismo modo, tampoco es ético ofrecer dinero a los soldados de un ejército para que dejen de cumplir sus deberes, pero eso es lo que hizo el filósofo austriaco Ludwig Wittgenstein con militares nazis apostados en Viena para que permitieran la salida de su hermana hacia Inglaterra. Circunstancias, efectos, posibles consecuencias de nuestros actos, eso es lo que ponderamos en las deliberaciones y decisiones morales, no únicamente principios y normas.

El autor de este prólogo tiene una opinión favorable al proyecto que despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales, por entender que en todas ellas ni el Estado ni el derecho que éste produce pueden sustituir la autonomía moral de la mujer que se encuentra en alguna de las tres situaciones. ¿Por qué utilizar el brazo

armado del derecho para imponer una determinada concepción moral y castigar a la mujer que, puesta en el dilema respectivo, tendría que resolver por sí misma, debidamente asistida tanto médica como psicológicamente, cuál es la determinación que ha de adoptar? Somos sujetos morales, no objetos, y el primer deber moral es tratar a los demás como sujetos y no como objetos.

En asuntos de moral personal se puede razonar, discutir, persuadir, mas no imponer. Como dice el filósofo español Fernando Savater, fanático no es aquel que afirma tener derecho a sus creencias morales, sino aquel que considera que sus creencias morales, antes que derechos, constituyen obligaciones no sólo para sí, sino para todos los demás.

Ser invitado a escribir el prólogo de una obra colectiva como ésta es una invitación a la complicidad con sus autores y editores y no únicamente con aquellos que ofrecen planteamientos que el autor del prólogo haría suyos. Declaro con satisfacción esa total complicidad y felicito a cada uno de los autores de este volumen.

En Chile, y desde hace ya rato, se abre paso una generación de juristas jóvenes de la que aquellos que hemos alcanzado ya una cierta edad no tenemos otra cosa que sentirnos orgullosos.

Agustín Squella
Santiago, mayo 2016

DEBATE SOBRE LA LEGALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN CHILE: LAS CONDICIONES MÍNIMAS NECESARIAS DE GARANTIZAR Y PRESERVAR

LIDIA CASAS BECERRA¹, LIETA VIVALDI MACHO², Y JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO³

Abstract

Luego de que la presidenta Michelle Bachelet presentara en enero de 2015 el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales, éste ha sido debatido en la Cámara de Diputados, tanto en la Comisión de Salud como en la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento. Durante la discusión legislativa se han introducido indicaciones que amenazan el sentido original del proyecto, ya que el acceso al procedimiento podría ser restringido o imposibilitado así como la seguridad y reconocimiento del ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. El proyecto aún debe debatirse en las comisiones del Senado y finalmente ser votado en pleno. Sectores feministas concordaron ciertos aspectos del proyecto de ley original que, de ser alterados con la introducción de indicaciones en las comisiones del Congreso, harían que éste no proteja los espacios básicos de libertad ni los derechos humanos de las mujeres.

En este contexto, el capítulo es una reflexión sobre la configuración de condiciones mínimas en el proyecto de ley, vinculadas con una ética que reconoce y posibilita el autogobierno y la capacidad de decidir acerca de la maternidad. En las páginas que siguen nos proponemos hacer una lectura del concepto de los derechos humanos como un mínimo y cómo esto ha sido recepcionado por los sectores feministas. Luego examinaremos cómo la despenalización del aborto en las tres causales es

-
- 1 Abogada de la Universidad Diego Portales, profesora e investigadora de la Universidad Diego Portales, LLM (Máster en Derecho) Universidad de Toronto, Canadá y Doctora en Derecho de la Universidad de Ottawa, Canadá.
 - 2 Abogada de la Universidad de Chile, MSc Sociología London School of Economics (LSE), candidata a Doctora en Sociología Goldsmiths, Universidad de Londres.
 - 3 Licenciado en Derecho, Universidad Diego Portales

compatible con el texto constitucional. Sostenemos que la penalización del aborto en Chile vulnera la dignidad, integridad de las mujeres y su derecho a no ser sometidas a tortura. Asimismo, veremos cómo la exigencia de reconocimiento de las mujeres como iguales y el respeto de sus derechos fundamentales se articulan con el proyecto de las tres causales. Por último, analizaremos en concreto cuáles son las condiciones mínimas que debe cumplir el proyecto de ley para que éste represente un avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres.

Concluimos que una adecuada interpretación de nuestro ordenamiento jurídico nos lleva a afirmar que si consideramos el derecho a la dignidad, a la integridad y a estar libre de tortura, el proyecto original de aborto por tres causales presentado por el Ejecutivo constituye el cumplimiento de obligaciones mínimas por parte del Estado.

En enero de 2015, la Presidenta Michelle Bachelet presentó el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: peligro para la vida de la mujer, inviabilidad fetal extrauterina y embarazo por violación⁴. Este proyecto ha sido ampliamente debatido en la Cámara de Diputados, tanto en la Comisión de Salud como en la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento.

En muchas ocasiones, la discusión ha perdido la perspectiva en su análisis y en la ponderación de los derechos en juego; incluso muchas veces ha faltado una interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico, más allá de creencias religiosas o convicciones morales personales. En el debate se han alzado distintas voces. Por un lado están quienes consideran que el proyecto es insuficiente puesto que la mayoría de los abortos no quedarían comprendidos dentro de las tres causales. Otros sectores han señalado que el proyecto establece unas condiciones mínimas para el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Otros intentan limitar al máximo el alcance del proyecto a la atención sanitaria. Y finalmente, hay quienes consideran que interrumpir el embarazo en cualquier circunstancia constituye un acto siempre injusto en contra de la sacralidad o intangibilidad de la vida del feto.

El propósito de este trabajo es reflexionar principalmente sobre la segunda postura mencionada y entender cómo la configuración de condiciones mínimas para las mujeres se vincula con una ética que reconoce y posibilita el autogobierno y la

4 Boletín de la ley N° 9895-11.

capacidad de decidir acerca de la maternidad (1). En segundo lugar esbozaremos el concepto de los derechos humanos humanos como un mínimo y cómo esto ha sido recepcionado por los sectores feministas (2). Luego examinaremos cómo la despenalización del aborto en las tres causales es compatible con el texto constitucional. Postulamos que la penalización del aborto en Chile vulnera la dignidad, integridad y no ser sometida a tortura (3) y veremos cómo la exigencia de reconocimiento de las mujeres como iguales y el respeto de sus derechos fundamentales se articulan con el proyecto de las tres causales (4). Por último, analizaremos cuáles son las condiciones mínimas que debe cumplir el proyecto de ley para que éste represente un avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres (5).

1. SOBRE LOS ALCANCES DE LA ÉTICA Y LA AUTONOMÍA

Uno de los temas centrales de la ética es la preocupación por "vivir plenamente", así como por la "vida buena". La filosofía helenístico-romana entendía la ética como la relación con uno mismo, la constitución de sí como sujeto moral, en la que el individuo define su pensamiento, su acción, sus posiciones y a sí mismo. Más precisamente, la ética encuentra su definición en el concepto platónico de épiméleia *heautoû*, que significa el cuidado de sí mismo o, dicho de otra manera, el gobierno de sí mismo por sí mismo⁵. Tal relación del sujeto consigo mismo, como modo de subjetivación o *práctica de sí*, es retomado por Michel Foucault para elaborar la noción de "estética de la existencia", esto es, un modo de ser, una relación con uno mismo cuyo objetivo es convertirse en artífice de la belleza de su propia vida⁶.

En tal sentido, la estética de la existencia se opone a una moral de los comportamientos estructurada jurídicamente⁷, esto es, a cualquier código moral que intente dirigir nuestro hacer y nuestro ser en alguna dirección previamente determinada, reduciendo la autonomía del individuo en beneficio de la imposición que realice una autoridad legal, política o religiosa. Esto quiere decir que la propuesta de una estética de la existencia, el arte de vivir, concibe a la libertad como una experiencia que debe practicarse éticamente. En palabras de Foucault: "La libertad es la condición ontológica de la ética. Pero la ética es la forma deliberada asumida

5 Foucault, Michel, *La hermenéutica del sujeto*, Madrid (La Piqueta), 1994, pp. 65 y ss.

6 Foucault, Michel, "El cuidado de la verdad", en: *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales*, volumen III, Barcelona (Paidós), 1999, p. 373.

7 Cfr. Foucault, Michel, "Une esthétique de l'existence", en: *Dits et écrits. 1980-1988*, IV, París (Gallimard), 1994, pp. 731-732.

por la libertad"⁸. Se trata precisamente de una permanente constitución de sí mismo, en la que el sujeto acepta o rechaza ciertos modos de ser, y de conducirse porque decide y quiere realizar en su vida una belleza que no tiene otra experiencia moral más que la propia⁹.

En términos de la ética foucaultiana podríamos decir, entonces, que el sentido de este planteamiento reivindica la capacidad de trazar autónomamente el propio estilo de vida, puesto que en la medida que se establezcan limitaciones a la capacidad de autodeterminarse, al mismo tiempo se menoscaban o anulan los derechos y libertades del individuo. De ahí que, como veremos más adelante, la posibilidad misma de elegir libremente nuestro estilo de vida se apoya, fundamentalmente, en unas condiciones mínimas que debe satisfacer el Estado para que la vida de la mujer sea más "vivable".

Ahora bien, la noción foucaultiana de ética se ilumina verdaderamente cuando cuestionamos la presuposición de una esencia o destino biológico de la mujer respecto a la maternidad y la reproducción¹⁰. Para comenzar estas reflexiones, vale la pena recordar un fragmento de la *Ética* a *Nicomáco*, donde Aristóteles se pregunta si existe, como sucede en el caso del artesano o del escultor, una obra que sea propia del ser humano (*érgon*) o si, por el contrario, el ser humano ha nacido sin obra (*argós*)¹¹. Algunas páginas después, Aristóteles definirá la obra propia del ser humano como una vida determinada (*zoén tina*), la que está *en acto* según la potencia vital racional (*lógos*). Así como para el ojo, para la mano, para el pie y para

8 Foucault, Michel, "La ética del cuidado como práctica de libertad", en: *El yo minimalista y otras conversaciones*, Buenos Aires (Biblioteca de la Mirada), 2003, p. 148.

9 Es fácil advertir que la idea de una estética de la existencia se contrapone radicalmente al principio liberal de la autonomía de la persona. En un sentido kantiano, la autonomía personal no sólo se manifiesta en la libre elección de una ley moral, sino también de cualquier otra moral, incluyendo aquellos principios que corresponden a una moral heterónoma. Desde el punto de vista del liberalismo, es valioso que los individuos elijan libremente sus propios planes de vida y modelos de virtuosidad personal. Pero, al mismo tiempo, el Estado puede obligar a las personas a que conformen sus pautas aun cuando no las acepten, ya que de lo contrario la autonomía de los demás se vería dañada. Por el contrario, la estética de la existencia, al oponerse a un código de reglas morales, pretende constituir nuevas formas de subjetividad a través de prácticas de resistencia que escapan a los procesos institucionales de individualización.

10 La noción foucaultiana de libertad se sitúa en el abandono del mito humanista de una esencia propia del ser humano: "No es una sustancia, es una forma, y esta forma no es sobre todo ni siempre idéntica a sí misma". O, más precisamente, no es la propiedad de una sustancia, sino la forma que tiene y ha tenido diferentes configuraciones discursivas. Foucault, Michel, *Dits et écrits. 1980-1988*, IV, París (Gallimard), 1994, p. 718.

11 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid (Alianza), 2012, 1097 b 22.

cada uno de los miembros parece haber alguna obra, Aristóteles determina el bien supremo del ser humano a través de la relación con un cierto trabajo u obra que le es consustancial¹².

En sus investigaciones sobre la arqueología de la potencia, Giorgio Agamben se ha ocupado profusamente de analizar la pregunta sobre la asunción de una tarea histórica o espiritual por parte del sujeto. En efecto, recuperando la distinción aristotélica entre potencia (*dýnamis*) y acto (*enérgeia*), el filósofo sitúa el problema moderno de la libertad en la tesis según la cual toda potencia es, al mismo tiempo, potencia e impotencia, poder y no-poder. Es decir, el individuo es potencia de ser y de no ser, de ser en acto y de no pasar al acto, tiene ya siempre la posibilidad de hacer una cosa u otra, pero también de no hacer¹³. En esta perspectiva, Agamben propone pensar que todo poder humano es impotencia, ya que toda potencia, actividad u obra está puesta en relación con su propia privación, su inoperosidad o ausencia de obra¹⁴.

Aquí no nos interesa tratar extensamente la copertenencia entre potencia e impotencia. Sin embargo, para explicar el sentido de la pregunta sobre la obra o ausencia de obra del ser humano quizás sea pertinente profundizar en el estatuto biopolítico que Agamben asigna a la vida. Según el filósofo, el término *vida* no es un concepto "científico-médico", sino que constituye un concepto filosófico, político y religioso. No obstante, el concepto de *vida* carece de una definición en Occidente, de modo que ha sido recurrentemente dividido entre vida vegetativa y vida de relación, vida orgánica y vida animal, *zoé* y *bíos*, vida política y vida desnuda¹⁵.

Agamben sitúa a la vida en la forma de una potencia, en tanto reivindica el estatuto de un "ser de pura potencia" que impide definir a la vida humana a través de una esencialidad¹⁶. En palabras de Agamben: "La política existe porque el hombre

12 Ibid., 1098 a 7-18.

13 Agamben, Giorgio, "La potencia del pensamiento", en *La potencia del pensamiento*, Buenos Aires (Adriana Hidalgo Editora), 2005, pp. 351 y ss. Véase también: Aristóteles, *Metafísica*, Madrid (Alianza), 2008, 1046 a 29-31.

14 Agamben, Giorgio, "La obra del hombre", en *La potencia del pensamiento*, Buenos Aires (Adriana Hidalgo Editora), 2005, pp. 465 y ss.

15 Agamben, Giorgio, "La inmanencia absoluta", en *La potencia del pensamiento*, Buenos Aires (Adriana Hidalgo Editora), 2005, pp. 481 y ss. Véase también: Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia (Pre-Textos), 2003, pp. 18-19.

16 Véase Agamben, Giorgio, "La potencia del pensamiento", en *La potencia del pensamiento*, Buenos Aires (Adriana Hidalgo Editora), 2005, pp. 351 y ss.

es un ser *argós* [inoperoso], que no se define por ninguna operación propia; es decir, un ser de pura potencia que no puede agotarse en ninguna identidad y ninguna vocación"¹⁷. En consecuencia, por más que el biopoder establezca jerarquías y separaciones sobre la vida, aquella existe siempre en la forma de una potencia, nunca se agota en alguna identidad. Por ello, dice Agamben, el ser humano carece de una esencia, porque ningún acto predetermina su vida.

El punto decisivo, donde todos los nudos convergen, está expresado en la pregunta sobre la presuposición de una esencia femenina. El discurso feminista se constituye en torno a la idea de que la mujer no es ni ha de ser o realizar ninguna esencia predeterminada pues, tal como ya sostenía lúcidamente Simone de Beauvoir, ningún destino biológico, psíquico y económico define la imagen que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana¹⁸. Ser mujer no es un hecho natural respecto del cual puede alzarse un destino histórico a fin de permitir y materializar la reproducción humana a costa de la negación de su propio yo. Porque, en definitiva, si la mujer tuviera una esencia o un destino que cumplir, no tendría capacidad de autogobierno acerca de su vida y sólo tendría tareas que realizar. ¿Eso significa que debe ser liberada de la maternidad? No, en absoluto. Liberarla de ese sentido significa, por el contrario, que la maternidad es una elección y un acto humano alegre cuando la mujer puede decidir libre, consciente y responsablemente el devenir madre.

Una parte de la crítica feminista ha hecho evidente que el género es una construcción cultural que establece divisiones binarias entre hombres y mujeres en función de sus diferencias sexuales biológicas¹⁹. La capacidad de generación de un embarazo constituye la base del sistema sexo-género que autoriza el sometimiento de la mujer como fuerza de trabajo y como medio de reproducción sexual subordinado. Así, en el marco de la prohibición absoluta del aborto, la mujer no es considerada como agente moral autónomo capaz de construir su propio estilo de vida, sino como una persona condicionada por su biología, atada a un proyecto sociocultural y político de mujer-madre en que ambas categorías se tornan indisolubles. Se trata precisamente de negar a la mujer para afirmar la maternidad como valor epistémico.

17 Agamben, Giorgio, "En este exilio. Diario italiano 1992-94", en *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Valencia (Pre-Textos), 2010, p. 117.

18 De Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, tomo II, Madrid (Cátedra), 1999, p. 13.

19 Lamas, Marta, "El género es cultura", en *V Campus Iberoamerica de Cooperacao Cultural Almada*, Portugal, 2007; Lamas, Marta, "La antropología feminista y la categoría 'género'", en *El género. La construcción de la diferencia sexual*, Marta Lamas (comp.), Programa Universitario de Estudios de Género (Universidad Autónoma de México), D.F. México, 2000, pp. 97-111.

En este contexto, la criminalización del aborto en todos los supuestos no sólo constituye una negación de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer sino también, y sobre todo, presupone una unidad ontológica de mujer y madre, es decir, la copertenencia esencial de ésta a aquélla, y define la maternidad como un deber, una deuda o una obligación respecto de la sociedad y el Estado.

El autogobierno es quizás el tema fundamental de la ética, el cual descansa en la idea de que todos los seres humanos, en tanto seres racionales, tenemos la potencia de ejercer nuestra libertad mientras no causemos daño a ningún otro. La negación de la libertad es el rechazo a considerar que las personas son agentes morales capaces de decidir incluso sobre su propia vida y muerte. Pero, por supuesto, la autonomía no implica un trabajo solitario de esa libertad personal, sino una doble relación, ya que constituye tanto una experiencia con uno mismo como con el otro en su alteridad. El *ethos* de la libertad implica una libertad para con los otros, en la medida en que el cuidado de sí convierte a quien lo posee en alguien capaz de ocuparse de los otros²⁰. Por ello, tratándose de acciones que interfieren derechos de terceros, la autonomía puede ser ponderada, pero considerando que cualquier medida propuesta debe ser aquella que sea la menos restrictiva para la elección y materialización del estilo de vida del sujeto afectado.

Dada la situación de subordinación, exclusión, desigualdad y negación de los derechos reproductivos de la mujer, la idea de maternidad forzada constituye, en efecto, una cristalización de las formas en las cuales aparece privada de poder ejercer su derecho fundamental a la autonomía, libertad, privacidad y dignidad. La sistemática oposición de la despenalización del aborto por parte de los sectores conservadores de la sociedad rechaza toda autonomía reproductiva de la mujer y con ello impone ilegítimamente una carga que ninguna otra persona experimentaría.

2. FEMINISMO, CONDICIONES MÍNIMAS Y ABORTO

Los sectores feministas en Chile consideran que el proyecto de ley resulta insuficiente en cuanto no reconoce el derecho de las mujeres para interrumpir un embarazo en cualquier contexto bajo la clave política y discursiva de que las mujeres son y deben ser soberanas respecto de su cuerpo²¹. Sin embargo, algunos reconocen

20 Foucault, Michel, "La ética del cuidado como práctica de libertad", en *El yo minimalista y otras conversaciones*, Buenos Aires (Biblioteca de la Mirada), 2003, pp. 116-117.

21 Esta idea de soberanía subyace al planteamiento de Salas, en que la libertad reproductiva o los derechos reproductivos descansan sobre el fundamento primario de la dignidad y su facultad de desarrollarse en forma integral. Salas Salazar, Carolina, *Reproducción Humana ¿Derecho Fundamental?*,

que la propuesta legal aseguraría unas condiciones básicas para que algunas mujeres puedan recibir una atención sanitaria adecuada al momento de abortar. En este sentido valoran la protección que estas condiciones mínimas otorgarían a mujeres en situaciones extremas, quedando pendientes "las demandas de muchas mujeres que por otras razones diversas y legítimas diligenciarán sus abortos en clandestinidad"²².

Algunos grupos feministas han consensuado ciertas condiciones básicas o un llamado "imperativo ético elemental"²³ que se relaciona con aspectos del proyecto de ley original que, de ser alterados con la introducción de indicaciones en las comisiones del Congreso, harían que éste no proteja los espacios básicos de libertad ni los derechos humanos de las mujeres. Nosotros entendemos que las condiciones mínimas deben reconocer la libertad, que si bien puede sufrir algunas limitaciones, no al punto de negar la autonomía. En este aspecto, el derecho como instrumento social no puede imponer coactivamente exigencias supererogatorias a las mujeres. Los actos moralmente heroicos sólo pueden ser aceptables desde el punto de vista de la autodeterminación, nunca desde un razonamiento que obligue al martirio. El predicado de aceptar el dolor o sufrimiento queda en evidencia cuando posturas detractoras a la liberalización de la ley sostiene, por ejemplo, que la vivencia por parte de las mujeres de un embarazo en alguno de estos tres supuestos es una prueba a la fortaleza humana²⁴. La aceptación de esta "prueba a la fortaleza", en estas tres situaciones o en cualquier otra de la vida de un sujeto, constituye la potencia de ser y, al mismo tiempo, la potencia de no ser de una determinada manera. Es decir, la aceptación del martirio o el acto heroico tiene como premisa básica el hecho de que un sujeto pueda decidir convertirse en héroe o preferir no hacerlo.

en Estudios Constitucionales, Kamel Cazor y Carolina Salas (coordinadores) (Librotecnia), Santiago, 2010, pp. 149-150.

- 22 "Manifiesto Mujeres de la Universidad de Chile por el Derecho a decidir", en Diálogos sobre el aborto "parir las hablas", Santiago, mayo de 2015, p. 27.
- 23 También se alude a la despenalización del aborto como un "mínimo ético" para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Carolina Carrera, "*¿Hasta cuándo debemos esperar?*", La Segunda, 2 de febrero de 2016.
- 24 Álvaro Ferrer, representante de la Conferencia Episcopal, usó la expresión "fortaleza humana" en la Comisión de la Constitución, en la sesión del 18 de enero de 2016, en un sentido similar a lo sostenido por Jaime Guzmán en 1974 cuando defendía la prohibición constitucional del aborto: "La madre debe tener el hijo aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive en su muerte". República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Vol. 3, Garantías Constitucionales, Sesión 87ª, Garantías Constitucionales, Santiago, p. 14.

Los derechos humanos deben ser entendidos como un mínimo sustraído del poder arbitrario de una persona, grupo o gobierno en dos sentidos estrictamente concatenados. Los derechos individuales, por una parte, son garantías de inmunidad o un "seguro" cuando el Estado (y los demás individuos) interfiere en la elección personal y en la estilización de la propia vida. Y por la otra, puesto que tales derechos han de ser efectivamente realizables, el Estado debe diseñar instituciones que garanticen determinadas condiciones mínimas, a fin de que el individuo pueda elegir libremente su propio estilo de vida. El mínimo esencial en clave de derechos humanos puede relacionarse con la teoría de Rodolfo Arango respecto a los derechos económicos, sociales y culturales y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia. Ello se refiere al reconocimiento de condiciones materiales básicas por parte del Estado para que la persona sea reconocida y pueda reconocerse como digna. El Estado vulnera garantías cuando no otorga ciertos supuestos básicos pudiendo hacerlo; *mutatis mutandi*, en la negación de la interrupción del embarazo, el Estado vulnera derechos básicos e impone indignidad, irrespeto y sufrimiento a la mujer pudiendo adoptar medidas para evitarlos²⁵.

En el derecho internacional de los derechos humanos y en la cuestión del aborto, ese mínimo dice relación con la imposición de la maternidad en diversos contextos, vulnerando derechos como la igualdad, el derecho a la integridad, a la vida y a la salud. Si bien no existe una permisibilidad irrestricta respecto del aborto, el derecho internacional hace eco de la idea del mínimo ético en que el Estado no pueda exigir comportamientos heroicos a las mujeres en ciertos eventos que además mantengan la situación de dominación social y cultural de las mujeres. Ciertamente, la posibilidad de que una mujer sea expuesta a riesgos, atribuibles o no al embarazo, como una carga que sólo ella deba sufrir, la sitúa en una condición en la que su cuerpo está claramente sometido y los principios de igualdad, de no discriminación y de igual consideración por el otro quedan privados de todo sentido.

Entendemos que la legalización del aborto debe estar centrada en la autonomía de la mujer pues nunca la interrupción puede ser impuesta. La idea es que la decisión de continuar o no un embarazo no puede ser dejada exclusivamente en manos de los profesionales de la salud, bajo la premisa que están en mejores condiciones de determinar cuándo una mujer puede o no soportar una mayor carga para su vida y su salud.

25 Arango, Rodolfo, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", en *Pensamiento jurídico*, número 8 (Universidad Nacional de Colombia), 1997, pp. 70-71.

El proyecto de ley es un acuerdo político basal sobre la condición de las mujeres respecto de la reproducción en estos contextos, en un intento de desmontar la presuposición de una esencia o vocación asociada a la maternidad. Sin embargo, el valor de la autonomía se encuentra en jaque cuando se levantan voces que señalan que la propuesta privatiza el supuesto dilema de las mujeres, o bien que su decisión sea sometida al derecho del progenitor o de los abuelos, como ha sido sostenido en la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Es legítimo preguntarse, entonces, ¿cómo podría un progenitor decidir e imponer a la mujer, cuya vida está en riesgo, que ella deba heroicamente mantener la gestación? ¿O podría acaso el progenitor violador o los padres de la agredida tener una mejor decisión que la que vive en carne propia la vulneración en su integridad?, ¿o incluso que el feto con una malformación letal tenga el derecho a recibir contacto con la madre, a ser acariciado, querido y acogido por la familia y todo el equipo médico?²⁶ Ambos planteamientos fueron esgrimidos por Álvaro Ferrer y Soledad Alvear²⁷ despreciando el dolor y el sufrimiento de la mujer, pero también, y sobre todo, para convertirla en un receptáculo de lo sagrado cuyo único destino posible es la maternidad, siendo absolutamente irrelevante su voluntad o contexto.

Como hemos visto, el derecho no sólo tiene obligaciones negativas en cuanto prohíbe la interferencia del Estado frente a las decisiones reproductivas de las mujeres, sino también obligaciones sociales positivas en cuanto al deber del Estado de suministrar todas las formas de apoyo social y económico necesarias para asegurar que tales decisiones puedan ser efectivamente realizadas. El problema específico que está en cuestión no es solamente eximir de pena a la mujer que se provoca el aborto en soledad o con la ayuda de un tercero, tal como ha sido planteado por parte de algunos penalistas.

María Magdalena Ossandón ha señalado que bastaría con que la ley sea aplicada correctamente; en otras palabras, que una mujer confiese las siguientes circunstancias: a) que se realizó un aborto bajo su propio riesgo –de vida y salud– por causa de una violación o por la malformación letal del feto; b) que se provocó el aborto porque actuó motivada por la angustia, el miedo y la desesperación, es decir, invocando la inexigibilidad de otra conducta; y, c) en virtud de estas alegaciones que no sea

26 Soledad Alvear, sesión de 18 de enero de 2016, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Véase también: Soledad Alvear, "Voces", La Tercera, 20 de enero de 2016.

27 Ambos presentaron en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia el 18 de enero de 2016.

castigada, pues no comete delito²⁸. Asimismo, agrega que si las circunstancias alegadas no logran alcanzar el umbral de intensidad que el/la juez/a exige, el sistema de justicia penal puede otorgarle salidas alternativas. Aquí no hay preocupación por el sufrimiento o la violencia perpetrada, sólo hay interés por la aplicación de pena o uso del sistema penal en base a una suerte de "conservadurismo benigno" pero igualmente violento. Prefiere las condiciones inseguras, de exposición de la mujer a sufrimiento de diverso tipo que asegurar condiciones de trato humano y digno, pues siempre en este planteamiento el aborto será un delito y quienes lo realicen deben ser tratadas como delincuentes.

3. LA COMPATIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY CON EL TEXTO CONSTITUCIONAL Y LA EXIGENCIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

El artículo 19 N° 1 de la Constitución, que señala en su inciso segundo que "la ley protege la vida del que está por nacer", ha sido constantemente utilizado por sectores contrarios a la legalización del aborto como un argumento que justifica su prohibición absoluta y que además implicaría la inconstitucionalidad de leyes que permitan la interrupción del embarazo. No obstante, aquella postura, que podríamos calificar de "conservadurismo extremo" y que aparece como monolítica, tiene ciertos matices. Algunos sostienen que el texto constitucional permite la legalización del aborto en reconocimiento de ciertas conductas que no pueden ser moral ni jurídicamente exigibles para las mujeres²⁹.

28 Ossandón, María Magdalena, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", en: *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Santiago (Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes), 2015, p. 163. Un argumento similar fue propuesto por Gonzalo García en la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara, sesión del 24 de noviembre de 2015.

29 Más allá de las críticas que se le han hecho al fallo de la píldora, en el que una mayoría estimó que la norma que permitía la anticoncepción de emergencia era inconstitucional, el voto concurrente al de la mayoría del Ministro Marcelo Venegas declarando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo señaló:

Creo que la Constitución podría tolerar muy calificados casos de aborto, siempre que lo dispusiera justificadamente el legislador y se tratara de situaciones conciliables con el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales [...]. Si la Constitución impone al legislador altas exigencias para que una ley pueda autorizar casos muy calificados y justificados de aborto, no encuentro en la Constitución nada que permita a la administración autorizarlos autónomamente para ser practicados por el simple deseo de la madre.

En este sentido, Venegas reconoce la existencia de casos calificados en los cuales el aborto no sería inconstitucional. Sin embargo, en su argumento no comunica las razones que justificarían dicha permisión.

Nuestra propuesta enfatiza que el referido artículo no implica que toda la protección a la vida en gestación se reduzca a la penalización en caso de que ésta sea interrumpida, ni menos aún que bajo las actuales reglas la protección a todo evento sea constitucional. Es decir, la protección del no nato establecida en el artículo 19 N° 1 es compatible con la permisión del aborto. Es más, una lectura coherente de nuestro ordenamiento jurídico nos lleva a concluir no sólo que la permisión del aborto es compatible con nuestra Constitución, sino que la prohibición del aborto en toda circunstancia es inconstitucional, ya que no resguarda los derechos que las mujeres indudablemente tienen por ser personas dignas de protección.

El debate constitucional debe centrarse en la complejidad de los derechos e intereses en juego. Reconociendo que la vida en gestación tiene un importante valor para la sociedad e incluso concediendo que el feto tenga un derecho a la vida de la misma entidad que la de una mujer, cuestión que no compartimos, un análisis coherente de la Constitución lleva a concluir que el derecho a abortar no es inconstitucional. De este modo, en otros países que reconocen el valor y el derecho a la vida del *nasciturus*, como en la Constitución alemana, expresamente se ha declarado dicha legislación compatible con la interrupción del embarazo³⁰.

Tan sólo declarar que hay un valor importante en la vida en gestación o que la protección al no nato es idéntica a la de una mujer no resuelve el conflicto con el derecho a la vida, salud, integridad, dignidad o autonomía de la mujer. Las actuaciones de los poderes del Estado, así como toda deliberación política o jurídica, deben ponderar los derechos y valores en juego.

La Constitución debe leerse de manera coherente, esto es, como un sistema normativo integrado y vivo, no como frases desprovistas de cualquier motivación. Lo anterior implica relacionar el mandato del 19 N° 1 con (y esto no es taxativo) el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, con las bases de la institucionalidad (en relación a los principios de dignidad y realización material y espiritual) y con los demás derechos y sujetos de derechos en juego. En este caso, la posibilidad de interrumpir un embarazo en las causales que se discuten se encuadra en lo que es exigible para un Estado cuyo ordenamiento jurídico debe proveer respuestas coherentes resguardando derechos e intereses involucrados.

30 Conferencia de la jueza del Tribunal Constitucional Susanne Baer en la Cátedra Jorge Huneeus Zegers, realizada el 17 de noviembre de 2015 en la Facultad de Derecho de la UDP.

Se puede hablar de las garantías que el Estado debe promover, respetar y asegurar: la protección del derecho a la vida y la salud y el derecho de la mujer a no ser sometida a violencia. Examinaremos los contenidos sobre dignidad, vida e integridad y el derecho a no ser sometida a trato cruel, inhumano y degradante. Cada uno de ellos se imbrica con las tres causales propuestas por el Ejecutivo.

La dignidad es un término usado en el debate del aborto, sea para indicar que sería siempre un ilícito o bien para plantear su permisión³¹. La dignidad no es un valor abstracto ni su fundamento debe basarse en concepciones ideológicas; debe ser entendida precisamente en la condición de que todas las personas tengamos el pleno derecho a nuestra realización material y espiritual dentro de un contexto social. Asimismo, la dignidad se relaciona con que las personas sean tratadas como seres autónomos capaces de tomar decisiones. Su contenido debe darse en tales términos que sean válidos en una sociedad plural y democrática³².

En el ámbito de los derechos humanos, si bien el uso del concepto de dignidad sustenta un consenso en la comunidad internacional, Carozza señala que también tiene en su seno fuertes discrepancias tanto en su contenido como en su función respecto a si constituye o no un principio autónomo respecto de otros derechos³³. No

31 Siegel, Reva, "La dignidad y el debate del aborto", *Derecho y Sexualidades*. Seminario SELA 2009 (Librería), Buenos Aires, pp. 182-208.

32 Algunos autores explican el concepto de dignidad desde una cosmovisión religiosa. Ver, por ejemplo, Ángela Vivanco, quien expresa: "Si bien la referencia a una 'igual dignidad' de las personas que efectúa la Constitución se puede prestar para muy diversas interpretaciones, que van desde considerar que la dignidad implica requerimientos materiales y aun económicos hasta creer que la dignidad sólo es posible en un ámbito de completa autonomía del ser humano, lo cierto es que el concepto de dignidad que reconoce la Carta Fundamental de 1980 se identifica claramente con aquella que proviene del Derecho Natural", Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Tomo II, 2ª ed. ampliada, Facultad de Derecho (Ediciones UC), Santiago, 2004, p. 46. Por otra parte, José Luis Cea sostiene que la dignidad está vinculada con la libertad (autonomía) e igualdad, es decir, implica "no padecer angustia, síndromes traumáticos o la desesperanza más devastadora de la autoestima que se requiere para emprender, realizar o seguir un proyecto de vida personal". Sin embargo, a nuestro juicio, el problema radicaría en que el catecismo de la Iglesia católica, respecto de la cual el autor es especialmente devoto, no permitiría una serie de proyectos de vida entre los cuales se halla la maternidad voluntaria, el uso de métodos anticonceptivos y las relaciones entre personas del mismo sexo. Cea, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, Tomo II, 2ª ed. (Ediciones UC), Santiago, 2012, pp. 42-43 y nota 23.

33 Carozza, Paolo, "Human Dignity", *The Oxford Handbook for International Human Rights Law*, Dinah Shelton (ed. Oxford University Press), 2014, pp. 345-354. En la nota 9, el autor hace una particular referencia a Maritain y sus reflexiones sobre la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

se trata de que las situaciones bajo las tres hipótesis planteadas sean en sí mismas indignas para una mujer, sino que el no permitirle a la mujer decidir abortar en el caso de que no desee continuar con la gestación, implica un menosprecio para ella, su vida, su salud y su estilo de vida. Álvaro Ferrer, representante de la Conferencia Episcopal, sostuvo que nadie es indigno por estar en esas situaciones. Y agregó que la autonomía "es grosera y lo que da es licencia para matar"³⁴.

No reconocer la dignidad es desvalorizar las condiciones particulares de las mujeres en tanto grupo, aquello que Nancy Fraser denomina la "injusticia cultural", asentada en estereotipos culturales o falta de reconocimiento de las mujeres como iguales³⁵. De modo similar, Rêume enfatiza que la discriminación hacia un grupo no sólo implica privarle de sus derechos sino también desvalorizarlos como sujetos de derecho, insultar su humanidad³⁶. Así, la dignidad está planteada desde una idea de igual valoración que permite el goce y el ejercicio de derechos. La Corte Constitucional de Colombia hace expresa alusión a la dignidad, señalando que ésta se vulnera cuando las mujeres son tratadas como meros instrumentos de reproducción, exigiéndoles sacrificios heroicos que no se le demanda a nadie más³⁷.

La dignidad ha sido recogida por el Tribunal Constitucional chileno en algunos de sus fallos, promoviendo la noción de igual merecimiento de respeto y protección por parte del Estado a todas las personas³⁸. De hecho, el Tribunal Constitucional hace una nítida relación entre la dignidad y el asegurar las condiciones para el ejercicio de derechos públicos subjetivos o facultades como el derecho a la vida, la integridad

34 Comisión de Constitución, sesión del 18 de enero 2016.

35 Fraser, Nancy, "Iustitia Interrupta". Reflexiones críticas desde la posición postsocialista (Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá), 1997, p. 33.

36 Rêume, Denise, "Harm and Fault in Discrimination Law", *Theoretical Inquiries in Law* (2001), Vol. 2, N° 1, p. 13.

37 Jaramillo, Isabel Cristina y Serra, Tatiana, "El derecho como legitimación y distribución", *Aborto y justicia reproductiva*, Paola Bergallo, compiladora (Ediciones del Puerto), Buenos Aires, 2011, p. 338.

38 Una sentencia del Tribunal Constitucional se refiere a la dignidad expresando: "En tal orden de ideas cabe recordar, primeramente por ser base del sistema institucional imperante en Chile, el artículo 1 inciso 1 de la Constitución, el cual dispone que 'las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos'. Pues bien, la dignidad a la cual se alude en el principio capital de nuestro código supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados". STC 389, c. 17, 4 de septiembre de 2003. En el mismo sentido, STC 433, cc. 24 y 25, 25 de enero de 2005. En otra sentencia, el tribunal destacó la relación entre dignidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, STC 521, c. 18, 1 de agosto de 2006.

física y psíquica o la seguridad social³⁹. Al penalizar el aborto en todo evento se vulnera la igual dignidad de las mujeres, a la cual tienen derecho en tanto personas, y al ejercicio y goce de una serie de derechos conectados con la dignidad, como a no ser discriminadas, igualdad ante la ley y en la ley, y el merecimiento de respeto y protección para no ser sometidas a violencia.

La vida y la integridad como valores y derechos preciados para la sociedad tampoco son abstractos. Hay numerosas leyes que promueven su protección⁴⁰. Una legislación que prohíbe toda forma de aborto argumentando que de esta manera se protege la vida en gestación, invisibiliza a las mujeres que se encuentran en situaciones de riesgo de vida (y de salud), cuando gestan un embarazo con un feto inviable o cuando es producto de una agresión sexual.

El debate en torno al aborto se tiende a producir en términos de polaridades: se está a favor o en contra de la vida, y quienes están por el derecho a la vida no podrían jamás promover la legalización del aborto. Esa es una lectura simplista y que reduce la complejidad de un debate como éste. Una doctrina constitucional acorde al derecho internacional de los derechos humanos debe estar anclada en la realidad concreta de la vida de las personas, realidad donde se entrelazan el derecho a la vida, integridad y dignidad de las mujeres.

El concepto de integridad, desde el punto de vista constitucional y/o doctrinario, se relaciona con evitar tratos crueles, inhumanos y degradantes. Nuestra historia tiende a limitar la mirada a la tortura y el trato cruel al contexto de las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, pero ello no es óbice a que su alcance, desde la perspectiva constitucional y ciertamente del derecho internacional de los derechos humanos, va más allá. Si bien en Chile no hay desarrollo doctrinario de densidad conceptual en materia constitucional, la integridad se vincula a no dañar físicamente a una persona. También se hace mención a los aspectos psíquicos cuando se refiere a delitos en el marco de violencia doméstica, o la proscripción de imponer apremios, ultrajes o someter a sufrimiento⁴¹. En las causales que el proyecto propone

39 El tribunal señala una doble dimensión de la dignidad, como principio y norma que debe ser integrada como un todo con el resto de los derechos y principios del texto constitucional, STC 1348-09, considerandos 31 y 32, 27 de abril de 2010.

40 Sólo a modo de ejemplos y sin ser exhaustiva, protección a las embarazadas y no discriminación en base al embarazo, medidas en el ámbito de la salud laboral sobre violencia en el trabajo, leyes para asegurar medicamentos, etc.

41 Véase, por ejemplo, Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Ediciones UC), Santiago, 2012, p. 102.

liberalizar, su objetivo es evitar que la imposición de la maternidad provoque más dolor y sufrimiento.

4. LAS TRES CAUSALES Y SUS IMPLICANCIAS EN RELACIÓN A LA DIGNIDAD E INTEGRIDAD Y A NO SER SOMETIDA A TORTURA

Se ha dicho que la causal "riesgo para la vida de la mujer" que contempla el proyecto no sería necesaria en Chile porque la atención médica o los cuidados a una mujer se prestan cuando su vida o su salud está en riesgo. Es decir, actualmente no sería punible la muerte del feto cuando es producto de una intervención cuyo objetivo principal es salvar la vida de la mujer. El argumento es que los médicos actúan de esta forma como "praxis médica", por lo que no se requeriría explicitar este comportamiento en una ley. Como señala el informe de la Comisión de Salud de la Cámara, "[algunos diputados y diputadas] mencionaron que, con todo, es menester reconocer que si bien existió consenso general sobre la protección de la vida del que está por nacer, existió un único disenso, en relación al mal llamado *aborto terapéutico* (es más preciso hablar de tratamientos médicos con la finalidad de salvar la vida de la madre, con resultado secundario y no querido de muerte fetal)"⁴².

El rector de la Pontificia Universidad Católica, Ignacio Sánchez, argumentó que:

El aborto tiene como principal [objetivo] eliminar la vida del niño que está en gestación, pero lo que planteo acá es que hagamos buena medicina. [...] Si nosotros vemos cuál es la satisfacción y el cuidado de la madre, vamos a actuar siempre en consecuencia. Si hay una madre de 12 semanas de gestación con un cáncer avanzado, obviamente que hay que tratar de actuar sobre el cáncer que está comprometiendo la vida de la madre. Si por efecto secundario ese niño fallece, eso no es un aborto, ese es un efecto secundario no deseado, repito: el aborto es ir a atacar directamente la vida de ese niño que está por nacer. Por lo tanto, me parece que la primera situación no se requiere en Chile y me parece que el acto médico bien hecho la resuelve⁴³.

42 Cámara de Diputados, Informe de la Comisión de Salud recaído en el proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria en tres causales. Boletín N° 9.895-11, 15 de septiembre de 2016, pp. 18-19.

43 Intervención en la Comisión de Salud de la Cámara. En este mismo sentido, el Dr. Mauricio Besio, también de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ambas presentaciones fueron realizadas el 7 de abril de 2015.

Si esto es así, es decir que en la práctica y pese a no estar legislado hay intervenciones médicas para resguardar la vida y la salud de la mujer, entonces no habría nada innovador en la propuesta. La primera causal del proyecto de ley, por tanto, sólo busca asegurar esa buena práctica médica evitando las dudas y el efecto paralizante para los equipos de profesionales de la salud. El argumento que quien no practica la buena medicina se expone a una demanda por negligencia médica no resuelve la situación actual de riesgo de las mujeres, ya que se trata de una contingencia *ex post*. La falta de ley no otorga certezas ni precisiones sobre la cuantificación y exposición a riesgos y la oportunidad para la realización de una interrupción. La legalización evita dilaciones innecesarias para la intervención e interrupción de un embarazo si fuera necesario. La Organización Mundial de la Salud ha señalado con claridad que los marcos legislativos restrictivos añaden riesgos innecesarios en menoscabo de la vida de las mujeres⁴⁴.

Existen numerosos pronunciamientos desde el derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la vida y a la integridad de las mujeres en el contexto del aborto, tanto en el sistema universal como regional. El propio sistema regional de protección de derechos humanos, cuyo tratado contiene una disposición que hace alusión directa a la protección a la vida desde la concepción, en sus resoluciones y decisiones de fondo y preliminares ha sostenido que prevalece la vida e integridad de las mujeres. Un buen ejemplo de ello son los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de la Comisión en el caso *Artavia Murillo con Costa Rica* (Corte IDH, 2012)⁴⁵, las medidas a favor de *Beatriz* contra El Salvador (2013)⁴⁶

44 WHO, *Safe abortion: technical & policy guidance for health systems*, WHO/RHR/15.04 © World Health Organization 2015.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica*. Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

46 Corte IDH, *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Medidas provisionales respecto de El Salvador, Asunto B. Álvaro Paúl* señala que la Corte no ordenó la realización de un aborto, sino la adopción de todas las medidas que sean necesarias y efectivas para asegurar la debida protección a los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de la señora *B*. Sin embargo, este autor omite que entre las medidas que puede y debería tomar el Estado está interrumpir la gestación en determinados casos, sobre todo cuando la salud de la mujer está siendo agravada por su embarazo. Paúl, Álvaro, "El estado actual del aborto en el derecho internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno", en *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica* (Cuaderno de Extensión Jurídica), número 27, Universidad de los Andes, p. 217.

o la niña Manuimby del Paraguay en que la Comisión IDH exhortó al Paraguay asegurando su vida e integridad (2015)⁴⁷.

Estos tres casos se relacionan con la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁴⁸, el derecho a la integridad, salud y autonomía no sólo en lo que se refiere a la vida en gestación sino especialmente en lo que respecta a los derechos de las mujeres. No obstante, aquellos contrarios a la legalización citan con regularidad, para sostener que no pueda cambiarse el *status quo*, que nuestro marco constitucional es coherente con los enunciados y obligaciones de CADH en lo relativo a la protección de la vida prenatal⁴⁹ o bien que habiendo pronunciamientos del sistema internacional de protección a los derechos humanos, éstos no serían vinculantes para Chile⁵⁰.

Cuando se debate en torno a la segunda causal, por inviabilidad fetal, se observa que en Chile existen variadas prácticas de los equipos de salud cuando se enfrentan a un caso como éste y la mujer no desea o no puede mantener la gestación. Un estudio recientemente realizado desde el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (UDP) con profesionales de varios puntos de Chile (sur, centro y RM), de centros públicos y privados, mostró que los cursos de acción por parte del personal de salud son muy variados: algunos no hacen nada y sólo esperan que el embarazo siga su curso, otros adelantan el parto en 4 o 6 semanas, otros creen

47 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 22/2015, medidas cautelares 178/15. Asunto niña Manuimby respecto de Paraguay, 8 de junio de 2015.

48 Artículo 4.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

49 Gonzalo García en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, 24 de noviembre de 2015. Una argumentación similar se presentó en la Comisión de Salud, Cámara de Diputados, Informe de la Comisión de Salud recaído en el proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria en tres causales. Boletín 9.895-11, 15 de septiembre de 2016, p. 19. En el mismo sentido, ver la posición del diputado Jorge Rathgeb en la sesión del 31 de marzo de 2015 y de Claudio Alvarado, del Instituto de Estudios de la Sociedad (IES), el 15 de junio de 2015, los dos ante la Comisión de Salud de la Cámara, entre otros.

50 En su presentación en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, el 30 de junio de 2015, Ángela Vivanco limita los efectos que tienen esos pronunciamientos señalando que serían meras interpretaciones del derecho internacional no aplicables a Chile, en virtud de la no recepción inmediata de los tratados al derecho interno, prevaleciendo las disposiciones del texto constitucional chileno o el enunciado directo del texto del tratado, en este caso el Pacto de San José. En el mismo sentido fue el planteamiento de Álvaro Paúl en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, el 9 de diciembre de 2015.

que pueden interrumpir la gestación desde la semana 22, 24, y así sucesivamente⁵¹. Por su parte, otros, especialmente en atenciones privadas a personas con mayores recursos económicos, informan a su paciente sobre la posibilidad de viajar fuera de Chile con el fin de interrumpir el embarazo. Cada profesional asume, dentro de sus intuiciones, marcos técnico-normativos y concepciones morales acerca de cómo enfrentar este embarazo frente al sufrimiento y solicitud de una mujer. Quienes deciden interrumpir una gestación, los hay tanto en el sistema público como en el privado, lo hacen porque en algunos casos utilizan conceptos médicos y no legales. El uso de distintos vocablos tiene una clara explicación en los marcos técnicos dados por instituciones especializadas, pero ello puede oscurecer que la realización de una interrupción entre la semana 18 o 22 podría ser tanto un aborto como un adelantamiento de parto⁵².

La Organización Mundial de la Salud (OMS) hace distinciones por la edad gestacional, para efectos de definir un aborto o un parto prematuro. Esto les permite a los equipos tener un "manto de juridicidad" sobre sus actuaciones. Lo que la práctica muestra es que se actúa de acuerdo a la discrecionalidad del profesional pero deja de manifiesto la falta de igualdad ante la ley, ya que al no haber un procedimiento estandarizado no hay un contexto que promueva el respeto o la protección a las

51 Casas, Lidia, Vivaldi, Lieta y Álvarez, Juan José, con la asistencia de Conway, Georgina, *Informe sobre embarazos en situación de malformación fetal incompatible con la vida post-natal en Chile*, sin publicar, septiembre de 2015. Algunos resultados fueron presentados en audiencia temática sobre la violación a los derechos humanos de las embarazadas, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 156° sesiones, Washington D.C., 19 de octubre de 2015. Véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el 156° Período de Sesiones de la CIDH, diciembre de 2015, p. 13.

52 En Santiago, en el año 2003, una mujer (G.R.) solicitó junto a su médico tratante del Hospital Tisné la autorización para la realización de un aborto. La mujer gestaba un embarazo parcial molar y con feto con malformación letal cromosómica (61). La presencia de la mola además creaba un riesgo cierto de convertirse en cáncer. Sin embargo, la solicitud fue denegada. El equipo de turno, sin consultarle a ninguna autoridad hospitalaria, interrumpió la gestación cuando la mujer se agravó y tenía aproximadamente 22 semanas de gestación. La negativa fue refrendada por el Ministro de Salud de la época, Osvaldo Artaza, quien informó que la situación de urgencia había sido superada, indicando que "no se trató de un aborto sino de una interrupción del embarazo" y "no existe ninguna norma legal que autorice el citado procedimiento [de aborto] y por consiguiente ninguna persona ni autoridad tiene facultades para autorizar o ejecutar acciones que tengan por objeto provocar un aborto". En *El Mercurio*, "Salud niega apoyo a aborto terapéutico", 16 de enero de 2003. Véase la cobertura del caso en Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004. Hechos de 2003, Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 226-228 y notas.

mujeres que se encuentran en esa situación, imponiéndoseles mayor sufrimiento al que ya experimentan por gestar un feto con inviabilidad⁵³.

Quienes fueron entrevistados, tanto en el estudio UDP sobre embarazo en contexto de inviabilidad anteriormente mencionado, como en el realizado por la Escuela de Obstetricia de la Universidad de Valparaíso y otro efectuado por la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile⁵⁴, se refieren al dolor, el sufrimiento de las mujeres y la impotencia que ello causa a algunos profesionales. Hablan de la imposición de tortura porque algunas mujeres dicen sentirse como "ataúd viviente", que lo que debiera ser una "dulce espera" se transforma en una "triste espera" cargada de muchísima angustia. Algunas intentan suicidarse o experimentan duelos patológicos, mientras que otras optan por mantener el embarazo a la espera del milagro o por sus creencias personales. Lo fundamental es que la autonomía de la mujer debería estar al centro de cualquier opción, ya sea de continuar el embarazo o no, tal como aparece en nuestra investigación. Por ello, el Estado siempre debe respetar la decisión de la mujer de continuar o no con esa gestación, entregando todos los apoyos para la embarazada.

La negación de la interrupción del embarazo en el caso de inviabilidad fetal, igualmente aplicable al caso de violación, se relaciona con la imposición de tortura o trato cruel o inhumano. Lo anterior atenta contra la integridad de la mujer, la cual se protege en el Art. 19 N° 1 de la Constitución y se recoge, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos, órgano que vigila el cumplimiento del referido pacto, se ha pronunciado en la situación de una adolescente de 17 años (K.L. con Perú) sobre la interrupción del embarazo con inviabilidad fetal (anencefalia)⁵⁵. En este caso, el personal de salud del hospital se negó a interrumpir el embarazo, pero la obligación de continuar el embarazo fue declarada por el comité como constitutiva de un trato cruel, inhumano

53 Gamboa Wellberg, Constanza, "Algunas consideraciones psicológicas en torno al embarazo inviable. Descripción de una problemática clínica a partir de la experiencia asistencial en un centro de medicina perinatal", Revista Gradiva, 2015.

54 Entrevista a Mariana Arancibia y Anamaria Silva, de la Escuela de Obstetricia y Puericultura, Universidad de Valparaíso, julio de 2015; Pamela Eguiguren, Ana Oyarce, Rosa Ferrada et. al, Investigación acción de un equipo intersectorial sobre aborto terapéutico, Informe final, Escuela de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, Movimiento de Emancipación de la Mujer Chilena y Foro Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, agosto de 2008, trabajo sin publicar en poder de las autoras.

55 Comité de Derechos Humanos, Comunicación K.L. vs Perú, 22 de noviembre de 2005.

y degradante, añadiendo en un voto concurrente que la imposición de la gestación es equivalente a la tortura.

También, obligar a las mujeres a mantener el embarazo en contextos de violencia sexual es perpetuar esta violencia, sometiendo a las víctimas a un trato cruel. Aquí cobra relevancia el concepto de igual consideración y respeto, dignidad y protección a la integridad de las mujeres. Según el profesor Cea, la integridad se relaciona con la no imposición de ultrajes o sufrimientos, es decir, un trato cruel e inhumano⁵⁶. Se considera un trato cruel, inhumano y degradante cuando un Estado impone la maternidad producto de la violación o incesto, así lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos⁵⁷. En tanto, el Comité de la Convención de la Mujer instó a Chile a despenalizar el aborto en caso de violación e incesto o cuando hay riesgo para la salud o la vida de la madre⁵⁸.

La violencia sexual tiene una clara connotación de género pues se dirige fundamentalmente a niñas, adolescentes y mujeres. En el caso de las niñas, muchas veces se conocen las agresiones sólo cuando el embarazo es ya evidente. Por ello, como veremos en la siguiente sección, que existan plazos para poder abortar que hagan posible ejercer este derecho es un aspecto fundamental que la ley debiera respetar.

La Encuesta nacional de victimización por violencia intrafamiliar y delitos sexuales de 2012 mostró que el 7,3% de niños y niñas declararon haber sido tocados o acariciados sexualmente contra su voluntad o haber sido obligados a tocar sexualmente o a realizar alguna actividad de contenido sexual en los últimos doce meses. Esta cifra excluye dentro de las víctimas a quienes afirmaron sufrir estas agresiones a manos de su pololo y tenían menos de 5 años de diferencia respecto de ellos⁵⁹. Las regiones que arrojan mayores indicadores de prevalencia de abuso son Arica y Los Lagos con un 11 y un 11,8% respectivamente⁶⁰ y quienes son más abusadas son significativamente las niñas, siendo los principales agresores los conocidos y los familiares⁶¹. La prevalencia de violencia sexual entre adultas de parte de sus parejas

56 Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Ediciones UC), Santiago, 2012, p. 102.

57 Observación general N° 28 del Comité de Derechos Humanos sobre Derecho a la Igualdad entre Hombres y Mujeres (artículo 3 del pacto), de marzo de 2000, párrafo 11, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

58 ONU, CEDAW, Observaciones finales, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 35 d), 24 de octubre de 2012.

59 Adimark GfK, Encuesta nacional de VIF y delitos sexuales, julio de 2013, p. 50.

60 *Ibid.*, p. 50.

61 *Ibid.*, p. 51-53.

es más baja. Un 6,3% respondió haber sufrido al menos un episodio en su vida y un 1,8% en los últimos 12 meses. Sólo un 12% de las mujeres denunció⁶². Quienes reportaron un mayor nivel de violencia fueron las encuestadas de la XV, VI y VIII región, siendo mayoritariamente mujeres de niveles socioeconómicos bajos, jefas de hogar y con educación básica incompleta⁶³.

Sólo una fracción de mujeres y niñas denuncian las agresiones sexuales⁶⁴. En el año 2013 se realizaron 143.995 denuncias en el marco de la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, de las cuales sólo 518 ingresaron como delitos sexuales, es decir, un 0,35%⁶⁵. Ello concuerda con los datos de la citada Encuesta nacional de victimización en que apenas un 12% denunció el último episodio, con la menor tasa de denuncia respecto a todas las formas de violencia y con el mayor nivel de retractación⁶⁶. La principal razón de la no denuncia es la vergüenza (40%), pero también aparece el temor a denunciar⁶⁷.

La violación es uno de los delitos más difíciles de perseguir penalmente, no sólo por las dificultades en la obtención de evidencia sino también por la presencia de prejuicios y estereotipos que rodean las creencias sobre la sexualidad femenina y en particular sobre las agresiones de esta naturaleza. Las víctimas deben enfrentarse a los prejuicios de operadores del sistema penal e incluso de los profesionales de la salud⁶⁸. Estudios empíricos sobre violencia en contra de las mujeres y administración de justicia en Chile dan cuenta de ello⁶⁹. A su vez, un estudio argentino en que se entrevista a profesionales que trabajan con sobrevivientes de violencia sugiere que antes que obligar a una mujer a denunciar a su agresor, cualquier política pública

62 Ibid., p. 77.

63 Ibid., p. 80

64 Gloria Maira, Paula Santana y Siomara Molina. *Violencia sexual y aborto*, Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Santiago, 2008, pp. 86 y 87.

65 Ministerio Público, *Boletín Estadístico 2013*, Santiago, enero de 2014, tabla 23.

66 Adimark GfK, op. cit., p. 100.

67 Ibid., pp. 77-78.

68 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, Washington, D.C., párrafos 56-57. En Chile, Maira, Molina y Santana, op. cit, pp. 101-105.

69 Casas, Lidia y Mera, Alejandra, "Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones", Cuadernos de Análisis Jurídico N° 16, Serie Publicaciones especiales (Facultad de Derecho UDP y Centro de Justicia de las Américas), Santiago, 2004.

debe en primer lugar fortalecer a la víctima de tal manera que pueda perseverar en ello, ya que obligarla puede empeorar su situación⁷⁰.

Muchas veces se responsabiliza a las niñas y las mujeres por lo ocurrido, colocando en el centro de la investigación del delito a la víctima y no al perpetrador⁷¹. Ello se hizo patente en la respuesta pública, teñida por la incredulidad de la experiencia de la violación a mujeres adultas, planteada por el diputado demócrata cristiano Pablo Lorenzini, cuando se presentó el proyecto de ley en enero de 2015⁷². Las mujeres saben que denunciar es someterse a una investigación penal que tiene altos costos, algo que todos los operadores del sistema de justicia reconocen. En los procesos penales por violación y que además resultó en embarazo, la gestación forzada ni siquiera es reconocida por los jueces como causa de mayor dañosidad. Así, las consecuencias de una agresión sexual, en este caso un embarazo, se naturalizan⁷³.

Las violaciones dentro de la pareja contra mujeres adultas son las menos visibles y presentan características especiales, ya que suele ser una manifestación regular de violencia naturalizada mucho más oculta que la violencia física porque causa mayor vergüenza y excepcionalmente es denunciada⁷⁴. De acuerdo a la OMS, la violencia sexual incluye las relaciones sexuales bajo coacción en el matrimonio y en las citas amorosas, las violaciones por extraños y las violaciones en contextos de conflicto armado, entre otros⁷⁵. Cuando las mujeres denuncian agresiones de parte de sus parejas deben enfrentarse a que los hombres se defiendan argumentando que las

70 Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Violencia familiar. Aportes para la Discusión de Políticas Públicas y Acceso a la Justicia*, Buenos Aires, 2009, p. 55.

71 La madre de una niña de 11 años señaló públicamente que entre su hija –violada y embarazada producto de la violación– y su conviviente había una relación consentida e instigada por la niña, véase Caras, Belén... 11 de julio de 2013, <http://www.caras.cl/sociedad/belen/>. En un estudio en curso sobre violencia sexual de la UDP, un entrevistado agregó que posteriormente, en el juicio oral, la madre declaró a favor del conviviente indicando que la agresión sólo se produjo una vez y que no era un acto reiterado como sostuvo el Ministerio Público.

72 Véase diario *La Tercera*, "Lorenzini: 'Hay mujeres que tienen relaciones porque, a lo mejor, tomaron un traguito de más, ¿eso es violación también?'" , 6 de febrero de 2015, disponible en <http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/02/674-615787-9-lorenzini-hay-mujeres-que-tienen-violaciones-porque-a-lo-mejor-tomaron-un.shtml>

73 Ruiz-Esquide, Isabel, *Determinación judicial de la pena: el embarazo a consecuencia de la violación de una menor de edad y su consideración en la determinación judicial de la pena*, Programa, Tesis de magister con mención en Derecho Penal, Universidad de Chile, 2013.

74 Maira, Molina y Santana, op. cit., p. 88.

75 Organización Panamericana de la Salud, *Informe mundial sobre violencia y salud*, Washington DC., 2003, p. 21.

relaciones sexuales fueron consentidas y, al ser compleja la prueba, se ha observado que los imputados pueden ser condenados por las lesiones perpetradas pero absueltos por la violación⁷⁶. En este sentido, el argumento que se ha esgrimido una y otra vez, acerca de que el proyecto promovería la impunidad si no hay denuncia de por medio⁷⁷, contrasta con el hecho que es el propio ordenamiento jurídico chileno el que facilita que las víctimas –cónyuges o convivientes– puedan elegir no perseverar en su reclamo de justicia perdonando al perpetrador en aras de la protección familiar⁷⁸.

En este punto se ha dicho, también, que la posibilidad de interrumpir la gestación puede ser igualmente devastadora para las mujeres en contextos de violencia. Lo decisivo sería, a nuestro juicio, asegurar que el hecho de que una mujer opte por el aborto no sea porque se ve obligada por parte del perpetrador y otorgar las condiciones que le permitan una salida a una relación violenta. La ausencia de una ley que le permita interrumpir la gestación causa que la mujer sufra de una doble instancia de victimización, ya que es víctima de la violación sexual con resultado de embarazo y de la imposición de la interrupción del embarazo como otra forma de violencia. Obviamente, un razonamiento como éste pretende proteger a la mujer de la violencia pero, al mismo tiempo, suprime toda posibilidad de ejercer su autonomía.

Juan Pablo Mañalich define la autonomía como un "estatus relacional de no-dominación" y en ese sentido la violación sería "el paradigma de una forma de comportamiento que ejemplifica una relación de dominación [...] porque en ella se materializa la pretensión de reducir la valía del cuerpo de otra persona a su mero

76 Algunos resultados preliminares del referido estudio sobre violencia sexual en tres regiones de Chile, muestran que el Ministerio Público ha llevado a juicio a hombres por la violación y las lesiones infligidas a sus respectivas parejas. Se relató el caso de un hombre que fue condenado por las lesiones y absuelto por la violación en la región de Los Lagos. En el mismo sentido resolvió un reciente fallo de 2015 en la Patagonia (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, RIT: 12-2004, sentencia de 29 de agosto de 2015).

77 Por ejemplo, Soledad Alvear se refirió en estos términos en la sesión de 18 de enero de 2016, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. En el mismo sentido fue la presentación de María Elena Santibáñez en la Comisión de Salud, el 14 de julio de 2014.

78 Es pertinente recordar que en la discusión en el Senado sobre la ley del femicidio (Ley 20.480) se promovió y consagró el perdón del ofendido. Es decir, que la mujer agredida por su pareja, cónyuge o conviviente se desistiera de la acusación de violación, a modo de extinguir la responsabilidad penal del imputado. El argumento para sustentar esta posibilidad fue "evitar que las desavenencias de una pareja sean judicializadas como para permitir el restablecimiento de una relación que es de interés para la sociedad" [sic]. Entre quienes sostuvieron este argumento se encuentra la ex senadora Soledad Alvear, quien es contraria al actual proyecto de ley sosteniendo que éste es "machista" y que no se preocupa de la protección de las mujeres. Véase Historia de la Ley N° 20.480, p. 356.

valor de uso"⁷⁹. Siguiendo a este autor: "Quienes se oponen a que la víctima de una violación pueda ver lícitamente interrumpido el embarazo resultante de esa violación pueden creer, tal vez, que solidarizan con 'una criatura inocente e indefensa', pero de hecho solidarizan con el violador, haciendo suya la pretensión de que la mujer violada quede forzada a soportar un embarazo, así como asumir una maternidad que otro le ha impuesto criminalmente"⁸⁰.

De este modo, no permitir el aborto no evita ni repara, sino que obliga a la mujer a conservar aquella violencia en una perpetua e interminable vigencia. La permisibilidad del aborto en caso de violación, entonces, debe disponer de todos los mecanismos que obliguen al Estado para proteger a la mujer y reparar la violencia que experimenta y apoyarla si desea o no mantener la gestación en ese contexto. Por su parte, un argumento coherente con la autonomía de las mujeres debe hacerse cargo de todas las condiciones mínimas para garantizar la maternidad en el caso que la mujer así lo desee.

Las denuncias conocidas por órganos internacionales de derechos humanos informan que la imposición del embarazo en un contexto de violencia sexual en contra de niñas constituye un trato cruel, inhumano y degradante. En esta línea resolvió el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en una decisión de 2011 –L.M.R. vs. Argentina– en que se denegó la interrupción del embarazo respecto de una niña con discapacidad cognitiva que fue violada, produciendo en la víctima un sufrimiento físico y mental⁸¹. En otra reciente decisión del Comité de la Convención de la Mujer, L.C. vs. Perú, se condena al Perú por la negación de una intervención quirúrgica oportuna a la columna de una niña de 13 años quien, al saberse embarazada producto de los reiterados abusos sexuales, intentó suicidarse. Fue el embarazo producto de la violación lo que la llevó a una decisión trágica y esto se agravó con la negación de una operación oportuna y a la interrupción de la gestación. Lo anterior reforzó las consecuencias físicas y el sufrimiento que ya experimentaba. Como señaló el Comité de la CEDAW, no sólo se descuidó su derecho a la vida, protegido por la convención y el marco constitucional peruano, sino tampoco

79 Mañalich, Juan Pablo, "Solidaridad, propiedad y autonomía: la permisibilidad del aborto frente a tres formas de pensamiento jurídico", en Diálogos sobre el aborto, "Violación y aborto: historia, justicia y derechos en Chile" (Universidad de Chile), Santiago, 2015, p. 27.

80 Mañalich, Juan Pablo, "Solidaridad, propiedad y autonomía: la permisibilidad del aborto frente a tres formas de pensamiento jurídico", en Diálogos sobre el aborto, "Violación y aborto: historia, justicia y derechos en Chile" (Universidad de Chile), Santiago, 2015, p. 27.

81 Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1608/2007, L.M.R. vs. Argentina, 28 de abril de 2011.

se tomó cuenta el daño para su salud, incluida la salud mental, que es un derecho protegido por la Constitución del Perú⁸².

5. LAS CINCO CONDICIONES MÍNIMAS COMO IMPERATIVO ÉTICO

Feministas articuladas en diversas agrupaciones, feministas sin militancia en colectivos provenientes del mundo académico, social o político y organizaciones no gubernamentales han alzado la voz sosteniendo que si el proyecto de ley presentado ya tenía diversas limitaciones, la formulación de enmiendas durante su tramitación podía desvirtuar sus objetivos originales relacionados con la protección de los derechos de las mujeres. De ahí que, con referencia a la despenalización del aborto en tres hipótesis, los distintos sectores del feminismo han llegado a un consenso acerca de las cinco condiciones mínimas que debe satisfacer el Estado para garantizar la autonomía de la mujer y su posibilidad de decisión respecto de la maternidad:

1. Denuncia: una de las críticas al proyecto, manifestada por algunos participantes en el debate parlamentario, ha sido que no se contempla la denuncia obligatoria por lo que el violador podría quedar impune. De acuerdo a este argumento, las víctimas de violación deben ser obligadas a denunciar la violación. Por su parte, aquellos que han expuesto argumentos a favor del proyecto de ley rechazan esa posibilidad, por cuanto al forzar a una mujer adulta a denunciar sería privada de su autonomía en la acción penal. En este sentido, el Estado estaría negándole a la mujer su propia voz y la despojaría de su capacidad de decisión, condicionando en forma indirecta la interrupción del embarazo. Por supuesto, puede haber un efecto disuasivo en la realización del aborto, pues las mujeres sabrán que habrá persecución penal pese a que no lo deseen. Pero el sistema penal operaría, lógicamente, independiente de la voluntad de la mujer.

Asimismo, la obligatoriedad de la denuncia implica la violación a la confidencialidad provocando serios daños a la relación médico-paciente y a la relación con la comunidad médica en su conjunto, ya que se privaría a las mujeres del espacio de contención que les facilite poder salir de su situación de violencia a través de un proceso de autonomía frente al agresor o frente a situaciones que las aquejan, porque lo que se dice en el ámbito de la consulta será usado en la denuncia.

82 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación 22/2009, 25 de noviembre de 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009.

En los procesos penales, como hemos dicho, las mujeres deben transitar por múltiples obstáculos, incluidos el descrédito a sus vidas y la incredulidad de quienes las atienden sin que el Estado o las estructuras sociales apoyen las condiciones estructurales de sometimiento de las mujeres. Al exigir que denuncien a sus parejas por la violación sufrida se inhibe que sean ellas mismas las que formulen la denuncia y sólo se propicia que no puedan interrumpir el embarazo. Un estudio multicéntrico realizado por la Organización Mundial de la Salud (2005) muestra que en los países investigados, entre el 30 al 56% de las mujeres encuestadas sufrió violencia física y sexual⁸³. En Lima, Perú, ante la pregunta de si a una agresión física le siguieron relaciones sexuales forzadas, el 9,5% respondió que ello ocurrió una o dos veces, el 4,9% señaló que varias veces y el 2,1% afirmó que siempre⁸⁴. Es decir, la violencia contra las mujeres no es "pura y simple", no se limita a golpes, está acompañada de insultos, amenazas y humillaciones. Incluso, otras veces se acompaña de relaciones sexuales forzadas que al estar naturalizadas dentro de la violencia ejercida, cuando las mujeres denuncian la violencia no lo hacen en toda su dimensión, no incluyen la agresión sexual⁸⁵.

En aquellos casos en que una mujer denuncia la violencia, la posibilidad de persecución penal exitosa por las agresiones sexuales presenta mayores dificultades⁸⁶. Las lesiones no son fáciles de desvirtuar para un imputado, y si bien puede existir rastro de semen post coito y resulte imputable al agresor, surgen las tesis del "revanchismo" y de la voluntariedad en las

83 Organización Mundial de la Salud, Estudio multipaís de la OMS sobre la salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primeros resultados de prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas a dicha violencia, resumen del informe, Ginebra, 2005, p. 32.

84 Gúezmes, Ana, Palomino, Nancy y Ramos, Miguel, Violencia sexual y física contra las mujeres en el Perú, Flora Tristán (Organización Mundial de la Salud y Universidad Peruana Cayetano Heredia), Lima, 2002, p. 84.

85 En el año 2014, de 140.002 denuncias bajo la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, se especificaron que se habían cometido 647 delitos sexuales, equivalente al 0,46% de todos los casos de VIF. Véase Boletín Estadístico del Ministerio Público, 2014, tabla 23. La denuncia de este tipo de agresión es excepcional.

86 La ausencia de justicia es una constante, tal como ha sido demostrado en el estudio de Lidia Casas, Francisca Riveros y Macarena Vargas, Violencia y Administración de Justicia, Servicio Nacional de la Mujer, Santiago, 2012.

relaciones sexuales. El caso Coñoemán Iturra, del Tribunal Oral de Villarrica, grafica precisamente esta situación⁸⁷.

En consecuencia, invocar la impunidad para exigir la denuncia es un argumento que a nuestro juicio esconde el propósito de no permitir el aborto. Aceptarla sería una práctica nefasta ya que introduce y profundiza la victimización secundaria, como las pericias encaminadas a establecer la veracidad del relato. Cuando una mujer acude por violencia a un servicio público de salud se presume la violencia y no es el rol de estos servicios empezar a cuestionar la veracidad de su denuncia. Ninguno de los proyectos sobre la legalización del aborto presentados hasta el momento regula, en ningún sentido, esta materia.

2. **Objeción de conciencia:** este factor aparece como una forma de resguardo a profesionales que deberían realizar el aborto, ya que sus presuposiciones filosóficas, religiosas y morales se contraponen con la realización de dicha intervención médica. El proyecto actualmente establece que el o la médico que sea requerido para interrumpir el embarazo podrá abstenerse cuando haya manifestado en forma escrita y previa su objeción de conciencia al director o directora del establecimiento de salud. Algunos sectores han argumentado que esta norma no sólo debería aplicarse al médico que realiza el aborto, sino que también debería ampliarse a todo el equipo médico e inclusive a las instituciones⁸⁸. Sin embargo, una norma semejante sería absolutamente contraria a la Ley 20.584, que establece como un derecho del paciente el ser informado de su diagnóstico⁸⁹. Sostenemos que la objeción de conciencia debe restringirse a quien realiza el proceso abortivo

87 Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, Rol 27-2007, sentencia de 25 de mayo de 2007. Este es uno de los pocos casos de imputación y condena exitoso. Coñoemán fue condenado por la agresión sexual en contra de su cónyuge, la que se materializó en la misma cama donde duerme su hija menor. La tesis de la defensa es que no hubo tal violación, sino parte del ejercicio de relaciones sexuales en el marco de un matrimonio. La denuncia no la hizo la mujer sino la matrona quien, al atenderla en un control programado esa misma mañana, se percató de la situación. El condenado señaló que la mujer lo denunció sólo por venganza, para separarse de él.

88 Ignacio Sánchez, Rector de la Universidad Católica, se pronunció en este sentido en su presentación en la Comisión de Salud el 7 de abril de 2015.

89 República de Chile, Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones destinadas a su atención en salud, D.O. 12 de abril de 2012. En el artículo 10 se establece el derecho a la privacidad y a la honra de la persona.

y no a todo el equipo, ni menos aún a quien deba hacer un diagnóstico⁹⁰. La ampliación de la objeción de conciencia en el sentido indicado sólo obstaculiza la realización del aborto. Por su parte, las instituciones no tienen conciencia, a diferencia de las personas naturales que son titulares de derechos fundamentales, por lo que no es aplicable esta consideración. Además, en este caso concreto se vulnera la libertad de conciencia de aquellos profesionales que estén dispuestos a efectuar el procedimiento⁹¹.

3. Confidencialidad: esta condición tiene dos vertientes en el proyecto. En primer lugar, aparece como una garantía frente a los daños en la salud causados por abortos clandestinos. El derecho a la privacidad y a la protección de la salud está vinculado con asegurar que ninguna mujer que se haya sometido a una práctica clandestina sea denunciada, sometida a un interrogatorio o que su tratamiento médico sea condicionado por la entrega de información de lo sucedido. En segundo lugar, se protege a la mujer frente a la posibilidad que su situación de salud o solicitud sea conocida por terceros. Los órganos de monitoreo de los tratados de derechos humanos le han reiterado al Estado chileno que la interrogación de una mujer ingresada a una emergencia obstétrica producto de un aborto y que luego es denunciada constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante, como lo estimó el Comité contra la Tortura en 2009⁹². La denuncia a las mujeres por parte de los profesionales de la salud es, además de una violación al derecho a no autoincriminarse, una violación al derecho a la intimidad y la vida privada⁹³. La segunda vertiente de la

90 El doctor Sergio Valenzuela de la Universidad de Chile, en la sesión del 18 de enero de 2016 de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados, sostuvo que hay falta de especialistas para diagnosticar una malformación fetal incompatible con la vida extrauterina. No obstante, resulta contradictorio exigir especialistas para luego postular que esos mismos profesionales no están obligados a informar del diagnóstico.

91 Sobre este punto, véase los capítulos de Rodolfo Figueroa, Manuel Núñez y Ángela Vivanco.

92 ONU, conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile. 14 de junio de 2004, párr. 6, letra j).

93 Observaciones finales del Comité de la Convención de la Mujer a Chile, 09/07/99, CEDAW/C/99/L.2, párrs. 28-29. Estas observaciones son concordantes con la Observación general 28ª del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad de hombres y mujeres, en que afirma: "cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos", vulneran el derecho a la vida privada, además de los derechos a la vida e integridad y a no ser sometido a trato cruel, inhumano y degradante. Véase Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 28, Artículo 3, sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párr. 20.

confidencialidad dice relación con dar a conocer a terceros que una mujer invoca la tercera causal. Más allá de lo expuesto aquí sobre la denuncia, "poner en conocimiento" del Ministerio Público vulnera su derecho a la vida privada, además de los principios y normas sobre derechos y deberes de las personas en salud⁹⁴.

4. Plazo: el plazo que se establezca debe contemplar que la interrupción pueda efectivamente llevarse a cabo. La restricción del plazo en el caso de niñas y adolescentes víctimas de violación o incesto debe considerar, como hemos señalado, las circunstancias en que el abuso es develado y lo difícil que es detectar el embarazo en etapas tempranas. Por ende, establecer la semana 14 como plazo máximo para la realización del aborto haría inoperante el sentido de la causal y perpetuaría la situación de violencia. Datos de estudios en Mozambique indican que las mujeres que llegaron a la realización de un aborto legal en el segundo trimestre, por lo general, eran pobres y adolescentes⁹⁵. Ello se vincula a que no logran notar que están cursando un embarazo. Otro estudio en el Reino Unido, donde el aborto es legal, muestra que las adolescentes llegan más tarde a abortar, debido al temor a las reacciones de su entorno al saber que están embarazadas⁹⁶.

En Estados Unidos, una investigación sobre violación y embarazo con más de 4.000 encuestadas mostró que las adolescentes se dieron cuenta del embarazo cuando habían alcanzado el segundo trimestre⁹⁷, lo que demuestra la importancia de establecer un plazo razonable.

5. Acompañamiento/consejería: la decisión sobre la interrupción de un embarazo debe fundarse siempre en la voluntad de la mujer. El acompañamiento es y debe ser considerado como un espacio de entrega de información completa y veraz para que una mujer decida respecto del proceso que vive.

94 República de Chile, Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones destinadas a su atención en salud, D.O. 12 de abril de 2012. Se establece el derecho a la privacidad y a la honra de la persona en el artículo 5 letra c).

95 Por todos, Ustá, Momade Bay, "Who is Excluded When Abortion Access is Restricted to Twelve Weeks? Evidence from Maputo, Mozambique", *Reproductive Health Matters*, Vol. 16, N° 31, 2008, pp. 14-17.

96 Roger Ingham, Ellie Lee, Steve Joanna Clements, et al. "Reasons for Second Trimester Abortion in England and Wales", *Reproductive Health Matters*, Vol. 16, N° 31, 2008, p. 26.

97 Melisa Holmes, Heidi Resnick, Dean Kilpatrick, et al. "Rape-related pregnancy: estimates and descriptive characteristics from a national sample of women", *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 75, N° 2, 1996, pp. 320-25.

No puede convertirse en un espacio de disuasión en el cual la mujer sea manipulada, ni tampoco puede ser una barrera para impedir que aborte, sino más bien un apoyo a la mujer para que ejerza su autonomía con toda la información necesaria. El acompañamiento es vital como elemento de contención en la protección de la salud de las mujeres que se han enfrentado a la gestación de un feto con malformación letal, pues la gestación en ese proceso significará no sólo recuperarse de las secuelas de la pérdida y el duelo, sino que también enfrentar eventualmente el proceso de consejería genética. En el estudio UDP sobre malformación fetal previamente citado, hemos podido constatar la enorme importancia de los centros de atención especializada del sector público que existen en el país⁹⁸ y los equipos de psicólogos y psicólogas que trabajan en ellos apoyando a las mujeres y parejas que viven esta situación. Por eso, es necesario fortalecer dichas instancias⁹⁹.

En el caso de la causal violación, el Estado tiene un deber de reparación. Esto está recogido en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que establece la obligación para los estados de reparar desde un enfoque multidisciplinario, tanto física como psicológicamente, los daños de una mujer que sufrió violencia sexual¹⁰⁰. Esta reparación, como postula la Corte IDH, debe ser transformativa, ya que debe hacerse cargo de la discriminación estructural en que se encuentran las mujeres¹⁰¹. En el caso de la agresión sexual, una petición de acompañamiento disuasivo, que niegue toda posibilidad de que una mujer determine por sí misma cuál es para ella el mejor curso de acción, muestra una falta de preocupación sincera sobre la situación de las mujeres y su capacidad de salir de situaciones violentas, particularmente respecto de las adultas. Por ello, lo fundamental es la exigencia de reparación y el acompañamiento frente a la agresión sexual.

98 Entre los centros especializados se encuentran los de la Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y varios hospitales con bases regionales.

99 Es interesante la experiencia del Reino Unido que cuenta con protocolos claros sobre la interrupción de la gestación y apoyo que debe darse a una mujer. Véase Royal College of Obstetricians & Gynaecologists, "Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality in England, Scotland and Wales", 2010.

100 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011, párrs. 101 y 102, "El abordaje multidisciplinario de la violencia sexual".

101 *Ibid.* párr. 106, haciendo alusión a la decisión de la Corte IDH en el caso Campo Algodonero.

6. CONCLUSIONES

Lo que hemos visto en estas páginas implica que para determinar el alcance de los derechos reproductivos de las mujeres no podemos tener en cuenta solamente cómo estos derechos son vulnerados, sino también debemos considerar la necesidad de que las sociedades democráticas reconozcan, al menos, condiciones mínimas que permitan preservar la autonomía de cada mujer y asegurar la posibilidad de que elija libremente su propio estilo de vida.

No es difícil observar que quienes defienden la denominada postura “pro vida” consideran que el feto no es reconocido como una vida humana por quienes acostumbran estar a favor de las libertades reproductivas y del derecho al aborto. Estos debates, que giran muy a menudo sobre el estatus ontológico del feto y si es titular del derecho a la vida o no, pierden toda consistencia cuando se distribuye de forma desigual el acceso al derecho a la vida. Mientras el conservadurismo más recalcitrante insiste en afirmar el derecho a la vida del feto, a la vez relativiza aquél que tiene cada mujer en sí y para sí, pues han olvidado, sorprendentemente, que este derecho no sólo involucra el respeto por la vida humana y el deber de no matar arbitrariamente, sino también establecer obligaciones éticas básicas que hagan una vida más “vivable”.

No hay dudas de que el ordenamiento jurídico chileno protege la vida del que está por nacer. Esto significa que la Constitución le asigna un valor moral al feto y por ello debe evitarse su daño o destrucción. Pero igualmente podemos aseverar que el feto no tiene conciencia de su propia identidad, no puede decidir sobre su estilo de vida, ni puede tomar decisiones, ya que seguramente el individuo adquirirá estos atributos con el correr del tiempo. Por eso, si volvemos a la distinción entre potencia e impotencia, el feto tiene una capacidad potencial de convertirse en persona, lo cual es obviamente menor que el poder y el no poder que tiene su madre en la elección de su propio estilo de vida o en la capacidad de decidir acerca de la maternidad. Esta posible conclusión podría justificar nuestra convicción de que el embarazo puede ser interrumpido –estableciendo un plazo razonable– para proteger la autonomía, la integridad y la vida de la mujer.

Para un sector del feminismo, la propuesta del Ejecutivo constituye una forma de asegurar ciertas condiciones mínimas de autonomía en un contexto de maternidades que imponen mayor dolor y sufrimiento. Para que el sentido del proyecto de ley se cumpla y respete los derechos de las mujeres debe mantener ciertos aspectos

fundamentales, como el deber de confidencialidad, la objeción de conciencia limitada a él o la médico/a que realiza la intervención, la no obligatoriedad de denuncia en el caso de violación, plazos razonables para pedir la interrupción del embarazo y un acompañamiento no disuasivo.

En nuestra opinión, la despenalización del aborto estableciendo un plazo razonable es el modo más coherente de garantizar a todas las mujeres el acceso seguro y oportuno al procedimiento de interrupción del embarazo cuando ellas así lo decidan sin tener que invocar una causal específica. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que la legalización del aborto en las tres causales implicaría la posibilidad de imaginar a las mujeres un poco más libres y autónomas. Eso sí, imaginarlas un poco más libres y autónomas no es sencillamente una posibilidad de imaginación, sino que implica resistir y desarticular los discursos y prácticas según los cuales la mujer ha sido determinada a la maternidad. Una adecuada interpretación de nuestro ordenamiento jurídico nos lleva a concluir que si consideramos el derecho a la dignidad, a la integridad y a estar libre de tortura, el proyecto original de aborto por tres causales presentado por el Ejecutivo constituye el cumplimiento de obligaciones mínimas por parte del Estado. De lo contrario, se estarían exigiendo conductas supererogatorias que van más allá de lo que cualquier persona digna y autónoma puede estar obligada a soportar.

ESTÁNDARES SOBRE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. APORTES PARA SU CONSIDERACIÓN EN LA DISCUSIÓN EN CHILE DEL PROYECTO DE LEY QUE DESPENALIZA LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES

XIMENA GAUCHE MARCHETTI¹

Sumario

1. Estándares internacionales sobre derechos sexuales y reproductivos y su consideración como derechos humanos. 1.1. Derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos: su conceptualización y evolución. 1.2. El reconocimiento normativo y jurisprudencial de los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento internacional de derechos humanos, con una mirada sobre el aborto. 1.2.1. Los derechos sexuales y reproductivos en los tratados universales y regionales. 1.2.2. Jurisprudencia interamericana en materia de derechos sexuales y reproductivos. El impacto progresista del Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, frente al pretendido debate entre derechos de las mujeres y "derecho a la vida" del no nacido. 2. Algunas reflexiones sobre la consideración de los estándares internacionales en las discusiones legislativas en Chile y el proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, a modo de conclusión.

Abstract

Una de las cuestiones que está presente en los debates públicos de la sociedad chilena es la desigualdad que vive el país, la cual no se ha podido revertir en los

1 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Directora del Programa Interdisciplinario sobre Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, y Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia, en la Universidad de Concepción, Chile. Correos electrónicos: xgauche@udec.cl - xgauche@gmail.com

últimos veinte años y se manifiesta de múltiples formas, afectando especialmente a determinadas categorías de personas, una de las cuales son (somos) las mujeres. Esta desigualdad se refleja en los ámbitos económico, político, laboral, educativo y sanitario, por citar los principales². No siendo un fenómeno exclusivo de Chile, la sociedad internacional institucionalizada ha venido haciéndose cargo del tema desde el inicio del contemporáneo discurso de los derechos humanos en 1945, lográndose notables avances normativos e institucionales que han buscado permear los ámbitos domésticos, a fin de mejorar las condiciones del ejercicio de derechos de las mujeres.

Si bien Chile ha participado en muchas iniciativas y es parte de numerosos instrumentos internacionales que promueven al menos un marco mínimo de protección contra toda clase de discriminaciones a las mujeres, aún existen múltiples espacios y ámbitos en los que a ellas (nosotras) les cuesta ser plenas sujetas de derechos. Un ejemplo notable es el de los derechos sexuales y reproductivos. Por ello resulta relevante conocer cuáles son los estándares en la materia, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos del cual nuestro país participa, por mandato constitucional, más allá de su vocación de llevar una política exterior respetuosa del ordenamiento jurídico internacional.

En este contexto, este trabajo tiene como propósito mostrar los estándares en materia de interrupción del embarazo que se han desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, asumiendo éstos como derechos humanos. Se considerará tanto lo

2 Según la Décima Encuesta Nacional "Percepciones de las Mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2014", elaborada por la Corporación Humanas y presentada a la ciudadanía en diciembre de 2014, un 83,8% de las mujeres encuestadas manifestó sentirse discriminada. De ese porcentaje, el 53% estimó que Chile es un país machista. A partir del año 2004, la Corporación Humanas realiza encuestas nacionales de opinión pública dirigidas a mujeres con el objetivo de: generar conocimiento en torno a las percepciones y demandas de las mujeres, supliendo el vacío de estudios de opinión tradicionales; visibilizar la percepción de las mujeres en temáticas no abordadas por los estudios de opinión existentes; e identificar permanencias y cambios en el discurso de las mujeres, produciendo información comparable en el tiempo. La décima encuesta se aplicó entre el 22 de septiembre y el 27 de octubre de 2014; el universo de estudio fueron mujeres mayores de 18 años. En cuanto a la cobertura geográfica, la muestra utilizada representa la opinión de todas las mujeres pertenecientes por definición al universo de estudio y que habitan en 313 comunas de Chile, incluyendo todos los distritos urbanos y casi todos los distritos rurales de dichas comunas. En este marco muestral habita más del 98.3% de la población del país. Como tamaño muestral hay que indicar que se entrevistó a 1235 mujeres, con un error muestral máximo de +/-31, considerando un nivel de confianza de 95%. Fuente: <http://www.humanas.cl>, Décima Encuesta Nacional "Percepciones de las Mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2014", 2 de diciembre de 2015.

que dicen las normas e instrumentos internacionales que obligan a Chile, como la interpretación que a tales normas e instrumentos han dado los distintos órganos llamados a vigilar su cumplimiento por los estados. Esto se hace desde una posición que asume que deben ser considerados en la discusión legislativa chilena sobre el proyecto ingresado en enero de 2015 al Congreso Nacional de la República y que busca permitir interrumpir un embarazo en tres supuestos. Por cierto, es en esa posición en la que se sitúa este trabajo y su autora.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y SU CONSIDERACIÓN COMO DERECHOS HUMANOS

1.1 Derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos: su conceptualización y evolución

Como parte integral del proceso de construcción de la identidad de cada persona, la sexualidad es un espacio necesario para el desarrollo de la personalidad humana y abarca muchos más ámbitos que sólo los aspectos reproductivos, como puede creerse en una simple aproximación conceptual. La sexualidad no siempre es un medio para lograr la reproducción, también puede ser fuente de placer y por ello es que no debe perderse de vista la consideración de los comportamientos sexuales, la libertad para elegir una pareja o los alcances de la disposición del propio cuerpo, por ejemplo, temas en los cuales las mujeres hemos sido históricamente tratadas con desigualdad.

De ahí que la construcción y evolución de los llamados "derechos sexuales y reproductivos" tenga matices importantes y sea un tema de complejo abordaje en los estudios contemporáneos de derechos humanos, si bien no hay un desarrollo acabado de ellos en el derecho internacional de los derechos humanos. De paso, ello explicaría también por qué han entrado en la agenda de los llamados "derechos humanos emergentes", como se apuntará más adelante.

En efecto, en gran medida se han ido construyendo sobre la base de ciertas disposiciones convencionales, a partir de la doctrina, de algunas conferencias mundiales (como la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994 o la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas en Pekín en 1995), del trabajo de organismos internacionales, tales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), Organización Panamericana de la Salud (OPS) o los diversos comités de vigilancia de los tratados de derechos

humanos de las Naciones Unidas³. Asimismo, por medio de algunas decisiones nacionales que han proyectado sus efectos más allá de las fronteras respectivas e incluso a partir del trabajo de actores no estatales en instrumentos que pueden ser considerados como de soft law, es decir, no vinculantes directamente. En todos los casos en general, el trabajo a favor de la configuración de estos derechos ha ido muy ligado a la sexualidad de mujeres y al control de natalidad, especialmente en una primera etapa.

Si bien se suelen mencionar de forma conjunta los "derechos sexuales y reproductivos" y se puede entender que ambas categorías se fundamentan en la igualdad, autodeterminación y dignidad humana⁴, es riguroso hacer la distinción ya que si bien ambos han tenido mayor impacto diferenciado en las mujeres, lo cierto es que este impacto ha sido aun mayor cuando se trata de los derechos reproductivos.

Como indica una autora, "...los derechos sexuales reconocen y protegen la facultad de todas las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad, permiten la búsqueda del placer sexual (poder) y otorgan todos aquellos recursos necesarios para hacer efectivas estas facultadas en forma segura (recursos)"⁵, mientras que "los derechos reproductivos reconocen y protegen la facultad de todas las decisiones libres sobre la posibilidad de procrear (poder) y otorgan todos aquellos recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación en forma segura (recursos)"⁶. En esta óptica conceptual es posible apreciar cómo poder y recursos son indispensables en la configuración de estos derechos como derechos humanos, debiendo compartir entonces la ventaja de que sean configurados en positivo y no en negativo, como derechos a no hacer o gozar de algo.

3 Tales son el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité para los derechos de las personas con discapacidad, el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, y el Comité contra la desaparición forzada de personas.

4 Arango, Mónica, "Derechos sexuales y reproductivos", en *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica* (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2014, p. 211.

5 Ardilla Trujillo, Mariana, "El derecho humano de las mujeres a la anticoncepción", *Temas de Derecho Público*, N° 84 (Universidad Externado de Colombia), 2011, p. 27.

6 Mariana Ardilla Trujillo, "El derecho humano de las mujeres a la anticoncepción", *Temas de Derecho Público*, N° 84 (Universidad Externado de Colombia), 2011, p. 22.

La Asociación Mundial de Sexología (WAS, por su sigla en inglés World Association for Sexual Health, antes llamada World Association for Sexology), a través fundamentalmente de los congresos mundiales de sexología, ha venido contribuyendo a la conceptualización de estos derechos, particularmente con el de Valencia, España, en 1997 y el de Hong Kong, China, en 1999⁷.

El primero de los mencionados, celebrado el 29 de junio de 1997, ya en su título daba cuenta del fin que se perseguía: "XIII Congreso Mundial de Sexología, Sexualidad y Derechos Humanos". Bajo esa premisa que liga sexualidad y derechos humanos, se adoptó la "Declaración de Valencia", que manifiesta de forma categórica que la sexualidad humana es dinámica y cambiante, se construye continuamente por la mutua interacción del individuo y las estructuras sociales, está presente en todas las épocas de la vida como fuerza integradora de la identidad y contribuye a fortalecer y/o producir vínculos interpersonales. Además, esta declaración establece que el placer sexual, incluyendo el autoerotismo, es fuente de bienestar físico, psíquico, intelectual y espiritual y es parte de una sexualidad libre de conflictos y angustia, promotora del desarrollo personal y social.

7 La Asociación Mundial de Sexología fue fundada en 1978 como una organización no gubernamental de carácter multidisciplinar, con el objeto de promover la salud sexual y los derechos sexuales a través del mundo. Durante sus años de vida ha trabajado para cumplir su objetivo mediante la educación sexual, la promoción de la salud, el desarrollo científico y la sexología clínica, tratando en los últimos años de llegar a influir en las políticas sociales en atención a la relación entre justicia social, salud sexual y derechos. Sus temas de trabajo muestran la concepción amplia de la sexualidad humana que está detrás de la WAS: reconocer, promover y asegurar los derechos sexuales; avanzar hacia la equidad de género y la igualdad; condenar, combatir y reducir la violencia sexual; proveer acceso universal a información y educación sexual; asegurar que la salud reproductiva sea parte central de la salud sexual; trabajar para terminar con el VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual; identificar y trabajar en los problemas y disfunciones sexuales; y lograr que el placer sexual sea considerado parte del bienestar de las personas. Entre las actividades que ha llevado adelante se pueden destacar sus alianzas con organizaciones de tipo regional que buscan los mismos fines en general, como es el caso de la Federación Latinoamericana de Sociedades de Sexología y Educación Sexual (FLASSES), la Federación Europea de Sexología (EFS, por su sigla en inglés, European Federation of Sexology) y también los congresos mundiales de sexología, de los cuales los más relevantes, por el impacto que han tenido los documentos que de ellos han surgido, han sido el celebrado en Valencia, España, en 1997 y en Hong Kong, China, en 1999. Véase mayor desarrollo de esta información general en el sitio oficial del World Association For Sexual Health: <http://www.worldsexology.org/>. Otras organizaciones de este tipo son la Federación Africana de Salud y Derechos Sexuales (AFSHR, por su sigla en inglés, African Federation for Sexual Health and Rights) y la Federación Norteamericana de Organizaciones Sexuales (NAFSO, por su sigla en inglés, North American Federation of Sexuality Organization).

Sobre esas bases, en esa oportunidad se propuso que la sociedad cree las condiciones dignas donde se puedan satisfacer las necesidades para el desarrollo integral de la persona y el respeto a una serie de atributos de nuestra condición humana que no dudan en calificar de "derechos sexuales" y que tienen el carácter de inalienables, inviolables e insustituibles.

Tales derechos serían: el derecho a la libertad, que excluye todas las formas de coerción, explotación y abusos sexuales en cualquier momento de la vida y en toda condición, constituyendo la lucha contra la violencia una prioridad; el derecho a la autonomía, integridad y seguridad corporal, que abarca el control y disfrute del propio cuerpo libre de torturas, mutilaciones y violencias de toda índole; el derecho a la igualdad sexual, que se refiere a estar libre de todas las formas de discriminación e implica respeto a la multiplicidad y diversidad de las formas de expresión de la sexualidad humana, sea cual fuere el sexo, género, edad, etnia, clase social, religión y orientación sexual a la que se pertenece; el derecho a la salud sexual, que incluye la disponibilidad de recursos suficientes para el desarrollo de la investigación y conocimientos necesarios para su promoción, haciendo expresa mención a que el SIDA y las ETS requieren de más recursos para su diagnóstico, investigación y tratamiento; el derecho a la información amplia, objetiva y verídica sobre la sexualidad humana que permita tomar decisiones respecto a la propia vida sexual; el derecho a una educación sexual integral desde el nacimiento y a lo largo de toda la vida como proceso en que deben intervenir todas las instituciones sociales; el derecho a la libre asociación, que significa la posibilidad de contraer o no matrimonio, de disolver dicha unión y de establecer otras formas de convivencia sexual; el derecho a la decisión reproductiva libre y responsable, es decir, a tener o no hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el acceso a las formas de regular la fecundidad consagrando que el niño tiene derecho a ser deseado y querido; y el derecho a la vida privada, que implica la capacidad de tomar decisiones autónomas con respecto a la propia vida sexual dentro de un contexto de ética personal y social, declarando que el ejercicio consciente, racional y satisfactorio de la sexualidad es inviolable e insustituible.

Unos años más adelante, esta "Declaración de Derechos Sexuales" fue revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, el 26 de agosto de 1999, en el 14o Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Hong Kong, República Popular China, quedando acordada para reconocer los siguientes derechos: el derecho a la libertad sexual, consistente en la plena expresión del potencial sexual de los individuos, excluyendo toda forma de coerción, explotación y abusos sexuales en cualquier tiempo y situación de la vida; el derecho a la autonomía, integridad y

seguridad sexual del cuerpo, referido a la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual, dentro del contexto de la ética personal y social; la capacidad de control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo; el derecho a la privacidad sexual, concerniente al derecho de las decisiones y conductas individuales realizadas en el ámbito de la intimidad, siempre y cuando no interfieran en los derechos sexuales de otros; el derecho a la equidad sexual, consagrando la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o limitación física o emocional; el derecho al placer sexual, incluyendo el autoerotismo como fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual; el derecho a la expresión sexual emocional, entendiéndolo que esta expresión va más allá del placer erótico y los actos sexuales y que todo individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor; el derecho a la libre asociación sexual, referido a la posibilidad de contraer o no matrimonio, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables; el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables, abarcando el derecho a decidir tener o no hijos, el número y el espacio entre cada uno, y el derecho al acceso pleno a los métodos de regulación de la fecundidad; El derecho a la información basada en el conocimiento científico, lo que supone que la información sexual debe ser generada a través de la investigación científica libre y ética, abarcando el derecho a la difusión apropiada en todos los niveles sociales; y el derecho a la educación sexual integral, comprendiendo que este es un proceso que se inicia con el nacimiento y dura toda la vida y que debería involucrar a todas las instituciones sociales.

Así las cosas, este interesante trabajo desde la sociedad civil permite sentar algunas premisas que pueden tenerse en vista en los discursos que abordan la sexualidad humana con enfoque de derechos, ideas que son indispensables y esenciales como base para el reconocimiento eficaz de los derechos sexuales y reproductivos. Éstas serían la consideración de la sexualidad como una parte integral de la personalidad de todo ser humano; el reconocimiento de que la sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales; la constatación de que el desarrollo pleno de la sexualidad depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas, como el deseo de contacto, la intimidad emocional, el placer, la ternura y el amor; y que este desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Asimismo, el reconocimiento de que los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la dignidad,

la libertad y la igualdad de todos los seres humanos y que deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades.

No obstante provenir del mundo científico, no es menor su consideración ya que esta Declaración de Derechos Sexuales ha sido a veces mencionada en la institucionalidad formal del ámbito internacional que se preocupa de la salud sexual y reproductiva, como es por ejemplo el caso de la Organización Panamericana de la Salud. En efecto, la oficina regional de la OMS resulta una de las organizaciones a nivel internacional que asume una idea amplia de la *sexualidad* como marco conceptual y refiere esta construcción respecto de los jóvenes justamente invocando el trabajo que ha hecho WAS por medio del instrumento que vengo comentando. En esa lógica ha dicho que "...la región necesita un nuevo marco conceptual que se aproxime a la salud sexual y el desarrollo de los adolescentes, dentro de un enfoque más amplio de desarrollo humano y promoción de la salud... La salud se reconoce universalmente como un derecho fundamental del ser humano y la salud sexual como un componente integral de la salud en general. Por lo tanto, la salud sexual y reproductiva, incluyendo la de los adolescentes y jóvenes, es un derecho humano que incluye el derecho a la integridad sexual, a la seguridad sexual del cuerpo, a la privacidad, a la igualdad, al amor, a la expresión, al derecho a elegir, a la educación y al acceso a la atención de salud. El concepto de derechos sexuales es reconocido y apoyado por varias conferencias mundiales, como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994, El Cairo), la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres (1995, Beijing), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y la Asociación Mundial de la Declaración de Sexualidad y Derechos Sexuales (XIII Congreso Mundial de Sexología, Valencia, España, 1997)..."⁸.

Por otra parte, tal como indica la OMS, la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo, celebrada en 1994, constituye sin duda un punto relevante en la conceptualización y evolución de los derechos sexuales y reproductivos, si bien la primera

8 Organización Panamericana de la Salud (OPS), marco conceptual para el desarrollo y la salud sexual de adolescentes y jóvenes (www.paho.org), 3 de agosto de 2015. Otro ejemplo ha sido la intervención de la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el acto de presentación del libro "Voces excluidas", denominada "Hacia el pleno respeto de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas", llevada a cabo en Bogotá, el 13 de septiembre de 2005, en que el propio orador, representante de Naciones Unidas, invocó justamente estos textos. Discurso disponible en <http://www.hchr.org.co>, *Hacia el pleno respeto de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas*, 3 de agosto de 2015.

referencia se encuentra unos años antes⁹. En el programa de acción se definió la salud reproductiva¹⁰ y se configuró un concepto de derechos reproductivos, relacionándolos con el derecho de las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre ellos; a disponer de información y medios para ejercer esa decisión; a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva; y a tomar decisiones relativas a la reproducción, sin discriminación, coacción ni violencia. De acuerdo a la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, "los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos 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 éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva"¹¹. Además, adoptando un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo

9 En la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, celebrada en 1968, se estableció que los padres "tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos". Proclamación de Teherán, mayo de 1968, párrafo 16.

10 "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y planificar la familia de su elección, así como a otros métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual". Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995), párrafo 7.2.

11 Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y de la mujer a obtener información y de planificar una familia a su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos¹². Además, según el programa de acción de la conferencia, deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro, de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas¹³.

Un año después, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres celebrada en Pekín, los Estados se comprometieron a "garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en (...) la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva"¹⁴. En la plataforma de acción, aprobada conjuntamente con la declaración, se definió la atención de la salud reproductiva como "el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva"¹⁵. Es decir, en lo general se repite la idea pero esta vez ligada al derecho de las mujeres a tener control sobre su sexualidad y la reproducción, lo que va marcando el inicio de una evolución que llega en estos días a la vinculación de estos derechos con los objetivos de desarrollo del milenio y el discurso de los llamados "derechos humanos emergentes".

En efecto, los cuidados que requiere la salud reproductiva de las mujeres fueron considerados como parte de los objetivos de desarrollo en la Cumbre del Milenio del año 2000 y en el marco de su reconfiguración hacia los nuevos objetivos de desarrollo sustentable, adoptados en agosto y acordados formalmente en septiembre de 2015, también han sido puestos de relieve. El quinto objetivo del Milenio, mejorar la salud

12 Ibid., párr. 7.2.

13 Ibid., párr. 7.17.

14 Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 26 de noviembre de 2015. ONU A/ CONF.177/20/Rev.1.

15 Plataforma de acción la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 94, que señala además que "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y planificar la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos".

materna, tuvo como una de sus metas para 2015 lograr el acceso universal a la salud reproductiva y dentro de los 17 temas de la nueva agenda mundial de desarrollo sustentable aparecen nuevamente la igualdad de género y la salud materna¹⁶.

Por otra parte, la llamada "Declaración de Derechos Humanos emergentes", nacida desde la sociedad civil global a inicios del siglo XXI, en su discurso toma al género como uno de los principios que le interesa remarcar, buscando el posicionamiento de los derechos de las mujeres, reivindicando la diversidad sexual y la nueva dimensión del género desde la masculinidad y llamando a considerar como un derecho humano emergente para el siglo XXI a la salud reproductiva y el goce pleno de la sexualidad. Si bien reconoce el valor e importancia de la Declaración Universal de 1948 y ratifica sus postulados, apela a esta nueva mirada con el fin de complementar y reforzar el discurso estatal formal de derechos humanos.

En resumen, todo este desarrollo y lo que ha producido la Organización Mundial de la Salud, a través de sus reuniones y publicaciones, permiten entender claramente que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos. Entre ellos, y a modo de síntesis, se incluyen el derecho al mayor estándar posible en salud, en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; buscar, recibir e impartir información sobre la sexualidad; educación sexual; respeto por la integridad corporal; elección de pareja; decidir ser o no ser sexualmente activo; relaciones sexuales consensuadas; matrimonio consensuado; decidir tener o no tener y cuándo tener hijos y ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera¹⁷.

1.2. El reconocimiento normativo y jurisprudencial de los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento internacional de derechos humanos, con una mirada sobre el aborto

1.2.1. Los derechos sexuales y reproductivos en los tratados universales y regionales

Si bien no hay instrumentos vinculantes expresamente referidos a tales derechos con ese nombre, se pueden entender comprendidos en tratados relacionados a

16 Sobre la Agenda 2015 de desarrollo sustentable véase <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

17 World Health Organization, Human Reproduction Programme, "Sexual Health, human rights and the law", Suiza, 2015.

determinadas materias –principalmente derechos de las mujeres– o a otros derechos sí reconocidos en diversos tratados generales de derechos humanos, como la libertad personal, la vida privada y familiar, o la prohibición de la tortura, norma que tiene además el carácter de norma consuetudinaria de *ius cogens*¹⁸.

Específicamente, encontramos claras referencias a estos derechos –en especial a los de carácter reproductivo– en la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer de 1979 (conocida como CEDAW, por su sigla en inglés) y en un tratado regional: el Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos relativo a los Derechos de la Mujer de 2003 (conocido como Protocolo de Maputo).

La primera de estas convenciones, perteneciente al sistema universal, establece obligaciones específicas en materia de derechos reproductivos, con énfasis en la eliminación de la discriminación de algunos grupos particulares de mujeres, asegurar la igualdad entre hombres y mujeres, y modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la inferioridad o superioridad o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, tema central para las mujeres a la hora del abordaje de cuestiones como la maternidad o la autonomía sobre el cuerpo¹⁹. Su alcance ha sido desarrollado por el comité de la citada convención, principalmente por medio de sus comentarios o recomendaciones generales, como la No. 24, referida a la mujer y la salud. De esta observación general de 1999, en lo que interesa a este trabajo, debe destacarse que es la primera que hace un llamado a los estados a despenalizar el aborto, en el marco de la educación sexual y la prevención de embarazos no deseados²⁰. También cabe resaltar la Recomendación general N° 30 del mismo órgano, que en 2013, en relación a situaciones de conflicto, se refirió al embarazo como un derecho de la mujer, con el derecho de terminarlo o continuarlo a su voluntad. En relación al término, señala que se recomienda a los estados que garanticen que los servicios de atención de salud sexual y reproductiva incorporen el acceso a información en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos, con referencias claras a los servicios de aborto sin riesgo y la atención posterior al

18 Comité contra la Tortura. Recomendación General N° 2: aplicación del artículo 2 por los estados partes (2007), párrafo 1. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. II).

19 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículos 10, letra h; 12.1; 12.2; 14.2, letra b; 16.1; y 5 letra a.

20 “En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto, a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”. CEDAW. Recomendación General N° 24: La mujer y la salud. Doc. A/54/38/Rev.1, 1999.

aborto, entre otros. En cuanto al derecho a continuar el embarazo, sostiene que los abortos forzados (como los embarazos o la esterilización forzados) en situaciones de conflicto vulneran numerosos derechos de las mujeres y deben ser prevenidos, investigados y sancionados²¹.

El segundo es un texto vinculante del sistema africano de protección de derechos, que podríamos considerar bastante progresista al indicar expresamente que los estados partes deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para proteger los derechos reproductivos de las mujeres, a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto. Podemos afirmar que es el único texto vinculante que expresamente se refiere al aborto como derecho humano. En el artículo 14.2 c) considera como obligaciones de los estados partes: *"Proteger los derechos reproductivos de las mujeres, autorizando el aborto médico en casos de violencia sexual, violación, incesto, y siempre que el desarrollo del embarazo suponga un riesgo para la salud mental y/o física de la madre o la vida de la madre o del feto"* (traducción propia).

Ahora bien, desarrollando estas y otras normas convencionales, los comités de vigilancia de los tratados del sistema universal han dado una comprensión amplia al derecho a la salud, al derecho a la integridad psíquica y física, y al derecho a no ser torturado ni sometido a trato cruel, inhumano y degradante, lo que lleva a la comprensión de la existencia de derechos sexuales y reproductivos en los marcos convencionales vigentes. Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966²²; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966²³ y la Convención contra la Tortura y todo trato cruel, inhumano y degradante, de 1984²⁴.

21 CEDAW. Recomendación General N° 30: Sobre las mujeres en la prevención de conflictos, en situación de conflicto y posterior a conflictos. Doc. CEDAW/C//GC/30. 2013.

22 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Chile en el año 1972, artículos 12; 2.2; 3; y 15.

23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7. Chile firmó el PIDCP el 16 de septiembre de 1969 y lo ratificó el 10 de febrero de 1972. Por declaración del 7 de septiembre de 1990, Chile reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos creado en el PIDCP con el límite temporal del 11 de marzo de 1990.

24 Convención contra la Tortura y todo trato cruel, inhumano y degradante, artículos 1 y 2. Chile firmó esta convención el 23 de septiembre de 1987 y la ratificó el 30 de septiembre de 1988, con reservas al método de solución de controversias del artículo 30.

Así por ejemplo, además de las ya citadas recomendaciones generales N° 24 y N° 30 del comité que vigila la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, un aporte notable como instrumento de interpretación lo hace la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos, que vigila el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refiere a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. En este instrumento se hace una relación entre la interrupción del embarazo y varios de los derechos que reconoce el texto, tales como el derecho a la vida y la protección de la vida privada. En el primer caso, es decir en relación a la vida de la mujer, pide a los estados que entreguen información sobre las medidas que hayan adoptado para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida²⁵. Sobre la vida privada, establece que los estados vulneran el tratado cuando imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos²⁶.

Interesante es apuntar que en la Observación General en que se refiere al derecho a la vida, no hay ninguna referencia que permita concluir que se entiende extendido este derecho al no nacido, cuestión relevante cuando se entra a la discusión de la interrupción voluntaria del embarazo desde el lenguaje de los derechos humanos, al pretender a veces hacer aparecer una colisión entre el "derecho a la vida" del no nacido y los derechos de la mujer. Esta línea argumental, en todo caso, quedó superada, en favor de los derechos de las mujeres, por el sistema interamericano –al que pertenece Chile–, como se verá más adelante.

Acerca de otros tratados también encontramos las Recomendaciones Generales N° 14 y N° 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referidas respectivamente al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al derecho igualitario entre hombres y mujeres al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales²⁷. Lo propio ha hecho el Comité contra la Tortura²⁸, al señalar que

25 Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 28: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3). Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I), 2000, párrafo 10.

26 *Ibid.*, párrafo 20.

27 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC). Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4). Y Observación General N° 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3) (2005, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, vol. I).

28 Comité contra la Tortura. Recomendación General N° 2: Aplicación del artículo 2 por los estados partes (2007), párrafo 22. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. II).

la violencia sexual puede constituir tortura tanto dentro como fuera de conflictos armados²⁹.

Efectuado un breve repaso sobre los estándares universales que el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado en el tema marco de los derechos sexuales y reproductivos y el aborto, pensando en el caso chileno y el derecho internacional que más directamente nos obliga, hay que ser conscientes que el principal texto –la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969– nada dice de manera expresa ni sobre derechos reproductivos ni menos sobre aborto³⁰.

No obstante, a propósito de un caso litigioso sí ha dado su interpretación a las normas del citado texto, en las que desde ya antes podíamos entender incluida la discursiva de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos: la dignidad, la autonomía, la libertad, la no discriminación y la protección de la familia.

29 Las observaciones o comentarios generales que pronuncian los comités de los tratados tienen un alcance general y se dirigen a todos los estados partes del pacto respectivo, a diferencia de las observaciones finales sobre los informes periódicos presentados por un Estado que tienen alcance particular. A través de ellas se busca apoyar y promover la implementación de las normas convencionales. En cuanto a su valor jurídico, si bien debe reconocerse que en sí mismas no tienen la naturaleza jurídica de instrumentos vinculantes, sí constituyen una interpretación con fuerza de autoridad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, por el comportamiento posterior de los propios estados. A ellos se refieren por ejemplo el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 40.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 19.3 de la Convención contra la Tortura, y el artículo 21 de la CEDAW. El trabajo interpretativo de normas convencionales que realizan los comités de los tratados se enriquece, por cierto, con el trabajo de varios relatores o grupos de trabajo del sistema universal que funcionan bajo el alero del Consejo de Derechos Humanos, los cuales si bien no tienen que ver con casos litigiosos, tienen justamente por lo mismo una vocación de generalidad que debe ser tenida en vista. Por razones de extensión de este trabajo no se incluye un análisis de los principales documentos emanados de estos relatores o grupos de trabajo.

30 Entendemos que sería conveniente también dar una mirada a los diferentes modelos de regulación del aborto provocado en los países más cercanos a Chile. Sin embargo, ello excede con mucho las pretensiones y limitaciones impuestas a este artículo. Sí apuntamos, en todo caso, que al año 2016 Nicaragua, Honduras, El Salvador y Chile tienen las legislaciones más restrictivas. En general, los derechos nacionales transitan desde la prohibición absoluta hasta los distintos tipos de regulaciones: con plazo, justificación o sistema de causales. Un mapa interactivo que muestra el estado y evolución de los países en esta materia se encuentra en: <http://elpais.com>, "La conquista de un derecho", 4 de noviembre de 2015.

Por la importancia de esta jurisprudencia y la vocación a que aspira el sistema interamericano desde la interpretación de los artículos 1°, 2° y 29° del mismo texto, parece necesario hacer una referencia a ella. A ello iré en el apartado siguiente.

1.2.2. Jurisprudencia interamericana en materia de derechos sexuales y reproductivos. El impacto progresista del Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, frente al pretendido debate entre derechos de las mujeres y "derecho a la vida" del no nacido

No obstante el notable avance en la conceptualización de los derechos sexuales y reproductivos del que se ha hecho resumen en los párrafos anteriores, incidiendo así en la comprensión sobre su contenido y alcance para los estados, su judicialización en casos de vulneraciones vinculadas a la interrupción del embarazo no ha sido un tema fácil ni en los niveles domésticos³¹, ni en el nivel internacional comparado³².

En el ámbito internacional interamericano hay un caso que puede ser considerado el más relevante en relación a la materia, en el trabajo de la Corte Interamericana de

31 En el ámbito de los derechos nacionales, tema cuyo análisis riguroso excede a los objetivos de este trabajo, se han desarrollado interesantes líneas jurisprudenciales en algunos casos, con el ejemplo emblemático de los Estados Unidos de América desde el famoso Caso Roe, de 1973, que marcó un punto de inflexión en el abordaje de un ámbito específico de los derechos reproductivos de las mujeres y que es el que más interesa a este trabajo, como es el vinculado a la posibilidad de abortar en determinados supuestos.

32 En el sistema europeo de derechos humanos, ejemplos interesantes han sido los casos Paton con Reino Unido de 1980 y H. con Noruega de 1992, ambos ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, y Boso con Italia, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativos todos a denuncias de hombres que querían evitar que sus mujeres interrumpieran sus embarazos voluntariamente. En general y con los matices que tuvo cada caso, de ellos ha dicho la doctrina que abonan la tesis del rechazo del sistema europeo de considerar al feto como persona y como titular del derecho a la vida al ponerlos en perspectiva con los derechos de las mujeres involucradas. Un completo análisis de jurisprudencia europea en la materia se encuentra en Saura Estapá, Jaime, "El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de derechos humanos", Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 29, 2015. Tampoco se incluye en este trabajo un análisis de la jurisprudencia emanada de los comités que vigilan los tratados del sistema universal. Ese es un interesante ámbito de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos donde es posible encontrar interesantes pronunciamientos en el marco del ejercicio del derecho de petición por individuos contra los estados que reconocen la competencia de los órganos de vigilancia de los tratados para pronunciarse de presuntas violaciones.. Es el caso por ejemplo de K.L contra Perú, resuelto por el Comité de Derechos Humanos en 2005; el Caso L.C también contra Perú, pero esta vez a cargo del comité que supervisa la CEDAW, en 2011; o el Caso Alyné da Silva Pimentel contra Brasil, de competencia también del Comité de la CEDAW, el mismo año.

Derechos Humanos. Me refiero al Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, de 2012³³. Si bien no es el único pronunciamiento de los órganos del sistema interamericano en materia de derechos sexuales y reproductivos³⁴, sí reviste la mayor importancia por la reconceptualización notable que se hace de la vida privada, la libertad personal, la no discriminación y otros derechos en relación con la salud sexual y reproductiva y por la interpretación que atribuye al artículo 4.1 de la Convención Americana³⁵, afirmando la protección gradual e incremental para el no nacido, al que no se considera persona, cuestión de la mayor centralidad cuando se habla de interrupción del embarazo. De esta manera, no siendo estrictamente un caso vinculado a la interrupción del embarazo –si no más bien a otras facetas de los derechos reproductivos–, marca el estándar americano vigente en el tema.

En efecto, el Caso Artavia Murillo se relaciona con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo

33 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C 257.

34 Un caso interesante ha sido el conocido como Caso “Baby Boy” contra EE.UU, en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos rechazó la solicitud de declarar violatorias de la Declaración Americana dos sentencias de la Corte Suprema de EE.UU. que habían considerado inconstitucional la penalización de todo aborto consentido por la mujer antes de la viabilidad del feto, por la expresión «y en general» del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En materia de medidas cautelares hay dos pronunciamientos de especial relevancia, por tratarse de El Salvador y Nicaragua, países que –junto a Chile– cuentan con una legislación que penaliza el aborto en toda circunstancia. El caso B se trata de una solicitud de medidas provisionales que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló a la Corte Interamericana ante la negativa del Estado de El Salvador de cumplir con las medidas cautelares que ese organismo había decretado ante la situación de riesgo vital que afectaba a una mujer, conocida en el caso como “Beatriz”. Como el aborto en dicho país es penalizado en cualquier evento, el Estado se negó a cumplir el tratamiento médico que recomendaba que en su caso –enferma de lupus eritematoso discoide y nefritis lúpica– había que poner término al embarazo de 13 semanas de gestación de un feto con anencefalia, anomalía incompatible con la vida extrauterina. Sin embargo, el 29 de mayo de 2013 la Corte otorgó medidas provisionales a favor de “Beatriz” para proteger sus derechos a la vida y a la integridad personal, garantizados en los artículos 4 y 5 del Pacto de San José de Costa Rica, respectivamente, considerando la gravedad, urgencia y posible daño irreparable para ella. El caso de medidas cautelares “Amelia” contra Nicaragua de 2010, en tanto, tuvo que ver con la situación de una mujer que padecía cáncer y era madre de una niña de 10 años, pero a quien se le negaba el tratamiento frente a la enfermedad por el riesgo de aborto asociado. Por eso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado medidas cautelares a favor de la mujer para asegurar que tuviera acceso al tratamiento necesario, privilegiando entonces el derecho a la vida y la salud de la madre por sobre la pretensión del Estado de proteger la vida de la criatura que estaba por nacer.

35 “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, en el que se regulaba la técnica de fecundación in vitro (FIV). Esta sentencia implicó que se prohibiera dicho tratamiento en ese país y, en concreto, significó para las víctimas la violación de algunos derechos humanos al tener que interrumpir sus tratamientos o viajar al extranjero para poder cumplir con su deseo de ser padres y madres biológicamente.

Entre otros aspectos se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia de las parejas que demandaron al Estado. Asimismo, se alegó que la prohibición implicó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

Por sentencia de 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cinco votos a favor y uno en contra, declaró internacionalmente responsable a Costa Rica por violar los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de no discriminación, contenidos en los artículos 5.1., 7, 11.2, 17.2, en relación con el artículo 1.1 sobre la obligación de respetar los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Dispuso la Corte que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación y que el Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente sentencia.

Asimismo, dispuso informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención, sean medidas legislativas o evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. También ordenó que el Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo

en cuenta los principios establecidos en la misma sentencia, debiendo establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, informando anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

Además, a partir de la sentencia el Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación, e informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes los requieran y de los planes diseñados para este efecto, estableciendo sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. Por otra parte, se estableció el deber de brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas; realizar publicación de la sentencia en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de ella, por una sola vez, en el Diario Oficial La Gaceta y en otros dos periódicos de amplia circulación; e implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, con mecanismos de divulgación en salud reproductiva, determinando el Estado el destino de los recursos financieros escasos con que cuenta el sistema de salud³⁶.

Como se puede suponer, la sentencia del Caso Artavia ha marcado un antes y un después en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos y en el desarrollo de la causa de los derechos reproductivos de mujeres y hombres. Para unos y unas es un fallo ejemplificador y un avance sostenido en materia de derechos sexuales y reproductivos³⁷. Para otros, el fallo muestra el exceso de atribuciones que ha

36 La sentencia dispuso además:

8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del fallo.

9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, rendir al tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

37 Véase Zuñiga Fajuri, Alejandra. Sentencia Artavia Murillo y Aborto en Chile, publicado en el libro "Problemáticas Actuales del Derecho Constitucional", que contiene las actas de las IX Jornadas

tomado la Corte de cara a su idea de crear estándares continentales, casi olvidando la deferencia nacional que se debería a los estados en algunos temas³⁸. Esta diferente mirada tiene su anclaje en la reconceptualización notable que hace la sentencia de la vida privada, la libertad personal, la no discriminación y otros derechos, en relación con la salud sexual y reproductiva y, evidentemente, por la interpretación que atribuye la Corte Interamericana al artículo 4.1.

Hablando estrictamente desde el derecho internacional, la sentencia es un ejemplo sobre los problemas que presenta la variedad infinita de manifestaciones de este derecho –recordando un artículo de Baxter³⁹– al poner en evidencia que la Corte viene usando una enorme cantidad de instrumentos en el contexto de sus reglas de interpretación, tales como sentencias de otros tribunales internacionales, sentencias de tribunales nacionales y documentos de *soft law*, muchas veces casi como argumentos de autoridad.

Sin embargo, en lo que acá interesa y más allá de los problemas que el fallo ofrece a los interesados en el derecho internacional, desde la lógica del sistema de creación de fuentes y las reglas de interpretación de normas internacionales –tema que excedería los propósitos de este trabajo–, las nuevas comprensiones conceptuales vinculadas a los derechos sexuales y reproductivos merecen ser tenidas a la vista, al igual que la no consideración del *nasciturus* como persona y, por tanto, titular del derecho a la vida que protege el Pacto de San José de Costa Rica. Voy a ambos temas, poniéndome desde ya del lado de quienes consideran que este es un fallo emblemático y que viene a responder a las exigencias de un tiempo en que las personas demandan nuevas comprensiones de los derechos que históricamente han afectado desproporcionadamente a algunas personas.

En primer lugar, sobre el alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar, va a decir la Corte que los derechos reproductivos

Constitucionales realizadas en 2013 en el Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Universidad Mayor (Editorial Universidad Mayor-Temuco). Edición dirigida por el Ministro y Académico Don Álvaro Mesa Latorre, 2014, pp. 45-52.

38 Véase Silva Abbott, Max, "El caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: análisis crítico y posibles efectos regionales", *Derecho Público Iberoamericano*, Revista del Centro de Justicia Constitucional, III, N° 6 (Universidad del Desarrollo), 2015; y Paul Díaz, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", *Derecho Público Iberoamericano*, Revista del Centro de Justicia Constitucional, Año I, N° 2 (Universidad del Desarrollo), 2013.

39 El título va en alusión al texto de BAXTER, R.R. *International Law in "her infinite variety"*. *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 1980, pp. 29: 549-566.

de las personas entran en este ámbito⁴⁰, haciendo a propósito de esto una referencia al trabajo del Comité de Derechos Humanos. En efecto, se valdrá la Corte de la Observación General N° 19 (1990), sobre el Artículo 23 - La familia, para este punto. En su párrafo 5º, esta Observación General indica que "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos"⁴¹.

Luego agrega que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, haciendo una interpretación sistémica con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 16 letra e) establece que las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Entiende así que este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. De esta manera, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos⁴².

Un punto que parece necesario destacar es la comprensión amplia que hace la Corte sobre el derecho a la vida privada. Va a considerar la Corte que la salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables⁴³. Tal vez la conclusión más relevante en este punto sea que establece que el derecho a la vida privada va más allá de la privacidad. En efecto, abarca una serie de factores relacionados con la dignidad

40 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas). Serie C 257, párr. 144.

41 *Ibid.*, párr. 145.

42 *Ibid.*, párr. 146.

43 De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que "las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia". Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C, 2007, pág. 151, citado en la declaración ante el fedatario público del perito Paul Hunt. Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") contra Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas). Serie C 257, párr. 148.

del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales, incluyendo el derecho a la autonomía personal, el desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. Afirma así que la vida privada incluye la manera en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. En el caso de las mujeres reitera que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad, considerando que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluyendo la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico⁴⁴.

Considero que la sentencia es entonces un avance sustantivo notable en la forma de comprender la libertad y la autonomía personal de las personas, especialmente de las mujeres, lo que ha permitido un espacio de justiciabilidad que no habían logrado los derechos sexuales y reproductivos. Ello es especialmente relevante de cara a la doctrina del "control de convencionalidad". Contamos ahora con una nueva comprensión, un nuevo estándar para los estados, al modo de lo que ha sido el caso *Atala* en materia de discriminación por orientación sexual. Además, entra a la consideración de lo que son las discriminaciones indirectas o por resultados desde un enfoque de género, discapacidad y condición socio-económica, cuestiones todas de la mayor centralidad en el discurso contemporáneo y emergente de los derechos.

El segundo aspecto que vale destacar de esta sentencia para los fines de este trabajo es la comprensión del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dice esta norma convencional que "*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*". En lo relevante para el caso, lo primero que hay que remarcar es que hasta el momento de esta sentencia la jurisprudencia de la Corte no se había pronunciado sobre el sentido de la frase "*...en general, a partir del momento de la concepción*" en controversias como la del caso⁴⁵. En tanto, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los estados, la Corte había señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los

44 Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros*. *Op. cit.*, párr. 143.

45 *Ibid.*, párr. 172.

demás derechos humanos⁴⁶, pero no había dado su interpretación de autoridad a esta expresión de la norma.

Dado que en el caso promovido contra Costa Rica este Estado consideró que los alcances del derecho a la vida obligan a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción, para analizar si existe esa obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procedió a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". Para hacer este análisis, el tribunal va a reiterar su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como (CONFIRMAR) una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos⁴⁷. En ese marco, haciendo una interpretación conforme al sentido corriente de los términos, sistemática e histórica, evolutiva, y desde el objeto y fin del tratado, va a llegar a tres conclusiones relevantes a las cuales apuntan como resultado coincidente todos esos métodos de determinación del sentido y alcance de la disposición indicada.

Así, la Corte concluye que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, sostiene que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la convención. Finalmente señala que de las palabras "en general" es posible concluir que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

De los razonamientos que la Corte da cuenta para llegar a estas tres conclusiones parece particularmente importante hacer una breve referencia a la interpretación sistemática y a la evolutiva.

46 Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186.

47 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros. *Op. cit.*, párr. 173.

Acerca de la primera, la Corte resalta que las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. En este sentido, el tribunal ha considerado que "al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)", esto es, el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁸. Con ello pone en evidencia la importancia de mirar más allá del sistema interamericano de derechos humanos y sus instrumentos, esto es, hacia el sistema universal y la interpretación de sus tratados por los respectivos comités de vigilancia e incluso a los sistemas europeo y africano y a la jurisprudencia comparada. Con ese acertado razonamiento llega a la conclusión de que ninguno de los artículos o tratados del derecho internacional de los derechos humanos permite sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4° de la convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana⁴⁹.

Por su parte, por medio de la interpretación evolutiva va a fijar el estatus legal del embrión. En efecto, recordando que la misma Corte ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, defiende esta interpretación evolutiva como consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 31 y va a servirse de ésta para dar una visión evolutiva del tratado. Aporta además una justificación aún mayor: la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención. Analiza así dos temas en el marco de la interpretación evolutiva: los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al estatus legal del embrión, y las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación

48 Ibid., párr. 191.

49 Ibid., párr. 244. Amparándose en la llamada "interpretación sistemática", la Corte alude a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (párrafo 224), al sistema europeo de derechos humanos (párrafos 234-242), al sistema africano (párrafo 243) y a tratados del sistema universal como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párrafos 225-226), la CEDAW (párrafos 227-228) y la Convención de Derechos del Niño, en sus artículos 1 y 6.1 (párrafos 229-233). Lo propio hace con el derecho comparado (por ejemplo, en los párrafos 254 a 256 y 260 a 262).

con la FIV. La conclusión es categórica en el sentido de que los estados que regulan la materia no han considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. *"En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona"*⁵⁰.

Esta frase resume entonces lo que hoy debemos considerar como estándar interamericano en cuanto a la vida prenatal y la protección que le es debida. Veamos ahora por qué debería ser tenido en vista en la discusión legislativa que se sigue en Chile.

2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONSIDERACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LAS DISCUSIONES LEGISLATIVAS EN CHILE Y EL PROYECTO DE DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES, A MODO DE CONCLUSIÓN

El artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 establece desde 1999, con la reforma constitucional de la Ley N° 19.611, que *"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*. Más adelante en el texto, el artículo 19 se encarga de garantizar en el numeral 2° que hombres y mujeres son iguales ante la ley, norma introducida en el año 1999, bajo el gobierno democrático de Eduardo Frei Ruz-Tagle. Por su parte, el artículo 5° del texto constitucional vigente –en la interpretación más garantista que podemos hacer del mismo luego de la reforma constitucional de la Ley N° 18.825, en el año 1989–, pese a ser una norma de reenvío imperfecta en técnica legislativa, permite incorporar los derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes al bloque constitucional de estos atributos. Además, nos obligaría –bajo la "amenaza" de un posible control de convencionalidad de los órganos del sistema interamericano– a considerar los estándares internacionales de derechos humanos.

Si a estas ideas adicionamos los principios pro persona, de progresividad y de interdependencia entre el derecho internacional y los derechos domésticos; los compromisos internacionales de carácter jurídico y político asumidos por Chile; y la circunstancia de que el texto constitucional de 1980 no es claro sobre la condición de persona del que está por nacer (correspondiendo en esta parte, por cierto, a

50 Ibid., párr. 245-256.

una norma de rango constitucional aprobada bajo un régimen no democrático), el tema de los derechos sexuales y reproductivos y la posibilidad de una mujer para interrumpir un embarazo en determinadas circunstancias no debe analizarse sin considerar los estándares internacionales reseñados en los párrafos anteriores. El reconocimiento de estos estándares internacionales debe ser parte del marco de la discusión legislativo-política en Chile sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Bajo ese marco nos situamos en la posición que reconoce que las mujeres son titulares de derechos reproductivos en cuanto derechos fundamentales que son consecuencia de su dignidad, autonomía y libertad, y que sirven en su reconocimiento y ejercicio para el goce efectivo de otros derechos, tanto civiles (vida privada, libertad, integridad psíquica, entre otros) como sociales (salud, educación, entre otros), no pudiendo la protección que debe darse al no nacido tener un carácter absoluto cuando están en juego esos derechos.

Tomando este enfoque –el de los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales– resulta evidente que la vía de la penalización y prohibición absoluta que actualmente se establece en Chile en esta materia incide negativamente en el ejercicio de otros derechos de mujeres y niñas, tales como la libertad de enseñanza, la libertad de expresión, la integridad física y psíquica o la vida privada, por ejemplo, y es contraria a los estándares contemporáneos y a los consensos existentes a nivel internacional.

En lo práctico, la adopción de este enfoque para enmarcar la discusión legislativa supone entonces considerar dos presupuestos. El primero, reconocer a las mujeres –real y no formalmente– como titulares de derechos reproductivos y la influencia de ellos en el ejercicio pleno de otros derechos. El segundo, adoptar la posición que ha mandatado la Corte Interamericana sobre el estatus del no nacido, considerándolo como digno de protección “gradual e incremental” pero no persona, en el sentido que los textos internacionales de derechos humanos entregan al titular de los derechos llamados “humanos” que son las personas y, por tanto, no titular del “derecho a la vida” o de otros derechos, desde el lenguaje normativo internacional.

En esta línea de pensamiento es el segundo presupuesto el que genera mayores controversias en Chile. Desde un punto de vista general, creemos que se tiende a plantear la cuestión de la despenalización como una dicotomía o debate entre los derechos de las mujeres y los derechos del no nacido, como si se tratara de iguales. En forma adicional, se busca revestir esta posición ideológica de legalidad

y constitucionalidad a partir de determinadas normas del ordenamiento jurídico nacional. La principal, sin duda, es aquella de rango constitucional que señala que "La ley protege la vida del que está por nacer", a la cual se le ha pretendido dar una interpretación que acoja el planteamiento de un eventual "derecho a la vida" o estatus de "persona" al no nacido⁵¹. Rechazamos esa interpretación porque elude elementos relevantes. Uno de ellos es que la norma fue adoptada en el marco de un régimen no democrático, cuestión que no es menor para lo que se apuntará luego. Otro elemento es que esa interpretación y entendimiento del no nacido como "persona" no es coherente con el tratamiento diferenciado que la ley chilena da a la persona y al no nacido. Así por ejemplo, en materia penal se sancionan de forma diferente el homicidio del aborto, esto es en títulos separados y no considerando al aborto como un ilícito contra las "personas". Lo mismo ocurre en materia civil, al considerar derechos patrimoniales para el que va a nacer y que serán deferidos cuando nazca. Si se leen con detención las disposiciones legales que se refieren al no nacido, no se usa en ellas la expresión "persona". Por ejemplo, los artículos 74, 77 y 1390 del Código Civil.

El sentido entonces es el que resulta coherente con el estándar internacional. No es persona y por tanto no tiene "derecho a la vida" en el sentido que sí lo tienen las personas, las y los que han nacido –cualquiera sea su condición–. Sí es digno de protección al ser una potencialidad de persona humana, no siendo en todo caso absoluta esta protección y sin que alcance para restringir derechos de las mujeres que sí son personas en todo el sentido de la expresión (moral, ético, biológico y normativo), en función de un valor que sería abstracto en perspectiva comparada.

En otras palabras, la criatura no nacida y la mujer que la lleva en su vientre no son iguales. Por eso, si están en juego los derechos esenciales de las mujeres, es a ella a quien debe darse la primera protección. Este entendimiento, que supone además –como se dijo– asumir que el no nacido sí debe ser protegido en situaciones de normalidad para el ejercicio de los derechos de la mujer gestante –por su potencialidad de llegar a ser una persona–, aparta inmediatamente las voces que buscan crear una especie de ideologización del debate, pretendiendo que unos están "a favor de la vida" y otros "en contra de la vida" en relación al proyecto de ley que se discute en el Congreso Nacional desde enero de 2015. En efecto, como ya apunta fundadamente

51 En ese sentido, Corral Talciani, Hernán, "El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de 'despenalización' del aborto", en "El aborto. Perspectivas filosóficas, jurídicas y médicas", Cuadernos de Extensión Jurídica 27 (Universidad de Los Andes), 2015, pp. 125-130.

la sentencia Artavia Murillo, el no nacido debe ser protegido –y ese es el sentido de la frase “en general desde el momento de la concepción” pero ello no significa considerarlo persona. Es una potencialidad de vida, no una persona.

Si a esta comprensión sumamos las consecuencias posibles para el país en materia de responsabilidad internacional y en aplicación de la doctrina del llamado “control de convencionalidad”, desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es definitivamente innegable que al legislar hay que tener en cuenta el ordenamiento internacional y su interpretación.

Frente a esta cuestión no podemos eludir que es una doctrina aún resentida por varios autores. Resumidamente, se puede entender que la crítica apunta a la tensión que provoca entre el margen de apreciación, la deferencia nacional debida y la legitimidad democrática de los estados. En buena medida y simplificando la línea argumental por la extensión de este trabajo, se puede afirmar que ello se debe a que si bien se entiende que hay amplio consenso entre los estados en varios aspectos del discurso normativo de los derechos humanos (como el carácter universal o el contenido de ciertos derechos, como la prohibición de la tortura, de la esclavitud o de la discriminación racial), también existe un pluralismo jurídico normativo e interpretativo en materia de derechos que debe ser reconocido. Es ahí y en las notables diferencias que todavía subsisten en ciertos temas (entre ellos, por cierto, los derechos sexuales y reproductivos) donde la Corte continental parece querer entrar sin respetar que cada Estado es el que está en mejor pie para decidir⁵².

Como la Corte ha ido ampliando notablemente el entendimiento e interpretación de los derechos que los estados deben garantizar utilizando instrumentos que no son realmente parte del sistema interamericano, sea porque no tienen el carácter de tratado (el caso del *soft law*), sea porque se trata de acuerdos internacionales no vigentes para los estados partes o sea porque invoca sentencias de tribunales nacionales o de otros tribunales internacionales, es fácil entender las inquietudes que provoca. ¿Qué pasa con las reglas del juego y lo que se pactó en el momento de la suscripción del acuerdo? ¿Qué pasa con la deferencia nacional debida a ciertos temas, entre ellos el aborto? ¿Qué valor atribuye en verdad la Corte a fuentes no vinculantes, en el

52 En este sentido véase, por ejemplo, Martínez Estay, José Ignacio, “Subsidiariedad y margen de apreciación en las relaciones derecho nacional-derecho supranacional. Consideraciones para el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en “La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Editorial Librotecnia), 2014, pp. 307-344.

marco de las reglas de interpretación que aplica? ¿No hay una extensión desmedida de la autoridad de la Corte, por vía del control de convencionalidad, sin suficiente fundamento normativo?

Frente a estas inquietudes es posible encontrar respuestas en el propio derecho internacional de los derechos humanos.

Por de pronto hay que apuntar que existe un marco normativo para el control de convencionalidad, dado por la propia Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Chile es parte. Viene dado por los artículos 1°, que establece los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos a cargo de los estados; 2°, que obliga a los estados a ajustar su derecho interno a las disposiciones de la convención; y 29, que establece reglas de interpretación y aplicación de la convención.

Además, el desarrollo del control de convencionalidad se ha dado a propósito de casos contra Chile y es a nuestro país a quien le han mandatado mirar la interpretación que la Corte Interamericana hace de las normas del Pacto de San José en sendas sentencias internacionales que nos obligan⁵³.

Y si esa forma de interpretar aún parece cuestionable para algunos, hay que precisar que la Corte no aplica directamente instrumentos internacionales no vinculantes, ni crea nuevos derechos a partir de obligaciones no existentes. Lo que hace es, justamente al amparo del mandato convencional de las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados celebrados entre estados, utilizar diversos elementos de interpretación de las normas convencionales que sí puede aplicar en virtud del consentimiento de los estados a esos dos textos que deben ser respetados por los principios de buena fe y el *pacta sunt servanda*⁵⁴. Con ello se avanza en la justiciabilidad de los derechos y responde

53 "…el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas). Serie C 154, párr. 124. Véase además Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas). Serie C 239, párrs. 279 al 284, especialmente 282 y 283.

54 Rechazamos entonces las posiciones doctrinales que disminuyen la importancia y utilidad real del *soft law*, pues no se trata de pretender crear obligaciones a partir de instrumentos no vinculantes, sino de usarlos como elementos de interpretación para llegar a la determinación del sentido y alcance de uno o más derechos. En ese sentido véase Paul Díaz, Álvaro, "El estado actual del aborto en el

a lo que ha dicho una doctrina calificada en la materia: los tratados internacionales de derechos humanos están sujetos a una interpretación propia⁵⁵, que además es evolutiva y los considera como "instrumentos vivos". El Caso Artavia Murillo es un notable ejemplo de esta tendencia.

Otra manera de entender la labor de la Corte Interamericana deja sin aplicación coherente a la norma constitucional del artículo 5 inciso 2° de la Constitución chilena y la retroalimentación recíproca entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Lo que quiero decir es que justamente el respeto a la legalidad democrática nos debe llevar a situar esa norma en su aplicación por sobre una disposición claramente más ambigua, como el artículo 19 N° 1, inciso 2°, nacida además bajo un régimen no democrático. La pretensión de apelar a la "identidad constitucional" nacional y por tanto al "principio democrático" para intentar sustraer de la discusión legislativa los estándares y obligaciones internacionales, se cae estrepitosamente cuando hablamos de interrupción voluntaria del embarazo y estatus del no nacido⁵⁶.

Por otra parte y abonando a los argumentos normativos, parece interesante tener en vista que el 22 de octubre de 2015 Chile firmó la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia⁵⁷ –aún sin vigor internacional–, que en el capítulo III, "Deberes del Estado", establece en el artículo 4 que los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo: *viii. Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables*

Derecho Internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno", en "El aborto. Perspectivas filosóficas, jurídicas y médicas", Cuadernos de Extensión Jurídica 27 (Universidad de Los Andes), 2015, pp. 203-223.

55 Véase Cancado Trindade, A., "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI", Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 2001.

56 Véase esa línea argumental, por ejemplo, en Martínez Estay, José Ignacio, "Subsidiariedad y margen de apreciación en las relaciones derecho nacional-derecho supranacional. Consideraciones para el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales" (cit.). Sobre el concepto de "identidad constitucional" véase Núñez Poblete, Manuel, "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", Revista Ius et Praxis, año 14, N° 2, 2008, pp. 331-372.

57 OEA/Ser.PAG/RES. 2804 (XLIII-O/13), 5 de junio de 2013.

a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación. Si bien la firma no produce *per se* la entrada en vigor de este tratado para Chile, hay que tener presente que en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados celebrados entre estados, si un Estado ha firmado un tratado debe abstenerse de actos que frustren el objeto y fin del acuerdo.

Si tenemos clara conciencia de la histórica situación de vulnerabilidad y desigualdad de las mujeres –como se apuntó al inicio–, tendremos que ser muy conscientes que la vía de la penalización como forma de proteger la vida prenatal afecta derechos de las mujeres sin lugar a dudas y produce para ellas (nosotras) una discriminación en el goce de derechos, desde la correcta interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre su estatus de no persona y el tiempo en que se aprobaron en Chile las normas internas que se suelen poner en movimiento en la discusión.

El proyecto de ley –perfectible como todo proyecto– apunta en la dirección correcta de acuerdo a los estándares internacionales actuales y los compromisos asumidos por el país. No permitiría entonces la extensión absoluta de la libertad de las mujeres para llegar a decidir poner fin a un embarazo de término sin causales y centra la cuestión en la vulnerabilidad de ellas en determinadas situaciones concretas. En ese contexto debería mantenerse la discusión legislativa.

Además, el proyecto en actual tramitación es coherente de forma directa con compromisos asumidos por el Estado. En ese sentido, es conforme con lo reconocido en el último Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos. En dicho mecanismo de control internacional Chile rechazó la recomendación de la Santa Sede que instaba a una defensa de la "persona humana desde el momento de la concepción hasta la muerte natural". El rechazo tuvo por base el ordenamiento jurídico chileno que establece que la existencia legal de toda persona humana principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre, asumiendo trabajar por la despenalización del aborto en solo tres causales⁵⁸. Asimismo, el proyecto y la necesidad de legislar despenalizando responden a las recomendaciones recibidas por el Estado, por ejemplo, por el Comité sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, que hace poco nos ha dicho directamente que debemos revisar "la legislación vigente sobre el aborto con miras a despenalizarlo en los casos de violación, incesto o riesgo para la salud o la vida de la madre" y

58 Véase Informe EPU Chile 2014-Consejo de Derechos Humanos, información oficial sobre este mecanismo en <http://www.minrel.gov.cl>, 2 de diciembre de 2015.

realizar “un estudio exhaustivo, con datos estadísticos, de los abortos ilegales y practicados en condiciones de riesgo y de sus consecuencias para la salud y la vida de las mujeres, particularmente cuando se produzcan casos de mortalidad derivada de la maternidad, y considere la posibilidad de utilizar ese estudio como base para adoptar medidas legislativas y en materia de políticas”⁵⁹.

Por fin entonces estamos empezando a hablar en un lenguaje coherente de igualdad entre “personas” en materia de derechos reproductivos, apuntando a poner término a una de las tantas cargas desproporcionadas que debemos soportar las mujeres y niñas y cumpliendo con los deberes internacionales que hemos asumido en democracia.

Por cierto que no bastará con despenalizar la interrupción del embarazo para mejorar la desigualdad contra las mujeres. Como país necesitamos trabajar contra la persistencia de estereotipos anclados en el imaginario social, en relación con las funciones y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad. En buena medida seguimos afectando las posibilidades de vivir una verdadera igualdad cuando desde el lenguaje, los medios de comunicación masiva, las redes sociales y los discursos académicos y políticos seguimos atribuyendo roles y clasificando a las personas, a veces incluso con pretensión de mandato ético y moral.

59 Comité CEDAW, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). CEDAW/C/CHL/CO/5-6. Párrafo 35.

LA PENA INÚTIL

VERÓNICA UNDURRAGA VALDÉS¹

Abstract

Este artículo identifica y analiza la insuficiencia de los tres principales argumentos esgrimidos por quienes están a favor de la criminalización absoluta del aborto: a) el argumento de que la penalización es necesaria para proteger la vida prenatal, b) el argumento de que la prohibición del aborto beneficia a las mujeres y c) el argumento de que la despenalización constituye una medida que instrumentaliza al que está por nacer y representa un retroceso en el camino civilizatorio hacia una sociedad más humana e inclusiva. Recogiendo la experiencia acumulada en el derecho constitucional comparado, el texto propone una interpretación constitucional que le permita al legislador cumplir efectivamente con el mandato de proteger la vida prenatal y a la vez reconocer a la mujer embarazada como sujeto de derechos constitucionales que incluyen el pleno respeto a su dignidad y autonomía.

Palabras clave: aborto, despenalización, autonomía de la mujer, protección de la vida prenatal y derechos.

1. LA PARADOJAL DEFENSA DE LA PENALIZACIÓN

Escribo este artículo cuando se va a cumplir un año desde que la Presidenta Bachelet presentó al Congreso el proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales². El debate público que ha acompañado a la tramitación del proyecto se ha enmarcado en la tradicional confrontación

1 Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Adolfo Ibáñez. Master of Laws (LLM), Universidad de Columbia, Nueva York. Doctora en derecho por la Universidad de Chile. Algunas partes de este artículo recogen ideas expresadas en textos anteriores míos sobre aborto y en la presentación que hice ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, el día 6 de enero de 2016.

Agradezco a la asistente de investigación Claudia Olavarria Condal por su excelente trabajo y disposición.

2 Mensaje N° 1230-362, Boletín N° 9895-11, 31 de enero de 2015.

entre la protección de la vida prenatal y el respeto de los derechos de las mujeres embarazadas, especialmente de su autonomía. Pareciera que todo pudiera reducirse a la alternativa de salvar al feto controlando a la mujer o respetar la decisión de la mujer a costa de la vida del no nacido. Pero la evidencia disponible no sustenta en absoluto esta manera de plantear el problema. Lo que ella muestra es que la legalidad o ilegalidad del aborto no es una variable que influya en la incidencia del aborto inducido que tenga un país. Basta con constatar que dentro de los países con regímenes liberales de aborto se encuentran los que tienen las tasas de aborto más bajas del mundo, como es el caso de Alemania y otros países de Europa occidental.

Mirando el fenómeno en términos globales, de acuerdo a una investigación publicada en 2012 por la prestigiosa revista médica *The Lancet*, las tasas de aborto calculadas para el año 2008 fueron menores en subregiones del mundo donde la mayor proporción de mujeres vive bajo regímenes liberales de aborto legal, que en subregiones donde prevalecen regímenes legales restrictivos de aborto³. Eso se explicaría porque en aquellos países en que hay amplio acceso legal al aborto, suele haber más acceso a anticonceptivos y por lo tanto la demanda insatisfecha por anticoncepción también es menor⁴. En el otro extremo, entre los países que criminalizan el aborto pueden encontrarse algunos cuyas tasas de aborto son altas, porque la preferencia de las personas por familias chicas no se logra hacer efectiva mediante la prevención anticonceptiva y se suple recurriendo al aborto. Esta es la realidad de muchos países de América Latina, incluyendo Chile⁵.

La conclusión de que el régimen penal no es relevante en la incidencia del aborto se comprueba también estudiando los contra-ejemplos. Hay países con regímenes liberales, por ejemplo en Europa del Este, que tienen tasas de aborto altas⁶ y naciones con regímenes restrictivos que tienen baja incidencia de interrupciones del embarazo, como es el caso de algunos países africanos. Las razones en ambos casos no tienen, nuevamente, ninguna relación con el régimen penal. Hasta hace poco tiempo, Europa del Este no tenía acceso a métodos anticonceptivos eficientes y el aborto suplía ese

3 Por todos, Sedgh, Gilda, *Induced Abortion: Incidence and Trends Worldwide from 1995 to 2008*. En *The Lancet* 397 (9816), 2012, p. 630.

4 Por todos, Sedgh, Gilda, *Induced Abortion: Incidence and Trends Worldwide from 1995 to 2008*. En *The Lancet* 397 (9816), 2012, p. 631.

5 Por todos, Sedgh, Gilda, *Induced Abortion: Incidence and Trends Worldwide from 1995 to 2008*. En *The Lancet* 397 (9816), 2012, p. 631.

6 Guttmacher Institute y World Health Organization, *Facts on Induced Abortion Worldwide*. In Brief: Fact Sheets, enero de 2012. Disponible en: <http://www.who.int/> [Última vista: 29 de enero de 2016].

déficit, situación que se ha ido paulatinamente normalizando en los últimos años. En tanto, la situación de ciertos países africanos que tienen bajas tasas de aborto se explica porque son sociedades rurales muy pobres, donde los niños representan fuerza laboral y existe una alta mortalidad infantil, y en el que las familias aún no han adoptado o no se sienten capaces de perseguir el modelo de familia pequeña que ha caracterizado los procesos de transición demográfica.

De acuerdo a las últimas estimaciones mundiales disponibles, publicadas el año 2012, la tasa de aborto en 2008 era de 29 por 1000 mujeres en edad fértil en África y 32 por 1000 en América del Sur, regiones donde el aborto es mayoritariamente ilegal bajo toda circunstancia, mientras que la tasa de aborto en Europa occidental era de 12 por cada 1000 mujeres en edad fértil, donde existen regímenes muy liberales de permisión del aborto. Por su parte, Europa del Este, subregión donde, al igual que en Europa occidental, prevalecen los regímenes liberales de aborto, mostraba la mayor tasa de aborto del mundo, alcanzando 43 por cada 1000 mujeres en edad fértil⁷.

En conclusión, el régimen penal del aborto no es una consideración relevante para las mujeres cuando toman la decisión de abortar. Los juristas que defienden la penalización absoluta del aborto con el objetivo de evitarlo no tienen un buen diagnóstico del fenómeno que están regulando. Esto es inexcusable, porque ese diagnóstico está disponible. La mejor experiencia comparada ha permitido identificar las medidas adecuadas para disminuir el aborto y éstas son aquellas que sintonizan con las múltiples necesidades de las mujeres en materias de salud, laborales, sociales y jurídicas, que surgen a propósito del embarazo, la maternidad y la crianza. Sobre ese diagnóstico, el Tribunal Constitucional alemán afirmó que "la protección efectiva de la vida no nacida sólo es posible con la colaboración de la madre [y que] las posibilidades del Estado de proteger[a] son mayores si se trabaja en conjunto con la madre"⁸. Pensando en un régimen efectivo de protección de la vida prenatal, el tribunal alemán admitió la despenalización bajo un régimen de plazo con consejo forzoso.

Si la criminalización del aborto no es una medida conducente a la disminución de las tasas de aborto, entonces se cae el argumento de que la penalización es necesaria para cumplir con el mandato constitucional de proteger la vida prenatal. Este mandato obliga al Estado a tomar medidas efectivas que prevengan, en lo

7 Por todos, Sedgh, Gilda, *Induced Abortion: Incidence and Trends Worldwide from 1995 to 2008*. En *The Lancet* 397 (9816), 2012, p. 629.

8 Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de 28 de mayo de 1993, BVerfGE 88, 203, párr. 189.

posible, la muerte evitable de embriones y fetos, en cualquier condición en que ésta se produzca, entre otras, por la interrupción voluntaria del embarazo, sea ésta legal o no. No es, como pareciera entenderse por los partidarios de la criminalización, un mandato para prevenir el aborto legal. Habiendo otras medidas más efectivas que la amenaza penal para lograr la disminución de las muertes por aborto, es obligación del legislador priorizarlas.

Al descartar el argumento de que la penalización del aborto ayuda a evitar la muerte prenatal, se hace necesario indagar en los otros argumentos que se han entregado para justificar el régimen excepcionalmente estricto de aborto que existe en Chile. Es importante hacerlo para entender qué otros fines, distintos a la disminución de las tasas de aborto, se están persiguiendo y preguntarse si esos otros fines tienen sustento constitucional.

Una manera de empezar es llamando la atención sobre una paradoja. Se puede constatar que no obstante la férrea defensa que los opositores al proyecto hacen del régimen actual que contempla penas de hasta cinco años de presidio para la mujer que aborta, ellos al mismo tiempo manifiestan explícitamente que prefieren que la mujer que interrumpe su embarazo no cumpla efectivamente las condenas establecidas en la norma. En lugar de perseguir la aplicación de la ley respecto de la mujer que decide abortar, defienden la criminalización argumentando que, aunque la ley lo ordene, hay muy pocos procesos por aborto y no hay mujeres cumpliendo condena por aborto⁹. Esta postura es paradójica ya que siempre se ha entendido que la persecución de los delitos y la aplicación de las penas son aspectos esenciales para asegurar que las normas penales cumplan sus objetivos de protección de bienes jurídicos. Últimamente, incluso se ha propuesto que la mujer pueda eximirse de la pena accediendo eventualmente a una causal de exculpación, la que implica mantener la ilicitud y el reproche jurídico al acto de interrumpir voluntariamente

9 No es correcto decir que no hay mujeres cumpliendo condena por aborto. Entre el año 2006 y mayo de 2014 hubo 293 causas finalizadas contra mujeres por aborto consentido, las cuales terminaron en condena en un 29% de los casos. Las condenas se concentran en el rango del presidio menor en su grado medio y mínimo y generalmente se reconocen atenuantes de irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial. La mayoría de los procesos penales contra mujeres por aborto consentido terminan en salidas alternativas o con penas remitidas. Véase Werth, Francisca y Moraga, Jorge, *Aborto: La visión de la defensa pública*, en Revista 93, N°11 (La Revista de la Defensoría Penal Pública), diciembre de 2014, pp. 4-7; Casas, Lidia y Vivaldi, Lieta, *La penalización del aborto como una violación a los Derechos Humanos de las mujeres*, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile (Centro de Derechos Humanos UDP), 2013, pp. 84-91.

el embarazo, pero prescindir de la aplicación de la pena por estimarse que la mujer actuó sin culpa¹⁰.

Se dan dos tipos de argumentos, muy diferentes entre sí, para hacer más comprensible la postura, aparentemente contradictoria, de defender con toda pasión la condena de la mujer en los códigos y, al mismo tiempo, aprobar que la pena no se aplique y proponer un mecanismo jurídico como la exculpación, que no es más que la forma jurídica de manifestar el perdón.

El primer argumento busca convencer de que la criminalización del aborto consentido es beneficiosa y una manera de proteger a la mujer de decisiones de las que se arrepentiría en el futuro o bien de presiones de terceros que la llevan a abortar contra su voluntad, dañándola de por vida. Toda mujer que interrumpe un embarazo estaría afectada de tal manera por sus emociones negativas (miedo, angustia, desesperación) o por la apreciación (real o sentida) de falta de otras alternativas, que la decisión de abortar reflejaría que no se dieron las condiciones para el ejercicio de la autonomía. Como no hay autonomía, es absurdo hablar de la protección constitucional de la autonomía de la mujer cuando se critica la penalización del aborto. Aún cuando parezca drástico, la amenaza de enviarla a la cárcel tendría como finalidad proteger a la mujer de sus malas decisiones.

El argumento pro-mujer busca desarticular la objeción fundamental de que la penalización absoluta del aborto viola los derechos constitucionales de la mujer embarazada. El derecho a la autonomía se descarta porque la mujer que aborta no tiene autonomía. Las invocaciones a los derechos a la integridad personal y a la salud de la mujer se responden afirmando que es la decisión de abortar la que perjudica la integridad y la salud física y síquica de las mujeres.

Hay que hacer notar, sin embargo, que plantear exitosamente el argumento requiere superar el obstáculo, a mi juicio insalvable tratándose de mujeres adultas, de justificar una intervención paternalista a favor de las mujeres en contra de su propia voluntad. Volveré sobre este punto más adelante.

El segundo argumento es más filosófico y no atiende directamente al bienestar individual de la mujer embarazada, sino que plantea que la criminalización estricta del aborto consentido es una decisión que busca aportar a la constitución de un tipo

10 Entre otros, Ossandón, María Magdalena, *Aborto y Justificación*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N°2, pp. 325-369, 2012.

de sociedad deseable¹¹. Esta sociedad se presenta como verdaderamente progresista (en oposición al falso progresismo de quienes demandan la despenalización) porque representaría el estadio más avanzado en la larga historia de inclusión paulatina de los más débiles y vulnerables a la comunidad humana de personas que gozan de igual dignidad.

En este relato, la historia de lucha por la inclusión de los no nacidos como miembros plenos de la sociedad equivale a las luchas libradas antes (y ahora) por los negros, las mujeres, los indígenas y otros colectivos históricamente postergados. Es una sociedad de paz que aborrece tanto la violencia del aniquilamiento físico como de la discriminación, en la que "no sobra nadie"¹². El derecho –en este caso el derecho penal– estaría cumpliendo con la más noble y primaria de sus misiones civilizatorias, la de contener y reducir los males que nos causamos unos a otros.

Este argumento va unido a una caracterización crítica de las propuestas de despenalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo. Esas propuestas se consideran excluyentes de los más débiles y regresivas en términos de reconocimiento de la dignidad humana¹³. Cuando se citan a favor de la despenalización argumentos

11 Véase Martínez Estay, José Ignacio, *¿Qué vamos a hacer con algunos de nosotros? El problema del aborto desde una perspectiva constitucional y progresista*, en Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 27, 2015, pp. 173-176; Ossandón Widow, María Magdalena, *Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana*, en Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 27, 2015, pp. 148-149; Corral Talciani, Hernán, *El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de 'despenalización' del aborto*, en Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 27, 2015, pp. 142-143; Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016, pp. 2 y ss.

12 Véase Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016, pp. 2 y 3.

13 Véase Bertelsen Simonetti, Soledad y García Palominos, Gonzalo, *La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos*, en Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 27, 2015, pp. 177-178; Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016, p. 3; Van Weezel, Alex, *Minuta de exposición ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, respecto del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), noviembre de 2015; Isamit, Julio, *Presidente de la Fundación Chile Siempre, Exposición ante la Comisión de Salud y la Cámara de Diputados, Proyecto de Aborto en tres causales*.

de derechos humanos, se les descalifica por distorsionar el sentido original de los derechos humanos¹⁴. Los defensores de la despenalización asumirían una concepción positivista del derecho, incapaz de evitar que el derecho se entregue a la "mera facticidad del poder"¹⁵ y opere en beneficio de los más fuertes invisibilizando a quienes, como el no nacido, no tienen voz para defender sus intereses. En ese contexto, incluso quienes actúan de buena fe con el propósito de evitar o limitar los dolores y sacrificios con que la naturaleza carga a las mujeres, terminan actuando con la peligrosa soberbia de quien se erige como juez de quienes pueden vivir y quienes deben morir¹⁶.

En términos constitucionales, la defensa de un tipo de sociedad ideal no es un argumento de derechos fundamentales, ya que precisamente los argumentos de derechos fundamentales se distinguen de los argumentos que atienden a consideraciones de bienestar general porque implican afirmar la prioridad, al menos *prima facie*, de los

-
- 14 Véase Corral Talciani, Hernán, *El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de 'despenalización' del aborto*, en Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 27, 2015, pp. 130-132; Bertelsen Simonetti, Soledad y García Palominos, Gonzalo, *La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos*, en Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 27, 2015, pp. 197-201; Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016, p. 3.
 - 15 Véase Corral Talciani, Hernán, *El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de 'despenalización' del aborto*, en Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 27, 2015, pp. 142-143; Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016, p. 2.
 - 16 Véase Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016; Corral Talciani, Hernán, *Sobre el status jurídico del concebido*, en *Ius Publicum*, volumen 4, N°7 (Universidad Santo Tomás), 2001, pp. 101 y ss.; Fernández González, Miguel Ángel, *Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer*, en Conferencias Santo Tomás de Aquino. Los derechos de la persona que está por nacer (Universidad Santo Tomás), 16 de noviembre de 2000, pp. 88 y ss.; García-Huidobro, Joaquín, *La dignidad del hombre*, en *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, 9, 1999, pp. 171 y ss.; Silva Mac-Iver, Jaime, *El nasciturus y el derecho a la vida*, en *Revista de Derecho Público*, 57-58, 1995, p. 181; Williams, Jaime, *La dignidad de la persona en la Constitución de 1980*, en *Revista Actualidad Jurídica*, volumen 4, pp. 39 y ss. Entre los autores extranjeros que utilizan el mismo argumento, ver por ejemplo: Calhoun, Samuel, *Valuing intrauterine life*, en *Regent University Law Review*, 8, 1997, p. 78; Heaney, Stephen J. *On the legal status of the unborn*, en *The Catholic Lawyer*, volumen 33, N°4, 1990, p. 322.

intereses fundamentales individuales sobre objetivos generales, por muy valiosos que éstos sean. Las políticas públicas persiguen el bienestar general y es parte del debate democrático definir el tipo de sociedad en la que queremos vivir y plasmarlo en nuestras leyes. Y evidentemente hay tipos de sociedades que aseguran de mejor manera el respeto y la garantía de los derechos individuales. Lo que hay que tener claro, sin embargo, es que la argumentación basada en derechos fundamentales tiene como objeto, precisamente, poder evaluar si los modelos de sociedad que se proponen (o en términos más modestos, las políticas que apuntan a definir el bien común) respetan los derechos de las personas individuales. La pregunta pertinente, entonces, es si el modelo de sociedad que proponen los defensores de la criminalización efectivamente avanza en la garantía de los derechos fundamentales (a la vida, la no discriminación, a un trato digno) como ellos afirman o, al menos (lo que sería suficiente para efectos constitucionales), si persigue objetivos constitucionalmente legítimos sin vulnerar derechos individuales protegidos por la Constitución.

La principal crítica que los defensores de la criminalización absoluta del aborto hacen a las posturas despenalizadoras dice relación con el supuesto carácter *consecuencialista* de éstas y, específicamente, con el hecho que instrumentalizarían al ser humano no nacido, hasta el punto del sacrificio total, con el fin de asegurar el bienestar de la mujer. Al atender sólo a las consecuencias buscadas, se dejaría de considerar que hay actos que son moralmente incorrectos y que por lo tanto hay que evitar siempre, independientemente de los efectos que acarreen. En la formulación de estos argumentos críticos aparecen y se enfatizan, en forma alternada, ideas que dicen relación con la corrección del acto en sí (por ejemplo, matar a un inocente es intrínsecamente malo), ideas que aluden a la corrección de la intención del agente que actúa (por ejemplo, el médico puede realizar una acción que sabe que terminará en la muerte del feto, siempre y cuando su propósito no sea provocar esa muerte sino salvar a la mujer embarazada) y, finalmente, ideas que se refieren a derechos de la víctima del acto (básicamente, el derecho a no ser usado por otro para beneficio de éste o de un tercero o, en otra formulación, el derecho a no ser usado como un medio para fines a los que no se ha consentido). Es decir, se oscila entre una preocupación por la instauración o mantención de un orden moral objetivo al que el derecho debiera ceñirse, una preocupación por la preservación de la virtud del agente que actúa y una preocupación por las personas a quienes el acto afecta, las que deben ser consideradas como agentes morales y no como meros instrumentos de la voluntad de otros.

Es importante pensar en estas tres preocupaciones en términos constitucionales. Sólo la tercera de ellas, la preocupación por la dignidad de una persona y su derecho a no ser usada para fines a los que no ha consentido, es una preocupación específica sobre los derechos o intereses del feto. Las posturas que se centran en la preservación de la virtud moral del agente o de un determinado orden moral son tratadas por el derecho constitucional como manifestaciones válidas de creencias filosóficas o religiosas individuales y como tal están resguardadas por los derechos a las libertades de conciencia, religiosa y de expresión. El respeto y garantía de esos derechos se logra permitiendo a las personas que tienen esas creencias que las expresen y vivan conformes a ellas (por ejemplo, permitiendo que se acojan a la objeción de conciencia); no se logra con la imposición de esas creencias a la sociedad toda mediante la penalización de todas las formas de aborto. Por lo mismo, es importante distinguir y estar atentos a los desplazamientos estratégicos que se hacen entre estos tres argumentos pro criminalización. Especialmente cuando las consideraciones que apuntan a la defensa de un tipo de sociedad o a un modelo de persona virtuosa se revisten de apelaciones sobre la dignidad humana, los derechos y la no discriminación de los más vulnerables.

Otra variante de la crítica al *consecuencialismo* del movimiento despenalizador surge cuando se pone en evidencia que hay medidas preventivas del aborto que, a diferencia de la penalización, sí son exitosas para bajar las tasas de abortos. Es una variante que aún no he visto desarrollada en Chile, pero que me parece que está implícita y que probablemente va a aparecer en forma más clara cuando los opositores al proyecto se vean presionados a pronunciarse sobre la ineffectividad de la penalización. Para exponer esta crítica, antes tengo que explicar que las medidas preventivas en el derecho comparado van asociadas a la despenalización parcial de la interrupción del embarazo, normalmente en un régimen de plazos. La razón es doble. Por una parte, levantar la amenaza de la pena es una condición necesaria para que el Estado pueda tener éxito en llegar a las mujeres con sus políticas de prevención. Por otra parte, se considera que no hay justificación para penalizar si la persecución penal de las mujeres no cumple con ningún objetivo y, por el contrario, afecta intensamente sus derechos constitucionales.

Esta crítica consiste en señalar que, incluso si se comprobara que un régimen alternativo a la criminalización que permitiera la interrupción legal del embarazo lograra evitar un mayor número de muertes fetales que un régimen basado en la criminalización, el régimen alternativo es inadmisibles porque implica aceptar el sacrificio de aquellos fetos que se abortan legalmente para lograr el fin de salvar la

vida de un mayor número de no nacidos a través de las políticas preventivas. Esos fetos estarían siendo utilizados para exclusivo beneficio de terceros, sin haber tenido la oportunidad de dar su consentimiento.

Lo interesante de la crítica al *consecuencialismo* es que, a diferencia del argumento a favor de la penalización basado en la necesidad de proteger la vida prenatal, esta crítica no resulta afectada por la evidencia de que hay medios alternativos más eficaces que la amenaza penal para disminuir las tasas de aborto. Pero aunque los haya, responden los críticos, no se debe recurrir a ellos.

2. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

En su artículo 19 N°1 inciso segundo, la Constitución chilena ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer. Este es un mandato jurídico constitucional similar al contenido en otros ordenamientos constitucionales del mundo¹⁷.

Un mandato jurídico constitucional (cualquiera que éste sea, también el mandato de proteger la vida prenatal) implica una obligación de efectividad, ya que el legislador está obligado a buscar medios de cumplimiento del mandato que sean efectivos y no meramente simbólicos¹⁸. Salvo que la Constitución ordene expresamente el tipo de medidas que el legislador debe adoptar para cumplir con el mandato, el legislador tiene libertad para escoger los medios que estime más apropiados para lograr ese objetivo¹⁹. La Constitución no obliga al legislador a penalizar la interrupción

17 En el derecho comparado hay constituciones que explícitamente protegen la vida prenatal. Ese es el caso de Irlanda, El Salvador y Chile, entre otros. Otras constituciones, como la alemana, la española, la mexicana, la colombiana o la portuguesa, no hacen una referencia explícita, pero por vía interpretativa sus respectivos tribunales constitucionales o con jurisdicción constitucional han determinado que la vida prenatal está protegida constitucionalmente. Estados Unidos es el ejemplo de un país cuya constitución *permite*, pero no obliga a los estados a proteger la vida prenatal.

18 El Tribunal Constitucional alemán afirmó la obligación estatal de proveer al *nasciturus* una protección *efectiva*. Y ante la evidencia de la ineffectividad del uso del derecho penal para lograr una protección real de la vida no nacida, concluyó que el Estado estaba en incumplimiento de su deber de defender la vida si solamente utiliza la herramienta penal para tal efecto. El tribunal indicó que la existencia de un número importante de abortos ilegales, a pesar de la prohibición penal, es una demostración de que el Estado no estaba cumpliendo con su obligación de proteger al *nasciturus*. El tribunal incluso señaló que la penalización general del aborto pudo contribuir al alto número de abortos ilegales, ya que el Estado no se preocupó de usar otras medidas adecuadas para la protección de la vida en desarrollo. Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia de 25 de febrero de 1975, BVerfGE 31, 1, párrafo 167.

19 Este principio es común en el ámbito comparado. Por ejemplo, la *ratio decidendi* de la sentencia que declaró la constitucionalidad de una reforma al Código Penal del Distrito Federal de México,

voluntaria del embarazo en toda circunstancia. No lo obliga, por ejemplo, a penalizar la interrupción del embarazo si la vida de la mujer embarazada está en peligro, o si hay inviabilidad fetal, ni tampoco si el embarazo ha sido el resultado de una violación. Prestigiosos tribunales constitucionales del mundo, como el alemán, el portugués, el colombiano y la Suprema Corte de Justicia de México, aplicando constituciones que, al igual que la nuestra, también ordenan la protección de la vida prenatal, han reconocido este principio de libertad de configuración legal y han señalado que lo importante es que el conjunto de las medidas que adopte el legislador otorguen protección suficiente a la vida intrauterina, es decir, lo relevante es el resultado, esto es, que el legislador no vulnere la *prohibición de déficit* de protección.²⁰

Es el legislador quien está en la mejor posición para decidir cuáles son las formas más efectivas de prevención del aborto. Los procedimientos legislativos permiten conocer y tomar en cuenta las valoraciones sociales que van a influir en el éxito o fracaso de las medidas. También permiten ponderar la evidencia empírica y de salud pública disponible, tanto a nivel nacional como en la experiencia comparada. El legislador chileno está en una situación especialmente privilegiada para analizar esta evidencia porque cuenta con información confiable que demuestra, como dijimos en la primera parte de este trabajo, que existen países, como Alemania, que han tomado el compromiso explícito de cumplir con el mandato constitucional de proteger la vida prenatal y que han logrado tener las tasas de abortos más bajas del mundo.

Si bien el legislador puede escoger usar el derecho penal como una herramienta para cumplir con el mandato de protección de algún interés constitucional, la legitimidad del uso del derecho penal está condicionada a que se cumpla con el requisito de *ultima ratio*, porque necesariamente implica la afectación de otros derechos y libertades que también tienen protección constitucional. El requisito de

que legalizó la interrupción del embarazo que se realice dentro de las doce primeras semanas de gestación, fue precisamente que la libertad de configuración legislativa existe independientemente del estatus de la vida prenatal bajo la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en México. Corte Suprema de México, Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Sentencia de 28 de agosto de 2008. Sobre la sentencia mexicana, ver: Pou Jiménez, Francisca, *El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal*, Anuario de Derechos Humanos 2009 (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), pp. 137-152 Coincidiendo con lo señalado por la Corte Suprema de México, el Tribunal Constitucional portugués afirmó, en su sentencia del año 2010, que no habiendo mandato expreso de penalización en la Constitución, le corresponde al legislador ponderar sobre la necesidad de criminalización del aborto. Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão nº 75/2010.

20 Para mayor desarrollo de este argumento ver Undurraga, Verónica, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución Chilena* (Legal Publishing), 2013, capítulo VI.

ultima ratio significa que sólo puede usarse el derecho penal cuando no hay otros medios igual o más efectivos para lograr el objetivo que se persigue y que sean menos invasivos de los derechos de las personas.

Para entender esto es importante recordar que el legislador puede violar la Constitución de dos maneras. La primera es por incumplir la *prohibición de déficit* de protección, es decir, cuando no cumple suficientemente con el deber positivo de proteger el bien jurídico que la Constitución resguarda. En el caso que nos ocupa, caería en un déficit de protección si no protege suficientemente la vida prenatal. La segunda forma en que el legislador puede violar la Constitución es adoptando medidas de protección de la vida prenatal que tengan como consecuencia vulnerar principios constitucionales como la dignidad humana o derechos constitucionales de otros titulares, específicamente en el caso de la interrupción del embarazo, de la mujer embarazada y eventualmente de miembros de su familia y del médico que la atiende. Esto es lo que se entiende como *prohibición de exceso* y el legislador debe cuidarse de no violar esa prohibición, así como el Tribunal Constitucional asegurar que el legislador no la vulnere.

El principio de *ultima ratio* implica que debe demostrarse la ineffectividad de otras medidas antes de poder acudir al derecho penal, por ser la amenaza penal la medida más extrema e intrusiva para los derechos y libertades de la mujer embarazada. El requisito de *ultima ratio* ha sido repetidamente aplicado por parte de los tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre la constitucionalidad de leyes que regulan la interrupción del embarazo, desde que el Tribunal Constitucional alemán lo usó por primera vez en este contexto en el año 1975²¹. En tanto, en el año 2010 el Tribunal Constitucional portugués aclaró que este principio implica que son quienes proponen penalizar el aborto consentido basado en el argumento de que la penalización protege la vida prenatal, quienes tienen la carga de probar que otras medidas alternativas diferentes de la pena criminal no son efectivas para lograr su objetivo. Es decir, lo que hay que justificar es el uso de la pena, no la prescindencia de ella. Y agregó, lo que es muy importante, que cuando se habla de efectividad en estas materias, el juicio que debe hacerse es comparativo y no absoluto²². Ningún país ha logrado erradicar completamente el aborto voluntario, pero sí hay países que han sido más exitosos que otros. Lo que debe poder mostrar un partidario de la criminalización es, por lo menos, que la amenaza penal es más efectiva que las

21 Para un mayor desarrollo de este argumento ver Undurraga, Verónica, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución Chilena* (Legal Publishing), 2013, capítulo V.

22 Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão N°75 del año 2010, párr. 11.4.11.

medidas de protección de la vida prenatal, que son menos intrusivas en los derechos de la mujer embarazada.

Es importante tener en cuenta que la penalización de un aborto que se practica sin el consentimiento de la mujer protege la vida prenatal y también protege los derechos de la mujer a su autonomía e intangibilidad corporal. Sin embargo, la situación es radicalmente distinta cuando se penaliza la interrupción de un embarazo que es decidida y consentida por la mujer embarazada. En ese caso el legislador debe tener conciencia de que está buscando proteger la vida prenatal, pero que esa medida afecta significativamente otros derechos que la Constitución ordena proteger. Es la protección de la vida prenatal (suponiendo que la penalización realmente pudiera proteger la vida prenatal) *a costa del sacrificio* de los derechos de la mujer²³. Al legislar para proteger la vida prenatal y en especial al escoger la herramienta penal, el legislador debe ser consciente del riesgo en que se encuentra de violar la *prohibición de exceso* y afectar derechos de las mujeres que la Constitución garantiza.

Entre los derechos constitucionales de la mujer que resultan afectados por la penalización de la interrupción del embarazo en las tres causales que contempla el proyecto de ley, incluso si la penalización no se materializa en una condena, están el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y síquica (artículo 19 N°1), el derecho a la privacidad, tanto en su dimensión de intimidad como de autonomía personal (artículo 19 N°4), el derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa (artículo 19 N°6), el derecho a la igualdad y a no ser discriminada (artículo 19 N°2), el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N°9) y el derecho a no ser sometida a apremios ilegítimos (artículo 19 N°1) o, en los términos usados en el derecho internacional de los derechos humanos al que Chile suscribe, el derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes²⁴.

Quiero transmitir con estas ideas que el razonamiento constitucional comparado ha avanzado mucho en países donde existe un mandato constitucional equivalente al nuestro en materia de protección de la vida prenatal y que la criminalización absoluta de la interrupción del embarazo, que se consideraba en el pasado y que todavía se considera en Chile como una situación aceptable desde el punto de vista de los

23 Bascuñán R., Antonio. *El Delito de Aborto. Material editado para uso exclusivo de los estudiantes del Curso de Derecho Penal III (Parte Especial)*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Inédito. Marzo, 2007. Citado con permiso del autor.

24 Entre otras fuentes internacionales, artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

principios de las democracias constitucionales occidentales, es ahora una situación anómala y que requeriría, para sostenerse, de una justificación especialmente poderosa.

3. DE LA COMPASIÓN A LA PREGUNTA CONSTITUCIONAL

Muchos de quienes defienden la criminalización del aborto en toda circunstancia buscan sinceramente proteger la vida prenatal y enviar un mensaje de valoración de la vida y la dignidad humana. Tienen la convicción de que el aborto es un acto moralmente malo y algunos efectivamente piensan que sus consecuencias son dañinas para las propias mujeres. Entre ellos hay quienes no son indiferentes al sufrimiento de las mujeres que enfrentan el riesgo de morir si continúan con su embarazo o que viven un embarazo con diagnóstico de inviabilidad y empatizan con el sufrimiento de las niñas (porque son mayoritariamente niñas) violadas que resultan embarazadas. Al mismo tiempo comprenden que es una crueldad castigar a una mujer que interrumpe un embarazo en esas circunstancias y más aún obligar a una niña abusada a gestar y parir probablemente a su propio hermano o hermanastro. Por eso proponen la alternativa de la exculpación.

Hago referencia a esto no porque me interese juzgar las creencias y sentimientos de las personas, sino que con un propósito académico. Quiero sostener que es un error relegar esa sensación de incomodidad que produce la idea de enviar a la cárcel a una mujer al plano de la subjetividad privada y no percatarse de sus dimensiones jurídicas.

Esa incomodidad tiene un correlato jurídico que es fundamental sacar a la luz, porque apunta precisamente hacia lo que ha sido el núcleo de la discusión sobre aborto en el derecho constitucional comparado: la pregunta jurídica fundamental sobre cuál es el límite constitucional, hasta qué punto se puede exigir, de acuerdo a la Constitución, a una persona que soporte, además de una situación de embarazo crítico, el sufrimiento, el miedo y la estigmatización asociada a un procedimiento penal que está en las manos del propio legislador evitar. En otras palabras, dónde está el límite en que el celo del legislador por proteger la vida prenatal y que lo lleva a imponer a la mujer el deber de mantener un embarazo, se transforma en violación de los derechos constitucionales de la mujer.

La mayoría de los parlamentos, los tribunales constitucionales más prestigiosos y los comités de supervisión de tratados internacionales de derechos humanos han respondido esta pregunta afirmando que traspasa el límite constitucional exigir a

una mujer embarazada la continuidad de un embarazo cuando éste pone en peligro su vida, cuando el feto es inviable y cuando el embarazo ha sido producto de una violación²⁵.

La manera en que los defensores de la criminalización absoluta del aborto han tratado de combinar esa defensa con muestras de empatía y compasión hacia la mujer ha sido planteando causales de exculpación que puedan ser invocadas por las mujeres en el juicio penal. Esto implica seguir manteniendo que la interrupción del embarazo en esos casos es un acto ilícito, antijurídico, pero no culpar a la mujer por esa decisión contraria a derecho. También implica, en sus consecuencias prácticas, que la mujer que aborta tendría que seguir haciéndolo clandestinamente y sin cobertura médica.

Esta propuesta refleja precisamente el error al que he hecho referencia. Pensar el asunto en términos de compasión y no de derechos. Preguntarse cómo hacer más digerible para nuestras conciencias y para la opinión pública la criminalización de las mujeres, en lugar de hacerse la pregunta *jurídica* que han enfrentado los principales parlamentos y tribunales constitucionales del mundo: ¿Cuál es el punto en que el legislador está violando los derechos constitucionales de esas mujeres en su celo por proteger la vida prenatal? Esta es la pregunta relevante en un sistema constitucional que ordena al legislador proteger la vida prenatal, independientemente del estatus que se confiera a ésta. Es la pregunta que no respondió el Tribunal Constitucional chileno en el caso de la píldora, al omitir en su fallo toda mención a los derechos de las mujeres. En ese fallo, los derechos de las mujeres sólo fueron mencionados indirectamente en el último considerando de la sentencia, cuando el tribunal señaló: “[n]o escapa a la consideración de esta Magistratura, el impacto evidente que [la] declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia [que] tiene también connotaciones afectivas muy importantes para

25 Una exhaustiva exposición sobre la jurisprudencia comparada puede encontrarse en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-355/2006, de 10 de mayo de 2006. En contra de la tendencia jurisprudencial hacia la despenalización parcial del aborto por causales, ver la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC/0599/15, de 17 de diciembre de 2015.

Para un análisis de jurisprudencia comparada, aunque no exclusivamente sobre este punto, véase Undurraga, Verónica, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución Chilena* (Legal Publishing), 2013, capítulo VI. Para una revisión sobre las reformas a la regulación del aborto en el mundo entre 1994 y 2014, que además contiene un compendio de los pronunciamientos de tribunales y órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, ver Center for Reproductive Rights, Briefing Paper: Abortion Worldwide 20 Years of Reforms, 2014.

las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables"²⁶. En otras palabras, se privó de toda relevancia jurídica a la afectación de los derechos de las mujeres, al calificarla como un mero impacto afectivo²⁷. En la tramitación del proyecto, ni el legislador ni el Tribunal Constitucional pueden volver a cometer ese error.

4. CUANDO DIFERENCIAR ENTRE PERSONA Y HOMBRE PUEDE CAMBIAR EL DERECHO

Ahora quiero situar la mencionada pregunta jurídica en el contexto más amplio de la Constitución como documento político, en el ámbito de la legitimidad política de las acciones del legislador.

La legitimidad del derecho y el deber de cumplir las leyes se sustentan en el supuesto de que nuestros intereses, miradas sobre el mundo y juicios morales han sido respetuosamente tomados en consideración –en la misma medida que los de las demás personas– por nuestros representantes en el proceso de creación de las leyes. El trato que el legislador chileno ha dado históricamente a las mujeres que interrumpen su embarazo habla de un derecho que no se ha preocupado de escuchar ni entender la experiencia y los juicios morales de las mujeres.

Las mujeres que interrumpen su embarazo en alguna de las tres causales que contempla el proyecto no son delincuentes. En mi opinión (y aunque en este punto me alejo de la referencia al proyecto), tampoco son delincuentes la mayoría de las mujeres que ignoran la amenaza penal e interrumpen su embarazo para proteger su salud, poder estudiar, cuidar mejor a sus otros hijos o para no seguir unida a una pareja violenta. Estas ¿veinte mil?, ¿sesenta mil?, ¿ochenta mil? o quizás cien mil mujeres chilenas que anualmente abortan no son mejores ni peores personas que cualquiera de nosotros. Probablemente representan lo que muchas más de nosotras haríamos si tuviéramos que enfrentar un embarazo en circunstancias críticas. Que no seamos muchas más no habla de la buena moral de las demás. Habla de nuestro acceso a anticonceptivos y a oportunidades de vida.

En términos de legitimidad política es grave que la ley criminalice a las mujeres que abortan, porque significa que las mujeres no están siendo consideradas en el modelo constitucional de persona y de titular de derechos con el que el derecho

26 Tribunal Constitucional de Chile, Rol 740-07-CDS, sentencia de 18 de abril de 2008, considerando 64.

27 Este punto fue fuertemente criticado por el ministro Vodanovic en su voto disidente a esa sentencia.

opera. Voy a tratar de explicar en términos simples con dos ejemplos a qué me refiero cuando hablo del modelo constitucional de persona.

Es común que frente a la afirmación de que la mantención de un embarazo puede constituirse en una carga tan intensa que deja de ser exigible por el derecho a las mujeres, la respuesta de quienes apoyan la criminalización absoluta del aborto sea que es la naturaleza y no el derecho la que ha determinado que las mujeres deban asumir esa carga. El derecho sólo establece el mandato de proteger la vida prenatal, que es común para hombres y mujeres. El hecho de que cumplir con ese mandato pueda ser gravoso hasta la muerte para las mujeres y nunca para los hombres es un asunto sobre el que el derecho no tendría ninguna responsabilidad. Este argumento es el exacto equivalente a defender que una mujer en edad fértil pueda acceder a un plan de Isapre por el mismo precio que un hombre de su edad sólo si renuncia a la cobertura de embarazo. Es la naturaleza, no el derecho, la que hizo que sean las mujeres las que se embaracen y resulten más caras para el sistema de salud. El derecho o el sistema de salud no tienen por qué hacerse cargo de las consecuencias que acarrea esa distribución natural. Una versión de este argumento aparece en un comentario del profesor Arturo Fermandois, a propósito de la prohibición de la anticoncepción de emergencia²⁸:

Las mujeres embarazadas se encuentran en la misma situación en relación al fin de la ley, por mandato constitucional, que es “proteger la vida del que está por nacer”; pero se encuentran en posición distinta a la del hombre, a menos que se logre embarazar a un hombre. Mientras la infracción del deber jurídico de no abortar por la mujer produce la pérdida de una vida humana (...) la infracción del deber por el hombre no produce esa consecuencia, porque no está embarazado. Igualmente la ley le exige no producir abortos en terceros. Por esta razón, la intensidad del deber impuesto a la mujer es constitucional y legítimamente superior a la del hombre, qué duda cabe, pero el derecho no está llamado a cambiar esta realidad fisiológica²⁹.

28 Fermandois, Arturo. *La píldora del día después: aspectos normativos*, en Estudios Públicos, 95 (Centro de Estudios Públicos CEP), 2004, pp. 92-118.

29 Fermandois, Arturo. *La píldora del día después: aspectos normativos*, en Estudios Públicos, 95 (Centro de Estudios Públicos CEP), 2004, pp. 116.

En lo que Fernandois no repara es en el hecho sospechoso de que se use el argumento de que sólo la mujer se embaraza –como si fuera una excepción a la regla general de que las personas no se embarazan– para fundamentar la constitucionalidad de la imposición a la mujer de un deber que le resulta muchísimo más gravoso de cumplir que lo que le resulta al hombre. Lo anormal en el razonamiento de Fernandois es que el parámetro que está usando para medir la legitimidad de la restricción es el grado de afectación que la norma implica para los hombres (como si fuera un sujeto neutro o universal) y no para las mujeres. Simplemente *no* ve el exceso de afectación que el cumplimiento de la norma implica para las mujeres como una consecuencia de haberse adoptado esa regla, sino que lo atribuye a la fisiología de la mujer. En su argumento, es la situación de los hombres frente a la norma y no la de las mujeres la que determina si la prohibición de usar anticoncepción de emergencia es una restricción razonable *para las mujeres*. El parámetro constitucional es masculino. Siguiendo con la analogía sobre el plan de Isapre, si al hombre en edad fértil se le cobrara el precio que se les cobra a las mujeres en edad fértil, se consideraría una carga excesiva y se tomarían medidas para modificar la forma en que se determinan los precios para asegurar un cobro razonable. Pero como el precio del plan para el hombre es bajo y el sistema de salud no es responsable de que la naturaleza haya creado personas que se embaracen, la carestía del plan de salud de las mujeres no es imputable al derecho y puede mantenerse.

Una segunda ilustración del mismo argumento la tomo de una presentación que el profesor Fernando Londoño hizo ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, en la que sostuvo una posición contraria al proyecto de interrupción voluntaria del embarazo³⁰. En ella, el profesor Londoño critica que la legislación autorice la interrupción del embarazo con el fin de “controlar, limitar, paliar un dato de la naturaleza; se quiere corregir –en cuanto sea posible– *una carga que la naturaleza puso unilateralmente del lado de la mujer*”. En otro párrafo señala que “[q]uien defiende la vida del no nacido no ataca a la mujer (de por sí ya débil y ‘afectada’ en esta *poco paritaria distribución de las cargas naturales*) sino que defiende al sin voz, al más débil entre los débiles, al que ‘casi no se ve’, al que no cuenta”³¹.

30 Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016.

31 Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016, pp. 1-3.

El argumento de “las cargas naturales del embarazo” revela dos problemas. El primero es que se invisibiliza completamente el grado en que la cultura y el propio derecho contribuyen a que el embarazo se convierta en una carga para las mujeres. Por ejemplo, la aceptación social y la ineptitud del derecho para evitar la violencia contra las mujeres, la forma en que funciona el mercado laboral, la inequitativa distribución de género de las tareas de cuidado, y la mayor pobreza y precariedad en que viven las mujeres son variables mucho más importantes en el hecho de que el embarazo se transforme en una carga que el mero hecho de ser fisiológicamente capaz de gestar. Las cargas del embarazo son sólo marginalmente naturales y por lo tanto el derecho tiene mucho que decir sobre ellas. De otra forma no se explicaría que las medidas de prevención del aborto que sí son efectivas son aquellas que disminuyen las cargas socialmente construidas asociadas al embarazo (las fisiológicas se mantienen). Resulta profundamente injusto naturalizar cargas que son socialmente construidas y castigar a la mujer que no está dispuesta a soportarlas sola.

El segundo problema es que no se reconozca como modelo de sujeto constitucional a la mujer, entendiéndola además que el sujeto constitucional mujer es, en muchas ocasiones, una mujer embarazada. Es inaceptable que en los debates constitucionales tengamos que acudir a analogías sobre los deberes de donantes de órganos, náufragos y violinistas para argumentar sobre el deber de la mujer a mantener un embarazo, cuando la realidad del embarazo es tan absolutamente propia de la experiencia humana (femenina). La necesidad de usar esas analogías que acerquen la experiencia femenina a algo que resuene más a lo que un derecho masculinizado pueda comprender, refleja que es tal la incapacidad que ha mostrado la doctrina constitucional para imaginarse pensando sobre derechos y deberes constitucionales desde la perspectiva de las mujeres titulares de derechos, que ni siquiera existe un lenguaje apropiado, menos aún una teoría constitucional apropiada para hacerlo. A esta realidad es a la que se refiere Mackinnon cuando afirma que la mujer embarazada ha eludido una definición legal³².

Para evitar el sesgo de género que tiene nuestro derecho actual, producto de siglos de historia en que las mujeres han estado privadas de poder en lo público, es necesario que la doctrina y la jurisprudencia constitucional se planteen preguntas como las siguientes: ¿Cómo viven y explican las mujeres la experiencia de estar embarazada? ¿Cómo perciben al cigoto, embrión o feto en su relación con ellas? ¿Cambia esta percepción a medida que transcurre el embarazo? ¿Hay factores que influyan en esta percepción y cuáles son? ¿Cómo plantean las mujeres el conflicto

32 Mackinnon, Catharine A., *Women's lives, men's laws* (Harvard University Press), 2007, p. 140.

de tener que decidir entre mantener o terminar un embarazo? ¿Qué califica para las mujeres como una carga excesiva en relación al embarazo? ¿En qué circunstancias, si es que en algunas, creen las mujeres que el derecho no debiera exigirles mantener un embarazo? ¿Consideran las mujeres que el aborto es en todo caso un acto moralmente reprochable? ¿Cuáles son sus razones para responder sí o no a esa pregunta? Si consideran que el aborto es reprochable en todos o en algunos casos, ¿creen las mujeres que una mujer que interrumpe su embarazo en esos casos debe ser castigada penalmente?

Parto de la base de que las mujeres somos diversas y que esa diversidad se expresaría en una multiplicidad de respuestas. Sin embargo, estoy segura de que de estas respuestas aflorarían perspectivas muy iluminadoras para entender la realidad humana del aborto que ahora están ocultas. El desafío para la teoría constitucional es recoger esas perspectivas invisibilizadas y reflejar las perspectivas morales y la experiencia de las mujeres, que son las personas que viven los embarazos y experimentan los abortos. Por ejemplo, hasta ahora el Tribunal Constitucional chileno ha tratado al embrión, incluso antes de su implantación, como equivalente a una persona nacida, pleno titular de derechos. ¿Habría que revisar esa conceptualización a la luz de cómo las mujeres perciben al embrión? ¿Merece la realidad del embrión y del feto la creación de un estatuto de protección especial que refleje su carácter único, su valor, pero también su diferencia con las personas nacidas? Otro ejemplo. La propuesta de incluir causales de exculpación manteniendo la ilicitud del acto de abortar responde a la creencia de que siempre interrumpir un embarazo es *en sí* un acto reprochable, ¿refleja esa creencia la comprensión de las mujeres?, ¿estaría mejor representada la perspectiva moral de las mujeres si algunos abortos se consideran lícitos, por ejemplo los terapéuticos, por inviabilidad fetal o cuando el embarazo ha sido producto de una violación?

Algunos tribunales y jueces constitucionales han entendido la importancia de este ejercicio. Por ejemplo, la jueza Wilson, en su opinión concurrente en *R. v. Morgentaler*, expresa que es "*probablemente imposible para un hombre responder, ni siquiera usando su imaginación, a ese dilema [del aborto] (...) porque la única manera en que él puede enfrentarlo es objetivándolo y por lo tanto eliminando todos los elementos subjetivos presentes en la psiquis femenina, que son los que están en el núcleo del dilema*"³³.

33 Corte de Apelaciones de Ontario, Canadá, sentencia de 29 de enero de 1988, 1 SCR 30, párr. 239 y 240.

El Tribunal Constitucional de Portugal consideró inapropiado homologar aborto y homicidio. Señaló que la ineficacia del derecho penal para impedir el aborto se debe al "*carácter singular del conflicto y de la fuente de peligro de lesión*" y que en el caso de la interrupción consentida por la propia embarazada "*se esfuma la alteridad entre el autor y la víctima, y la amenaza de la sanción penal carece de la eficiencia que generalmente tiene, para resolver un conflicto 'interior' de carácter existencial, en la esfera personal de alguien que simultáneamente provoca y sufre la lesión*"³⁴. Enfatizando cómo el derecho y la teoría constitucional deben dar respuesta a la situación única del embarazo, se expresa en la sentencia alemana sobre aborto del año 1993 lo siguiente: "(...) *la negativa de la mujer embarazada a permitir que el niño en el vientre materno llegue a ser un ser humano es algo esencialmente distinto a matar una vida independiente, no solamente de acuerdo a la sensibilidad natural de una mujer, sino también jurídicamente*"³⁵. Y añade que "[l]a expresión 'duplicidad en la unidad' puede ser entendida como **una aproximación lingüística a la manera correcta de comprender una situación de derechos fundamentales que es única**. El aspecto del desarrollo natural del embarazo que esa expresión capta **debe ser entendido en términos de una teoría de derechos fundamentales (...)**"³⁶.

Lo que se está afirmando en estas citas es que la relación de la mujer embarazada con el embrión es *cualitativamente* distinta a la que puede tener un tercero ajeno y que esa diferencia debe reflejarse en la propia teoría de los derechos fundamentales con que se trabaja.

Frente a una afirmación como la del Tribunal Constitucional chileno en el fallo de la píldora, que ignora la posición constitucional de la mujer al punto de calificar la afectación de sus derechos como meras "connotaciones afectivas plenamente respetables", y también cuando por la doctrina se asegura que "no hay presupuestos de justicia"³⁷ para poder justificar la licitud de la interrupción del embarazo en casos de embarazos críticos, creo que es imperativo preguntarse si las mujeres tuvieron suficiente voz y participación en la definición de cuáles deben ser los presupuestos

34 Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão nº 75/2010, párr. 11.4.8.

35 Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 25 de febrero de 1975, BVerfGE 31,1, párr. 229.

36 Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 25 de febrero de 1975, BVerfGE 31,1, párr. 393.

37 Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016.

de justicia que nos guíen y cómo debe entenderse el contenido de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional.

Mi objeción a la propuesta de mantener la ilicitud de las interrupciones del embarazo bajo las tres causales que contempla el proyecto, pero incluyendo causales de exculpación para la mujer, tiene que ver, en parte, con este mismo tema. La propuesta de exculpación simplemente expresa, en términos jurídicos, el juicio de que nunca la decisión que toma una mujer de terminar su embarazo puede ser aceptada por el derecho. Es una decisión siempre reprobable, aunque se reconoce que la autora merece compasión. Esa solución no reconoce en la víctima de violación o en la mujer que interrumpe un embarazo crítico por razones terapéuticas o de inviabilidad a una persona que tiene derecho a defender la corrección moral de su decisión (de mantener o terminar su embarazo) y a exigir que el derecho reconozca su licitud.

La sola promesa de exculpación no cumple con los estándares constitucionales. Constituye un trato cruel e inhumano buscar preservar un principio moral o perseguir la protección de la vida prenatal si eso se hace a costa de mandar a las mujeres y a las niñas a seguir abortando en la clandestinidad y prometiéndoles que, si las pillan –cuando lleguen desangrándose al hospital o cuando alguien las delate–, un juez caritativo las puede, eventualmente (si logran disipar la sospecha de que mienten y además probar más allá de toda duda razonable que su abusador las violó), eximir de la pena. Eso es inhumano. Y es inconstitucional por vulnerar el principio de dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer.

No es que el resto del mundo haya perdido sus valores morales al despenalizar la interrupción del embarazo bajo las tres causales que contempla el proyecto. Lo que pasó fue que las instituciones democráticas de casi todos los otros países han incorporado en sus instancias de deliberación las concepciones y prácticas morales de las mujeres y han corregido algunas de las cegueras del derecho. Escuchando a las mujeres han encontrado (¡cómo no iba a ser así!) formas más efectivas de proteger la vida prenatal que amenazando a las embarazadas con cárcel.

5. SOBRE EL ARGUMENTO PRO-MUJER

El argumento que parte de la falta de autonomía de las mujeres que deciden abortar es jurídicamente insostenible. Aunque la decisión de mantener o terminar un embarazo puede ser extremadamente dura para una mujer, hay numerosas

otras situaciones en la vida de las personas, por ejemplo vinculadas a tratamientos médicos, que también son muy difíciles y, sin embargo, se parte de la base de que una persona adulta, aunque esté profundamente afectada, está en condiciones de tomar. Aunque en la realidad las personas posean autonomía en distintos grados y una misma persona pueda ser autónoma en algunas áreas de su vida y no en otras, en el derecho se asume la autonomía de todas las personas adultas, salvo que sufran alguna patología que afecte capacidades básicas de ejercicio de la autonomía o se encuentren en situaciones de especial coerción. Asumir esta autonomía básica de las personas adultas se ha estimado fundamental para sustentar el igual estatus moral de todas las personas y para contener el paternalismo injustificado del Estado. En términos políticos, esta asunción de la autonomía de las personas sustenta nada menos que la propia idea de democracia. La ciudadanía democrática tiene como componente esencial el supuesto de que las personas tienen capacidad de autogobierno y son capaces de hablar por sí mismas³⁸. Afirmar que las mujeres que tienen que decidir sobre mantener o terminar su embarazo nunca actúan autónomamente implica tratarlas como menores de edad e ignorar su condición de ciudadanas.

Lo dicho es sin perjuicio de que en el caso de las mujeres que deben tomar una decisión sobre su embarazo, como en muchos otros casos en que las personas ejercemos nuestra autonomía, deban existir políticas estatales que permitan que ese ejercicio se dé en las mejores condiciones posibles. Es por eso que es relevante el diseño de los programas estatales de acompañamiento a las mujeres que tienen embarazos críticos. El desafío de estos programas es que promuevan las capacidades de autonomía real, en lugar de ponerlas en riesgo. Ciertamente, mantener la amenaza de la pena no parece ser la mejor manera de fomentar la autonomía real de las mujeres.

Retomando el punto esencial, aunque las mujeres que abortan sufran con su decisión, no han perdido las competencias básicas de pensamiento racional, de discernimiento moral, ni su capacidad de identificar cuáles son sus sentimientos, sus necesidades y valores, ni su capacidad para decidir lo que es correcto para su salud y el bienestar de ella y su familia. Bajo el estándar clásico del derecho aplicable, no son incompetentes ni están, en la mayoría de los casos, actuando bajo coerción. Toman una decisión moral en conciencia. Y esa decisión de conciencia está amparada por el artículo 19 N°6 de la Constitución.

38 Oshana, Marina, *How much should we value autonomy?* En *Social Philosophy and Policy*, volume 20, 2, 2003, pp. 99-126.

6. SOBRE LA CRÍTICA AL SUPUESTO CONSECUCIONALISMO DE LAS POSTURAS DESPENALIZADORAS

La crítica que hacen los defensores de la criminalización del aborto al supuesto *consecuencialismo* de las posturas despenalizadoras parte de la premisa de que el feto tiene dignidad humana. Esta crítica trata al feto como un sujeto moral. Por eso le aplica frecuentemente la fórmula kantiana y afirma que no puede ser tratado como un mero medio para el cumplimiento de fines que le son ajenos, enfatizando que el feto no puede consentir los fines que se persiguen con la autorización del aborto³⁹.

En mi opinión, que es compatible con la existencia del mandato constitucional de proteger la vida prenatal, el ser humano en gestación tiene dignidad intrínseca. Como constata Dworkin, la mayoría de las personas atribuimos un carácter sagrado (en sentido amplio) a la vida humana⁴⁰. Esa dignidad exige atención y una actitud consciente de trato responsable y respetuoso. Sin embargo, me parece un error tratar de explicar la dignidad del feto acudiendo, como se hace normalmente, a la fórmula kantiana que deriva la dignidad de las personas del hecho que sean capaces de ser agentes morales gracias a poseer razón y capacidad de actuar autónomamente. De hecho, para Kant, no todos los miembros de la especie humana tienen dignidad; sólo la tienen aquellos capaces de actuar racional y autónomamente⁴¹. Y si bien la mayoría de los fetos tienen la potencialidad de convertirse en agentes morales, creo que eso no da cuenta satisfactoriamente de la dignidad que le asignamos a la vida prenatal y menos aún cuando esa potencialidad no existe. Es tautológico el argumento, también común en el debate sobre aborto, de que debemos reconocerle dignidad humana a todos los seres que pertenecen a la especie *homo sapiens* porque, de lo contrario, nos convertimos en jueces para determinar quiénes son y quiénes no son acreedores de reconocimiento moral⁴².

39 "El problema: se propone aquí autorizar (permitir, hacer lícita de manera general, ex ante) la muerte de un ser humano (no nacido) inocente; esto es, la privación del elemental derecho a la vida bajo un presupuesto en el que la situación que la provoca no puede verse como una *consecuencia de la organización de la propia existencia personal del afectado*", Londoño, Fernando, *Intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, a propósito del proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales* (Boletín 9895-11), 6 de enero de 2016, p. 4.

40 Dworkin, Ronald. *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, (Vintage Books), 1994, p. 24.

41 Sobre esto, ver: Wood, Allen W., *Kant on duties regarding nonrational nature*, en *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplement, Volume LXXII*, 1998.

42 Es un argumento tautológico porque solamente repite una idea con palabras parecidas sin avanzar en información. La razón por la cual debiéramos reconocer dignidad humana a todo individuo de la

El argumento kantiano es muy poderoso para dar cuenta de la dignidad de las personas nacidas que efectivamente puedan ejercer, aunque sea mínimamente, su capacidad de agencia moral. Por lo mismo, creo que es el respeto a la autonomía individual de esas personas lo que explica, en gran medida, que las reconozcamos como titulares de derechos fundamentales, porque ese reconocimiento asegura a cada una de esas personas que podrá desplegar su autonomía en los ámbitos más trascendentes de su vida. Sin embargo, ni el argumento kantiano ni el de la potencialidad o de la pertenencia a la especie dan cuenta adecuadamente de nuestra experiencia con seres o realidades que sentimos como poseedores de una dignidad intrínseca, a pesar de no poder ser agentes morales ni que pueda decirse que tienen intereses propios.

Es difícil sustentar en un aspecto que sea común a todos los seres humanos (racionalidad, capacidad de sufrir, capacidad de usar el lenguaje u otro) la dignidad de las personas. Hay en el mundo natural, animal y humano mayor o menor presencia de estos elementos, o especies de "retazos" de ellos, o asociaciones con ellos, que provocan que reaccionemos con una actitud de respeto moral no sólo hacia las personas, sino también hacia los embriones, hacia nuestros muertos, hacia algunos animales y también en ocasiones hacia la naturaleza o una obra humana. Esta dignidad "despersonalizada", sin titular, tiene innegable presencia e importancia en nuestras vidas, pero no es bien recogida por un discurso jurídico que distingue dicotómicamente dos categorías excluyentes, la de personas y la de cosas, atribuyendo dignidad a las primeras y mera utilidad a las segundas⁴³.

Tengo dos comentarios adicionales sobre el uso del argumento kantiano en el contexto de la regulación del aborto. El primero es que el argumento kantiano se presta con mayor propiedad para fundamentar a favor de la despenalización del aborto. Es notable el uso creciente que se hace del argumento kantiano en la jurisprudencia constitucional comparada que ha exigido o aceptado la despenalización parcial del aborto. Ésta ha afirmado repetidamente que la penalización absoluta de

especie *homo sapiens* es que es acreedor de reconocimiento moral (lo es porque tiene dignidad). El principio de que no corresponde que nos arroguemos la facultad de juzgar quiénes son acreedores de reconocimiento moral se entiende si se parte de la premisa que todo individuo de la especie *homo sapiens* tiene dignidad.

43 Es interesante señalar que este discurso dicotómico se ha dado en materia constitucional, pero que históricamente tanto el tratamiento que el derecho civil como el derecho penal han dado al que está por nacer es mucho más matizado, otorgándole una protección especial que no alcanza a ser la misma que la que reciben las personas nacidas. En materia penal, el aborto no se equipara al homicidio y en materia civil, el no nacido no es persona.

la interrupción voluntaria del embarazo implica tratar a las mujeres (que sí tienen todas las características propias de los sujetos morales) como instrumentos de procreación, como meros objetos y no como plenos sujetos de derecho y por lo tanto violar su dignidad humana.

Este argumento recupera para la mujer el discurso de la dignidad que por un tiempo estuvo vinculado, en el contexto del aborto, sólo a la idea de la dignidad de la vida prenatal. Además, porque la dignidad en este contexto específico vuelve a asociarse a la idea de autonomía, que es su asociación jurídica más primaria en el contexto amplio del derecho. Al poner la dignidad en la cabeza de la mujer, la jurisprudencia está visibilizando a la mujer como sujeto moral y jurídico. En palabras del Tribunal Constitucional portugués, "la carga axiológica del principio de la dignidad humana no está toda del lado de la vida intrauterina. Ella recae también sobre la posición jurídico-constitucional de la mujer"⁴⁴.

La idea de que la mujer no puede ser considerada sólo un instrumento para la procreación aparece explícitamente, por ejemplo, en la sentencia española⁴⁵, en la sentencia colombiana⁴⁶, en dos votos concurrentes de la sentencia mexicana⁴⁷,

44 El texto original dice: "(a) carga axiológica do princípio da dignidade humana, ão está toda do lado da vida intra-uterina. Ela investe também a posição jurídica-constitucional da mulher". Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão nº 75/2010, párr. 11.4.2.

45 Tribunal Constitucional de España, TC 53/985, sentencia de 18 de mayo de 1985, considerando 11, letra b): "Obligarla [a la mujer] a soportar las consecuencias de [un delito de violación] es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos".

46 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/2006, de 10 de mayo de 2006, párrafo 8.1: "(...) en tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear".

47 Corte Suprema de México, acción de inconstitucionalidad 146/2007, sentencia de 28 de agosto de 2008 y su acumulada 147/2007, voto concurrente que formula el Ministro Sergio Valls Hernández, p. 11: "En conclusión, si bien el legislador debe proteger la vida en gestación, no puede afectar, en forma desproporcionada, los derechos de la mujer. No es constitucionalmente admisible que el legislador, con la finalidad de proteger la vida en gestación, sacrifique, en forma absoluta, los derechos fundamentales de la mujer embarazada, considerándola entonces como mero instrumento de la vida en gestación. Por ende, si dentro de la política criminal estima que deben establecerse medidas de índole penal a fin de proteger la vida del nasciturus, así como la de la mujer, tal regulación debe comprender las hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de

en el voto concurrente del juez Blackmun en *Casey*⁴⁸ y en el voto de minoría de Mahrenholz y Sommer a la segunda sentencia alemana⁴⁹. La fuerza de este argumento es evidente, tanto porque el valor de la dignidad humana asociada a la autonomía es la piedra angular de todo el sistema de derechos individuales, como porque la mujer embarazada es perfectamente susceptible de ser mirada sólo instrumentalmente, como el continente en que se gesta la vida, como lamentablemente se constata de la lectura de numerosos textos de profesores de derecho chilenos⁵⁰.

los derechos de la mujer embarazada, es decir, los supuestos en que la interrupción del embarazo no configura el delito de aborto, o bien, su despenalización, a fin de no violentar sus derechos de libertad, igualdad, autodeterminación procreativa, etcétera, como ocurre en los casos en que el embarazo es producto de una fecundación forzada, de una violación, o bien, cuando se encuentra en riesgo la salud o la vida de la mujer o del propio producto". Corte Suprema de México, acción de inconstitucionalidad 146/2007, sentencia de 28 de agosto de 2008 y su acumulada 147/2007, voto concurrente que formula la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas: "Al respecto es conveniente señalar que por la peculiar relación que existe entre el embrión y la mujer, la cual no existe con el hombre, la diferencia biológica puede traducirse en una diferenciación y, sin embargo, con paradoja aparente, lo que no contradice, sino que, al contrario, está implicado por nuestro principio de igualdad y precisamente en su nombre debe ser reivindicado. En efecto, en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres y es sometiénolas al control penal que se les desvaloriza como personas y se les reduce a instrumentos de procreación, con lo que se evidencia un trato discriminatorio al no penalizar más que a ellas".

- 48 Corte Suprema de Estados Unidos de América (*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*), op. cit., p. 928. "*The State's restrictions on a woman's right to terminate her pregnancy also implicate constitutional guarantees of gender equality. State restrictions on abortion compel women to continue pregnancies they otherwise might terminate. By restricting the right to terminate pregnancies, the State conscripts women's bodies into its service, forcing women to continue their pregnancies, suffer the pains of childbirth and in most instances, provide years of maternal care. The State does not compensate women for their services; instead, it assumes that they owe this duty as a matter of course. This assumption –that women can simply be forced to accept the "natural" status and incidents of motherhood– appears to rest upon a conception of women's role that has triggered the protection of the Equal Protection Clause [...]*".
- 49 El texto original dice: "*Der Staat nimmt in der Ausübung dieser so bestimmten Schutzpflicht die "Zweiheit in Einheit" ernst in der Weise, daß die Frau nicht mehr nur als Gefäß des Embryos erscheint*". Tribunal Constitucional de Alemania, sentencia de 28 de mayo de 1993, BVerfGE 88, 203, párr. 388.
- 50 Véase Aguerrea Mella, Pedro. *El derecho a la vida y la acción del Estado en su protección*. En *Ius Publicum*, volumen 4, N° 7, 2001, p. 21; Fernández González, Miguel Ángel, *Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer*, p. 88; Mohor, Salvador, *La protección de la vida del que está por nacer en la Constitución*, en *Revista de Derecho Público*, 39-40, 1986, pp. 113-135; Precht Pizarro, Jorge, *La administración del Estado al servicio de la persona en gestación*, en *Revista de Derecho Público*, 57-58, 1995, p. 206; Soto Kloss, Eduardo, *La píldora asesina ante la Constitución*, en *Ius Publicum*, volumen 4, 7, 2001, p. 80; Soto Kloss, Eduardo, *El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, volumen 88, 3, 1991, pp. 55-60, septiembre-diciembre; Ulloa Martínez, Luis Andrés,

Mi segundo comentario apunta a refutar la crítica al *consecuencialismo* de los regímenes preventivos del aborto que contemplan una despenalización parcial del aborto consentido, generalmente bajo un sistema de plazos acompañado de consejería. Como expliqué, levantar la amenaza de la pena tiene el propósito de que las mujeres se acerquen con confianza al Estado y que éste pueda implementar en forma efectiva medidas de apoyo a la maternidad y la crianza que eventualmente disuadan a la mujer de abortar. La crítica apunta a que es inadmisibles despenalizar el aborto aunque eso contribuya a bajar las tasas de aborto. A juicio de los críticos, esa solución implicaría instrumentalizar a los fetos que mueren bajo el régimen de aborto legal, con el fin de salvar a un número mayor de fetos que están en riesgo de ser abortados clandestinamente.

El argumento está equivocado. El error consiste en suponer que las muertes de los fetos que se abortan legalmente después de la consejería son necesarias para que la política preventiva funcione. Pero no es así. El Estado despliega un esfuerzo específico e individual para crear condiciones que permitan a la mujer que se somete a consejería poder mantener el embarazo contando con ayuda estatal, si ella así lo decide. Ese embrión *no* se está usando como medio para el fin de prevenir la muerte de otros embriones. Si después de la consejería la mujer decide continuar con el embarazo, no pone en peligro la política de prevención de abortos; por el contrario, la fortalece. Desde la perspectiva de una ética centrada en la protección del feto es perfectamente legítimo actuar haciendo un balance entre las consecuencias positivas y negativas de dos políticas alternativas (en este caso la penalización y la prevención) y escoger la que parezca que tiene más consecuencias positivas, siempre que ésta no implique *usar* a la posible víctima (o en términos jurídicos, afectar los derechos individuales de la víctima) para alcanzar los fines escogidos⁵¹. Además, si la

El aborto, la píldora del día después y su inconstitucionalidad en Chile, en Revista de Derecho, Universidad de la Santísima Concepción, 9, 2001, 383-400, p. 385.

51 Esto explica la diferencia entre los dos clásicos ejemplos que se usan en filosofía para discutir estos temas. Bajo una ética deontológica centrada en la víctima, el conductor de un tren puede desviar un carro que amenaza con matar a cinco personas que están trabajando en los rieles, aunque con el desvío mate a otro trabajador que se encuentra en el riel lateral. En cambio, un cirujano no puede matar a un paciente con el fin de extraerle sus órganos, aunque esa operación signifique salvarle la vida a otras cinco personas. En el caso del carro, el desvío del tren igual hubiera salvado a los cinco trabajadores aunque no hubiera nadie en el riel lateral. De la misma forma, en el caso de la consejería alemana, la política preventiva igual cumple con su objetivo (y de mejor manera) si la mujer decide continuar con su embarazo. Por el contrario, en el caso del trasplante, el médico no podría haber salvado la vida de los cinco trasplantados sino matando al involuntario donante.

preocupación es proteger la vida de los embriones y fetos, asumiendo que la vida de todos ellos vale exactamente lo mismo, el argumento funciona como un boomerang.

Puede decirse que mantener la penalización, con el resultado de un mayor número de abortos, implica que el Estado está instrumentalizando a los fetos que morirán en la clandestinidad para cumplir con un fin ajeno a ellos, que es evitar el involucramiento del Estado en la prestación de servicios de interrupción del embarazo.

7. LA ORTOPEDIA MORAL DE LA DIGNIDAD HUMANA

Es más fácil identificar un trato indigno que definir lo que es la dignidad humana. Tal vez por eso resulta tan acertada la forma en que Jeremy Waldron, quizás el jurista contemporáneo más importante que ha escrito sobre dignidad humana, se aproxima al tema con una imagen que inmediatamente nos hace sentido. Waldron dice que la dignidad tiene una expresión comunicativa corporal, "una suerte de ortopedia moral de la dignidad humana (*moral orthopedic of human dignity*)". Una persona que se siente digna, y a la que se le reconoce su dignidad, camina derecha, puede presentarse en público sin vergüenza, la gente la mira, la escucha, se atiende a sus deseos, transmite una actitud de seguridad y autocontrol y posesión de su cuerpo. En sentido contemporáneo, la dignidad, explica Waldron, implica que tratemos a cada hombre y a cada mujer como se trataba antes a "los dignatarios", es decir, a cada uno como si su cuerpo fuera intocable, su voluntad atendida y sus necesidades tomadas en especial consideración⁵².

El derecho debe crear las condiciones para que todas las personas puedan presentarse ante los demás como personas cuya dignidad se respeta. Y de hecho lo hace, por ejemplo, cuando mediante las reglas de consentimiento médico informado se nos respeta nuestra voluntad respecto de intervenciones médicas y se protege nuestra indemnidad corporal, porque el cuerpo aloja y encarna, literalmente, a la persona que somos. Sin embargo, en materia de interrupción del embarazo se hace exactamente lo contrario. La penalización absoluta del aborto consentido humilla a las mujeres, desconoce o minimiza el sufrimiento que experimentan frente a embarazos críticos como los que regula el proyecto, impone violentamente interpretaciones de cómo la mujer tiene que sentirse, y la estigmatiza como egoísta, duda de su palabra (en el caso de la violación) y utiliza su cuerpo y su dolor para mandar un mensaje social de respeto a la vida y a la dignidad humanas (qué contradictorio).

52 Waldron, Jeremy, *Dignity, Rank & Rights, The Berkeley Tanner Lectures* (Oxford University Press), 2012.

8. DECIDIENDO TRAS EL VELO DE IGNORANCIA

Termino este artículo respondiendo a un desafío planteado por el profesor Fernando Londoño, opositor al Proyecto de Ley. El desafío consiste en realizar un ejercicio que tiene como objetivo determinar cuál sería la mejor regulación del aborto considerando, en absoluta igualdad de condiciones, los intereses de todos los seres humanos, incluidos los no nacidos. El ejercicio busca superar la dificultad que representa el que el feto no tenga voz en el debate sobre interrupción voluntaria del embarazo, lo que lo pone en situación de extrema vulnerabilidad de ser sacrificado para mejorar la situación en que se encuentra la mujer embarazada. La idea es utilizar el mecanismo del “velo de ignorancia” propuesto por John Rawls para definir a las instituciones básicas de la sociedad, pero esta vez aplicado a la regulación sobre aborto. Debo imaginarme que nos encontramos en una posición original en la que ninguno de nosotros sabemos qué lugar ocuparemos en la sociedad (si seremos hombres, mujeres, ricos, pobres, etc.). Específicamente, nos dice el profesor Londoño, no sabemos si nos contaremos entre los nacidos o sólo llegaremos a ser concebidos. La ignorancia sobre nuestra posición en la sociedad asegura que las decisiones que tomemos representen el régimen más justo posible, porque sería el régimen que en conjunto elegimos habiendo imaginado, cada uno, que quizás le toque ser la persona más vulnerable y desvalida en esa sociedad futura.

El profesor Londoño afirma estar bastante seguro de que, tras el velo de ignorancia, los contratantes, mujeres y hombres por igual elegiríamos la penalización estricta del aborto, porque no querríamos correr el riesgo de ser abortados bajo una legislación liberalizadora de la interrupción del embarazo. Yo discrepo. Si me encontrara en la posición original escogería aquella regulación que disminuyera al máximo mi riesgo de ser abortada si mi posición fuera la de embrión o feto, que respetara en la mayor medida posible mi voluntad si mi suerte fuera la de ser una mujer embarazada y, si me tocara ser hombre, que me diera garantías de que no se está instrumentalizando a ningún ser humano y que me permitiera sentir que, al menos en este ámbito, vivo en una sociedad decente.

Una vez que hubiera definido esos criterios, no me cabe duda que escogería una regulación similar a las que existen en los países de Europa occidental que han logrado las tasas más bajas de aborto y que, dentro de sus presupuestos, contemplan la despenalización parcial de la interrupción del embarazo bajo un régimen de plazo.

9. EL PROYECTO DE LEY

De aprobarse el Proyecto de Ley que hoy se está discutiendo, constituirá un avance significativo en la manera en que el Estado chileno enfrenta su deber constitucional de respetar la vida prenatal. Es muy importante que el proyecto solucione violaciones graves a los derechos humanos de las mujeres que tienen embarazos que caen bajo algunas de las tres causales. Pero además será un avance porque abre la posibilidad de pensar en formas realmente efectivas y no meramente efectistas de protección, que incorporen la perspectiva moral y la sabiduría adquirida por la experiencia de vida que tienen las mujeres, perspectiva y sabiduría que hasta ahora han sido desechadas como irrelevantes por el legislador, pero que, como demuestra la experiencia constitucional comparada, es la clave que permite encontrar las formas de compatibilizar una protección efectiva de la vida prenatal y el pleno respeto a la dignidad de las mujeres y niñas.

LA REGULACIÓN DEL ABORTO: ENTRE EL CONTROL Y LA AUTONOMÍA

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO¹

Abstract

Este trabajo busca ofrecer una reconstrucción interpretativa de las dificultades histórico-sociológicas que han enfrentado los derechos sexuales y reproductivos en su devenir normativo, especialmente en lo concerniente a la regulación de la sexualidad y procreación femeninas. Para ilustrar estas dificultades, el texto se sirve de algunas de las discusiones que ha suscitado el establecimiento en Chile de un régimen de despenalización parcial del aborto y las analiza desde una perspectiva de género.

1. INTRODUCCIÓN

Considerando que la sexualidad y la procreación son dos dimensiones consustanciales a los seres humanos, podríamos pensar que son parte inescindible del lenguaje de los derechos. Sin embargo, esto no es así. Basta mirar el texto de la Constitución chilena para darse cuenta que no hay en ella mención alguna de estos derechos, lo que tampoco ocurre, en general, en las constituciones a nivel comparado.

Lo anterior corrobora lo aseverado por Foucault en su célebre obra *Historia de la Sexualidad*, en el sentido de que la sexualidad y la procreación –especialmente de las mujeres– han estado sometidas históricamente a numerosos y variados controles sociales. En consecuencia, la idea de que las decisiones sobre el ejercicio de la sexualidad (por ejemplo, si se mantienen relaciones heterosexuales u homosexuales) y la procreación (por ejemplo, si se quiere o no tener hijos) forman parte de la autonomía de los sujetos es relativamente reciente y es constitutiva de un nuevo paradigma social, mientras que su expresión jurídica –la noción de derechos sexuales

1 La autora es profesora asociada del Instituto de Derecho Público, de la Universidad Austral de Chile; correo electrónico: yzuniga@uach.cl

y reproductivos— empieza recién a tomar cuerpo en textos jurídicos hace unas cuatro décadas, jalonada por la llamada segunda ola del feminismo.

Este nuevo paradigma de regulación de la sexualidad y la procreación, en clave de autonomía, se viene manifestando tímidamente en Chile a través de algunas reformas legales, como el reconocimiento de la violación marital como figura punible, la farragosa regulación de la entrega de la píldora del día después en la ley No 20.418 o el Acuerdo de Unión Civil que acaba de entrar en vigencia. La discusión del proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, que presentó el Gobierno en enero de 2015 (Boletín 9895-11), puede considerarse, también, un intento político por insertarse en este nuevo paradigma. Sin embargo, las dificultades que esta iniciativa y otros proyectos anteriores de despenalización parcial del aborto han enfrentado durante su tramitación testimonian, de otro lado, que el paradigma de control es especialmente resistente en el caso chileno.

Como es sabido, hasta el año 1989 la legislación chilena admitía la interrupción del embarazo en caso de peligro para la vida y salud de la madre, todo ello bajo la vigencia de la Constitución de 1980. Sin embargo, paradójicamente, la situación de los derechos de las mujeres, en lo concerniente a este asunto, es comparativamente peor durante el período democrático que durante la dictadura.

Este texto busca ofrecer una reconstrucción explicativa de estas resistencias, que permita poner de relieve la fragilidad de la protección de los derechos sexuales reproductivos de las mujeres y justificar la necesidad de un desarrollo normativo, ya sea por vía de una lectura interpretativa respetuosa de la autonomía moral de las mujeres para tomar decisiones sobre su sexualidad y la procreación, ya sea mediante una regulación constitucional y legal que garantice adecuadamente dicha autonomía.

2. EL DEVENIR DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

El reconocimiento jurídico de lo que se ha dado en denominar *derechos sexuales y reproductivos* (en adelante DSyR) es relativamente reciente. Tales derechos son un precipitado de dos grandes movimientos que atraviesan todo el siglo XX: el feminismo, por una parte, y la internacionalización de la protección de los derechos humanos, por la otra, los cuales se sitúan, en consecuencia, en el marco de las tensiones que caracterizan el devenir de ambos movimientos.

En el seno del pensamiento feminista, los debates sobre el contenido, alcance y garantía de los DSyR se han desarrollado al hilo de la tensión dialéctica entre aquellas vertientes del feminismo que enfatizan una idea de *autonomía procreativa con acento liberal* (es decir, con cierta independencia de las condiciones fácticas del ejercicio de tal autonomía) y que tienen cierto predominio en el feminismo de países primermundistas, y aquellas otras que construyen la idea de autonomía en un contexto situado: las condiciones socio-estructurales que influyen las decisiones reproductivas de las mujeres, especialmente las relativas a la salud. Estos últimos están más presentes en el feminismo del mundo en desarrollo y en el feminismo radical.

Acerca de la internacionalización de los derechos humanos, por otra parte, es necesario precisar que si bien el reconocimiento internacional de los DSyR refleja un proceso de *positivación* a nivel supranacional, dicho proceso, en sus orígenes, se explica menos por la pulsión *universalizadora* de los derechos humanos que por razones de orden contingente. En efecto, el crecimiento poblacional experimentado a partir de la década de los setenta fue caracterizado como una verdadera "explosión demográfica y dio origen a previsiones que anticipaban hambrunas masivas, particularmente en países subdesarrollados. Tales previsiones motivaron un impulso estatal dirigido a incentivar las políticas de planificación familiar, lo que puso las bases para la consagración correlativa de la autonomía procreativa en el ámbito internacional"².

Las dos orientaciones ideológicas contrapuestas que se encuentran en el origen de los DSyR deben ser tenidas a la vista para el correcto análisis de evolución histórica y, como veremos, son especialmente útiles para comprender la precariedad que ha caracterizado la garantía estatal de estos derechos, en general, y específicamente respecto de las mujeres, pero lo anterior –conviene precisarlo– no predetermina la justificación moral de estos derechos ni su fundamento jurídico³. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante.

La primera enunciación normativa de los DSyR quedó plasmada en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW,

2 Véase en este sentido Barbieri, Teresita, "Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos", en *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 62, No. 1 (enero-marzo, 2000), pp. 45-59; y Villanueva, Rocio, *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), 2008.

3 Lo propio ocurrió con los intereses variopintos y contingentes que dieron origen a la Revolución francesa y a la Independencia norteamericana en el siglo XVIII, y, desde luego, nadie pone en duda en la actualidad que se trató de los procesos fundantes de los derechos civiles y políticos ampliamente reconocidos en el constitucionalismo actual.

1979), en su art. 16 e), bajo una fórmula que reconoce el derecho de cada mujer, en condiciones de no discriminación, a decidir si tiene o no descendencia y, en su caso, en qué momento. A ello se sumó el establecimiento correlativo de un haz de obligaciones estatales de garantía relacionadas con el acceso a la información, al asesoramiento, a los medios y a los servicios de salud, necesarios para poner en práctica tales decisiones procreativas (arts. 14 b y 16 e).

La evidencia recopilada durante la década de los ochenta puso de manifiesto, sin embargo, que la autonomía femenina en materia procreativa, pese a estar reconocida en la CEDAW, era usualmente desconocida por los estados mediante una variada gama de normas, prácticas y discursos que comprendían la punición amplia de la interrupción del embarazo, la falta de provisión de información, de métodos de anticoncepción y, en general, de servicios adecuados de salud reproductiva, la recurrencia de malos tratos respecto de las usuarias y la amplia discrecionalidad del personal de salud para negarse a prestar dichos servicios, esgrimiendo convicciones morales personales⁴.

La falta de garantía estatal de la autonomía procreativa femenina se transformó, entonces, en materia de debate en las conferencias de Naciones Unidas de la década de los noventa. Esta conferencias pusieron acento en las condiciones en que se ejerce la sexualidad y la reproducción por parte de las mujeres y popularizaron el enfoque de la *salud reproductiva*, que tiende a adoptarse actualmente al examinar estos derechos. Además, estas conferencias dieron contenido al concepto de los DSyR y desarrollaron su fundamentación específica. Así, el *Programa de Acción de la Conferencia sobre Población y Desarrollo* (El Cairo, 1994) definió a los DSyR, en su art. 7, como "ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso", cuyo fundamento descansa en "el 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 éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y del derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva". Este instrumento precisó, además, que los mismos incluyen el "derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos" y que "se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo

4 Barbieri, Teresita, "Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos", en Revista Mexicana de Sociología, Vol. 62, No. 1, enero-marzo, 2000, p. 51.

e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios, con el objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable" (7.3).

Al año siguiente, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing) retomó y amplió la definición de salud reproductiva establecida en el Programa de Acción de El Cairo, subrayando la especial vulnerabilidad de las mujeres en lo relativo al control de su sexualidad y fecundidad, y exigiendo que el ejercicio de la sexualidad se realice con respeto a la integridad de las personas, sobre la base del consentimiento recíproco de los actores, en el marco de una *corresponsabilización* de las consecuencias del relacionamiento sexual. Finalmente, la *Plataforma de Acción de Beijing* instó a los estados a adoptar políticas públicas transversales que promovieran un adelanto general de la protección de todos los derechos de las mujeres y, específicamente, de sus DSyR.

Sin perjuicio de la progresiva extensión de los DSyR a otras áreas normativas como por ejemplo su regulación en el marco de la violencia de género⁵, el establecimiento de crímenes de derecho internacional que prohíben atentados sistemáticos contra la autonomía sexual y procreativa de las mujeres⁶, o el reconocimiento internacional de la autonomía sexual y procreativa de las personas con discapacidad⁷, estos derechos

-
- 5 La *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (1994) estableció, en su art. 1, que "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción, conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, **sexual** o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (el destacado en nuestro). Como puede apreciarse, esta disposición considera explícitamente, como hipótesis de violencia, a la violencia sexual en todas sus formas.
 - 6 Así lo contempla el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, que reconoce dentro de los crímenes de lesa humanidad la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable (art. 7, 1, letra g)), recogiendo con ello la jurisprudencia elaborada especialmente por los tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda.
 - 7 A título de ejemplo, el art. 23 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Chile y promulgada en Chile, conjuntamente con su protocolo facultativo, el 17 de septiembre de 2008, establece que los estados deben asegurar que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: letra b) "se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos"; y que: letra c) "Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás".

siguen siendo eminentemente precarios, sobre todo respecto de las mujeres. Si bien el seguimiento internacional de las conferencias internacionales antes referidas⁸ ha arrojado avances especialmente notables en la vertebración de una institucionalidad de género, es decir, de una arquitectura orgánica –reflejada en la creación de ministerios y/u oficinas, con mandato especial de promoción de los derechos de las mujeres, en diversos países, incluido Chile–, también ha dado cuenta que dicha arquitectura no ha supuesto grandes avances en el reconocimiento normativo y en la garantía de los DSyR, especialmente en Latinoamérica. En consecuencia, estos derechos siguen situándose en una constante tirantez entre adelanto y retroceso, sobre todo en el caso de la despenalización del aborto, pese a que las normas internacionales contienen, como hemos visto, obligaciones claras de garantía en esta materia.

Conviene preguntarse entonces por qué el desarrollo de los DSyR ha sido tan problemático en el nivel estatal. A esta pregunta trataré de responder en las secciones siguientes.

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DSyR

A fin de abordar adecuadamente el itinerario de este trabajo, es preciso afinar un concepto de los DSyR que nos sea útil para comprender su vinculación con un paradigma de autonomía. Del examen de su evolución en el nivel internacional y de su desarrollo comparado puede desprenderse que estos derechos comprenden las siguientes categorías de decisiones. La primera categoría se vincula a la manera en que los sujetos vivencian o ejercen su sexualidad, lo que, a su vez, involucra cuestiones relacionadas con la identidad sexual, la preferencia sexual o, inclusive, la posibilidad de comercializar la propia sexualidad. A esta dimensión la llamaré *autonomía sexual*. La siguiente categoría alude a decisiones relacionadas con la procreación, dentro de las cuales se ubican las decisiones relativas al control o prevención de la natalidad (vertiente negativa) y aquéllas vinculadas a la decisión de tener hijos, tanto de manera natural como mediante procedimientos de fertilización asistida (vertiente positiva). A esta segunda categoría de decisiones le llamaré *autonomía*

8 Desde 1995, la Asamblea General de Naciones Unidas, en sus diversas sesiones, ha examinado selectivamente los temas de la plataforma y ha dado instrucciones para que en todos los órganos del sistema se concrete la efectiva adopción de una perspectiva de género y se den cumplimiento a los mandatos de Beijing. También se han celebrado reuniones quinquenales de evaluación, conocidas como Beijing+5, Beijing+10 y Beijing+15, cuya organización depende de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la cual anualmente ha estudiado en profundidad las diversas áreas y ha elevado sus criterios al Consejo Económico y Social (ECOSOC) y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

procreativa. Como ya tuvimos oportunidad de observar, esta última dimensión está expresamente reconocida en la CEDAW, a través del reconocimiento de la libertad para decidir el número y el espaciamiento de los hijos.

Pero la noción de la autonomía, que es el eje basal de estos derechos, no debe ser confundida con la afirmación de que se trata de derechos individualistas o intrínsecamente liberales. Aunque la manera habitual de definir estos derechos (es decir, por medio de un listado de posiciones jurídicamente protegidas que adoptan preeminentemente la forma de libertades sin interferencia) o la técnica de protección que le es característica (esto es, la de los derechos implícitos, que los ha hecho depender para su tutela de otros derechos con contenido liberal, como la privacidad) pueda llamar a la confusión, hay sobradas razones para abandonar esa idea. En este sentido, cabe tener presente que estos derechos comprenden también obligaciones positivas por parte de los estados que se traducen también en derechos prestacionales, como por ejemplo el derecho a acceder a la información sexual y/o reproductiva o a contar con los medios necesarios para ejercer la sexualidad y/o la procreación. Por ende, al hablar de autonomía sexual y de autonomía reproductiva sólo busco poner de relieve que los DSyR implican *per se* un reconocimiento de la autonomía moral de los sujetos para tomar decisiones en tales esferas y que esto los transforma en una herramienta de resistencia ante el paradigma de control. Otra cosa es, desde luego, la manera de instrumentar técnicamente dicha autonomía, la que puede traducirse tanto en libertades negativas como en derechos prestacionales.

Una segunda cuestión que conviene precisar concierne a las relaciones analíticas y normativas entre sexualidad y procreación. Es evidente que hay una vinculación fáctica entre sexualidad y procreación, de suerte que esta última es, ordinariamente, una consecuencia del ejercicio de la primera; sin embargo, desde un punto de vista conceptual, de ello no se sigue que la sexualidad y la procreación sean dos esferas conectadas necesariamente, ni mucho menos que sólo pueda tutelarse cualquiera de éstas en la medida que la dimensión tutelada contenga o exprese a la otra. Antes bien, se trata de dos esferas distintas y separadas sobre las cuales los sujetos pueden tomar decisiones diversas y de carácter independiente. De hecho, el ejercicio de la sexualidad no implica, de suyo, una voluntad de procrear y, desde luego, es posible procrear prescindiendo de una relación sexual. En otros términos, la procreación ha dejado de ser el resultado de un acto íntimo y natural realizado exclusivamente entre una mujer y un hombre, para transformarse, además, en una consecuencia de ciertos procedimientos médicos que pueden involucrar, incluso, a personas del mismo sexo, como ocurre en los supuestos de maternidad subrogada. Así, por ejemplo, hoy en

día es científicamente posible que una pareja lesbiana engendre, dando origen a una situación de "doble maternidad". Para ello basta utilizar un óvulo aportado por una de las mujeres, fecundarlo in vitro por el semen de un donante anónimo (a través de los sistemas de bancos de semen) e implantar el producto de tal fecundación en el cuerpo de la segunda mujer para que ésta lo geste.

Como es obvio, estos procedimientos no sólo independizan la procreación del coito y de la (hetero) sexualidad, sino que interpelan las categorías jurídicas que hemos creado para comprender las relaciones familiares. En el ejemplo recién propuesto sería difícil responder, de entrada, quién de las dos mujeres es la verdadera madre: la que proporciona su óvulo o la que lo gesta⁹. Lo anterior es indicativo de un desfase al interior del sistema jurídico, pues aunque las reglas jurídicas actuales admiten un tratamiento disyuntivo de la sexualidad y de la procreación, y también de la sexualidad, la concepción y la gestación, las herramientas jurídico-conceptuales de que disponemos los juristas no recogen adecuadamente la variedad de combinaciones que pueden derivarse del ejercicio, separado o conjunto, de ambas dimensiones y de la ocurrencia, no encadenada convencionalmente, de los referidos procesos. Por consiguiente, el desafío de desarrollar progresivamente tales herramientas está aún pendiente.

Sin embargo, es importante tener presente que este desfase normativo entre el reconocimiento de la autonomía sexual y procreativa y sus respectivas técnicas de garantías está lejos de ser una anomalía marginal y tiende a actuar, en cambio, como un defecto sistémico de la regulación de los DSyR. Piénsese, por ejemplo, en cómo el reconocimiento de estos derechos convive en muchos estados con rígidas reglas punitivas del aborto, con normas o prácticas normativas que suponen la disponibilidad del cuerpo femenino¹⁰; con reglas que sustraen prácticamente todas las decisiones sexuales y procreativas de la voluntad de algunos de sus titulares y se las entregan al Estado o a otros sujetos (como ocurre con las reglas de capacidad jurídica en el caso de menores de edad y personas con discapacidad cognitiva); y con disposiciones que limitan el acceso de las parejas homosexuales a la adopción

9 Zúñiga, Yanira, "Los derechos sexuales y reproductivos. Reflexiones sobre su contenido y garantía en el derecho comparado e internacional", en *Actas del Congreso Internacional de Derecho. En Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de Valparaíso*. Tomo II (Edeval), Valparaíso, junio de 2012, pp. 429-442.

10 Adviértase que varias legislaciones no penalizan la violación marital y cuando lo hacen someten este ilícito a restricciones; o, que fenómenos como el acoso sexual no están regulados con carácter general y suelen circunscribirse, en el mejor de los casos, al ambiente laboral.

o a ciertas técnicas como la maternidad subrogada, mientras esos mismos estados legitiman las uniones civiles o, incluso, el matrimonio homosexual.

En mi opinión, lo anterior es expresivo de que los DSyR se sitúan en un intersticio entre dos paradigmas, el de control y el de autonomía, y que en realidad, estos derechos constituyen, en sí mismos, un fenómeno de resistencia ante el control estatal de la sexualidad y la procreación, el cual, sin adecuadas herramientas de garantía, es presa fácil de la fuerza de la inercia. Por lo mismo, es importante comprender que el fenómeno de control estatal de la sexualidad y de la procreación continúa presente en nuestras sociedades y que tiene bases histórico-sociológicas determinadas. Por ello me dedicaré en la siguiente sección a caracterizar dicho fenómeno.

4. PODER, SEXUALIDAD Y PROCREACIÓN. ENTRE EL CONTROL Y LA AUTONOMÍA

Desde un punto de vista histórico-sociológico, y siguiendo la tesis de Michel Foucault esbozada en su conocida obra *Historia de la Sexualidad*¹¹, puede aseverarse que la regulación normativa de la sexualidad y de la procreación se viene vertebrando desde la modernidad, a través de un conjunto de normas, discursos y prácticas – jurídicas y extrajurídicas– que giran sobre dos ejes. Por un lado, un primer eje, ligado a la transmisión de bienes y la mantención del patrimonio, que resulta instrumentado por vía de dos dispositivos jurídicos clásicos: la familia (matrimonial) y el parentesco. Así, la familia ha actuado como el intercambiador de la sexualidad y del régimen económico. La expresión normativa de este eje ha sido fundamentalmente abordada por el derecho civil y hasta tiempos muy recientes este diseño se veía como una simple manifestación de "la naturaleza de las cosas" y no como un dispositivo que sirviera a fines ideológicos. La llamada *constitucionalización del derecho privado* ha deconstruido este enfoque introduciendo un cuestionamiento por vía del principio de igualdad, primero respecto de las diferenciaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y, más recientemente, a propósito del régimen jurídico-patrimonial de las parejas de hecho, incluidas las parejas homosexuales.

El segundo eje se vertebra, en contraste, a través de la regulación de ciertos comportamientos sexuales y reproductivos en función de si éstos resultaban normalizados o, en su defecto, patologizados por ciertos discursos y prácticas

11 Foucault, Michel, *Histoire de la Sexualité. La volonté, de savoir* (Editions Gallimard), 1976. Existe traducción al español. Véase Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*, Tomo I (Siglo XXI editores), 2002.

científico-médicas. Según Foucault, la combinación de la regla jurídica y del discurso científico-médico ha tenido el efecto de situar o de sustraer ciertos comportamientos y decisiones sexuales y/o procreativos de la esfera de autonomía de los individuos. Esta aproximación revela que –contrariamente a lo que estamos acostumbrados a pensar– las cuestiones relativas a la sexualidad y a la procreación de los sujetos no han sido históricamente entendidas como un asunto privado, sino, más bien, como un asunto social/estatal, es decir, un asunto en el cual todo el cuerpo social y cada uno de sus individuos son instados a someterse a vigilancia¹². La problematización de este segundo eje ha venido de la mano de la emergencia de los derechos humanos, y, especialmente, recurriendo a la noción de DSyR. Éstos han permitido simbolizar ciertos comportamientos sexuales (como la homosexualidad) y algunas opciones procreativas (como la contracepción o la interrupción del embarazo), como expresiones de la esfera de autonomía de los sujetos; despatologizándolas, por una parte, y fortaleciendo su protección, por la otra.

Un ejemplo puede resultar útil para describir cómo funciona este complejo dispositivo normativo y cuál ha sido su impacto en las discusiones constitucionales, y, a la inversa, cómo la noción de DSyR ha venido actuando como un discurso de resistencia ante la tendencia histórica a vertebrar un control social de la sexualidad/procreación. Como se sabe, las relaciones homosexuales entre adultos han sido largamente patologizadas por el saber médico¹³. Esto ha influido notablemente en el establecimiento de un régimen de prohibiciones jurídicas, civiles y penales que han regulado históricamente tales conductas. Sin embargo, desde que la Organización Mundial de la Salud decidió excluir, en 1990, a la homosexualidad de la *Clasificación estadística internacional de enfermedades y otros problemas de salud*, las relaciones homosexuales empezaron a ser tematizadas como expresiones de la autonomía de los sujetos. Lo anterior no sólo aceleró el proceso de despenalización de la sodomía consentida que ya se había iniciado, sino que ha permitido, a través del principio

12 Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*, T. I (Siglo XXI editores), 2002, p. 112.

13 Según Foucault, la categoría psicológica, psiquiátrica y médica de la homosexualidad se constituyó el día en que se la caracterizó en el famoso artículo de Westphal sobre las "sensaciones sexuales contrarias" (1870). Ahí se la definió no tanto en relación a un tipo de relaciones sexuales, sino como cierta cualidad de la sensibilidad sexual, determinada por la manera de invertir en sí mismo lo masculino y lo femenino. La homosexualidad apareció, entonces, como una de las figuras de la sexualidad, siendo rebajada desde la práctica de la sodomía a una suerte de androginia interior, de hermafroditismo del alma. El sodomita era un relapso, en cambio el homosexual era, a partir de ese momento, una especie. Véase Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*, Tomo I (Siglo XXI editores), 2002, p. 28.

de igualdad, afianzar el reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales y de la familia homoparental más allá de la esfera estrictamente patrimonial. En la actualidad, y con una notable influencia del discurso de los derechos, es común entender que la familia es un espacio de desarrollo de la personalidad/identidad de los sujetos que tiene proyecciones emocionales, patrimoniales y político-simbólicas, y que dicho espacio es inclusivo de las parejas homosexuales. Sin embargo, como ya adelanté, es la cuestión relativa a los derechos de parentalidad de estas parejas la que se ha vuelto más espinosa. Ésta tiende a plantearse actualmente como explícita o implícitamente ligada al desarrollo temprano de la sexualidad de niños, niñas o adolescentes, sugiriéndose frecuentemente que dicho desarrollo –tutelado por el principio del interés superior del niño– podría verse afectado si éstos forman parte de familias homoparentales¹⁴. Esta metamorfosis discursiva (ya no se discute con eje en la versión tradicional de la familia, sino en relación con los derechos de algunos de sus miembros especialmente protegidos) demuestra que el dispositivo de control social de la sexualidad/procreación, como todo dispositivo de poder, es dinámico. Es decir, si bien sufre erosiones derivadas de fenómenos de resistencia (como la eclosión de los DSyR), tiene también la aptitud de reconfigurarse a sí mismo, adoptando nuevas formas. Mirado desde la perspectiva de los DSyR, podemos decir entonces que la historia de estos derechos está signada por la tensión entre avance y retroceso, entre control y autonomía.

Estos apuntes teóricos permiten poner de relieve una segunda ventaja del enfoque propuesto por Foucault: introduce la situación de los grupos en desventaja. En efecto, Foucault advierte que existen tres grupos que han estado especialmente sometidos a este dispositivo de control de la sexualidad/procreación; a saber, 1) las mujeres, 2) los niños, las niñas y los adolescentes; y 3) lo que hoy en día denominamos el colectivo LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales).

Con todo, como refleja el ejemplo antes comentado, las agendas de derechos de estos diversos grupos pueden presentarse como eventualmente conflictivas, de manera que es importante tener en cuenta que, en ocasiones, bajo la apariencia de una protección de los derechos de unos grupos pueden esconderse nuevas formas de representar la ecuación de control estatal de la sexualidad y/o procreación. Así, por ejemplo, los supuestos conflictos entre los derechos de los niños, niñas o adolescentes, por una parte, y los derechos de los homosexuales, por la otra, enmascaran habitualmente formas de control de la sexualidad tanto de los primeros

14 En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema en el Caso Atala. Corte Suprema, Rol N° 1193-03, de 31 de mayo de 2004.

como de los segundos. En el caso de los niños, para "protegerlos" de una sexualidad desviada; en el caso de los adultos homosexuales, para evitar que perviertan a los menores de edad. El fallo del Tribunal Constitucional chileno sobre el art. 365 del Código Penal ilustra de manera muy clara lo anterior¹⁵.

Como ya indiqué, en lo relativo a este trabajo me interesa poner acento en la situación de las mujeres. Éstas son portadoras de una especificidad biológica (su capacidad de gestar) sobre la que se ha construido un verdadero entramado de control. En la sección siguiente veremos que las discusiones sobre interrupción voluntaria del embarazo (IVE) han tenido y siguen teniendo un impacto particular en el goce de los derechos de las mujeres y suelen estar signadas más por el paradigma de control que por un modelo de autonomía. Para analizar esta cuestión resulta ineludible tener en vista, por su pertinencia y valor teórico, los aportes provenientes de las teorías feministas que han tenido una notable influencia en el estado actual de los debates sobre DSyR en general y sobre aborto en particular.

5. LA SEXUALIDAD Y LA PROCREACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El pensamiento feminista viene tematizando las relaciones entre sexo, sexualidad, procreación y poder, especialmente a partir de la década de los setenta, tanto a través de la crítica al binomio público/privado (en la que se inserta el célebre eslogan de "lo personal es político") como mediante una teorización específica sobre el cuerpo. El resurgimiento feminista de los años setenta impulsó una convergencia amplísima de preocupaciones políticas, prácticas y teóricas en torno al vínculo entre cuerpo y política, impulsando una crítica respecto de la interpretación tradicional que derivaba de la diferencia anatómica entre los cuerpos de los varones y de las mujeres, sus capacidades intelectuales y papeles sociales diversos; y aceptaba, tranquilamente,

15 De muestra el siguiente extracto de la sentencia citada: "La penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones. Por lo demás, del hecho de que la ley penal no pueda perseguir la sola condición u orientación sexual de nadie, no se sigue que deba dispensar un estatuto uniforme e indiscriminado de impunidad respecto a todas sus conductas o manifestaciones concretas. Menos, cuando ciertas y determinadas prácticas conllevan –en sí mismas– el peligro de causar perniciosas e irreversibles consecuencias para otros". Véase Tribunal Constitucional, Rol N° 1683-10, sentencia de 04 de enero de 2011, considerando 33.

que las mujeres no tuvieran los mismos derechos ni las mismas opciones de vida que los varones¹⁶.

Así las cosas, podemos decir que la subjetividad femenina ha resultado encamisada por las simbolizaciones relativas al cuerpo de las mujeres. Como advierten varias pensadoras feministas, es el programa de apropiación para fines sociales de la capacidad procreativa de las mujeres (la única diferencia biológica que parece distinguir nítidamente, hasta ahora, a hombres y mujeres) el que desencadena el complejo entramado de control social que se ha dado en denominar sistema sexo-género. El género, que podemos definir, siguiendo a Joan Scott, como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y a la vez como una forma primaria de relaciones significantes de poder¹⁷, se vertebra –como insiste repetidamente la jurista norteamericana Catharine Mackinnon– básicamente a través del control de la sexualidad y de la procreación femeninas¹⁸. De ahí que el significado de la sexualidad y de la procreación femeninas (incluido su significado jurídico) no pueda ser aprehendido fuera de las relaciones sociales de poder entre los dos sexos.

Este significado se ha materializado históricamente, volviendo a Foucault, en una suerte de “histerización del cuerpo de la mujer”, que consiste en un proceso según el cual el cuerpo femenino ha sido simbolizado a través de tres vertientes superpuestas, que tienen, a su vez, reflejos jurídicos. Una primera vertiente de esta histerización del cuerpo femenino se caracteriza por calificar (y descalificar) al cuerpo femenino como un cuerpo íntegramente saturado de sexualidad. Si hacemos memoria descubriremos que la narrativa del cuerpo femenino ha estado, desde Eva en adelante, anudada al siguiente hilo conductor: el cuerpo de las mujeres es la causa de las pasiones masculinas. El que las mujeres hagan o no hagan algo para desencadenar dichas pasiones es irrelevante porque el cuerpo femenino es, en sí mismo, pecaminoso o potencialmente desviado.

La concepción del cuerpo femenino como saturado de sexualidad subyace a prácticas religiosas tales como la exigencia de porte del velo islámico (la misma

16 Lamas, Marta, “Cuerpo: diferencia sexual y género”, en *Debate Feminista*, N° 10, septiembre de 1994, pp. 3-31.

17 Scott, Joan, *Género e Historia*, traducción de Consol Vilà I. Boadas (Fondo de Cultura Económica-UNAM), 1998, p. 289.

18 MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Ediciones Càtedra, Universidad de Valencia), 1995.

que ha sido puesta de relieve en los debates europeos relacionados con políticas de restricción de su uso, particularmente en el caso del velo integral) o el impedimento a las mujeres para integrar la curia católica en las mismas condiciones que los varones. Sin embargo, enraizada como está en los patrones sociales de género, dicha concepción no se restringe a la esfera de la religión o de la tradición, sino que gobierna, con carácter transversal, la inteligibilidad de las acciones sociales.

Basta tener en vista, para comprobar lo anterior, las veces que hemos escuchado, a título de justificación de diversos tipos de violencia sexual (violaciones, acoso, etc.), que la víctima tiene algún grado de responsabilidad en tales hechos, ya sea por usar un tipo determinado de indumentaria, por haber bebido más de la cuenta o por no haberse negado enfáticamente a la insinuación sexual del agresor. La premisa sobre la que descansa tal narrativa es simple: si el cuerpo femenino, por definición, incita a los hombres, una buena mujer debe disciplinar su cuerpo para merecer respeto y protección (después de todo, a nivel social es sabido que un no eventualmente puede considerarse un sí).

Esta simbolización –que tendremos oportunidad de examinar con más detalle más adelante– es parte de los márgenes ideológicos que delinear las discusiones sobre el aborto, en especial respecto de la regulación de la interrupción de un embarazo como resultado de una violación. Así, es frecuente que esta hipótesis sea rotulada en varios textos jurídicos (incluyendo proyectos de ley chilenos anteriores al que hoy se tramita en el Congreso) como “indicación ética-social”, en circunstancias de que sería más apropiado hablar de indicación criminológica. Lo que trasunta la preferencia por la primera etiqueta es la creencia social de que lo que está en juego en estos casos, exclusiva o prevalentemente, es el “honor” de la mujer que ha sido mancillado.

Una segunda vertiente de la histerización del cuerpo de las mujeres es aquella que se concreta en la patologización intrínseca del cuerpo femenino. En este sentido, cabe recordar que desde el siglo XVII en adelante, en la medicina occidental dominaba la convicción de que todas las enfermedades que afectaban a las mujeres podían explicarse en base a su aparato reproductor (útero y ovario). Esta etiología de las enfermedades femeninas se refleja claramente en el caso de la *histeria*, pues hasta su nombre coincide con el órgano en el que supuestamente se origina la enfermedad (*hystera*=útero). La presencia de los órganos reproductivos femeninos (el útero y el ovario) no sólo era vista como la causa anatómica de dicha patología del sistema nervioso femenino, sino que el propio sistema nervioso femenino resultaba

caracterizado en función de la presencia de tales órganos como esencialmente impresionable y débil, a diferencia de lo que ocurría con el carácter masculino que resultaba científicamente simbolizado, en función de la ausencia anatómica de tales órganos, como las antípodas del carácter femenino, es decir, como esencialmente equilibrado y fuerte¹⁹.

Basta poner atención a nuestra cotidianidad para observar que tales simbolizaciones siguen teniendo arraigo en las comprensiones sociales sobre las mujeres y los hombres. Las mujeres siguen siendo vistas como seres esencialmente emocionales, dominados por sus hormonas, y cuyas decisiones son menos fiables o serias que las de los varones. Esta simbolización, llevada a los debates sobre el aborto, tiende a restarles a las mujeres la capacidad moral para administrar sus decisiones y las arrastra permanentemente al territorio de la infantilización. El resultado jurídico de lo anterior es el establecimiento de regímenes de conserjería, tutela o acompañamiento, como parte inescindible de los dispositivos jurídicos que rodean el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. Estos dispositivos conllevan el riesgo evidente de disciplinar la voluntad de las mujeres. Sin embargo, tal riesgo suele difuminarse de una manera estética pero efectiva ante la opinión pública. La conserjería o acompañamiento se presenta como un dispositivo que persigue un legítimo objetivo: la protección de los derechos de las propias mujeres. Sobre esta cuestión volveremos en las próximas páginas.

Por último, la tercera expresión de la histerización del cuerpo femenino consiste en la puesta en comunicación orgánica de su cuerpo con los distintos espacios sociales. Es esta dimensión la que tiende a actuar de sustrato más claro en las discusiones relativas a la interrupción voluntaria del embarazo y, por lo tanto, es importante prestarle una atención privilegiada. El cuerpo femenino ha sido (y es) puesto en conexión orgánica tanto con el "cuerpo social", cuya fecundidad debe asegurar, como con el espacio familiar, del que debe ser un elemento sustancial y funcional; y finalmente (pero no menos importante) con la vida de los niños, la que produce y debe garantizar. Así, la responsabilidad moral de asegurar las dinámicas sociales antes descritas es impuesta heterónomamente a las mujeres a partir de un simple dato biológico (su capacidad procreativa), mediante un proyecto social que se inicia desde la primera infancia de toda mujer y atraviesa su vida entera. Dicho proyecto se legitima socialmente remitiéndose a la "naturaleza femenina", lo que garantiza

19 A modo de ejemplo se puede consultar el estudio de Verena Radkau sobre la relación entre los médicos y las mujeres, Radkau, Verena, *Género, familia y mentalidades en América Latina*, Puerto Rico (Editorial de la Universidad de Puerto Rico), 1997.

que vehicule soterradamente una ideología –la ideología de la maternidad– que ha tenido una sorprendente capacidad de autorreproducirse pese a los cambios sociales.

Digo que se trata de una ideología porque resulta evidente que del hecho de poder gestar no se sigue que todas las mujeres valoren la maternidad como proyecto de vida, ni mucho menos que aquellas que sí lo hacen lo hagan bajo cualquier condición. La maternidad no es un hecho natural sino una construcción social, entre otras cosas, porque la maternidad en nuestras sociedades no es equivalente a sólo engendrar y parir, sino que comprende una serie de representaciones sociales sobre el cuidado de los niños. Estas representaciones varían histórica y culturalmente. Sin embargo, puede decirse que el establecimiento de un modelo social de maternidad, limitativo de la autonomía de las mujeres, es también una herencia de la modernidad y dicho modelo –contrariamente a lo que pudiera pensarse– se ha ido rigidizando en las últimas décadas.

En este último sentido, la filósofa francesa Elizabeth Badinter destaca el surgimiento –como una suerte de antídoto a los movimientos feministas de liberación sexual y procreativa de los años setenta y ochenta del siglo XX– de un renovado registro de representación simbólica de la maternidad, de matrices teóricas variopintas (la ecología, las ciencias del comportamiento que se apoyan en la etología y un feminismo de signo esencialista) y de un influjo globalizador. Este discurso tiene como núcleo ideológico una propuesta de “retorno a la verdadera naturaleza femenina” anclada en la maternidad, la que, a su vez, se presenta como la auténtica llave para lograr el bienestar de las mujeres y de la humanidad. La sacralización del parto natural, la teoría del apego, la glorificación de la leche materna y el rescate “científico” del instinto maternal serían, según Badinter, nuevas manifestaciones de una ideología de la maternidad reciclada²⁰. Cabe hacer notar que dicho registro discursivo es utilizado en la actualidad por los estados para la elaboración de políticas públicas normativas²¹ y por prestigiosos organismos internacionales²², y parece ser impermeable a otras evidencias científicas que ponen en cuestión la biología como única base del apego o del instinto maternal.

20 Badinter, Elizabeth, *La mujer y la madre. Un libro polémico sobre la maternidad como nueva forma de esclavitud*, traducción de Montse Roca (La esfera de los libros), 2011.

21 Véase, por ejemplo, el mensaje de la ley 20.545 que creó el postnatal parental y que hace expresa referencia a la teoría del apego.

22 La OMS recomienda la lactancia materna exclusiva durante seis meses, la introducción de alimentos apropiados para la edad y seguros a partir de entonces, y el mantenimiento de la lactancia materna hasta los 2 años o más.

El proyecto social de imposición de la responsabilidad moral de asegurar la supervivencia del cuerpo social, de la familia personal y de los niños tiene, como decía más arriba, efectos transversales y cohesivos en la vida de las mujeres. Se va configurando desde la infancia temprana y adopta variadas y multiformes proyecciones socio-jurídicas a lo largo de las biografías femeninas, de manera que la sorprendente estandarización de esta experiencia hace que la diversidad de trayectorias de vida de las mujeres, derivadas de sus otras posiciones sociales (raza o etnia, ingresos, capital social, etc.), sea incapaz de sustraer a la gran mayoría de ellas de esta verdadera predestinación social.

A las mujeres se les prepara desde pequeñas para ser madres a través de los juegos infantiles (las muñecas); se les disciplina durante su juventud para que su sexualidad, a diferencia de la sexualidad de los varones, no persiga el placer erótico y se despliegue, en cambio, en el único espacio en que resulta legitimada, esto es, en la familia matrimonial; se les discrimina en el acceso al trabajo y en el goce de las remuneraciones por su capacidad procreativa (independientemente de que una mujer tenga hijos o no); y cuando una mujer tiene hijos, los permisos estatales asociados a la maternidad les obligan, en general, a soportar importantes costos económicos para asumir exclusiva o preferentemente el cuidado de los niños²³. Lo anterior vertebra una gestión de la dependencia de los niños, niñas y adolescentes, impuesta social o estatalmente, que tiende a durar todo el tiempo que se requiera para que aquéllos se transformen en adultos útiles para la sociedad (dicho sea de paso, el tiempo de dependencia tiende a extenderse en nuestras sociedades actuales, puesto que el cuidado empieza cada vez más temprano en el marco de la gestación y se prolonga cada vez más, superando incluso la adultez legal de los hijos). Y, como sabemos, el Estado también ha constreñido históricamente a las mujeres (como sigue haciéndolo en Chile) a llevar a término embarazos no deseados, bajo amenaza de sanción penal, incluso haciendo caso omiso de las condiciones, a veces trágicas, en que dichas gestaciones se originan o se desarrollan.

El trascendental impacto que la maternidad tiene en la vida de las mujeres, descrito antes como una concatenación de fenómenos diversos e interrelacionados, permite

23 Lo mismo ocurre en Chile a propósito de la regulación del postnatal parental, no sólo porque el permiso establece un tope económico al subsidio respectivo, sino porque impide su renuncia total. En consecuencia, las mujeres cuyas remuneraciones exceden el mencionado tope sufren la pérdida de la parte de sus ingresos que sobrepasa dicho tope; mientras que aquellas mujeres cuyas remuneraciones no lo exceden (la gran mayoría), deben soportar también un perjuicio económico: la pérdida de competitividad derivada del receso laboral y la consiguiente merma en sus potenciales ingresos futuros.

sugerir que, en general, la discusión jurídico-constitucional sobre la interrupción del embarazo ha sido habitualmente mal planteada, sobre todo en el caso chileno. Ésta suele presentarse como una disputa en torno a quién puede decidir (la misma mujer, el Estado o incluso un tercero, como los padres de una menor embarazada) sobre el uso del cuerpo femenino que está gestando una nueva vida y se asume que el resultado de la opción que se elija atañe única y exclusivamente al período normal de gestación, es decir, nueve meses. Los efectos de la maternidad en la vida de las mujeres son, en cambio, expansivos y sobrepasan con creces el período de gestación, en la medida que las mujeres madres –vale la pena subrayarlo– no son simples incubadoras. Por consiguiente, es necesario abandonar dicho abordaje tanto porque aquel no es capaz de capturar la complejidad del fenómeno jurídico que examina (o si se quiere, los distintos derechos involucrados), como porque la simbolización implícita que él vehicula (las mujeres sólo serían incubadoras) es incompatible con una aproximación respetuosa de la dignidad de las mujeres, en tanto sujetos de derechos.

Este breve excurso sobre las teorías contemporáneas que analizan desde una perspectiva histórica y de género la regulación normativa de la sexualidad y la procreación nos sitúa en una mejor posición para comprender una encrucijada jurídica recurrente y la anomalía que ella representa desde el punto de vista del tratamiento jurídico de los derechos fundamentales. Así, las cuestiones relativas al aborto y la protección de la vida emergente se plantean, habitualmente, como un choque de absolutos²⁴, lo que contribuye a que se transformen en un verdadero nudo gordiano, en el que queda muy poco espacio para el acuerdo moral y político.

Es importante enfatizar que esta manera de abordar el problema del aborto se aparta notablemente de la tradición jurídico-constitucional en materia de derechos fundamentales, que se caracteriza por admitir extensas zonas de conflicto o tensión entre derechos y/o bienes jurídicos que se resuelven a través de mecanismos especiales de balanceo (ponderación y proporcionalidad). De ahí que sea común que los textos de enseñanza del derecho constitucional insistan en que no existen derechos absolutos. No obstante, el debate jurídico sobre el aborto desafía esa convención.

En resumen, lo examinado hasta aquí revela que la sexualidad y la procreación son áreas en las que tradicionalmente ha habido un férreo control social/estatal proyectado, particularmente, hacia ciertos grupos de personas, dentro de los cuales sobresalen las mujeres debido a su capacidad procreativa. Como es lógico, esta

24 Tribe, Laurence. *El aborto: Guerra de absolutos* (Fondo de Cultura Económica), 2012.

situación entra en tensión con el discurso de los derechos, que tienen una vocación de limitación del poder estatal.

6. LOS DSyR EN EL CASO CHILENO. EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS NORMATIVAS

La construcción normativa de los DSyR en el derecho chileno ha estado eminentemente asociada al establecimiento de políticas públicas de salud, que se han focalizado, desde sus orígenes, en la planificación familiar y en la salud materno-infantil. Como ya se mencionó, las primeras tematizaciones feministas sobre las condiciones en que se desarrolla la sexualidad y la procreación terminaron, paradójicamente, por alimentar las preocupaciones en torno a la regulación de la fertilidad de las mujeres trabajadoras y a la necesidad de reducir la mortalidad infantil. Tales preocupaciones, también en el caso chileno, eclosionaron un proceso normativo que se plasmó en las primeras normas de protección de la mujer embarazada en el Código Sanitario, las que daban cuenta, a su turno, de las vinculaciones entre reproducción biológica y reproducción económica. Así, la obligación legal de asegurar que la mujer tenga tiempo para amamantar intentaba evitar que las mujeres pobres descuidaran a sus hijos y las transformaba, de esta manera, en medios para desarrollar las políticas que impulsan los gobiernos, en atención a objetivos poblacionales, de seguridad nacional y de disminución de la pobreza²⁵.

Bajo esta inspiración ideológica, a finales de la década del cincuenta se creó el Servicio Nacional de Salud (SNS) y se formuló la primera *Política de Planificación Familiar del Gobierno de Chile*, cuyo fin era reducir los riesgos asociados a la práctica del aborto inducido en condiciones inseguras y garantizar el respeto a la conciencia de las personas y su dignidad²⁶. Desde aquí hasta finales de la década de los '90, el Estado chileno mantuvo el acento en dichos objetivos, a través de programas y acciones fragmentarios²⁷.

25 Casas, Lidia, "Capítulo cuatro Salud", en Cristina Motta (Ed.), *La mirada de los jueces* (Siglo del Hombre Editores), 2008, pp. 363-389.

26 Sus objetivos fundacionales fueron: a) reducir la tasa de mortalidad materna relacionada, en gran medida, con el aborto provocado clandestino; b) disminuir la tasa de mortalidad infantil relacionada con el bajo nivel de vida en sectores de población de alta fecundidad y c) promover el bienestar de la familia, favoreciendo una procreación responsable que permitiese, a través de la información adecuada, el ejercicio y el derecho a una paternidad consciente. Véase Ministerio de Salud, Informe sobre normas nacionales sobre regulación de la fertilidad, 2010.

27 Dides, Claudia (Coord.). *Chile. Panorama de sexualidad y derechos humanos* (CLAM-IMS), 2007.

Un punto de inflexión normativo, sin embargo, lo constituyó la modificación introducida por la ley N° 18.826 de 1989 al art. 119 del Código Sanitario, en lo relativo al aborto terapéutico, sobre la que se volverá más adelante. Ésta estrechó la interrupción del embarazo en caso de peligro para la vida y salud de la madre (cuya permisión databa de la década de los '30), a la única hipótesis admitida por la doctrina oficial de la Iglesia Católica: la doctrina del doble efecto. También a partir de la década de los '90 comenzaron a presentarse mociones parlamentarias para modificar la regulación del aborto en Chile. La mayoría de éstas buscaban reponer la indicación terapéutica en toda su amplitud, otras menos apuntaban a extender la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a otras indicaciones reconocidas en el derecho comparado (particularmente en caso de violación y malformación grave del feto incompatible con la vida) y un número ínfimo buscaba reforzar la protección constitucional de la vida del que está por nacer (19 N° 1 inc. 2), sujetándola a una prohibición explícita del aborto en el texto constitucional o a una exigencia de regulación a través de una ley de quórum calificado. Sin embargo, ninguna de estas propuestas ha prosperado hasta ahora.

Un segundo frente de configuración jurídico-normativa de las cuestiones asociadas a la sexualidad y la reproducción en Chile está dado por la actividad jurisprudencial. Dentro de esta dimensión pueden identificarse dos grandes líneas: (a) la judicialización de cuestiones vinculadas a la procreación en lo referente a la anticoncepción de emergencia y (b) la judicialización de las cuestiones relativas a la diversidad sexual, las que, a su vez, han sido problematizadas especialmente respecto de la sexualidad y procreación en adolescentes. En relación con la primera (a), cabe destacar la judicialización de la distribución de la llamada *píldora del día después*, primero a través de la impugnación de su autorización sanitaria mediante acciones de protección y de nulidad de derecho público, y luego a través de la impugnación de las *Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad* (res. exenta 584-2006 y DS 48 2007) ante el Tribunal Constitucional. Estos procesos han marcado un hito en el tratamiento jurídico nacional de los DsyR no sólo porque han desencadenado una elaboración doctrinal respecto de estos derechos y sus limitaciones²⁸, sino también porque la atención mediática que rodeó a estos procesos sentó las bases para el

28 Véase Bascañán, Antonio, "La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia", en *Estudios Públicos*, 95, 2004, pp. 43-89; Bascañán, Antonio, "Después de la Píldora", en *Anuario de Derechos Humanos* (Universidad Diego Portales), 2006, pp. 235-244; o "Sentencia sobre inconstitucionalidad del decreto supremo N° 48 del Ministerio de Salud", en la parte que autoriza la distribución de la "píldora del día después" en el sistema público de salud (Tribunal Constitucional), *Revista de Derecho*, 1 (Universidad Austral de Chile), 2008, pp. 155-170.

primer desarrollo legislativo, con pretensión de sistematicidad, de las cuestiones relativas a la fertilidad en Chile.

Así, dicha judicialización fue la antesala de la ley No 20.418, *que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad* (28.01.2010), que zanjó la discusión sobre el carácter abortivo de la *píldora del día después*, permitiendo su entrega como mecanismo de anticoncepción de emergencia en el marco de las políticas públicas de salud (art. 4)²⁹ y regulando algunos derechos referentes al acceso a prestaciones e información de salud sexual y reproductiva.

Respecto de la segunda línea jurisprudencial (b), es decir *la relativa a la diversidad sexual*, merece destacarse por su impacto en el sistema jurídico nacional, la sentencia de la Corte Suprema en el Caso Atala y los recientes fallos del Tribunal Constitucional recaídos en los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los arts. 365 del Código Penal³⁰, 102 del Código Civil³¹ y 54, N° 4, de la Ley de Matrimonio Civil³². Estos últimos tres asuntos se refieren, respectivamente, al acceso al matrimonio por parte de personas no heterosexuales, a la legitimidad de la punición de la sodomía consentida cuando involucra a adolescentes y a la razonabilidad de la categorización de la "conducta homosexual" como causal de divorcio culposo. En todos estos asuntos el Tribunal Constitucional ha rechazado las impugnaciones que se sometieron a su examen. Ello ha generado el reproche de una parte de la doctrina nacional, que ha entendido que dicha jurisprudencia trasunta una aproximación estereotipada y discriminatoria respecto de la homosexualidad, que descansa en una particular supervigilancia del desarrollo de la sexualidad infantil y adolescente³³.

29 Un reciente dictamen de la Contraloría General de la República (N° 70.633 de 30/10/2013), con todo, ha reabierto la discusión en torno a la autonomía procreativa de los adolescentes, al restringir el alcance del art. 7 del reglamento de la ley No 20.418, que regulaba la entrega de la píldora a menores de 14 años, sometiéndola al régimen de protección de datos sensibles sobre prácticas sexuales, métodos y terapias para la planificación familiar y admitiendo, en consecuencia, una relativización de la obligación de informar a los padres o adultos responsables, que establece el art. 2 de la referida ley. A los efectos, la Contraloría ha dictaminado que la frase "sin perjuicio de lo expuesto" con que se inicia el referido artículo 7° no puede tener la virtud de excluir la señalada obligación y que el facultativo está obligado, en todo caso, a informar a los adultos ahí mencionados.

30 Tribunal Constitucional, Rol N° 1683-10, sentencia de 04 de enero de 2011.

31 Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-10, sentencia de 03 de noviembre de 2012.

32 Tribunal Constitucional, Rol N° 2435-13, sentencia de 10 de abril de 2014.

33 Véase Muñoz, Fernando, "Que hable ahora o calle para siempre: la ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario", en *Revista de Derecho*, 2011, pp. 9-30; o Casas, Lidia y González, Juan, "Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional", en *Anuario de Derecho Público*, No. 1, 2012, pp. 250-272.

Este repaso panorámico de la configuración nacional de los DSyR permite concluir que las tendencias comparadas tienden a replicarse en el caso chileno con ciertas particularidades que comentaré más adelante, como en el derecho comparado, donde la positivación de esos derechos es precaria. La mayor parte del desarrollo de estos derechos, si bien aún larvario, se ha hecho en el contexto de las políticas públicas de salud, lo que implica que prácticamente toda su regulación está contemplada en normas infralegales e involucra una tendencia a simbolizar las cuestiones relativas a la sexualidad y a la procreación más que como cuestiones ligadas a la autonomía de los sujetos como problemas de salud pública³⁴, lo que resulta fortalecido porque gran parte de estas decisiones se adoptan en contextos de salud.

La tendencia a la medicalización de estos derechos –que no es nueva, como decíamos antes–, lejos de estar en retirada, se ha ido incrementando. La razón es relativamente simple: los ejercicios de la sexualidad y la procreación, a nivel colectivo, pueden nutrir o poner en riesgo aspectos vertebrales de las sociedades modernas; a saber, el crecimiento de la fuerza de trabajo y de la productividad económica, o la buena salud de las concepciones dominantes sobre la familia y el cuidado. De ahí que asuntos tales como la contracepción, la interrupción del embarazo, la natalidad, el cuidado posnatal y la lactancia materna, entre otros, se hayan estatalizado y, en consecuencia, las decisiones individuales relativas al uso de anticonceptivos, la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), el sometimiento a fertilización asistida o a un procedimiento de esterilización, el amamantamiento de un(a) recién nacido (a), etc., sean vistas no necesariamente como manifestaciones de derechos individuales sino, más bien, como partes de un engranaje mayor: las *políticas sobre fertilidad*. No por casualidad, en el proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, el Ministerio de Salud y la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados han tenido un notable protagonismo.

Además del riesgo de concebir a los DSyR como meros objetivos de las políticas públicas, su medicalización conlleva un segundo riesgo asociado al *pedigree* del saber médico. La autonomía individual resulta ordinariamente limitada o desconocida en los contextos de salud, debido a la existencia de prácticas interpretativas que implican una infravaloración de la capacidad moral de cada sujeto para tomar decisiones concernientes a su propia sexualidad y/o procreación. Después de todo, el derecho

34 Esta última tendencia también puede observarse en la discusión actual sobre el aborto que ha sido presentada menos como un problema de derechos de las mujeres y más como un problema de salud pública. De ahí el protagonismo del Ministerio de Salud, en detrimento del rol del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM).

de un individuo aparece aquí como la expresión de un simple querer, mientras que la prescripción del equipo de salud es vista, en contraste, como la manifestación pura del saber científico. Si a eso le sumamos otros ingredientes como la tendencia a infantilizar a las mujeres y la ideología de la maternidad, tenemos un caldo de cultivo que puede fagocitar completamente la autonomía individual³⁵.

Por último, cabe señalar que los ejes más sobresalientes de la regulación de la sexualidad y procreación en Chile, se asocian también a grupos específicos; a saber, las mujeres, las/los adolescentes y la población LGBTI; y dentro de éstos, la situación de las mujeres es especialmente crítica debido a la regulación chilena sobre el aborto.

7. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ABORTO EN CHILE. ANÁLISIS CRÍTICO

Como ya se advirtió, desde la década de los '30 el Código Sanitario chileno contemplaba un régimen estrecho de indicaciones. Éste señalaba que: "Se podrá interrumpir el embarazo por causas de salud de la mujer, para lo cual basta la firma de dos médicos cirujanos". En consecuencia, dicha disposición regulaba la interrupción no punible del embarazo por dos circunstancias: riesgo vital y riesgo para la salud de la madre. Sólo la primera de ellas se retoma en el proyecto actual enviado al Congreso por el Gobierno de la Presidenta Bachelet.

35 Un ejemplo de esto es el caso de Cinthya Ortiz, una mujer a la que un tribunal de familia le prohibió amamantar a su hija recién nacida y limitó su acceso a ella, la que permaneció en el Hospital Higuera en Talcahuano, debido a que durante el largo trabajo de parto, Cinthya admitió haber consumido drogas durante el embarazo, con fines terapéuticos. Otro ejemplo es la reciente sentencia que acogió un recurso de protección presentado por la directora del Hospital Base de Osorno en contra de una mujer que se negó a inocular a su hijo recién nacido con la vacuna obligatoria BCG, que protege contra la tuberculosis en todas sus variantes y que está incluida en el plan nacional de inmunización del Ministerio de Salud. En el considerando 6º del fallo, el tribunal califica el actuar de la recurrida de ilegal, por ser contrario al decreto exento N°6 de publicado el 19 de abril de 2010 en el Diario Oficial, y de arbitrario, "por cuanto dicha negativa ha sido sólo por la voluntad o el capricho de la recurrida". Sin embargo, la sentencia no se hace cargo del alegato de la recurrida en el sentido de que la obligación de vacunación obedece a una política estatal respecto de la cual existiría evidencia científica internacional que pondría en duda su necesidad y su inocuidad. Y que, por otro lado, sería de carga del Estado, y del Hospital Base de Osorno en particular, acreditar tal circunstancia a través de la emisión de un certificado de inocuidad, lo que no habría ocurrido en este caso pese a que habría sido solicitado determinadamente por la recurrida. Si consideramos que la ley 20.584 –*que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud*– contempla el derecho a la información, como parte de la garantía de consentimiento informado, y exige perentoriamente que dicha información sea suficiente, oportuna, veraz y comprensible, parece evidente que la negativa de la recurrida no puede calificarse *ex ante* –como lo hace el tribunal– de ilegal y de arbitraria. Véase Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 1375-2015, sentencia de 03 de diciembre de 2015.

En la última década, el Congreso ha rechazado en dos oportunidades la decisión de legislar para despenalizar parcialmente el aborto, arguyendo razones constitucionales: en 2006³⁶ y en abril de 2012. En esta última ocasión lo hizo respecto de tres proyectos de ley que tenían en común la reposición del aborto terapéutico. Dos de estos proyectos contemplaban, además, la introducción de otras indicaciones tradicionales: feto inviabile en el caso del proyecto Matthei-Rossi e indicaciones eugenésicas y ético-sociales en el caso del proyecto de Girardi y otros.

La renuencia de un grupo de parlamentarios a encarar la discusión sobre la flexibilización de la punición del aborto se refugia en una supuesta incompatibilidad de una legislación de este tipo con la Constitución. Tal actitud carece de un fundamento dogmático, como lo ha hecho notar, entre otros, Aldunate³⁷ y Bascuñán³⁸. En efecto, la simple utilización de los elementos de interpretación tradicionales (gramatical, histórico y sistemático) revelan que ni en la letra ni en la historia de la Constitución chilena de 1980 hay rastros concretos de ninguna convención que haya conferido al *nasciturus*, de manera excepcional y apartándose de la tendencia comparada, el estatus de persona. Siendo así la afirmación de la personalidad del no nato en el sistema chileno, tiene, en realidad, una naturaleza extrajurídica, es decir, reenvía a una tesis moral compartida por muchos individuos y controvertida por otros tantos³⁹. Todavía más, la inexistencia, hasta antes de 1989, de todo cuestionamiento relativo a la constitucionalidad del antiguo texto del art. 119 del Código Sanitario en relación con el art. 19 N°1 inciso 2° de la Constitución, sugiere todo lo contrario: la constitucionalidad de un régimen de indicaciones o permisos. Dicho de otra forma, si la Constitución no fuera compatible con el establecimiento de autorizaciones para interrumpir voluntariamente el embarazo en casos trágicos (como cuando hay peligro para la vida de la gestante), no hubiera sido necesario que la junta militar redujera tales hipótesis mediante una modificación legal. Habría bastado con sostener la inconstitucionalidad de la antigua redacción del art. 119 del Código Sanitario. Al respecto, el texto del proyecto de ley N° 18.826 es elocuente. Dentro de

36 En 2006, la Cámara Baja rechazó la decisión de legislar un proyecto de despenalización del aborto presentado por Marco Enríquez-Ominami, a la sazón militante del PS, y René Alinco, del PPD.

37 Aldunate, Eduardo, "La titularidad de los derechos fundamentales", *Estudios Constitucionales*, año/ vol 1, N° 1 (Centro de Estudios Constitucionales), 2003, p. 191.

38 Bascuñán R., Antonio. "La licitud del aborto consentido en Chile", *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004, pp. 143-181.

39 Esta tesis la he desarrollado con mayor detalle en Zúñiga, Yanira, "Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista", *Ius et Praxis*, Vol. 19, No. 1, 2013, pp. 255-300.

sus objetivos esenciales señala (sección II, N° 5): "reemplazar la actual disposición del Código Sanitario sobre el denominado 'aborto terapéutico' por otra que exima de sanción sólo a aquellas situaciones en que se causa la interrupción del embarazo en forma indirecta e involuntaria, con un doble efecto de una acción médica necesaria desarrollada en la gestante enferma de gravedad"⁴⁰. En consecuencia, el régimen de indicaciones o permisos, que descansa en la inexigibilidad jurídica de imponer la gestación completa debido a la concurrencia de una serie de derechos de las mujeres-gestantes, se beneficia, como vimos, de una presunción histórica de constitucionalidad en Chile.

Aclarado lo anterior, conviene despejar una segunda cuestión referente a la interpretación del inciso 2° del art. 19 N° 1 de la Constitución, que se relaciona con el mandato que el constituyente encomienda al legislador en orden a proteger la vida del que está por nacer. De dicho mandato no puede derivarse una necesaria prohibición de todas las hipótesis de interrupción de embarazo, mucho menos respecto del régimen de indicaciones. La razón es bastante obvia: nada indica que la única vía que el legislador tenga para promover y proteger la vida del que está por nacer sea la penalización prácticamente absoluta del aborto, más aun si –como se sabe– la utilización de la herramienta penal no logra erradicar el aborto sino sólo relegarlo a la clandestinidad. Como lo demuestra la legislación comparada, hay medios más eficaces para proteger la vida emergente y más respetuosos de los derechos de las mujeres. Que las tasas de natalidad en países que contemplan un sistema de plazos –como ocurre con la generalidad de los estados europeos– hayan comenzado a describir una curva ascendente a partir del momento en que se desarrollaron las llamadas políticas de conciliación entre la vida familiar y laboral, que presuponen transferencias de subsidios estatales a las familias y fórmulas de corresponsabilización parental, está lejos de ser producto del azar⁴¹.

Una tercera cuestión, que ha resultado oscurecida en el debate actual sobre el proyecto de ley de despenalización de la IVE en tres causales, se relaciona con que la constitucionalidad del régimen de indicaciones o permisos es la resultante de la aplicación del principio de proporcionalidad. En efecto, lo característico de las regulaciones como las aquí comentadas es autorizar la interrupción del embarazo en

40 Para un análisis crítico de la misma y de la evolución de la normativa e interpretación del aborto terapéutico en Chile, véase Bascuñán R., Antonio, "La licitud del aborto consentido en Chile", *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004, pp. 143-181.

41 Zúñiga, Yanira, "Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista", *Ius et Praxis*, Vol. 19, No. 1, 2013, pp. 255-300.

hipótesis que se pueden calificar, de entrada, como trágicas porque la imposición a las mujeres de completar una gestación se traduce en un sacrificio desproporcionado para ellas. Siendo así, desde el punto de vista constitucional, lo que resulta realmente reprochable en el diseño del proyecto de ley sobre despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, es, precisamente, el estrecho listado de causales que contempla. En particular, la exclusión de la causal relativa al peligro para la salud de la madre, que –como hemos visto– era parte de la legislación chilena antes de la reforma del art. 119 del Código Sanitario, en 1989. La cuestión puede ponerse en los términos que sugiere Laurence Tribe: "si no es admisible forzar a una mujer a continuar con un embarazo que casi seguro la matará, ¿cuán diferente es obligar a continuar con un embarazo que probablemente acortará su vida o un embarazo que dejará su vida hecha un desastre?". Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el embarazo produce una secuela grave permanente en la salud de la madre⁴².

Y esto es así, tanto si se considera al *nasciturus* persona como si no. En otros términos, la personalidad del *nasciturus* es jurídicamente irrelevante en estos casos. Efectivamente, aunque pudiera llegarse a un acuerdo hermenéutico en el sentido que sostuvo el Tribunal Constitucional en el caso de la píldora del día después, es decir, que el art. 19 N° 1 inciso 2 supone un reconocimiento de la personalidad jurídica del embrión/feto en el sistema chileno, de ello no se sigue necesariamente que el aborto esté prohibido en todos los casos. La incorrección de tal razonamiento ha sido puesta de relieve por la filósofa feminista Judith Jarvis Thomson, a través de su imaginativo ejemplo del violinista, y también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Thomson ha dado sobrada cuenta de que el Estado no puede exigir a las mujeres –a menos que niegue la subjetividad de éstas, instrumentalizándolas– llevar adelante un embarazo de nueve meses para garantizar la vida del no nato, de la misma manera que no podría exigir a ningún otro sujeto que se mantenga conectado por nueve meses a un virtuoso violinista purificándole con nuestros riñones, por ese mismo período, su sangre, a fin de evitar que éste fallezca de una enfermedad renal.⁴³ Y esto es así porque el ordenamiento jurídico no puede exigir –y de hecho no lo hace, salvo a las mujeres en el caso del aborto– a los sujetos acciones heroicas⁴⁴.

42 Tribe, Laurence, *El aborto: Guerra de absolutos* (Fondo de Cultura Económica), 2012, p. 107.

43 Thomson, Judith. "Una defensa del aborto", en, por todos, Finnis, John, *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral* (Cátedra), 1992, pp. 9-32.

44 El desarrollo de esta misma línea de análisis en relación con el Derecho penal puede encontrarse en Bascuñán R., Antonio, "La licitud del aborto consentido en Chile", *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004, pp. 143-181.

Pongamos lo anterior en jerga constitucional. Una eventual e hipotética concesión de personalidad jurídica al *nasciturus* haría pasar la regulación de la IVE, en el marco de un régimen de permisos, de un problema de limitación de los derechos de unos sujetos (las mujeres) para la salvaguardia de un bien constitucional (la vida) a un problema de colisión o conflicto de derechos (entre varios titulares y, salvo el caso del aborto terapéutico, con distintos contenidos). Este último esquema, con matices, ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias de 1975 y de 1993, que se pronunciaron sobre leyes despenalizadoras del aborto. El caso alemán resulta de interés porque se trata de uno de los pocos sistemas comparados donde se ha reconocido la personalidad del *nasciturus* y, aún así, no ha habido inconveniente en predicar la constitucionalidad de un régimen de permisos. En palabras de Verónica Undurraga, el caso alemán constituye un ejemplo que muestra cómo puede funcionar el argumento de la inexigibilidad de mantener un embarazo, en un sistema jurídico que utiliza como parámetros de constitucionalidad no sólo derechos subjetivos, sino también valores o bienes objetivos de estatus constitucional, sin reconocer un orden jerárquico entre estas dos categorías⁴⁵.

Si bien, como he dicho, a los efectos de un régimen de permisos, la cuestión de la personalidad del *nasciturus* es, conceptualmente hablando, totalmente irrelevante, desde el punto de vista práctico, ha dominado el debate. Por consiguiente, es importante comentar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) recaído en el asunto *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs Costa Rica*, en el que la Corte IDH sostuvo que el *nasciturus* no es persona en el sistema interamericano. Lo anterior es relevante para la discusión chilena porque, como es sabido, la tesis interpretativa adoptada por el Tribunal Constitucional chileno en el *caso de la píldora del día después* sostiene la personalidad del *nasciturus*, sobre la base de la misma disposición que la Corte IDH acaba de interpretar: el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta norma señala que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida" y que "este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción", agregando que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". En abierta oposición a la tesis del Tribunal Constitucional chileno, la Corte IDH argumentó en el caso *Artavia Murillo* que, de acuerdo a la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión, añadiendo que la voz "concepción" utilizada en esa disposición, si bien es objeto de debate biológico, ético y religioso, no puede ser comprendida como un momento

45 Undurraga, Verónica, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena* (Legal Publishing/Thompson Reuters), Santiago, p. 243.

o proceso ajeno al cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no se produce. En lo concerniente a la fórmula "en general" que ocupa esa norma, la Corte IDH interpretó que de ella se pueden inferir excepciones a la protección que la propia disposición dispensa y que se traducen en la posibilidad de establecer un sistema gradual e incremental de tutela de la vida, en atención a su desarrollo⁴⁶.

Pese a que este asunto versaba sobre la autonomía procreativa en su vertiente positiva (el derecho a decidir tener hijos)⁴⁷, es evidente que el fallo elabora varios aspectos que son relevantes para los debates sobre el aborto en la región americana, donde se encuentran algunas de las leyes más punitivas del mundo. De hecho, la doble tesis de la Corte IDH, es decir el reconocimiento de los DSyR y la negación de la calidad de persona al no nato, abre la puerta al cuestionamiento de estas leyes, con impacto especial en la discusión chilena, en atención a lo explicado previamente. Huelga precisar que este impacto se produce con independencia de la tesis interpretativa que se siga respecto del alcance del art. 5 inc. 2º de la Constitución, porque más allá de sí los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen o no valor constitucional (acerca de lo cual la doctrina y la jurisprudencia chilenas están fragmentadas) y dejando de lado la cuestión, también espinosa, de si las decisiones de los órganos de control de dichos tratados son aplicables con preferencia a las normas internas, incluidas las normas constitucionales chilenas (la tesis del control de convencionalidad enunciada por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, 2006), es claro que la competencia interpretativa de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos está reservada de manera exclusiva a la Corte IDH, por expresa disposición de la propia convención (en especial, art. 62).

En síntesis, la combinación de los elementos antes referidos, esto es la precarización de los DSyR de las mujeres y la afirmación hiperbólica de la personalidad del *nasciturus*, ha provocado que la cuestión del aborto se plantee en Chile –casi como si fuera inevitable– como un choque o guerra de absolutos y quede entrampada, cada vez que se discute, en el esquema binario pro vida vs. pro *choice*.

46 Véase Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs Costa Rica*, sentencia de 28 de diciembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

47 La decisión de la Sala Constitucional de Costa Rica que motivó el juicio establecía que la posibilidad de realizar la técnica de fertilización in vitro se supeditaba a que no hubiera pérdida embrionaria (condición que es imposible desde el punto de vista práctico). Por tanto, se trata de un asunto asociado a la vertiente positiva de la autonomía procreativa, según hemos explicado más arriba.

Dos son las anomalías analíticas más sobresalientes de tal abordaje. En primer lugar, la casuística del aborto se vuelve borrosa y, por consiguiente, la batería de preguntas que se presenta como relevante/pertinente se tiende a circunscribir a una vía alternativa que oscila, pendularmente, entre las preguntas relativas al estatuto jurídico del *nasciturus* (traducidas en la interrogante sobre si es o no persona) y aquellas que se relacionan con el alcance de la libertad de las mujeres para disponer de sus propios cuerpos (una especie de derecho de propiedad sobre el cuerpo). De este modo, la concurrencia de otros derechos de las mujeres –como es habitual en los casos que dan origen a los regímenes de permisos en el derecho comparado– resulta completamente eclipsada y los planteamientos jurídico-interpretativos tienden a plantearse de manera rígida y dicotómica (a favor de la constitucionalidad del aborto o en contra).

Como ya se habrá advertido, en el marco de este esquema tiende a diluirse la distinción entre un sistema de plazos (modelo de aborto-autonomía o de demanda) y un sistema de indicaciones o permisos. Esa es la razón por la que varios de los argumentos que se vierten acerca del proyecto actual de despenalización de la IVE en tres causales –que, como se dijo antes, establece únicamente un sistema de indicaciones de carácter más bien conservador– parecieran ser más propios de un debate relativo a un sistema de plazos, que de un régimen de permisos.

En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, en el esquema rígido pro-vida vs *pro-choice*, la subjetividad de las mujeres tiende a desfigurarse. Incluso, unas veces aparece tan difusa que amenaza con desvanecerse (como, por ejemplo, cuando se entiende que la afirmación de la personalidad del no nato no puede convivir con la afirmación de que las mujeres son titulares de derechos), mientras otras veces resulta deformada e imbricada en discursos falsamente paternalistas que vehiculan una ideología de la maternidad que se presenta a sí misma como aséptica (como cuando se advierte que es necesario proteger a las mujeres del trauma que les produce irremediamente un aborto). En ambos casos, la subjetividad femenina no opera como un presupuesto jurídico del análisis, sino que resulta degradada a un incómodo detalle. En el primer supuesto, y siempre dentro del esquema antagónico madre-feto, la personalidad de la mujer deviene un dato normativo del que es necesario prescindir para poder garantizar una hiperbólica protección del feto⁴⁸. En

48 Hay mucho de esto en la sentencia del TC sobre la pildora del día después. Véase Bordali, A. y Zúñiga, Y., "Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la pildora del día después", Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos (Universidad de Chile), N° 5, 2009, pp. 166-173.

el segundo caso se busca sortear la existencia de una serie de derechos consagrados constitucionalmente a favor de las mujeres (y de los hombres), como por ejemplo a la vida (19 N° 1), la integridad psíquica y física (19 N° 1), la igualdad (19 N° 2), la intimidad (19 N° 4) y la libertad de conciencia (19 N° 6); todo esto por una vía falaz, esto es, presentando la restricción de esos derechos como una medida protectora de las mujeres y de sus derechos. Desde luego, el argumento es profundamente convencional en términos de género, pues afirma que ninguna mujer podría rechazar voluntariamente la maternidad y que de hacerlo sufrirá varios daños. Desde el punto de vista lógico, en tanto, el argumento es también paradójico ya que sostiene que se debe criminalizar a las mujeres que deciden abortar para proteger la salud y la libertad de ellas mismas ⁴⁹.

Afortunadamente hay modelos alternativos, analíticamente más correctos y normativamente más ajustados a los estándares de derechos humanos, que tienen una larga tradición en el derecho comparado y que han logrado superar tanto el simplismo del esquema *pro-vida vs pro-choice*, como revertir los problemas de positivación de los DSyR, en el marco de los sistemas constitucionales.

8. LOS DSyR COMO DERECHOS IMPLÍCITOS. VENTAJAS DE UN ENFOQUE COMBINADO

La precariedad normativa en el reconocimiento de los DSyR que exhibe el sistema constitucional chileno era, hasta hace pocas décadas, la tendencia incontestable también en el derecho comparado, y no obstante dicha precariedad (o más precisamente a causa de ella) contamos con un interesante legado: la construcción/garantía de los DSyR a través de la categoría de los *derechos implícitos*. En otros términos, en un número considerable de casos a nivel comparado, las decisiones individuales relativas a la sexualidad y a la procreación (especialmente las concernientes a la interrupción del embarazo), han debido buscar protección a través de su subunción en otros derechos que sí se encontraban positivizados a nivel constitucional, de tal suerte que los DSyR se han terminado por configurar en manifestaciones implícitas de aquéllos.

La jurisprudencia comparada e internacional ha refrendado ampliamente este fenómeno normativo. Muestra de ello es la célebre jurisprudencia norteamericana sobre el aborto, inaugurada con el caso *Roe v. Wade*, y que ha fundado la libertad de

49 Para una crítica a este argumento, en el marco de la jurisprudencia norteamericana sobre aborto, puede verse Siegel, Reva, "La dignidad y el debate sobre el aborto", en, por todos, Alegre, Marcos, Derecho y sexualidades (Librería), 2009, pp. 182-207.

las mujeres de interrumpir sus embarazos, durante el primer trimestre de gestación, en el derecho a la intimidad. Otro ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional español, de 1985, que reconoció la no exigibilidad de la imposición de embarazos en casos excepcionales (modelo de indicaciones) sobre la base de la protección de la dignidad, del derecho al desarrollo de la personalidad, de los derechos de integridad física y moral, de la libertad de creencias y de la intimidad familiar. Más recientemente, en el ámbito regional americano, la Corte Constitucional colombiana (sentencia C-355/06) estableció la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en casos de indicación terapéutica, violación e inviabilidad fetal, sobre la base de que tal régimen punitivo lesionaría los derechos al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida, la integridad psíquica y física, y el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes. En el nivel interamericano, por último, resulta imprescindible citar, de nuevo, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*, que además de descartar la personalidad del *nasciturus* en el sistema interamericano (y sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que los estados establezcan una protección incremental de la vida intrauterina), fundó el derecho a acceder a tratamientos de fertilización in vitro (autonomía procreativa positiva), sobre la base de una serie de derechos. A saber, el derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, intimidad, autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva, a fundar una familia y el derecho a la igualdad.

En este punto conviene aclarar que todo derecho implícito, por definición, no es una creación legislativa sino una "construcción jurídica". Es decir, es el resultado de un razonamiento de los intérpretes, especialmente de los jueces. El razonamiento para "crear" un derecho implícito puede adoptar dos modalidades: un derecho se deriva de otro derecho expresamente consagrado, en el entendido de que el primero es condición necesaria para el ejercicio del segundo, o bien, el derecho se deriva de un principio expresamente consagrado en una norma o, incluso, de un principio que puede tener carácter implícito. En este sentido, no son ni propiamente una derivación lógica de una norma explícita ni un puro acto de voluntad y el proceso de derivación puede partir tanto de una norma constitucional en sentido estricto como de un tratado internacional⁵⁰. Más allá de las cuestiones eventualmente problemáticas que hay que tener en cuenta en relación con la teoría de los derechos implícitos,

50 Sobre las diferentes modalidades y acepciones que ha adquirido la expresión en el caso chileno puede verse Contreras, Pablo, "¿Derechos Implícitos? Notas sobre la Identificación de Normas de Derecho Fundamental", en Núñez, José, "Nuevas Perspectivas en Derecho Público" (Librotecnia), 2011, pp. 149-183.

lo cierto es que los derechos implícitos son un presupuesto del constitucionalismo contemporáneo.

En el ámbito del desarrollo de los DSyR son numerosos los ejemplos de incardinación de la autonomía procreativa de las mujeres (y también de otras manifestaciones ligadas a la autonomía sexual), en otros derechos con consagración expresa. Entre estos últimos- como ya se ha advertido- pueden mencionarse la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad, la privacidad, la dignidad (como derecho y como principio), el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a la libertad de conciencia. Con todo, la línea jurisprudencial sobre derechos implícitos relacionados con el aborto, a nivel comparado, es la proveniente de la jurisprudencia norteamericana. Esta última se caracteriza por afirmar la existencia de un *derecho a interrumpir un embarazo*, a través de la subunción de éste último en el derecho a la intimidad o *right to privacy*. Aunque dicha jurisprudencia ha terminado por estructurar un sistema de plazos, sus ventajas y limitaciones también son aplicables a un modelo de indicaciones o permisos, por lo que conviene prestarle una atención especial aquí.

En *Roe vs Wade* (1975), la Corte Suprema de EEUU argumentó que el Estado no puede interferir en el derecho de las mujeres a interrumpir un embarazo durante el primer trimestre y que el interés legítimo de proteger la vida potencial sólo puede fundamentar una restricción estatal de los derechos de las mujeres a partir del momento en que existe viabilidad fetal (esto es, a partir del tercer trimestre), a menos que haya una razón imperiosa relacionada con la protección de la vida o la salud de la propia mujer. En los casos posteriores a *Roe*, la Corte Suprema ratificó, sin fisuras, la configuración que ahí había hecho de la privacidad como una libertad sin interferencia o negativa. En *Planned Parenthood vs. Danforth* (1976), la Corte Suprema reiteró que el Estado no puede interferir en la decisión de la mujer otorgando un veto sobre el asunto al varón progenitor del no nato, ni siquiera en el caso de una mujer menor de edad, a través de la concesión de un veto absoluto a sus padres. En *City of Akron vs Akron Center for Reproductive Health* (1983), la Corte señaló que el requisito de consentimiento de los padres debe admitir una forma alternativa de aprobación, es decir, a través de un juez; y que la exigencia del consentimiento de los padres debe ir acompañada de procedimientos que aseguren que la autorización judicial sustitutiva se lleve a cabo de una manera rápida y confidencial. En una serie de casos que terminaron en *Thornburgh vs. Colegio Americano de Obstetras y Ginecológos* (1986), la Corte dejó sin efecto las leyes estatales que exigían que una mujer que solicitaba la interrupción de su embarazo recibiera descripciones

pormenorizadas del desarrollo del feto, se le informara sobre los riesgos físicos y psicológicos asociados al aborto y se le recordara la disponibilidad de ayuda por parte del padre del *nasciturus* o de los servicios sociales, en caso de que decidiera dar a luz, por considerar que tras esos requisitos existía un plan dirigido a disuadir a las mujeres.

El apego estricto al derecho a la privacidad, como libertad sin interferencia, ha sido matizado posteriormente por la Corte Suprema de EEUU en *Webster vs Reproductive Health Services* (1989), *Hodgson vs Minnesota, Ohio vs Akron Center for Reproductive Health* (1990) y, especialmente, en *Planned Parenthood of South Eastern Pennsylvania and others vs Casey and others* (1992), admitiendo que las mujeres estén sujetas, en el ejercicio de su autonomía y durante todo el embarazo, a restricciones que no supongan cargas indebidas. Con todo, el Caso Roe sigue siendo la columna vertebral de la regulación del aborto en EEUU.

Por otra parte, la influencia de esta aproximación fundada en la privacidad ha quedado en evidencia en la resonancia que la citada jurisprudencia ha tenido en la doctrina estadounidense y extranjera, generando simpatizantes y críticos. Aunque parezca curioso, parte de las críticas provienen del entorno feminista.

Una de las críticas a la privacidad como sustento de la autonomía procreativa y, en particular, de la libertad de decidir la interrupción del embarazo, se relaciona con los presupuestos fácticos de la protección de la privacidad. MacKinnon⁵¹ advierte que tal expediente de justificación no tiene en cuenta la desigualdad de poder que, en los hechos, existe entre las mujeres y los varones. El ideal liberal de lo privado, según MacKinnon, defiende el espacio privado-familiar como si fuera una esfera donde los individuos autónomos interactuaran libremente y en pie de igualdad. Se considera, irreflexivamente, que la intimidad garantiza una simetría de poder que ya existiría en los hechos, lo que resulta contrafáctico.

Para que la esfera privada pueda ser considerada inviolable, en cambio, se requiere que efectivamente los individuos estén libres de coacción social o jurídica en la toma de decisiones sobre asuntos en los que su bienestar está exclusiva o principalmente en juego. Según MacKinnon, esto no ocurre con las mujeres en lo referido a su sexualidad y su procreación, dimensiones que están, como hemos visto,

51 MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia), 1995.

indisolublemente vinculadas al sistema sexo-género, lo que coloca a las mujeres en una posición categorialmente subalterna.

De acuerdo a nuestra autora, los razonamientos enraizados en la privacidad –como ocurre con la jurisprudencia norteamericana sobre el aborto– no toman en cuenta la ausencia de libertad sexual que afecta a muchas mujeres (por ejemplo en contextos de violencia intrafamiliar) o las dificultades de acceso a métodos anticonceptivos que sufren otras tantas previamente al embarazo, o el hecho de que muchas mujeres no utilizan un método de control de natalidad (particularmente el preservativo), por su significado social, un significado que no crearon las mujeres sino los varones.

La crítica de MacKinnon es útil para advertir del peligro de apreciar estas cuestiones únicamente bajo el lente de una versión liberal de la privacidad. Este lente puede simplificar las condiciones del ejercicio de los DSyR, al punto de distorsionarlas completamente. De ahí que los DSyR deban ser analizados también bajo las exigencias derivadas de la igualdad. Por lo demás, este enfoque está expresamente requerido por la CEDAW, como veíamos en la primera sección de este texto. En otras palabras, la hermenéutica de los DSyR debe tener siempre presente las condiciones de asimetría/control social en las que la sexualidad y la procreación femeninas se desenvuelven.

El lente de la igualdad permite corregir las distorsiones que provoca una mirada excesivamente liberal del derecho a la privacidad. Por añadidura, esta combinación analítica facilita que las dimensiones normativas y potenciadoras del derecho a la privacidad (después de todo, no parece posible que una concepción fuerte de la autonomía pueda prescindir de la protección de privacidad) afloren y eviten que perdure la función que la dicotomía público/privado ha desempeñado en la preservación de la desigualdad y de la jerarquía⁵².

Como es sabido, la privacidad ha sido conceptualizada sobre la base de dos dimensiones complementarias: el "derecho a no ser molestado" –es decir, la libertad respecto de la intrusión o la vigilancia injustificadas– y la "privacidad de las decisiones" –esto es, la libertad respecto de la regulación o el control indebidos. Buena parte de las decisiones relativas a la autonomía procreativa requieren, para su adecuada garantía, del desarrollo vigoroso de la segunda dimensión, es decir, la prohibición de la injerencia, de la regulación o del control indebido, tanto por parte del Estado como de otros particulares. Un ejemplo puede servir para ilustrar esta

52 Véase Cohen, Jean. "Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto", en *Debate Feminista*, año 10, vol. 19, abril de 1999, pp. 9-53.

idea. Tanto las reglas de conserjería, las obligaciones de entregar información o de acompañamiento, el sometimiento a la decisión parental en el caso de embarazos de niñas/adolescentes, como la exigencia de requisitos desproporcionados en el acceso a la interrupción del embarazo, pueden tener un efecto (deseado o no) de carácter disuasivo. La privacidad, entendida como libertad ante la regulación o control indebido, constituye un paredón ante este peligro. Es esta la inspiración que nítidamente desarrolla la jurisprudencia norteamericana hasta *Thornburgh vs. Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos* y, especialmente, antes del asunto *Casey*.

Tales consideraciones son aplicables a un sistema de plazos y, con mayor razón, a un sistema de indicaciones o permisos. Como ya se ha dicho, este último se caracteriza por consagrar la no exigibilidad de llevar a término un embarazo, debido a que las gestantes se enfrentan a situaciones trágicas que justifican la interrupción del embarazo, con base en la protección concurrente de otros derechos. En el caso del proyecto chileno de despenalización del aborto se incluyen como indicaciones las siguientes: la indicación terapéutica, prevista para proteger la vida de la madre; la indicación embriopática, prevista para tutelar el derecho a la integridad físico-psíquica de la gestante; y la indicación criminológica (en caso de violación), que busca resguardar el derecho inmediatamente antes referido, así como la libertad sexual. En consecuencia, el sometimiento de las mujeres que se encuentran en estas trágicas circunstancias a un régimen de vigilancia/disuasión, en el marco de un modelo de permisos, es menos admisible que en un modelo de plazos. Afortunadamente, el proyecto chileno explicita que la entrega de información que prevé como parte del modelo de acompañamiento que diseña, en ningún caso "estará destinada a influir en la voluntad de la mujer"⁵³.

Por otra parte, este enfoque combinado tiene la ventaja adicional de que impide que el problema del aborto sea reducido únicamente a la carencia de medios económicos para afrontar una maternidad. Esta última manera de acercarse a la cuestión –implícita

53 En el oficio donde el Gobierno formula indicaciones al proyecto (846-363 de 26 de agosto de 2015) se consigna el siguiente dispositivo: "Asimismo, deberá entregarle información escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social y económico disponible. Le ofrecerá también acompañarla tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período posterior a la toma de decisión, lo cual incluye el tiempo posterior al parto o la interrupción del embarazo. Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice y deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso del numeral 3), se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar su denuncia. En ninguno de los tres casos la información estará destinada a influir en la voluntad de la mujer".

en muchos modelos de conserjería y/o acompañamiento– desenfoca el problema al impregnarlo de componentes ideológicos, ya que sugiere que las mujeres “siempre” desean tener hijos y a cualquier precio, y cuando no lo hacen sería simplemente porque no concurren ciertas condiciones facilitadoras, como los medios económicos o el acompañamiento médico/social. Esta óptica conceptualiza la violencia sexual (y sus efectos traumáticos), la inviabilidad fetal e incluso los peligros para la vida de las mujeres gestantes como simples obstáculos, susceptibles de removerse a través de un reencauzamiento de las mujeres hacia sus instintos maternales.

Una interpretación de los DSyR con eje en la igualdad de género y en la privacidad evita que las mujeres sean tratadas de manera no compatible con su dignidad. Es decir, evita que se les desconozca la autonomía moral para tomar decisiones sobre sus derechos y sus planes de vida y que sean instrumentalizadas para satisfacer los intereses/derechos de otros (sea el no nato, el Estado, sus padres, sus parejas o la sociedad en su conjunto), en circunstancias que tales exigencias no pesan sobre otros individuos en similares situaciones y que, además, merman radicalmente su capacidad futura de autorrealización. E impide también que la autonomía procreativa y otros derechos se bosquejen como derechos sometidos a una condición: un ejercicio responsable de la sexualidad.

Como ya apunté, el ejercicio de la sexualidad puede perseguir finalidades diversas a la procreación. A saber: el placer, la comunicación, la emoción, el beneficio económico, la exploración, la venganza, etc. Cualquier interferencia del Estado, con carácter moralizante, en la variedad de opciones y fines que los sujetos pueden ejecutar y perseguir, en relación a su sexualidad, pugna con el respeto de los derechos de las mujeres. Por consiguiente, la obligación de gestar no puede ser interpretada como una consecuencia necesaria del ejercicio de la libertad sexual, ni siquiera respecto de aquellos casos en que la decisión de las mujeres de copular efectivamente se dirige a procrear. La razón es simple: existen circunstancias sobrevinientes que transforman al embarazo en una carga demasiado gravosa e, incluso, heroica. Planteado en otros términos, no hay razones que permitan legítimamente al ordenamiento jurídico justificar por qué una mujer que se encuentra embarazada, producto de su propia voluntad, estaría obligada a soportar un riesgo en su vida, a aceptar una secuela permanente en su salud física o una afectación de su integridad psicológica, para salvar el producto de la concepción. Tampoco hay razones para el caso de un embarazo con feto inviable. En efecto, ¿por qué estaría una gestante obligada a hacer tal sacrificio para llevar a término un embarazo cuyo producto ni siquiera es viable, es decir, donde no habría ninguna vida que tutelar?. Con mayor razón, la

procreación no puede ser una obligación moral ni jurídicamente exigible en el caso de una violación. El embarazo como resultado de una violación es completamente equiparable al caso del violinista de Thomson. La mujer gestante sería el individuo que resulta "conectado" en contra de su voluntad a otro sujeto, en circunstancias de que este último depende, por nueve meses, del cuerpo del primero para poder sobrevivir.

Finalmente, parece necesario referirse específicamente al tratamiento de la causal de violación en la tramitación del proyecto de despenalización del aborto. A los efectos, conviene tener presente que la violación es la segunda eximente de responsabilidad penal más común en el continente americano, después del peligro de la vida de la madre⁵⁴. El dato no debiera sorprender si se considera que la violencia sexual es una de las formas más extendidas de lesión a los derechos de las mujeres. Lo que sí parece sorprendente son las numerosas objeciones y críticas que ha debido afrontar la posibilidad de despenalizar la interrupción del embarazo en caso de violación, durante la tramitación del proyecto chileno. En particular, se ha planteado que debiera exigirse la denuncia obligatoria a las mujeres (cosa que el derecho nacional vigente no exige) en caso de que se alegue una violación para poder interrumpir el embarazo o se pida la realización de una investigación criminal.

De nuevo, la aproximación de MacKinnon puede servir para explicar esta contradicción. Según la autora, la serie de abusos que constituyen la violencia sexual y sobre los que se vertebra la dominación masculina son permitidos *de facto* y prohibidos *de iure*, para que el sistema perdure. La prohibición *de iure* es necesaria para legitimar al sistema en su conjunto, especialmente respecto de las afectadas⁵⁵.

Llevado este análisis a la discusión concreta de la causal de violación, puede decirse que el resultado previsible de una regulación engorrosa, como la que se propone en el proyecto, no sería otro que aparecer empatizando con la tragedia de las víctimas (el componente de legitimación de la regulación al que alude MacKinnon) pero, en la práctica, seguir sometiendo a esas mujeres a las consecuencias agravadas de la violencia que han sufrido. Es decir, presionarlas para llevar a término una gestación resultado de un acto violento. Lo anterior porque pese a que el proyecto en su versión actual no condiciona la IVE a la realización de una denuncia, las indicaciones que formulara el Gobierno en agosto de 2015 contemplan la obligación de que se provea a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar su denuncia y que

54 Tribe, Laurence, *El aborto: Guerra de absolutos* (Fondo de Cultura Económica), 2012, p. 66.

55 MacKinnon, Catharine, *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho* (Siglo XXI Editores), Buenos Aires, 2014.

tratándose de mujeres mayores de edad, los jefes(as) de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares deban poner en conocimiento del Ministerio Público la invocación de violación, con la finalidad de que se investigue el delito de violación, previa ratificación de la mujer. Desde luego, una regla como la antedicha genera desincentivos para solicitar una IVE porque ella supone un proceso de revictimización y, entonces, crea las condiciones para que el Estado imponga la obligación de gestar, sólo que por vía oblicua o indirecta. En términos de MacKinnon, dicho diseño provocaría una doble instrumentalización: se legitimaría el uso del cuerpo femenino para el placer sexual de los varones, obligando a las afectadas a soportar en su cuerpo y planes de vida las consecuencias de ese (ab)uso, a fin de satisfacer los intereses de otros (del feto, del Estado o de la sociedad en su conjunto).

Así las cosas, la regulación de la causal de violación parece un buen test para apreciar el compromiso de un sistema jurídico con la individuación de las mujeres. Una regulación flexible que evite la revictimización de las afectadas y que no las exponga a mayor violencia (como ocurriría, por ejemplo, con una investigación de violación en el marco de contextos de violencia intrafamiliar) favorece la tutela de los derechos de las mujeres. En contraste, una regulación que obstaculice el recurso a esta causal implicaría una naturalización o aceptación de la violencia sexual como algo que deben soportar necesariamente las mujeres.

Esta última configuración demostraría, como advierte MacKinnon, que la sexualidad no puede quedar desvinculada del estatus de segunda clase de las mujeres, es decir, que la subordinación está eminentemente sexualizada.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y ABORTO

RODOLFO FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO¹

Abstract

Primera parte: no existe fundamento conceptual para sostener que los médicos tengan un derecho "moral" de objeción de conciencia ante el aborto legal. Aún más injustificable es la objeción de conciencia en el sector público. Pensar que la objeción de conciencia no es lesiva porque existe la posibilidad de la derivación es un error. No existe la objeción de conciencia institucional. **Segunda parte:** los partidarios de la objeción de conciencia parecen fundarla en un derecho constitucional de libertad de conciencia, pero eso tampoco tiene sustento conceptual; además, genera una serie de dificultades y exigencias que los mismos partidarios de ella no aceptarían. **Tercera parte:** el Estado podría instituir un derecho legal de objeción de conciencia y en ese caso sería necesario regular los estándares para formular una objeción y los estándares que debe cumplir un sistema de derivación de la mujer embarazada.

PRIMERA PARTE: NO EXISTE UN DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FRENTE AL ABORTO

1. Introducción

Este ensayo está destinado a argumentar que no existe un fundamento conceptual para sostener que los médicos tengan un derecho "moral" a la objeción en conciencia frente al aborto, asumiendo que se encuentren permitido por la ley. Esto significa que si el ordenamiento jurídico no instituye un derecho legal de objeción de conciencia, los médicos no pueden objetar en conciencia una ley que permite el aborto y dejar

1 Doctor en Derecho y Magister en Derecho, University of Wisconsin, EEUU. Profesor de Derecho Constitucional. Director del Departamento de Derecho Público y del Magister en Derecho Público, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: rodolfo.figueroa@udp.cl.

de cumplirla. Este es un ensayo exploratorio que espera generar una discusión sobre la materia en Chile e incitar nuevas publicaciones.²

2. La objeción de conciencia en la literatura sobre aborto

2.1. *Reseña doctrinaria*

En la doctrina chilena existen algunas publicaciones indexadas sobre objeción de conciencia en materias de salud. Un breve texto discute si los químicos farmacéuticos pueden objetar la venta de la píldora del día después³. Otro artículo más extenso discute sobre objeción de conciencia en el campo de la salud reproductiva⁴. Otro texto denuncia el hecho de que en América Latina la objeción de conciencia de profesionales de la salud se traduce en negar servicios de salud reproductiva a la población y reclama que ella constituye una violación de deberes profesionales, una imposición de creencias personales sobre los pacientes que genera violación de los derechos reproductivos de la mujer y una violación del principio de no maleficencia⁵. Otro artículo se refiere a la objeción de conciencia en bioética y admite que el profesional de la salud puede ejercerla siempre que no cause daño al paciente⁶. Otro estudio analiza la objeción de conciencia en la práctica clínica y acepta que los médicos puedan objetar en conciencia procedimientos específicos, siempre que no lesionen a los pacientes⁷. Existe también una columna de opinión que defiende el derecho de los médicos a objetar en conciencia el aborto si éste

- 2 Las ideas centrales de una versión previa de este ensayo fueron discutidas en un coloquio realizado en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales en diciembre de 2015, en el cual participaron los profesores Emilio Dabed, Beatriz Arriagada, Marcelo Montero, Claudio Agüero, Pablo Contreras, José Julio León, Sebastián Figueroa, Rodrigo Coloma y la alumna Hannan Hananías. Ellos formularon muchas objeciones y precisiones relevantes que enriquecieron mi comprensión del asunto y por ello les doy mis agradecimientos. He intentado mejorar aquella versión a la luz de sus comentarios, aunque no creo haber sido del todo exitoso.
- 3 Este es un contrapunto. Couso, Javier, Guiloff, Matías y Delaveau, Rodrigo, "Notas sobre la objeción de conciencia y la venta de productos farmacéuticos", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n° 3 (Ediciones Universidad Católica), 2007, pp. 599-603.
- 4 Casas, Lidia y Dides, Claudia, "Objeción de conciencia y salud reproductiva en Chile. Dos casos paradigmáticos", en *Acta Bioethica*, 13 (2) (Universidad de Chile), 2007, pp. 199-206.
- 5 Casas, Lidia, "Invoking conscientious objection in reproductive health care: evolving issues in Perú, México and Chile", en *Reproductive Health Matters*, Vol. 17, n° 34, 1999, p. 78.
- 6 Kottow, Miguel, "Objeción de conciencia en bioética", en *Cuad. Med. Soc.*, 50(2) (Chile), 2010, pp. 143-149.
- 7 Montero, Adela y González, Electra, "La objeción de conciencia en la práctica clínica", en *Acta Bioethica*, 17 (1) (Universidad de Chile), 2001, pp. 123-131.

fuere legal⁸. Se debe considerar también un artículo que da cuenta de un estudio de campo relativo a las nociones, argumentaciones, experiencias e implicancias bioéticas de profesionales de la salud en materia de servicios sexuales y reproductivos para adolescentes en la Región Metropolitana⁹. Las entrevistas dan cuenta de diversas formas de entender el asunto y de distintas actitudes de los profesionales respecto de si es admisible la objeción de conciencia. Con todo, la autora reitera su postura de una publicación previa, en el sentido de que es admisible la objeción de conciencia en los servicios de salud, aunque de manera excepcional y con restricciones. Por último, y más recientemente, un artículo defiende la objeción de conciencia para realizar el aborto aunque no para oponerse a la derivación; defiende la objeción de conciencia institucional y también la objeción de conciencia de profesionales que trabajen en hospitales públicos¹⁰.

Fuera de Chile, la doctrina latinoamericana indexada también ha contribuido al debate sobre la objeción de conciencia. En Argentina, un autor ha formulado serias dudas frente a la procedencia de la objeción de conciencia en materia de salud¹¹. En México, un autor la admite en una serie de situaciones vinculadas a la muerte y enfermedades terminales, siempre que no cause mayor daño¹². En Venezuela, un autor admite la objeción de conciencia en tanto no perjudique al paciente y se emplee en forma regulada, restringida y excepcional¹³. En Colombia, un autor la acepta en el caso del aborto, en la medida en que no genere perjuicios para la mujer¹⁴. Finalmente,

-
- 8 Peña, Carlos, "Aborto y objeción de conciencia", en *El Mercurio*. Miércoles 28 de mayo de 2014.
 - 9 Montero, Adela, "La objeción de conciencia de los profesionales y su relación con la atención en salud sexual y reproductiva de adolescentes en Santiago de Chile", en *Acta Bioethica*, 20 (2) (Universidad de Chile), 2014, pp. 197-206.
 - 10 Beca, Juan Pablo y Astete, Carmen, "Objeción de conciencia en la práctica médica", en *Rev. Med. Chile* 2; 143 (Sociedad Médica de Santiago), 2015, pp. 493-498.
 - 11 Alegre, Marcelo, "¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en Clérico, Laura, por todos, *Tratado de Derecho a la Salud* (Abeledo Perrot), 2013.
 - 12 Domínguez, Octaviano, "Objeción de conciencia, la muerte y el morir en enfermedades en etapa terminal", en *Acta Bioethica*, 15 (1) (Universidad de Chile), 2009, pp. 94-99.
 - 13 Pérez, Rogelio, "Objeción de conciencia", en *Rev. Obstet. Ginecol. Venez.*; 72 (2), 2010, pp. 73-76.
 - 14 Bernal, Rocío, "Aborto y objeción de conciencia: avances y retrocesos en el sistema jurídico colombiano", *Revista Redbioética/Unesco*, año 3, 2 (6), 2012, pp. 11-22.
Cabe señalar que el derecho a la objeción de conciencia está reconocido en una sentencia de la Corte Constitucional, T-388/09. Ver análisis de Bernard Dickens: "T-388/2009. Objeción de conciencia y aborto", en O'Neill Institute for National and Global Health Law (Georgetown University), 2014.

en España también se acepta la objeción de conciencia en el ámbito de la salud, en términos parecidos a los ya señalados¹⁵.

En literatura en inglés indexada también se admite la objeción de conciencia por parte de profesionales en el ámbito de la medicina, incluyendo servicios de salud como el aborto¹⁶. Un par de autores ponen acento en los abusos que se pueden cometer y reconocen la admisibilidad de la objeción de conciencia con una serie de exigencias¹⁷. Uno va un poco más allá y señala que si se cumplen ciertos estándares, la objeción de conciencia no puede ser impedida¹⁸. En tanto, autores muy conocidos como Wicclair¹⁹, Dickens y Cook también aceptan la objeción de conciencia, aunque los dos últimos hacen un énfasis especial contra los abusos que se pueden cometer; enumeran una serie de restricciones para su procedencia y defienden abiertamente los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres²⁰.

-
- 15 Es el caso de Martínez, Koldo, "Medicina y objeción de conciencia", en *An. Sist. Sanit. Navar*, vol. 30, nº 2, 2007. Acepta la objeción en el caso de servicios de salud, siempre que no cause daño directo al paciente. También Gracia, D., "Objeción de conciencia: lecciones de un debate", en *Revista de Calidad Asistencial*, 26 (3), 2001, pp. 143-145. La acepta, pero siempre que no sea pseudoobjeción o criptoobjeción. También Seoane, José A., "Objeción de conciencia positiva", en *Revista de Bioética y Derecho*, Nº 32, 2014, p. 34-45. En el caso de la revista *Bioética & debat*, del Institut Borja de Bioética, Universitat Ramon Llull, el vol. 18 nº 66 está dedicado a este tema y allí se defiende incluso la objeción de conciencia institucional, el aborto y la venta de la píldora del día después. Hay que agregar que el Tribunal Constitucional español, por fallo 145/2015 del 25 de junio de 2015, reconoció el derecho del químico farmacéutico de objetar en conciencia la venta de la píldora del día después. Ver FJ. 4.
 - 16 Harris, Lisa, "Recognizing Conscience in Abortion Provision", en *The New England Journal of Medicine*, 367; 11, 2012.
 - 17 Meyers, Christopher y Woods, Robert, "An obligation to provide abortion services: what happens when physicians refuse?", en *Journal of Medical Ethics*; 22, 1996, pp. 115-120.
 - 18 Magelssen, Morten, "When should conscientious objection be accepted?", en *Journal of Medical Ethics*; 38, 2012, pp. 18-21.
 - 19 Wicclair, Mark, "Conscientious objection in medicine", en *Bioethics*, vol. 14, nº 3, 2000. También su libro *Conscientious Objection in Health Care. An Ethical Analysis* (Cambridge University Press), 2011.
 - 20 Dickens, B. y Cook, R., "Ethical and legal issues in reproductive health", en *International Journal of Gynecology & Obstetrics*. 83, 2003, pp. 85-91; Cook, R. y Dickens, B., "The Growing abuse of Conscientious Objection", en *Virtual Mentor. Ethics Journal of the American Medical Association*, Vol. 8, nº 5, 2006, pp. 337-340; Cook, R., Arango, M. y Dickens, B., "Healthcare responsibilities and conscientious objection", en *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 104, 2009, 249-252; Dickens, B. y Cook, R., "Conscientious commitment to women's health", en *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 113, 2011, pp. 163-166; Dickens, Bernard, "Objeción de conciencia y compromiso de conciencia", en Zegers, Fernando y Salas, Sofía (eds.), *Bioética, reproducción y familia* (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.

Para América latina, algunas autoras tienen una posición cercana a la de Dickens y Cook, priorizando cumplir con estándares internacionales de protección de los derechos de las mujeres²¹. Otras autoras, en similar línea, incluyen estándares del derecho europeo, además de los internacionales²². Hay autores en una postura extrema que defienden el derecho del médico de objetar en conciencia la derivación de la mujer que requiere un aborto, es decir, se niegan a derivar a la mujer²³. Otros autores aceptan que en ciertas condiciones los farmacéuticos tengan alguna posibilidad de objeción frente la venta de medicamentos, como la píldora del día después, con mayores²⁴ o menores escrúpulos y restricciones²⁵. Varios autores condujeron un estudio empírico a nivel nacional en los EEUU, para registrar las opiniones de gineco-obstetras respecto de la objeción de conciencia frente al aborto. El resultado fue que cerca del 50% la acepta²⁶. Finalmente, cabe decir que existen unos pocos autores que en buena medida tienen serios problemas para admitir la objeción de conciencia frente a un aborto legal u otros servicios de salud, como Alta Charo²⁷, o se oponen frontalmente a admitirla, como Savulescu, que es la postura a la cual más se acerca este ensayo²⁸.

- 21 Cabal, L. y Arango, M., por todos, "Striking a Balance: Conscientious Objection and Reproductive Health Care from the Colombian Perspective", en *Health and Human Rights Journal*, 16/2, 2014.
- 22 Zampas, Christina y Andión-Ibáñez, Ximena, "Conscientious Objection to Sexual and Reproductive Health Services: International Human Rights Standards and European Law and Practice", en *European Journal of Health Law* 19, 2012, pp. 231-256. También Zampas, Christina, "Legal and ethical standards for protecting women's human rights and the practice of conscientious objection in reproductive healthcare settings", en *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 123, 2013, S63-S65.
- 23 Gerrard, J.W., "Is it ethical for a general practitioner to claim a conscientious objection when asked to refer for abortion?", en *Journal of Medical Ethics*, vol. 36, nº 10, 2009, pp. 599-602.
- 24 Cantor, J. y Baum, K., "The Limits of Conscientious Objection – May Pharmacists Refuse to fill Prescriptions For Emergency Contraception?", en *The New England Journal of Medicine*, 351; 19, 2004. También Brock, Dan, "Conscientious refusal by physicians and pharmacists: who is obligated to do what, and why?", en *Theor. Med. Bioeth.*, 29, 2008, pp. 187-200.
- 25 Antonmmaria, Armand, "The Proper Scope of Analysis of Conscientious Objection in Healthcare: Individual Rights or Professional Obligations", en *Teaching Ethics*, Fall 2006, pp. 127-131.
- 26 Rasinski, K. y Yoon, J., por todos: "Obstetrician-gynecologists opinions about conscientious refusal of a request for abortion: results from a national vignette experiment", en *Journal of Medical Ethics*, vol. 37, nº 12, 2011, pp. 711-714.
- 27 Charo, Alta, "Health Care Provider Refusals to Treat, Prescribe, Refer or Inform: Professionalism and Conscience", en *American Constitution Society for Law and Policy*, February, 2007. También, su muy citado artículo "The Celestial Fire of Conscience - Refusing to Deliver Medical Care", en *New England Journal of Medicine*, 352, 2005: 24.
- 28 Savulescu, Julian, "Ethics: Conscientious Objection in Medicine", en *British Medical Journal*, vol. 32, nº 7536, 2006, pp. 294-297.

2.2. *La tesis dominante*

La tesis ampliamente mayoritaria, que es posible advertir en la literatura sobre aborto y objeción de conciencia recién reseñada, es que los médicos (incluso otros profesionales de la salud) tienen un derecho de objeción de conciencia frente al aborto²⁹. Esto se funda en que el aborto podría ser para algunos de ellos una conducta moralmente reprochable, que trasgrede su conciencia moral y, en consecuencia, no deberían ser forzados a ejecutarla. Según algunos autores, dicho derecho es aplicable incluso a químicos-farmacéuticos frente a la venta de anticoncepción de emergencia³⁰. En casos extremos, ese derecho incluye negarse a derivar al paciente o la receta médica a otro profesional.

En la literatura se describe estados de EEUU y otros países en los cuales existían³¹ amplias zonas geográficas donde no era posible acceder a un aborto o a la venta de anticoncepción de emergencia, no obstante que ello era legal debido a que los profesionales que habrían de proporcionar los servicios los objetaban en conciencia. Cabe finalizar apuntando que según algunos autores citados, esta objeción de conciencia no se limita a profesionales de la salud que laboren en el sector privado, sino que incluso se extendería a los que trabajan en el sector público³².

Estas posturas suelen aceptar, salvo las extremas, que en caso de objeción de conciencia el médico objetor tiene el deber de derivar a la paciente a algún otro profesional idóneo que pueda atender sus requerimientos, habida cuenta de que la solicitud de la mujer está permitida por la ley; y especialmente dicha derivación es exigible si la petición correspondiere a un derecho de rango legal o incluso constitucional³³.

Es importante advertir que esta postura mayoritaria encuentra respaldo en estándares internacionales. Las directrices FIGO³⁴ aceptan la objeción de conciencia

29 Otras prácticas que también se objetan son la inseminación artificial, la anticoncepción –colocación de DIU–, la esterilización, el suicidio asistido, la eutanasia o el encarnizamiento terapéutico.

30 Recuérdese el fallo del Tribunal Constitucional español de 2015 antes citado.

31 A la fecha del estudio.

32 Cabe también agregar que en la literatura sobre objeción de conciencia se señalan casos que no se refieren al ámbito de la salud sino a otros, tales como prestar juramento, trabajar en días religiosos, usar cierta ropa (velo), participar en jurado o en mesas electorales, oficiar matrimonios entre personas del mismo sexo, etc.

33 Como en el caso de EEUU.

34 FIGO es la sigla de la International Federation of Gynecology and Obstetrics.

de parte de los profesiones de la salud³⁵ frente a prestaciones legales y establecen que los pacientes, en caso de objeción de conciencia, deben ser derivados a otros profesionales³⁶. Sin embargo, el profesional tratante debe proporcionar el cuidado de salud requerido si la derivación del paciente no es posible³⁷ o se encuentra ante un caso de emergencia médica³⁸. En sintonía con esto, los comentarios generales del Comité de la CEDAW también admiten la derivación de la paciente frente a casos de objeción de conciencia³⁹.

2.3. Debilidad de la tesis

Una debilidad ostensible de esta tesis en la literatura citada es que este derecho de libertad de conciencia no se encuentra apoyado en un marco conceptual o en una estructura teórica que lo justifique. Normalmente, los autores se limitan a hablar de este derecho de objeción de conciencia y defenderlo sin definirlo, con muy pocas excepciones que contienen sumarias explicaciones⁴⁰. En mi impresión, cuando estos autores dicen que los médicos tienen un derecho a la objeción de conciencia

35 Así aparece en la siguiente directriz: "4. Practitioners have a right to respect for their conscientious convictions in regard to both undertaking and not undertaking the delivery of lawful procedures, and not to suffer discrimination on the basis of their convictions". FIGO, "Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology", by the FIGO Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health. October 2012, p. 27.

36 Así aparece en la siguiente directriz: "6. Patients are entitled to be referred in good faith, for procedures medically indicated for their care that their practitioners object to undertaking, to practitioners who do not object (...). FIGO, ob. cit., p. 27.

37 Esto será revisado más adelante.

38 Esto será revisado más adelante.

39 Ese documento señala: "11. (...) It is discriminatory for a State party to refuse to provide legally for the performance of certain reproductive health services for women. For instance, if health service providers refuse to perform such services based on conscientious objection, measures should be introduced to ensure that women are referred to alternative health providers". Women and health. 05/02/99. CEDAW General recom. 24 (General Comments).

40 Por ejemplo, Delaveau hace un brevísimo excuso para distinguir objeción de conciencia y libertad de conciencia, pero no quedan claras las diferencias. Casas y Dides hacen una breve referencia doctrinaria a la objeción de conciencia, recurriendo a Rawls y Peces-Barba, indicando que la objeción de conciencia se distingue de la desobediencia civil. Kottow no distingue objeción de conciencia de desobediencia civil. Pérez sostiene que la objeción de conciencia es una expresión del derecho a la libertad de creencia. Bernal distingue libertad de conciencia de desobediencia civil y señala que la primera corresponde a la libertad de conciencia. El que dedica mayores líneas a un intento de desarrollo conceptual es Martínez. Su aproximación es bastante rawlsiana, aunque no cita a Rawls. Afirma que la objeción de conciencia corresponde a un tipo de desobediencia civil, que consiste en la negativa a cumplir un mandato de autoridad, sobre la base de un deber

pareciera que están hablando de un derecho moral a la objeción de conciencia, en el sentido de que es una facultad de la cual son titulares con prescindencia de lo que disponga el derecho positivo, y en términos tales que si éste no lo admite, eso constituye un error que debe ser corregido. Así, un derecho moral se distingue de un derecho "legal", que es aquel que está instituido por el ordenamiento jurídico vigente.

La ausencia de un marco conceptual sobre objeción de conciencia nos obliga a delinear uno, aunque sea de manera breve, en la próxima sección.

3. Marco conceptual de la objeción de conciencia

Me ha parecido una idea apropiada tomar el marco conceptual de Rawls, porque tematiza la objeción de conciencia de una manera tan general que debiera ser útil incluso para quienes no son rawlsianos.

Según Rawls, la objeción de conciencia es una forma de desobediencia al derecho que consiste en oponerse a cumplir un mandato legislativo o una orden administrativa⁴¹. La razón es que ese mandato se considera injusto. Conforme a la teoría de la justicia de Rawls, un sistema justo es aquel que satisface los dos principios de justicia⁴². Sin embargo, es posible que en un sistema justo existan leyes injustas⁴³ debido a que el proceso político y constitucional corresponde a un modelo de justicia procesal imperfecta⁴⁴, es decir, no es posible asegurar un resultado justo. Existe un

general de obediencia a un sistema político justo. Este autor acepta la objeción de conciencia con regulaciones, pero rechaza que este derecho lo tengan personas jurídicas.

41 Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, p. 410.

42 "a. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo. b. Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados". Rawls, John, *Liberalismo Político* (FCE), 1995, p. 31.

43 Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, p. 391.

44 Según Rawls, hay tres modelos de justicia procesal: i) la justicia procesal perfecta, que es aquel modelo en el cual existe un criterio independiente de qué es lo justo y también un procedimiento para lograrlo (cortar un pastel y que elija último quien corta); ii) la justicia procesal imperfecta, que es aquella en que existiendo un criterio independiente acerca de lo justo, no existe –sin embargo– un procedimiento para conseguir ese resultado (proceso penal); iii) la justicia puramente procedimental, en que no existe un criterio independiente acerca de qué es lo justo y, en consecuencia, es necesario

deber moral de obediencia al derecho porque el derecho es justo, o más o menos justo dice Rawls, y la injusticia de una ley no es razón suficiente para no obedecerla, para eso es necesario que se excedan ciertos límites de injusticia⁴⁵.

Frente a leyes que excedan los límites de injusticia existen dos formas de desobediencia justificadas en la teoría de la justicia rawlsiana: la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Como vimos, la objeción de conciencia es una desobediencia a un mandato legal o administrativo, es decir, proviene de alguna autoridad. Esto significa que la objeción de conciencia siempre se dirige contra el Estado, no contra un particular. Rawls pone como ejemplos la negativa de los primeros cristianos a cumplir ciertos actos de piedad prescritos por el Estado pagano; la de Testigos de Jehová de saludar la bandera; la renuncia del pacifista a servir en las fuerzas armadas o la del soldado a obedecer una orden contraria a las leyes de la guerra; pagar impuestos en la visión de Thoreau⁴⁶. Por tanto, en la teoría de Rawls, la objeción de conciencia es la resistencia a leyes injustas del Estado.

Rawls señala que existe la tentación de decir que la ley siempre debe respetar los dictados de la conciencia, pero eso no puede ser correcto, apunta este autor⁴⁷. Por ejemplo, los intolerantes pueden no ser tolerados y se pueden prohibir ciertas prácticas religiosas como los sacrificios humanos ya que ni la religiosidad ni la conciencia son suficientes para defender esas prácticas, indica Rawls⁴⁸. Agrega que el objetivo de una sociedad bien ordenada es proteger y reforzar las instituciones de la justicia (los dos principios de justicia). "Si se niega la expresión de una religión determinada, seguramente se debe a que tal expresión es una violación de las libertades de los demás"⁴⁹.

¿Cómo caracterizar la objeción de conciencia?

Conforme al marco conceptual presentado, me parece admisible sostener que la objeción de conciencia tiene dos rasgos esenciales: a) que la ley sea injusta y b) que el objetor se encuentre ante una disyuntiva insalvable. El primer rasgo es evidente. El

acordar un procedimiento que si se cumple escrupulosamente, su resultado se reputará justo (juegos de azar). Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, pp. 108-109 y p. 394.

45 Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, p. 391.

46 Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, p. 410.

47 Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, p. 411.

48 Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, p. 411.

49 Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, p. 411.

segundo no aparece explícito en las explicaciones de Rawls, pero debiéramos concluir que se sigue de ellas. En efecto, todos los casos de objeción de conciencia señalados por Rawls son casos en los cuales el individuo es puesto ante una disyuntiva de la cual no puede escapar; se encuentra entre la espada y la pared. Por ende, en los casos de servicio militar, guerra, saludo a la bandera, etc., no hay nada que las personas afectadas puedan hacer para evitar la disyuntiva. En el caso del servicio militar, el deber lo tiene el ciudadano por el hecho de ser tal y nadie puede dejar de serlo (no existe la renuncia a la ciudadanía). Lo mismo valdría para los casos de guerra. No soluciona conceptualmente el problema la posibilidad de huir de país porque en caso de guerra eso implicaría desertión (un delito) y además porque hemos de universalizar ese deber de servir a la patria en todos los países. En suma, la persona no tiene salida y por ello se justifica la objeción de conciencia, ya que no es justo poner a las personas ante disyuntivas inescapables.

Es muy importante advertir aquí dos precisiones. Primero, en el marco conceptual utilizado, la objeción de conciencia no está vinculada a un derecho individual de libertad de conciencia, como el que reconocen las constituciones contemporáneas y el derecho internacional. Esto se explica por la segunda consideración, pues los ejemplos históricos de objeción de conciencia que se han mencionado se verificaron mucho antes de que se concibiera la idea de los derechos individuales, que es una idea moderna que incluye un derecho constitucional a la libertad de conciencia. Por tanto, no es acertado, conceptualmente, hacer depender la objeción de conciencia de la libertad de conciencia. Además, hacer eso conduce a una serie de problemas que veremos más adelante, cuando se explique cómo funciona el derecho constitucional.

4. Argumentos contra la aplicación de la objeción de conciencia al aborto

La postura de este ensayo es que la objeción de conciencia no es aplicable al aborto legal⁵⁰; más aun, no es aplicable al campo de la salud en general⁵¹. La razón está dada por el marco conceptual antes esbozado, pues para que sea procedente

50 Algunos me han sugerido limitar mis argumentos al aborto temprano, que es aquel que se verifica durante el primer trimestre del embarazo, porque difícilmente alguien (incluso un liberal) justificaría moralmente el aborto cerca del parto (descartando obviamente peligro para la mujer, malformaciones, etc.). Sin embargo, no estoy de acuerdo con esa delimitación porque los argumentos de este ensayo no tienen por finalidad justificar moralmente el aborto y, por ende, no es relevante estar al comienzo o al fin del embarazo.

51 Lo mismo vale para la distribución de la anticoncepción de emergencia.

la objeción de conciencia es necesario cumplir dos requisitos básicos: que la ley sea injusta y que el objetor se encuentre ante una disyuntiva insalvable. Pues bien, ninguno de esos dos requisitos se cumple en el caso del aborto (y de la salud en general). Revisemos ambos requisitos.

4.1. *Injusticia*

Como hemos visto, el primer requisito de la objeción de conciencia es que la ley⁵² sea injusta. En efecto, recuérdese que hablar de desobediencia implica que existe un deber de obediencia y ese deber existe porque el derecho es justo. Por ende, si el derecho es injusto, no existe el deber de obediencia y se acepta la objeción de conciencia. Entonces, para que proceda la objeción de conciencia frente al aborto es necesario argumentar que la ley que lo autoriza es injusta. Pero, ¿es injusta una ley que autoriza el aborto? Abordemos brevemente esta pregunta.

- i) Es posible que una ley que autoriza el aborto sea injusta, pero la literatura que defiende la existencia de este derecho a la objeción de conciencia no dice nada al respecto; no presenta ninguna formulación teórica dedicada a argumentar que una ley que permite el aborto –y tendría que especificar en qué casos– es injusta. No cabe duda que para algunas personas permitir el aborto es injusto, así como para muchísimas otras es exactamente lo contrario: prohibirlo en todos los casos es injusto⁵³. Pero tener una opinión no basta; es necesario dar algún fundamento teórico a la postura y tal fundamento está ausente. La literatura sobre objeción de conciencia y aborto no muestra interés por brindar ese fundamento.
- ii) Es probable que quien considere injusto el aborto en todos los casos –como es la postura de la Iglesia Católica– parta de la base de que el embrión, desde la concepción, es equivalente a una persona. El problema es que los objetores de conciencia no han probado eso. Por lo tanto, eso cierra la discusión mientras no lo hagan, aunque difícilmente podrán hacerlo. En consecuencia, como ha señalado Thomson, en la discusión sobre el aborto tenemos dos posiciones: una sostiene que el embrión es persona desde la concepción y otra lo niega. El problema –dice Thomson– es que ninguna de las dos es capaz de justificar su postura, ya que no es posible demostrar racionalmente que el embrión sea una persona desde la concepción y tampoco es posible demostrar la posición contraria. Ambas posiciones están en una situación simétrica, lo que afecta al que tiene

52 El mandato puede estar prescrito en la ley o en una orden administrativa.

53 Considerando que casi el 95% de los países del mundo permiten el aborto en alguna situación.

la carga de la prueba, que obviamente es aquél que defiende la injusticia y, con ello, la prohibición del aborto⁵⁴.

- iii) Incluso si el objetor teóricamente lograra probar que el embrión es persona desde la concepción, eso no demostraría que es injusto el aborto⁵⁵.

4.2. *Disyuntiva inevitable*

Este es el segundo requisito que debe reunir la objeción de conciencia en la concepción rawlsiana: la persona debe ser puesta ante una disyuntiva insalvable. Pues bien, ese no es el caso del médico ni del farmacéutico, porque ellos no se encuentran ante una disyuntiva inescapable. Este argumento es especialmente resistido por los médicos con quienes he conversado e incluso les causa escándalo, pero es correcto, ya que si la ley establece que el aborto es legal y el médico está obligado a ejecutarlo⁵⁶, él puede dejar de ser médico o dejar de trabajar como gineco-obstetra y el droguero puede dedicarse a otros negocios igualmente rentables. Ninguno de ellos está obligado a continuar ejerciendo una profesión u ocupación que hemos de suponer han elegido libremente. Los médicos replican: ¿Cómo voy a renunciar a mi profesión, a mi trabajo, a mi vida? Eso es excesivamente costoso para nosotros.

Aquí se produce una incomprensión del argumento: Primero, nadie pide a los médicos que renuncien a su trabajo y a su vida sino que cumplan con la ley,

54 Thomson, Judith, "Abortion", en Boston Review, Jan 1994/Dec 1995, <http://bostonreview.net/>

55 En efecto, no basta argumentar que el embrión es persona desde la concepción para dar por probado que es injusto matarlo. Thomson ha aclarado esto con el ejemplo del violinista: no cabe duda que el violinista es persona y tiene derecho a la vida, pero no es injusto desconectarse de él y que por ello muera. Thomson, Judith, "A Defense of Abortion", en Philosophy and Public Affairs, Vol. 1, Nº 1 (Princeton University Press), 1971. Por otra parte, desde un punto de vista jurídico-constitucional, el derecho a la vida que tienen las personas no es un derecho absoluto. Un buen ejemplo es la jurisprudencia constitucional alemana (BVerfGE 39, 1).

56 En esta parte aparece un punto impreciso ¿Está obligado el médico? Esto depende de qué diga la ley que autoriza el aborto. El argumento de este ensayo vale para casos en que la ley establezca el aborto como una prestación de salud que ha de ser provista como cualquier otra, de modo que se encuentra bajo la normativa administrativa de la superintendencia de salud. Así como un establecimiento de salud –público o privado– no puede negarse a realizar prestaciones de salud reguladas por la ley, tampoco puede negarse a practicar un aborto legal. El argumento de este ensayo no implica que una persona pueda dirigirse a una consulta privada y forzar al médico que la reciba para practicar un aborto, pero sí se aplica a médicos de establecimientos privados que por su sistema de trabajo deban atender al público que llegue.

suponiendo que la ley exige efectuar esa prestación⁵⁷. El médico no puede defender la idea de que tiene derecho a ejercer su profesión violando la ley, pues en ninguna profesión u oficio eso es aceptable. Si el médico no está dispuesto a obedecer la ley, le queda la opción de renunciar. Segundo, el argumento es conceptual, ya que la objeción de conciencia implica una situación de inevitabilidad, pero ese no es el caso de los médicos; que sea muy costosa la forma de evitar la disyuntiva no la torna inevitable. Además, negarse a renunciar porque es muy costoso (y negarse a cumplir la ley) implica traspasar costos personales a terceros (la mujer embarazada). Eso es inaceptable. Distinto sería el caso de una sociedad hipotética en que las profesiones fueren asignadas por el Estado⁵⁸, de modo que algunas personas fuesen obligadas a ser médicos. Un individuo en esa situación podría argumentar que se encuentra en una posición similar a la del ciudadano frente a la obligación de hacer el servicio militar o ir a la guerra. Sin embargo, en nuestra sociedad eso no sucede⁵⁹ porque las personas tienen libertad para elegir su profesión, incluyendo la de ser médico. En consecuencia, el argumento no es conceptualmente admisible.

Algunos podrían alegar que cuando eligieron ser médicos, el aborto no estaba permitido y se autorizó con posterioridad. Por tanto, la norma tendría una suerte de retroactividad impropia. Sin embargo, Alegre anula esa objeción esgrimiendo que lo "...previo y no sobreviniente es la obligación de cumplir con el marco legal de la sociedad en la que uno decide actuar como profesional"⁶⁰. Yo agregaría que el argumento de la voluntariedad para ejercer la profesión no tiene que ver con aceptar las reglas que rigen la profesión (porque la vigencia de tales reglas no

57 Ver nota anterior.

58 Por ejemplo, Huxley.

59 Se podría decir que en tal sociedad imaginaria no hace sentido objetar el aborto si no se objeta algo mucho más básico: que no exista libertad de elegir el propio plan de vida. Eso puede tener sentido, pero no es muy relevante. Primero, porque lo importante es poder hacer la analogía: el médico estaría en una posición similar a la del ciudadano frente al servicio militar. Pero si no imaginamos ese tipo de sociedad –y sabemos que no existe– entonces los médicos no pueden pretender tener derecho a la objeción de conciencia como si vivieran en ese tipo de sociedad. Segundo, es posible defender la tesis de que es distinto carecer de libertad para elegir el plan de vida que ser forzado a obedecer mandatos injustos.

60 Alegre, Marcelo, "¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en Clérico, Laura, por todos, *Tratado de Derecho a la Salud* (Abeledo Perrot) 2013, p. 291.

requiere nuestro consentimiento), sino que consiste en tener libertad para entrar en la profesión, ejercerla (si cumple con los requisitos) y abandonarla si lo desea⁶¹.

En resumen, la objeción de conciencia en el caso del aborto no cumple con las dos exigencias que la hacen procedente: que se dirija contra una ley injusta (no se ha demostrado que lo sea) y que el objetor se encuentre en una disyuntiva insalvable (nunca lo está). Por ende, queda demostrado que no existe fundamento conceptual para sostener que los médicos tengan un derecho moral de objeción de conciencia ante el aborto legal.

5. Argumentos contra la objeción de conciencia en el sector público

Existen estudios que apoyan la objeción de conciencia en el sector público⁶². Las razones proporcionadas en las secciones anteriores en contra de la objeción de conciencia se aplican, ciertamente, a los profesionales de la salud del sector público. Sin embargo, hay razones adicionales aplicables exclusivamente a este ámbito que ameritan una consideración por separado.

- i) El servicio público existe para satisfacer necesidades de la población. Los deberes legales de los funcionarios públicos son instituidos en una sociedad democrática para cumplir con esa función. Un funcionario que deja de cumplir con sus deberes subvierte el propósito para el cual fue contratado y compromete la eficacia del rol del Estado. El funcionario que objeta en conciencia los deberes del cargo está incurriendo en esa conducta. Por ejemplo, el año 2015 Kim Davis, una funcionaria de una oficina del Registro Civil de Kentucky, EEUU, se negó a casar a dos personas del mismo sexo, estando permitido ese matrimonio por la ley, debido a que su religión católica se lo impedía. Esto es un abuso del poder estatal⁶³. Dejar de cumplir los deberes legales no sólo contradice la función

61 El argumento de la participación voluntaria debe entenderse de esta manera por dos razones: i) las reglas van cambiando con el tiempo; no podrían generarse estatutos especiales para distintas generaciones de profesionales; ii) ninguna persona tiene derecho a la inmutabilidad del marco regulatorio de la profesión que ejerce o desea ejercer. Si así fuera, no se podrían cambiar las reglas o de cambiarse, esos cambio no serían obligatorios para a ese profesional. Eso no tiene sentido.

62 Beca, Juan Pablo y Astete, Carmen, "Objeción de conciencia en la práctica médica", en Revista Médica de Chile, Vol. 143, N° 4 (Sociedad Médica de Santiago), 2015, p. 496.

63 En Alegre, Marcelo, "¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en Clérico, Laura, por todos, *Tratado de Derecho a la Salud* (Abeledo Perrot), 2013.

pública sino que puede implicar lesionar derechos de terceros, como hizo Kim Davis.

El Estado no debiera tolerar violaciones de derechos legales o que las personas se vean privadas de acceder a servicios públicos a los que tienen derecho porque un funcionario se niega a hacer algo que tiene el deber de cumplir invocando su conciencia particular, por ejemplo, su religión. Esto es aún más grave tratándose del ámbito de la salud, por su impacto en la vida de las personas.

De permitirse la objeción en conciencia del médico, el Estado se encontraría al servicio de la moral religiosa de los médicos funcionarios públicos⁶⁴, en vez de estar al servicio de la población. En Chile ocurrió que un alcalde interpuso un recurso de protección en contra de la Ministra de Salud por ordenar la entrega de la "píldora del día después" a todas las personas que lo requirieran en el sistema público y municipal de salud. Entre otros argumentos, el alcalde señaló que la medida vulneraba la "libertad de conciencia, cuyo alcance sería asegurar que toda persona pueda determinarse conforme a sus valores y creencias"⁶⁵. El alcalde estaba objetando en conciencia la distribución de anticoncepción de emergencia porque ella es contraria a sus creencias religiosas, pero la corte rechazó el recurso con un lenguaje que sugiere que las consideraciones de moral personal de los funcionarios no son procedentes en el ámbito público⁶⁶.

- ii) Es cierto que el médico que trabaja en el sector público sigue siendo un agente moral con conciencia moral y con derechos fundamentales. Sin embargo, se debe presumir que una persona que asume un empleo público acepta los deberes del cargo. Si no está dispuesto a hacerlo, dispone de una opción clara: no ejercer ese cargo público. Esa alternativa no es abusiva. En efecto, el funcionario no puede reclamar que es injusto que le prohíban subordinar su empleo público

64 Hablo de "moral religiosa" porque en la práctica los opositores al aborto en cualquier evento y a la distribución de la píldora son religiosos, en particular católicos. En efecto, sólo la religión católica considera que el embrión, desde la concepción, es una persona con derecho absoluto a la vida.

65 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4693-2006, sentencia de 10 de noviembre de 2006, considerando 1.

66 En lo atingente a vulnerar la libertad de conciencia, la corte señaló que: "...pretensiones tales como las basadas exclusivamente en intereses morales, religiosos o sociales y las encaminadas a sustituir decisiones de la administración que no importan afectación de los derechos de las personas, no constituyen pretensiones procesables o pertinentes a esta acción cautelar de carácter constitucional, puesto que su naturaleza es de otra índole". Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4693-2006, sentencia de 10 de noviembre de 2006, considerando 4.

a su conciencia moral⁶⁷ porque ser funcionario público no es una disyuntiva inescapable. De hecho, no es siquiera una disyuntiva. Al respecto, Kant sostiene que el funcionario sólo puede hacer un uso privado de la razón, no público. En consecuencia, no son admisibles las razones de conciencia moral. Kant le dice a los funcionarios: "razonad todo lo que queráis y sobre lo que queráis, pero ¡obedeced!"⁶⁸. Cumplir con el deber no debiera pesar en la conciencia del funcionario, pero si ocurre que renuncie, concluye Kant⁶⁹.

- iii) El funcionario es la personificación del Estado y de la ley. Si el funcionario objetara en conciencia una ley sería como que el Estado se objetara a sí mismo. Eso sería absurdo.

6. Objeción de conciencia y derivación

En la literatura sobre el tema en estudio se sugiere que el derecho a la objeción de conciencia frente al aborto no sería lesivo para la paciente porque existiría la posibilidad de la derivación. Así, el conflicto que se produciría entre los intereses del paciente y del médico se solucionaría mediante la derivación del paciente a otro médico que no fuera objetor. Eso satisfaría los intereses de ambas partes. Sin embargo, esa sugerencia es problemática:

- i) La derivación supone algún sistema de coordinación que puede tener dificultades operativas, las que se pueden traducir en demoras y costos que van en perjuicio de la paciente. Esto quedó bien documentado en el informe Badgley, analizado en el caso Morgentaler en Canadá⁷⁰, cuando se discutió sobre el aborto.
- ii) Aunque se asegure que el médico practicará el aborto y no podrá hacer valer la objeción de conciencia debido a que una derivación no es posible, esto puede lesionar la confianza de la paciente en su médico tratante.

67 Esto es una obviedad pero parece que es necesario decirlo a la luz de la literatura sobre la materia. Rawls, de hecho, lo señala expresamente. Rawls, John, *Teoría de la Justicia* (FCE), 1978, pp. 136-137.

68 Kant, Emmanuel, "¿Qué es la Ilustración?", en Kant, Emmanuel, *Filosofía de la Historia* (FCE), 1979, p. 28.

69 Kant, Emmanuel, "¿Qué es la Ilustración?", en Kant, Emmanuel, *Filosofía de la Historia* (FCE), 1979, pp. 30-31.

70 R. v. Morgentaler, 1988. Corte Suprema, 1 S.C.R. 30.

iii) Aunque no hubiere problemas logísticos de ningún tipo, la derivación puede ser ofensiva para la mujer. En efecto, el médico que objeta en conciencia el aborto está dando a entender con absoluta claridad que la solicitud del paciente es tan aborrecible moralmente que él no está dispuesto a cumplirla y que obligarlo a ello lesionaría su conciencia moral. Hacer sentir a la mujer que su petición (estamos suponiendo que tiene derecho a ello porque el aborto sería legal) es aborrecible moralmente constituye una ofensa, es humillante y lesiona su dignidad. Un médico no tiene derecho a hacer sentir a la paciente que el ejercicio de sus derechos es algo moralmente abominable. La mujer se encuentra en una situación difícil, vulnerable y necesitada de un médico, lo que la pone en una posición de asimetría frente a él. En mi opinión, es inaceptable que el juicio o censura moral que el médico tiene sobre esa paciente se lo haga saber o se manifieste de alguna manera, porque contribuye a incrementar la posición de vulnerabilidad de la mujer. Además, esto violaría el artículo 5º de la ley 20.584 sobre derechos de los pacientes, que exige un trato digno y respetuoso a todas las personas, en todo momento y en cualquier circunstancia. La objeción de conciencia –a menos que sea subrepticia– no trata a la paciente con respeto ni con dignidad, pues el médico que objeta el aborto lo hace porque cree que es un crimen, que es como sugerir que la mujer es criminal por solicitar ese servicio.

Si un establecimiento de salud presta servicios de ginecología y es predecible que mujeres que requieran un aborto van a acudir a ese tipo de establecimientos, entonces quienes atiendan en tales lugares no deben ser objetos para asegurar que las mujeres se sientan acogidas, tratadas con respeto y dignidad y tengan toda la confianza de que sus necesidades serán atendidas con el mayor profesionalismo posible. Un servicio de salud no puede constituirse en una instancia donde algunos médicos juzguen moralmente a las mujeres sobre la base de su particular concepción religiosa y las consideren criminales por solicitar un servicio autorizado por la ley.

Es posible que un servicio de salud implemente un sistema de derivación que evite todos estos inconvenientes, que no haya objetores o si los hay que la mujer ni se entere de que hubo objeción de conciencia y fue derivada a otro profesional. En tal feliz hipótesis, estos comentarios no valdrían, pero sabemos que la realidad, incluso en países desarrollados como EEUU y Canadá, muestra que no suele ser así. Por eso, me parece que no es una alternativa satisfactoria invocar objeción de conciencia y justificarla en que es posible la derivación.

7. La objeción de conciencia institucional

La objeción de conciencia se funda en la conciencia moral de la persona, de modo que sólo es procedente tratándose de una persona natural, no de una persona jurídica. Por tanto, no es admisible la denominada *objeción de conciencia institucional*. A pesar de ello, encontramos ejemplos de autores que la defienden⁷¹. Por eso, supondremos hipotéticamente la existencia de una objeción de conciencia institucional para demostrar dos cosas: i) que no es relevante para la conciencia moral de los médicos y ii) que ella puede vulnerar la conciencia moral de los médicos.

La objeción de conciencia se plantea cuando se pretende imponer sobre alguien una obligación, como se ha visto en secciones anteriores. Es importante advertir que esa obligación no tiene por qué ser positiva; también puede ser negativa. Así, podría darse el caso que una institución de salud intente imponer a sus profesionales de la salud una obligación positiva o negativa en relación con el aborto. Esa obligación podría consistir en ejecutarlo (ordenarlo) o en no ejecutarlo (prohibirlo). Esto permite pensar en 2 principios hipotéticos vinculados con la objeción de conciencia individual:

P1: Obligar a alguien a ejecutar un aborto podría lesionar su conciencia moral. Por ejemplo: el caso de un médico católico. Este principio excluye la obligación positiva de ejecutar el aborto.

P2: Prohibir a alguien ejecutar un aborto también podría lesionar su conciencia moral. Por ejemplo: el caso de algún médico que tenga un compromiso profundo con los derechos de la mujer y, en general, con los intereses de sus pacientes, y que alguno de esos pacientes requiera un aborto. Esta situación corresponde a

71 Por ejemplo, en Chile, de una manera algo escurridiza, es lo que hacen Juan Pablo Beca y Carmen Astete: "La objeción de conciencia se entiende como un derecho personal basado en la libertad de pensamiento y de conciencia, con el derecho reconocido para vivir de acuerdo con sus valores en la medida en que se respete el bien común y no se lesionen los derechos de terceros. Sin embargo, sería muy reduccionista pensar que sólo las personas tienen derecho a definir sus actos de acuerdo a sus valores. Es evidente que las instituciones no tienen estrictamente conciencia moral, pero sí tienen ideología, declaraciones, estatutos o códigos de ética institucional que determinan su forma de trabajo. Tal es así que muchas instituciones de salud o académicas limitan sus proyectos o prestaciones de acuerdo a estos conceptos, aunque no pueda estrictamente hablarse de 'objeción de conciencia institucional'. (...) Se trata de criterios normativos que dan cuenta de una forma de responsabilidad moral de la institución (...). De esta manera, de hecho se establece una forma de conciencia moral institucional". Beca, Juan Pablo y Astete, Carmen, "Objeción de conciencia en la práctica médica", en Revista Médica de Chile, Vol. 143, N° 4 (Sociedad Médica de Santiago), 2015, p. 495. Subrayados agregados y notas omitidas.

lo que Dickens denomina *compromiso de conciencia*⁷². Este principio excluye la prohibición de ejecutar el aborto.

Veamos cómo funcionan P1 y P2. Acerca de la discusión sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en Chile en tres situaciones, el rector de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Ignacio Sánchez, en 2015 señaló en distintos medios de prensa que la institución que él dirige y su hospital clínico no pueden ser obligados por la ley a ejecutar un aborto⁷³. Esto sugiere que existiría una suerte de objeción de conciencia de carácter institucional, es decir, una objeción de conciencia aplicada a la institución. Sin embargo, eso no es del todo explícito y de hecho, en una entrevista posterior, el rector Sánchez afirmó que no defiende la objeción de conciencia institucional⁷⁴. De todos modos, consideremos un hipotético principio de objeción de conciencia institucional, el cual sería equivalente a P1, lo que aplicado a una institución sería P1I.

¿Qué impacto tendría P1I en los principios P1 y P2?

- i) P1I franquearía a la institución un espacio de autonomía frente al Estado. Como tal, esa autonomía no generaría obligaciones de ningún tipo para dicha institución. Al contrario, esa autonomía le permitiría adoptar sus propias decisiones. Así, la institución podría elegir entre dos alternativas excluyentes entre sí sin infringir P1I. Por ejemplo, la institución podría decidir no obligar a ningún médico a ejecutar un aborto. Esta alternativa es compatible con P1 (y es posible bajo P1I). Sin embargo, la institución podría también brindar el servicio de aborto y obligar a su personal a ejecutarlo. Esta opción infringe P1 (pero es posible bajo P1I). En consecuencia, la existencia de P1I es compatible tanto con el respeto como con

72 Dickens, Bernard, "Objeción de conciencia y compromiso de conciencia", en Zegers, Fernando y Salas, Sofía (eds.). *Bioética, reproducción y familia* (Ediciones Universidad Diego Portales), 2014.

73 *El Mercurio*, "Ministro Peñailillo califica palabras del rector de la UC como 'destempladas'", 3 de febrero de 2015, página C-4; Emol, nacional, "Aborto: Rector de la UC coincide con la DC en ampliar objeción de conciencia a equipos médicos", 1 de septiembre de 2015, disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2015/09/01/747715/Aborto-rector-de-la-UC-coincide-con-la-DC-en-ampliar-objecion-de-conciencia-a-equipos-medicos.html>; *The Clinic online*, "Sindicato Red de Salud UC y posición de Sánchez sobre el aborto: 'las objeciones de conciencia no son institucionales, son personales'", 1 de febrero de 2015, disponible en: <http://www.theclinic.cl/2015/02/10/sindicato-red-de-salud-uc-en-la-catolica-se-hacen-vasectomias-pero-se-ligan-las-trompas/>

74 *ADN Radio*, "Rector UC: 'La objeción de conciencia es personal, así que el diputado Andrade puede estar tranquilo'", 2 de febrero de 2015, disponible en <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/rector-uc-la-objecion-de-conciencia-es-personal-asi-que-el-diputado-andrade-puede-estar-tranquilo/20150202/nota/2614192.aspx>

la infracción de P1. Esta es la primera conclusión: P1I no asegura el respeto de P1.

- ii) Pensemos ahora en la no existencia de P1I. Esa situación no dejaría desprotegidos a los profesionales de la salud. En efecto, de no existir P1I, no habría una objeción de conciencia institucional, de modo que ninguna institución de salud podría oponerse a mandatos del Estado. Pero la existencia de tales mandatos a ciertas instituciones no se traduciría necesariamente en mandatos directos a los profesionales de la salud. En consecuencia, si un hospital privado fuese obligado a prestar el servicio de abortos, podría cumplir con ese deber encomendando esa prestación a médicos que no tuvieran objeción de conciencia con la práctica del aborto. Así, no se vulneraría P1 porque ningún médico sería obligado a ejecutar un aborto contra su conciencia moral. Esta es la segunda conclusión: la inexistencia de P1I no amenaza la vigencia y el respeto de P1. Primer corolario: P1I no es condición suficiente ni necesaria de P1. Por tanto, P1I es trivial para P1.
- iii) Veamos ahora qué ocurre con P2. Este principio exige que a un médico no se le prohíba practicar un aborto si hacerlo constituye una exigencia de su conciencia moral (*compromiso de conciencia*). La existencia de P1I –como se ha insistido– generaría un espacio de autodeterminación de una institución de salud frente al Estado para que decidiera sus políticas internas sin intromisión del mismo. Dentro de las políticas de la institución podría estar que se prohíba a los médicos que trabajan en ella a realizar un aborto. Esta es la tercera conclusión: P1I no garantiza el respeto de P2.
- iv) La inexistencia de P1I, a su vez, tampoco impediría que las instituciones pudieran adoptar decisiones de política interna, como de hecho lo hacen, y que una de ellas fuera prohibir a los médicos participar en la realización de abortos. Esa política infringiría P2. Esta es la cuarta conclusión: la inexistencia de P1I no es un obstáculo para el respeto de P2. Esto nos lleva al segundo corolario: P1I es trivial para P2.

La conducta de los profesionales de la salud está regulada por P1 y P2. Esta regulación carece de relaciones con un hipotético P1I. Los corolarios 1 y 2 indican que P1I es trivial en la discusión de objeción de conciencia de los médicos ante el aborto.

¿Cómo se pueden cumplir simultáneamente los principios P1 y P2? Se cumplen cuando una institución de salud no obliga a un médico a ejecutar un aborto y tampoco prohíbe hacerlo a quien está dispuesto a ello.

SEGUNDA PARTE: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA NO CORRESPONDE AL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA

1. Introducción

En general, en la literatura sobre aborto y objeción de conciencia que se ha citado parece suceder que los autores piensan que si una ley exige una conducta que vulnera la conciencia moral, esa ley vulnera el derecho a la libertad de conciencia. Como personas morales y profesionales, los médicos tienen conciencia moral; por eso, una ley que autorice el aborto atentaría contra ella, de modo que forzarlos a practicar un aborto vulneraría su *derecho a la libertad de conciencia*. De hecho, algunos autores antes citados señalan expresamente que la objeción de conciencia equivale al derecho de libertad de conciencia o se funda en él. Entendido el asunto de esa manera, esos autores están pasando de la filosofía política o de la bioética a otra área, el derecho constitucional, y están pensando en el derecho individual de la libertad de conciencia, un derecho constitucional que obviamente tienen todas las personas y significa que el individuo puede resistirse a ejecutar cualquier conducta que vulnere su conciencia moral.

En esta sección voy a dar argumentos para mostrar que es una mala idea hacer depender o conectar la objeción de conciencia con el derecho a la libertad de conciencia. Por lo pronto, si pensamos en libertad de conciencia, el abanico de conductas que abarca este derecho no se limita al servicio militar obligatorio ni a la guerra, sino que incluye cualquier conducta o situación que sea antinómica con las creencias morales del individuo, por ejemplo: trabajar durante feriados religiosos, hacer experimentos con animales, subir excesivamente los precios de bienes y servicios, ser cómplice de una mentira, usar en la política la lógica que recomendaban Maquiavelo y Weber, etc. Nótese que se trataría de situaciones que no están incluidas en los ejemplos históricos que la filosofía política muestra como casos de objeción de conciencia.

2. Argumentos contra la idea de objeción de conciencia como derecho de libertad de conciencia

- 2.1. La libertad de conciencia como derecho constitucional, al igual que cualquier derecho, está sometida a limitaciones. Por ejemplo, el artículo 19 n° 6 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de conciencia, pero señala limitaciones: la moral, las buenas costumbres y el orden público⁷⁵. Por su parte, el derecho internacional vigente en Chile también reconoce limitaciones a este derecho, ya que no puede afectar “la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”⁷⁶. Esto es concordante con la teoría constitucional, según la cual los derechos no son absolutos sino relativos, limitados y ponderables⁷⁷. Pues bien, esto es un problema para la postura de que la objeción de conciencia es una manifestación del derecho a la libertad de conciencia. En efecto, la objeción de conciencia debería tener limitaciones. Sin embargo, en la literatura sobre objeción de conciencia al aborto no se reconocen limitaciones a este derecho, sino que aparece como un derecho absoluto, lo cual no resulta compatible con la dogmática constitucional de derechos fundamentales.

- 2.2. Es posible que una ley entre en conflicto con un derecho constitucional⁷⁸. Los sistemas constitucionales occidentales normalmente contienen procedimientos para resolver ese conflicto. En Chile cabría mencionar las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad. Por tanto, si se estima que una ley que autoriza el aborto entra en conflicto con el derecho a la libertad de conciencia de un médico, esa ley podría ser impugnada; si se impugna y se gana el pleito, esa ley –hablando en términos laxos– no podrá ser aplicada al médico y él podrá eximirse de cumplirla. Pero si no se impugna o si se pierde la impugnación,

75 Constitución Política de la República de Chile de 1980. Art. 19 n° 6: “(...) la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

76 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18.3. El art. 12.3. de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una disposición casi idéntica.

77 Al menos en la teoría de los derechos fundamentales de Alexy.

78 Esas explicaciones asumen una visión conflictivista de los derechos, como la que sigue Alexy, buena parte de la doctrina constitucional chilena y obviamente la jurisprudencia constitucional nacional. En lo personal, yo no apoyo una visión conflictivista de los derechos. En Chile, para una postura no conflictivista ver: Rosales, Cecilia, “Aplicación de la tesis no conflictivista de derechos en la jurisprudencia constitucional”, en Cazor, Camel y Salas, Carolina (eds.), *Estudios Constitucionales* (Librotecnia), 2010.

entonces esa ley será imperativa para el médico a pesar de su derecho a la libertad de conciencia.

¿Aceptarían esto los objetores de conciencia? Yo tengo la impresión que no. Los objetores en conciencia frente al aborto no quieren comparecer ante el Tribunal Constitucional deduciendo acciones constitucionales y arriesgándose a perder el litigio. Lo que quieren hacer es simplemente eximirse de cumplir la ley por razones morales. Pero aquí está el problema. Hemos visto que el sistema constitucional no funciona así. Las personas no pueden dejar de obedecer una ley porque estimen en su opinión que lesiona sus derechos fundamentales. La razón es obvia: si las personas sólo tuvieran que obedecer las leyes que consideran que se avienen con sus derechos fundamentales, entonces ya no regirían para todos las mismas leyes. Cada cual tendría su propio ordenamiento jurídico, acorde con su conciencia moral. Eso hace imposible un Estado de Derecho y, por ello, ningún sistema jurídico acepta esta extraña teoría, que es la que implica la postura de los objetores en conciencia cuando fundan su objeción en un derecho constitucional de libertad de conciencia. En los sistemas jurídicos modernos, las leyes imperan sobre las personas hasta que no sean derogadas, invalidadas o inaplicadas por una autoridad competente, por ejemplo, un tribunal constitucional. Todos podemos estimar que ciertas leyes vulneran nuestros derechos constitucionales⁷⁹, pero eso no nos autoriza a eximirnos de cumplirlas sin que recaigan sobre nosotros consecuencias jurídicas desfavorables.

Es por estas razones que no hace sentido vincular la objeción de conciencia con el derecho constitucional de libertad de conciencia. El error está en pensar que como ambas instituciones tienen en común la conciencia moral del individuo, entonces son lo mismo o se implican reciprocamente.

- 2.3. Continuando con la teoría constitucional, habiendo un conflicto de derechos, esos derechos deben ser sometidos a una ponderación y ese conflicto debe resolverse según las circunstancias jurídicas y reales concretas del caso, de modo que en distintos casos, revestidos de diversas particularidades, la solución

79 Por ejemplo, una persona puede estimar que el D.L. 2.695 vulnera su derecho de propiedad porque permite a otro inscribir a su nombre un bien raíz y adquirirlo por prescripción, sin que haya sido transferido por su titular. Otra persona puede pensar que la ley 18.838 vulnera su derecho a la libertad de expresión porque no permite transmitir por televisión los contenidos que él quiera, como violencia excesiva, trulucencia o pornografía, lo que prohíbe la referida ley. Otra persona puede pensar que la ley 20.584 sobre derechos de los pacientes vulnera su derecho a la vida porque no permite el "derecho a morir" mediante la eutanasia. Pero todo esto es una mera opinión. Si un tribunal constitucional no declara inconstitucionales esas leyes, ellas seguirán imperando.

del conflicto podría ser diferente⁸⁰. Así por ejemplo, si se produce un conflicto entre el derecho constitucional del médico a su libertad de conciencia y el derecho de la mujer a una prestación de salud reconocida por la ley, alguna entidad debería resolver ese conflicto⁸¹ y, dependiendo de las circunstancias jurídicas y fácticas concretas, ese conflicto podría resolverse de dos formas: en favor del médico, de suerte que él no tendría que practicar el aborto, de modo que la mujer debería ser derivada a otro profesional, o en favor de la mujer, de modo que el médico tendría que proceder a practicar el aborto. Así tendría que funcionar el sistema si la objeción de conciencia del médico correspondiere al derecho constitucional de libertad de conciencia.

¿Estarían los médicos de acuerdo con ello? La respuesta es obviamente negativa. Los médicos objetores no esperan que su caso sea visto como un conflicto de derechos que pueda resolverse en cualquiera de los dos sentidos ya examinados; los médicos esperan eximirse de cumplir con la ley y si aceptaran hipotéticamente que el caso fuere visto como un caso de conflicto de derechos, su postura (objetar en conciencia el aborto) exigiría que el conflicto siempre se resuelva en su favor, sin ponderar nada, como si su derecho fuese absoluto. Entonces, dos son los errores de la posición que analizo: creer que los derechos son absolutos y creer que los conflictos entre derechos siempre se resuelven en el mismo sentido. Quienes escriben en favor de la objeción de conciencia del médico no suelen justificar por qué el médico podría imponer su libertad de conciencia y su conciencia moral a la mujer siempre y en todo caso⁸². Por estas razones es una mala idea ver la objeción de conciencia como un derecho de libertad de conciencia.

80 Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales), 1993, p. 92.

81 En esta parte no tiene sentido señalar que no es procedente hablar de conflicto de derechos porque el aborto no es un derecho constitucional de la mujer. La razón es que la defensa de la objeción de conciencia en la literatura comparada no depende de eso, ni cuenta con ello. En efecto, la literatura da cuenta de la objeción de conciencia de médicos contra el aborto aunque sea un derecho constitucional, como es el caso de EEUU, España, Alemania, Colombia, etc.

82 Algunos podrían pensar que es al revés, es decir, que es la mujer la que impone al médico su propia moral pues lo fuerza a actuar contra su conciencia para favorecer sus propios intereses. Sin embargo, esa afirmación sería incorrecta porque la mujer no está imponiendo su moral al médico: i) La mujer está exigiendo una prestación de salud que la ley permite y exigir una prestación legal no puede verse como una imposición abusiva. ii) Si se viera como una imposición abusiva, el problema estaría en la ley, no en la conducta de la mujer. ¿Es relevante esa aclaración? Sí, porque muestra que el médico tiene un problema con la ley, no con la mujer, de modo que se aplica lo dicho con anterioridad. iii) Podemos asumir que en los casos más relevantes la mujer no elige ser paciente, sino que se encuentra en la necesidad de disponer de servicios de salud. No hace mucho sentido

2.4. Quienes fundan la objeción de conciencia frente al aborto u otros servicios de salud en un derecho constitucional de libertad de conciencia, que es un derecho de carácter individual, están negando la función pública que cumple la medicina. Muy poca literatura toca este punto y cuando lo hace suele no extraer consecuencias de ello. El médico no es un privado que se encuentra en la misma posición que cualquier ciudadano privado al que le piden que ejecute una conducta que él rechaza por razones morales. En efecto, el médico cumple una función pública, independientemente de si trabaja en un establecimiento privado o estatal. Veamos algunos puntos:

- i) Función pública: la prestación de servicios médicos constituye un interés social y no solamente individual. Las cortes chilenas lo han enfatizado cuando han resuelto casos que involucran a isapres, que son prestadores privados de salud. Además, los destinatarios pueden encontrarse muchas veces en una posición vulnerable y desvalida. La relación entre el médico y su cliente, que es el paciente, no suele ser la misma que entre otros profesionales y sus clientes. Por eso, el marco regulatorio de la medicina es completamente distinto al de otras profesiones.
- ii) Función regulada por el Estado: la práctica de la medicina se encuentra regulada por el Estado, tanto en el sector público como privado, debido a su función pública. La medicina, en buena medida, es prestada por el sector público y está regulada por la ley 18.933 de 1990, refundida por el D.F.L. n° 1 de 2005. Además, es controlada, supervisada y provista por el Fondo Nacional de Salud⁸³. A su vez, la medicina privada se encuentra regulada por la ley 18.933 de 1990 y sus servicios son proporcionados por sociedades anónimas bajo contratos privados dirigidos por el Estado. Sin embargo, aunque sean contratos privados, contienen disposiciones que la ley prohíbe modificar por voluntad de las partes; esto es, la ley determina los aspectos centrales de las provisiones de salud que el sector privado ha de satisfacer, de modo que el sistema privado se construye sobre el público. Por otra parte, las prestaciones de salud, sea que se presten por

pensar que la paciente "elige imponer" su conciencia moral al médico. Por estas consideraciones, no parece sensato sostener que la paciente impone su moral al médico. Examinemos la situación opuesta: ¿Está imponiendo el médico su conciencia moral a la mujer? La respuesta es afirmativa porque la mujer demanda una prestación de salud autorizada por la ley pero él se la niega, de modo que la mujer queda sometida a la conciencia moral del médico. Si universalizamos esta conducta (todos los médicos objetan en conciencia), nunca la mujer podría obtener un aborto legal, quedando obligada a vivir bajo las directrices morales de los médicos objetores. Esta es claramente una imposición de la moral de unos sobre otros.

83 Ley N° 18.469, artículo 50.

Fonasa o isapres, son reguladas por el Estado ya que están administrativamente codificadas (mediante códigos de arancel) y sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Salud.

- iii) Función monopólica: sólo pueden ejercer la medicina aquellas personas certificadas por el Estado, de modo que ellas tienen el monopolio de la prestación de servicios de salud. Existe una excelente razón para ese monopolio: la protección de los pacientes. En la economía neoclásica, los monopolios se prohíben porque pueden tomar decisiones en contra de los intereses de los consumidores y su condición monopólica les asegura poder imponerlas. Dado que en la salud (y en las profesiones en general) sería absurdo eliminar el monopolio, debe evitarse que los prestadores –que controlan la oferta de los servicios– tomen decisiones que perjudiquen a los pacientes; por ejemplo, reduciendo o eliminando ciertos servicios. El aborto sería un caso.

Algunos autores sostienen que los médicos tienen un deber con la sociedad y proporcionan argumentos para el caso de EEUU: i) Los médicos son formados con considerable apoyo estatal, proveniente de impuestos; ii) La licencia para ejercer, en ciertos estados es un beneficio, no un derecho y, por tanto, está sometido a supervigilancia y regulación de parte del Estado; iii) Los médicos tienen un monopolio de la función médica; por ende, la mujer no tiene una fuente alternativa de tratamiento si los médicos objetan el aborto; iv) Los médicos disfrutan de extensos beneficios económicos y prestigio social, que los ponen en deuda con la sociedad; v) En algunos casos, los médicos son remunerados con fondos provenientes de impuestos, es decir, quizá de las mismas mujeres que ellos rehúsan tratar⁸⁴.

Estas consideraciones permiten apreciar que el médico no se encuentra en un ámbito *privado* con su paciente sino en un ámbito *público* regulado por el Estado, debido a las funciones e implicaciones sociales que tiene la medicina. En consecuencia, si el Estado regula y/o autoriza el aborto como una prestación de salud, los médicos no tienen derecho a encasillar el problema como un asunto meramente privado que afecta su derecho constitucional e impedir que las mujeres accedan a un aborto legal.

84 Meyers, Christopher y Woods, Robert, "An obligation to provide abortion services: what happens when physicians refuse?", en *Journal of Medical Ethics*; 22, 1996, 117.

TERCERA PARTE: EL DERECHO LEGAL DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA

1. Estándares de objeción de conciencia

1.1. *Justificación*

¿Por qué hablar del derecho legal de objeción de conciencia si hemos visto que el médico no tiene un derecho moral a la objeción de conciencia? La razón es que el Estado podría crear un derecho legal de objeción de conciencia que le permitiera a los médicos negarse a realizar un aborto. Del hecho que los médicos no tengan un derecho moral a la objeción de conciencia no se sigue que el Estado no pueda crear uno mediante una ley. Evidentemente, no todo lo que el legislador estatuye lo hace porque las personas tengamos un derecho moral a ello. De hecho, el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales admite la objeción de conciencia⁸⁵, como veremos. Por tanto, tiene sentido abordar el tema de los estándares de objeción.

1.2. *Estándares de objeción de conciencia*

Comencemos con el proyecto de ley que despenaliza el aborto:

"Artículo 119 ter. El(la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas en el artículo 119, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente o de, y sólo en caso de que en el referido establecimiento de salud no exista un(a) facultativo(a) que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud deberá dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.

El(la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción en conciencia y es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tiene la obligación de informar de inmediato al director(a) del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

85 Habría que aclarar que este derecho legal de objeción de conciencia no es, propiamente, objeción de conciencia atendido el marco conceptual indicado en las secciones 2 y 4.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención⁸⁶.

El proyecto establece tres exigencias para la procedencia de la objeción de conciencia: que se haya manifestado por escrito, en forma previa y ante el director del establecimiento de salud.

Esta regulación es necesaria pero sin duda insuficiente porque, de hecho, no establece ningún estándar para ser objetor en conciencia; basta decir que se es objetor. Algunos autores estadounidenses formulan críticas a una cláusula parecida del Estado de California, alegando que simplifica y trivializa el proceso de decisión moral porque basta decir por escrito que se es objetor. Ellos estudiaron algunos casos reales de objeción y encontraron las siguientes razones para objetar el aborto de cuatro médicos distintos: i) un posible conflicto económico con su práctica privada (algunos clientes interesados en fertilización asistida podrían dudar de contratarlo si él participa también en abortos); ii) prefiere ser percibido como especialista ginecológico en vez de obstetra; iii) no desea que lo asocien con aborto porque esos servicios son típicamente no lucrativos; iv) porque el aborto es complejo y francamente "feo"⁸⁷. Estos autores concluyen que sólo el último caso presenta algo parecido a una objeción moral.

Además, estos autores señalan que la objeción de conciencia se traduce en eximir a un médico de proporcionar un servicio regulado por la ley que la paciente tiene derecho a demandar, cuya negación puede tener un impacto profundo en la vida de muchas personas. Por lo mismo, el proceso para eximirse debería exigir una correlativa y profunda justificación de parte de quienes desean declararse objetores⁸⁸. Dicho en breves palabras, si la objeción de conciencia es autorizada porque el médico se enfrenta a un grave conflicto moral, entonces debe haber un serio procedimiento que haga honor a la gravedad de la situación.

86 Existe un error de redacción que aparece en el original, tal como es posible advertir en el sitio web de la Cámara de Diputados, en el documento titulado "Primer trámite constitucional", de fecha 15 de septiembre de 2015. Ver: www.camara.cl (revisado el 22-10-15).

87 Meyers, Christopher y Woods, Robert, "An obligation to provide abortion services: what happens when physicians refuse?", en *Journal of Medical Ethics*, 22, 1996: 118.

88 Meyers, Christopher y Woods, Robert, "An obligation to provide abortion services: what happens when physicians refuse?", en *Journal of Medical Ethics*, 22, 1996: 118.

Es ciertamente complejo fijar estándares de objeción de conciencia. Aquí me voy a limitar a reproducir las sugerencias de los autores citados, agregando breves consideraciones:

- a) El médico debe tener una sincera objeción basada en razones de conciencia moral, que se correspondan con un sistema coherente de creencias morales (incluyendo religiosas). Yo agregaría que las razones prudenciales u otras razones no morales no son aceptables, como las que estos mismos autores registraron más arriba en los números i) ii) y iii).
- b) Las razones de conciencia moral deben ser consistentes con otras creencias y acciones con respecto a actividades relacionadas con matar vida inocente. En mi opinión, esta exigencia es relevante porque excluye la hipocresía.
- c) La objeción de conciencia al aborto debe ser un componente clave del esquema moral del objetor, en el sentido de que su violación y la consecuente vulneración de su autonomía represente un daño moral más grande que el que ocasionaría la restricción de los derechos de aborto de la mujer⁸⁹. En mi opinión, esta exigencia parece ser bastante alta y, por lo mismo, discutible. Este estándar se parece al criterio de proporcionalidad en su versión estricta.
- d) Yo agregaría a esta lista otra exigencia: que el médico no haya sido contratado expresamente bajo la condición de no ser objetor en conciencia. En efecto, si se va a permitir la objeción de conciencia en hospitales privados, debe haber otros profesionales que atiendan al paciente. Para asegurarse esa disponibilidad, el hospital puede decidir contratar médicos expresamente bajo la condición de no ser objetores de conciencia. Así las cosas, si alguien fue contratado bajo esa condición, no puede luego invocar la objeción de conciencia.

Meyers y Woods señalan que esta lista es larga y requiere del objetor la habilidad de articular una posición moral sofisticada⁹⁰. Sin embargo, considerando los derechos en juego, esta exigencia se justifica en el siguiente caso: si un médico quiere desobedecer la ley argumentando que es injusto que lo pongan en una disyuntiva moral grave, debe ser al menos capaz de demostrar que ese es el caso. Escribir en

89 Meyers, Christopher y Woods, Robert, "An obligation to provide abortion services: what happens when physicians refuse?", en *Journal of Medical Ethics*, 22, 1996: 119.

90 Meyers, Christopher y Woods, Robert, "An obligation to provide abortion services: what happens when physicians refuse?", en *Journal of Medical Ethics*, 22, 1996: 119.

una papeleta "soy objetor en conciencia" no es un procedimiento serio para admitir la objeción de conciencia. El cumplimiento de exigencias como las mencionadas acredita la buena fe del objetor.

Creo que es relevante agregar que los estándares FIGO a que he aludido con anterioridad, no se refieren a exigencias sustantivas relativas al proceso de discernimiento moral del objetor, salvo una referencia al deber de los médicos de someterse a definiciones de servicios reproductivos basadas en la profesión y en evidencia científica, y tener cuidado e integridad de no mal representar o mal caracterizar esos servicios sobre la base de creencias personales⁹¹.

En este artículo no diré nada sobre los órganos encargados de procesar las peticiones de objeción de conciencia, los procedimientos para hacerlo y la forma de resolverlos.

2. Derivación

2.1. *Justificación de la derivación*

Como se indicó en la sección anterior, aunque no exista un derecho moral de objeción de conciencia del médico frente a servicios de salud autorizados por la ley, el Estado puede crear una suerte de objeción de conciencia legal. De hacer eso, resulta indispensable instituir, al mismo tiempo, un sistema de derivación de la mujer embarazada puesto que algún profesional deberá proporcionar el servicio en conformidad a la ley. No establecer estándares de derivación podría traducirse en una lesión de los derechos de la mujer.

91 En la sección de fundamento de las "Directrices éticas de objeción de conciencia" de la FIGO se señala: "4. Practitioners have the rights both to undertake and to object to undertake medical procedures according to their personal conscience. As medically trained and licensed practitioners, they are bound to apply the profession's understanding of medical and reproductive science, and not to superimpose different characterizations of procedures based on their personal beliefs". FIGO, ob. cit., p. 26. Ese fundamento da lugar a una directriz: "3. Practitioners have a professional duty to abide by scientifically and professionally determined definitions of reproductive health services, and to exercise care and integrity not to misrepresent or mischaracterize them on the basis of personal beliefs", FIGO, ob. cit., p. 27.

2.2. Estándares de derivación

Como se señaló al comienzo, la objeción de conciencia y la derivación de la mujer a un profesional no objetor son aceptadas de manera mayoritaria por la literatura. Sin embargo, cuando se trata de estándares, los autores suelen poner atención sólo en la protección de la mujer y no suelen referirse a otros estándares, como el respeto por la misma. A continuación se sugieren, de manera preliminar, algunas categorías de estándares de derivación que incluyan tanto la protección como el respeto, entre otros:

- a) Estándares de respeto y dignidad: la derivación no puede realizarse a través de una dinámica que pueda implicar humillación para la mujer o hacerla sentir juzgada moralmente y censurada, aunque la derivación tenga lugar. Todos los funcionarios involucrados en la derivación deben tratar a la mujer con respeto y dignidad, considerando que ella está solicitando un servicio regulado por la ley. Recuérdese el artículo 5° de la ley 20.584 sobre derechos de los pacientes: "En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia". Las directrices FIGO también aluden a este punto⁹². En cambio, el proyecto de ley que despenaliza el aborto no lo incluye.
- b) Estándares de protección: existen varios estándares de protección de la mujer que se deben cumplir:
 - i) La derivación debe hacerse de manera oportuna, considerando que la demora puede tener varios efectos lesivos para la mujer, como incrementar su angustia o estrés⁹³ o exigir variar los procedimientos de aborto por el progreso del embarazo⁹⁴. Este estándar no está mencionado en el proyecto de ley, que se limita a exigir que la manifestación de la objeción de conciencia sea inmediata:

"El(la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción en conciencia y es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tiene la obligación de

92 Ver FIGO, ob. cit., p. 27: "5. Practitioners' right to respect for their choices in the medical procedures in which they participate requires that they respect patients' choices within the medically indicated options for their care".

93 Aquí se aplica un estándar de protección de la salud psíquica.

94 Esta fue una consideración relevante en el caso Morgentaler, de Canadá, ya referido.

informar de inmediato al Director(a) del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada" (art. 119 ter., inc. 2º).

- ii) La derivación no puede poner en peligro la vida o salud física o psíquica de la mujer. Las directrices FIGO aluden expresamente a esto⁹⁵.
- iii) No procede la derivación en caso de emergencia o urgencia. El proyecto de ley reconoce este punto:

"En el caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención" (art. 119 ter., inc. 3º).

Las directrices FIGO también incluyen este estándar⁹⁶.

- c) Estándares de calidad: la derivación debe hacerse a otro profesional igualmente competente que asegure la prestación de servicios que satisfagan los niveles de calidad definidos por la ley o la lex artis médica. El cumplimiento de este estándar no puede perjudicar la satisfacción de los estándares de protección, generando demoras indebidas o riesgosas.
- d) Estándares financieros: la derivación no debe implicar costo financiero adicional para la mujer. En efecto, el objetor no puede traspasar los costos de su objeción a la paciente, debiendo absorberlos él o la institución que autoriza su objeción de conciencia.

95 Ver FIGO, ob. cit., p. 26: "1. The primary conscientious duty of obstetrician-gynecologists (hereafter 'practitioners') is at all times to treat, or provide benefit and prevent harm to, the patients for whose care they are responsible. Any conscientious objection to treating a patient is secondary to this primary duty".

96 Ver FIGO, ob. cit., p. 27: "7. Practitioners must provide timely care to their patients when referral to other practitioners is not possible and delay would jeopardise patients' health and well-being, such as by patients experiencing unwanted pregnancy". "8. In emergency situations, to preserve life or physical or mental health, practitioners must provide the medically indicated care of their patients' choice regardless of the practitioners' personal objections".

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL. UNA ESPECIAL MENCIÓN A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA ANTE LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES, PROPUESTA EN EL CASO CHILENO

ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ¹

Abstract

La libertad de conciencia es una importante garantía de los regímenes democráticos, que preserva la libertad del ser humano para formar sus propios valores y adscribir a creencias y pensamientos de diversa índole. Con el tiempo, su reconocimiento ha significado considerar como derivado de ella a la objeción de conciencia. Tal derecho importa poder excepcionarse del cumplimiento de una ley vigente, al constituir su cumplimiento un atentado grave contra los valores y creencias de la persona. Concebido primero como excepción al servicio militar, se ha visto desarrollado hacia ámbitos de diversa especie, entre los que se encuentran los bioéticos y la hipótesis del aborto. Sin embargo, como el aborto y su legalización a menudo se identifican con los derechos reproductivos de la mujer, tal cosa implica poner límites o condiciones a la objeción sanitaria en este caso, dándose el mayor debate respecto de la posibilidad de objeción institucional. Analizado el proyecto de despenalización voluntaria del embarazo en tres causales, actualmente en tramitación en Chile, se considera que su redacción actual en lo relativo a objeción de conciencia es pobre y no cumple con los estándares internacionales requeridos para que se garantice efectivamente el respectivo derecho.

I. INTRODUCCIÓN

La conciencia es el aspecto más íntimo del pensar humano. Se refiere a la capacidad de cada persona de formar sus ideas, hacer sus propios juicios, calificar su conducta

1 Abogado UC y Doctora en Derecho por la Universidad de La Coruña, España. La autora es profesora de Derecho Constitucional y de Persona y Bioética en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: avivancm@uc.cl

o la de otros y de establecer parámetros morales internos. La conciencia implica la formación personal de valores, pertenece a la intimidad de la persona y no corresponde a un ámbito regulable por el derecho; por ello, a éste sólo le corresponde proteger la conciencia y asegurar que sea libre, incluso de la influencia del propio Estado².

Luego de siglos de luchas religiosas y de absolutismos no sólo políticos, sino aplicados al mundo de las ideas, la libertad de conciencia surgió como una de las grandes bases jurídicas de la autonomía individual y del perfilamiento del ser humano ante el Estado. Como derecho, "protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, sean éstas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, como asimismo a rechazar aquellas que considera erróneas; proceso que corresponde al fuero interno de la persona que tiene un carácter inviolable, el cual plantea la exigencia de comportarse exteriormente de acuerdo con tales concepciones. En definitiva, es la facultad de toda persona para formarse su propio juicio, sin ningún tipo de interferencias"³.

Esa forma de mirar a la persona en sociedad, libre y capaz de crear su propio pensamiento desde ideas y valores propios, sin duda implica una decidida dirección hacia sistemas republicanos que son crecientemente democráticos, los cuales, garantizando la libertad de conciencia, se legitiman: "¿Cuál sería la legitimidad de un Estado que no permitiese a la persona ser ella misma? ¿Qué derecho protegería un Estado que no asegure el contenido esencial y básico de la personalidad humana? ¿Dónde encontraría su raíz la libertad de creencias, la libertad religiosa, la libertad de enseñanza y la libertad de opinión e información?"⁴.

Así, la libertad de conciencia se erige en un poderoso núcleo de empoderamiento del individuo frente al colectivo, que lleva aparejada la libertad de manifestar al público los productos de la elaboración de la propia conciencia. John Stuart Mill afirma que la verdadera libertad del hombre se basa en la existencia de dos ámbitos o esferas bien diferenciados: un ámbito privado del individuo versus un ámbito social

2 "La autoridad humana no puede imponernos el acto de fe, pues el dominio de la creencia interna escapa por su misma naturaleza a toda autoridad de orden humano". De Broglie, Guy, *El derecho natural a la libertad religiosa* (Burgos, Ediciones Aldecoa), 1965, p. 76.

3 Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo 2. Tercera edición actualizada y ampliada (Buenos Aires, Ed. Astrea), 1999, p. 475.

4 Nogueira, Humberto, "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno", en Revista *Ius et Praxis* (Universidad de Talca), 2006, pp. 13-41.

del mismo y que la sociedad no puede inmiscuirse en el ámbito privado. Para Mill, la libertad del individuo no puede ser alienada a la mayoría social, es decir, el individuo no puede ser un "preso" de la sociedad. Considera muy peligroso el poder social, puesto que hace que todo progreso se retarde: "...Las personas reflexivas se dieron cuenta de que cuando es la sociedad misma el tirano –la sociedad colectivamente, respecto de los individuos aislados que la componen–, sus medios de tiranizar no están limitados a los actos que puede realizar por medio de los funcionarios políticos. La sociedad puede ejecutar y ejecuta sus propios decretos; y si dicta malos decretos, en vez de buenos, o si los dicta a propósito de cosas en las que no debería mezclarse, ejerce una tiranía social más formidable que muchas de las opresiones políticas, ya que si bien, de ordinario, no tiene a su servicio penas tan graves, deja menos medios de escapar de ella, pues penetra mucho más en los detalles de la vida y llega a encadenar el alma. Por eso no basta la protección contra la tiranía del magistrado. Se necesita también protección contra la tiranía de la opinión y de los sentimientos prevalecientes"⁵.

De esta forma, para Stuart Mill resulta indispensable que todo individuo pueda expresar lo que realmente piensa, aun en contra de la mayoría: "Si toda la humanidad fuera de una misma opinión, menos una persona, la humanidad sería muy injusta impidiendo que ella hablase, como ella misma lo sería si teniendo bastante poder impidiera que hablara la humanidad"⁶.

Sobre esa base de reflexión, la libertad de conciencia va transformándose, paulatinamente, de ser una invocación de los grandes autores, a una consideración colectiva, que se la estima un derecho merecedor de ser incluido en las normas constitucionales de protección. En esa línea, tal derecho puede ser entendido, al menos, en tres sentidos diferentes: en su perspectiva estática vinculada al fuero interno del sujeto; en una perspectiva proyectiva relacionada con directrices de conducta que el titular puede construir a partir de dichas ideas; y en una perspectiva que entiende dos dimensiones fundamentales de la conciencia: la conciencia psicológica y la conciencia moral⁷.

"Así, desde la primera perspectiva referida, podemos entender a la libertad de conciencia como aquel poder que tiene todo sujeto para crear y desarrollar sus

5 Stuart Mill, John, *Sobre la Libertad* (Madrid, Sarpe), 1984, pp. 31-32.

6 Stuart Mill, John, *Sobre la Libertad* (Madrid, Sarpe), 1984, p. 47.

7 Vid. Tórtora Delgado, Hugo, "Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile", en *Revista de Derechos Fundamentales* N° 7 (Universidad Viña del Mar), 2012, pp. 87-115.

propias ideas acerca de lo bueno y de lo malo, de lo moral y lo inmoral (...) una facultad que se construye sólo en el fuero interno y que alude a la elaboración de tales concepciones. Esta dimensión encerrará, por lo tanto, un carácter esencialmente interno y valorativo, sin necesariamente que de ello deriven consecuencias externas. Una segunda forma de abordar esta garantía será agregando a dichas concepciones la posibilidad de que el titular del derecho se imponga a sí mismo, sobre la base de tales ideas, sus propias directrices y normas, es decir, no sólo la elaboración de matrices mentales, sino además deberes de conducta que emanen de ellas. De aceptar esta segunda visión, debiéramos derivar de ella la prohibición del Estado de impedir que el sujeto sea forzado a atentar en contra de aquellas normas libremente generadas en su fuero interno. Como consecuencia de esta prohibición podría elaborarse, según veremos, la tesis de que la objeción de conciencia sería un derecho con consagración constitucional. Finalmente, desde un tercer ángulo, la libertad de conciencia involucrará dos dimensiones distintas...⁸. Una será la conciencia sensible, esto es, "representarse mentalmente lo que se ha percibido, ya sea del mundo externo o interno, por los sentidos. El segundo nivel, en tanto, tendrá que ver con poder juzgar, calificar o evaluar lo que ha sido percibido y conocido por la conciencia sensible"⁹.

La primera dimensión se protege fundamentalmente a través del principio de no injerencia, pues refiere "a una facultad interna o psicológica, esfera en la que por fortuna el derecho y el poder aún se muestran incompetentes (cogitationis poenam nemo patitur)", mientras que la segunda y la tercera demandan, jurídicamente, el reconocimiento y protección de "una facultad práctica y plenamente social que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones"¹⁰.

Nuestra Constitución protege este derecho en su artículo 19 n° 6, asegurando a todas las personas "la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre data de mae todos los cultos"¹¹. Sin embargo, nuestra regulación

8 Vid. Tórtora Delgado, Hugo, "Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile", en *Revista de Derechos Fundamentales* N° 7 (Universidad Viña del Mar), 2012, pp. 87-115.

9 Vid. Tórtora Delgado, Hugo, "Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile", en *Revista de Derechos Fundamentales* N° 7 (Universidad Viña del Mar), 2012, pp. 87-115.

10 Vid. Prieto Sanchís, Luis, "Libertad y objeción de conciencia", en *Revista "Persona y Derecho"* (Universidad de Navarra), 2006, p. 261.

11 Lo cual, además, se condice con el reconocimiento de esta garantía en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Así, el artículo 12 párrafo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos contempla: "Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su

constitucional omite descuidadamente dos aspectos que debieran ser incorporados a la misma. Ellos son el derecho a la objeción de conciencia y a la libre formación de la propia conciencia¹². Como veremos en este trabajo, tal omisión no implica, sin embargo, la imposibilidad de considerar los contenidos en esta garantía mediante una adecuada hermenéutica constitucional. Ello no sólo por el contenido mismo de la libertad de conciencia ya descrito, sino además “de la mano de la aplicación de criterios pro homine y de la ampliación del catálogo de derechos protegidos constitucionalmente, por la vía de la aplicación de la disposición del art. 5º inciso segundo de la Carta Fundamental, que incluso incorpora a la Constitución material los derechos implícitos, como podría ser este caso”¹³.

II. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Concepto de objeción de conciencia

La objeción de conciencia se entiende como “aquella figura que permite al individuo negar o rehusarse a cumplir una obligación jurídica, cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas”¹⁴.

En esta materia se ha discutido si la objeción de conciencia alude a creencias o convicciones determinadas, explícitas y validadas por el entorno social del individuo o referidas a su faz íntima. La segunda visión ha ido primando en el tiempo, particularmente haciendo alusión a que la libertad de conciencia puede ser objeto de validación o intromisión y las creencias de los individuos no pueden estar sometidas a alguna relación o límite, salvo en lo que a ciertas y muy acotadas conductas refiera, por lo cual “independientemente de que el origen de la conciencia sea una convicción de fe o su contenido obedezca a razones de cualquier otro tipo,

religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”; por su parte, el artículo 18 párrafo 1º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos expresa: “Artículo 18. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

12 Véase Precht Pizarro, Jorge, *Estudios sobre Libertad Religiosa en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), 2006, pp. 21-39.

13 Véase Tórtora Delgado, Hugo, “Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile”, en *Revista de Derechos Fundamentales* N° 7 (Universidad Viña del Mar), 2012, pp. 87-115.

14 Pardo Schlesinger, Cristina, “La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en *Revista Persona y Bioética*, Año 10 N° 26 (Universidad de La Sabana), 2006, p. 56.

la objeción basada en la conciencia se configura como una exigencia que reclama el respeto de una conducta dictada por la propia conciencia"¹⁵.

Sin embargo, existe una brecha importante entre la construcción del concepto de objeción de conciencia y la estimación de que se trata de un derecho, dado que es un derecho que alude en realidad al cuestionamiento de una norma general y obligatoria por parte de la moral o de las creencias personales de un individuo: "... el problema ético de la objeción de conciencia es, en cambio, muy complejo. Todo depende de que se adopte una concepción ética de la naturaleza objetiva o de la naturaleza subjetiva. Supongamos primero una concepción ética subjetivista, que afirma que la conciencia es completamente autónoma para dictar su norma moral. No habría entonces una ley moral objetiva. (...) La concepción objetiva de la moralidad afirma, en cambio, que la ley moral natural, inscrita en la naturaleza humana, obliga naturalmente. Como, por otra parte, el hombre es social por naturaleza, la ley moral incluye deberes y derechos respecto al todo que es la sociedad política, cuya forma jurídica es el Estado. Siendo esto así, si las leyes del Estado son justas –es decir, si están de acuerdo con la ley moral natural–, los ciudadanos tienen el deber moral de cumplirlas. Con esta fundamentación objetiva de la moral y del derecho, el problema se traslada al análisis, en concreto, de las leyes del Estado. Si la ley es injusta, la objeción de conciencia –la desobediencia– no sólo es un derecho, sino un deber. En cambio, si la ley es justa no cabe la objeción de conciencia"¹⁶.

El problema planteado en la cita anterior es imposible de solucionar en la esfera de la objeción de conciencia, dado que la apreciación de que la ley es justa se presumirá por los mecanismos formales previstos para ello por el Estado, mientras que la consideración particular del sujeto no dependerá de tales regulaciones o enunciados, sino de la visión propia sobre el problema en cuestión. En consecuencia, si la validación del asunto se dejara a las mayorías, no sería posible invocar objeción de conciencia alguna ante una ley mayoritariamente legitimada como justa y el objetor sería un desobediente que se pondría fuera del marco de la legitimidad y que podría ser sancionado.

Por tales razones, en un modelo de sociedad democrática y tolerante no puede pretenderse zanjar la cuestión de la justicia o injusticia de la ley, sino más bien

15 Armenteros Chaparro, Juan Carlos, *Objeción de Conciencia a los Tratamientos Médicos* (Madrid, Editorial Colex), 1997, p. 18.

16 Gómez Pérez, Rafael, *Problemas Morales de la Existencia Humana* (Madrid, Editorial Magisterio Español S.A., 3ª edición), 1980, pp. 194 y 195.

resolver sus eventuales vicios a través de técnicas de control preventivo o represivo de constitucionalidad, las cuales no son –con todo– omnicomprendivas ni remotamente de las objeciones morales o religiosas que una persona determinada podría plantearse acerca del cumplimiento de la ley respectiva.

¿Cuál es entonces el sentido de la objeción de conciencia y por qué podría vincularse a un derecho constitucional?

Tal vez, lo más importante del sentido de la objeción invocada es que lo que el objeto persigue –su intención– no es obstruir u obstaculizar el cumplimiento social de la norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia¹⁷. En tal sentido, un paso decisivo al reconocimiento de esta posibilidad como un derecho fue la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 1967, la cual establece “el reconocimiento de los motivos religiosos e ideológicos como causas suficientes para justificar la dispensa de la obligación de realizar el servicio armado”¹⁸.

De este modo, la configuración de la objeción como un derecho se corresponde, más que a la creación de una realidad moral paralela a la del legislador, a la protección de este reducto personal y valioso del individuo ante posibles vulneraciones que le produciría la obligación de cumplir con una determinada norma. “Una de las definiciones la señala como una forma de incumplimiento de una obligación de naturaleza legal, cuyo acatamiento o realización produciría en el individuo objeto una grave lesión de su conciencia, con base en motivaciones de índole ético, moral, religioso, axiológico o de justicia”¹⁹.

Esta idea, que como se ha explicado correspondía inicialmente a la posibilidad de objetar el deber de cargar armas, se ha ido extendiendo en sus contenidos, y

17 Aparisi Miralles, Ángela y López Guzmán, José, “El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto”, en *Revista P&B*, volumen 10, Revista N° 1 (26), 2006, p. 36.

18 Ello es coincidente con jurisprudencia que ha considerado la objeción de conciencia como un derivado de la libertad religiosa, más que de la libertad de conciencia: “La libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada ‘objeción de conciencia’ que halla sustento en los arts. 14 y 33 de la Constitución nacional, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros u otros aspectos del bien común”. Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, fallo de fecha 5 de febrero de 1998, “Sisto y Franzani sin información sumaria”, Fallos, 321:92. En el caso de la Constitución chilena, ambas garantías –siendo distintas– se tratan, sin embargo, en forma conjunta en el artículo 19 N° 6.

19 Véase Martínez, K., “Medicina y objeción de conciencia”, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2007; 30(2): 215-223.

bajo la fundamentación descrita, a temas netamente clínicos y bioéticos, pues "a medida que el pluralismo ético de nuestras sociedades ha ido haciéndose más patente, sumado al creciente desarrollo científico-tecnológico, enfrentamos cada día nuevas causales para plantear este tipo de objeción, como el rechazo pacifista para colaborar en medicina militar, la negativa de los profesionales para participar en prácticas como la eutanasia, el suicidio médicamente asistido, el desarrollo de ensayos clínicos, el diagnóstico prenatal de enfermedades genéticas y cromosómicas, y la manipulación de embriones humanos. Otros autores describen la formulación de esta objeción en otras situaciones, como la esterilización, principalmente de personas con discapacidad psíquica, la suspensión de tratamientos médicos, la investigación destructiva de embriones, la selección preconcepcional del sexo, la participación en alimentación forzada de personas en huelga de hambre, los reconocimientos médicos para el servicio militar, la cooperación con la policía en la obtención de información (interrogatorios), las transfusiones de sangre (Testigos de Jehová), el trasplante de órganos, la psicocirugía y la experimentación con seres humanos y animales"²⁰.

Tal extensión importa, sin duda, ya no el tratamiento concreto de una determinada situación, sino la necesidad de configurar un verdadero estatuto de la conciencia derivada en objeción, es decir, del valor que la propia sociedad otorga a las creencias y valores de la persona puestos frente a los mandatos jurídicos de la ley vigente.

2. Naturaleza de la objeción de conciencia como derecho

Como ya se ha explicado en este trabajo –y la Constitución chilena no es la excepción–, la consideración de la objeción de conciencia como un derecho no deriva, en muchos países, del propio texto de sus cartas fundamentales, sino más bien de las interpretaciones que hacen los jueces constitucionales u ordinarios acerca del efectivo sentido y alcance de la libertad de conciencia en las dimensiones ya descritas²¹, como asimismo de la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

20 Montero Vega, Adela y González Araya, Electra, "La objeción de conciencia en la práctica clínica", en Revista *Acta Bioethica* vol 17 N° 1 (Santiago, OPS/OMS), junio de 2011, pp. 123-131.

21 Vg. El fallo del Tribunal Supremo español en recurso de casación 6154 de 2002, resuelto por su sentencia de 23 de abril de 2005, señala: "en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE (STC nº 53/85), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE)".

Así se ha ido configurando un derecho a la objeción de conciencia, con una cierta variabilidad interpretativa y que debe hacerse cargo de algunas dificultades propias de su consagración, dado que un derecho cuyo objetivo es poder excusarse legítimamente del cumplimiento de una ley, no puede ser demasiado abierto o difuso, ya que en algún momento terminaría siendo lo mismo que la permisividad de la desobediencia civil respecto de la legislación vigente.

Por esta razón se han planteado ciertos límites en la configuración misma del derecho, a fin de mantenerlo hasta cierto punto circunscrito y en armonía con la necesidad de que el mandato de la ley –general y obligatorio– sea adecuadamente cumplido.

En esta perspectiva, la Corte Constitucional de Colombia, en una sentencia emitida el año 2008, determinó algunos elementos que merecen destacarse respecto de la objeción de conciencia en términos generales²²:

- a) La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado²³, ya que sólo es posible reconocerlo a personas naturales;
- b) La objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva.
- c) La objeción de conciencia procede cuando se trate realmente de una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada²⁴.

22 Corte Constitucional de Colombia, T-209/08, sentencia de 28 de febrero de 2008. Más adelante trataremos los aspectos específicos de esta sentencia, en materia de objeción de conciencia relacionada con el aborto.

23 Como es obvio, el Estado no puede objetar su propio producto jurídico. El caso de las personas jurídicas tiene una complejidad distinta, que trataremos más adelante en este trabajo.

24 La Corte explicita esta condición en jurisprudencia posterior, indicando lo siguiente: "cabe resaltar que las convicciones o las creencias que son objeto de protección constitucional tienen que definir y condicionar la actuación de las personas. Esto es, su obrar, su comportamiento externo. No puede tratarse de convicciones o de creencias que tan sólo estén en el fuero interno y vivan allí, que no trasciendan a la acción. En tal sentido, si una convicción o una creencia han permanecido en el fuero interno durante algún tiempo, al llegar el momento de prestar el servicio militar obligatorio, tal convicción o creencia puede seguir limitada a ese ámbito interno. No existe en tal caso, en principio, un deber constitucional de garantizar el derecho a no ser obligado a actuar en contra de su conciencia. (...) En ese sentido, todo objetor de conciencia tendrá la mínima obligación de demostrar las manifestaciones externas de sus convicciones y de sus creencias. Es su deber probar

- d) En su sentencia, la Corte pone de relevancia que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico, y por tanto no puede constituir un mecanismo de discriminación y vulneración de otros derechos fundamentales.

En una sentencia posterior, la misma Corte precisa algunos aspectos esenciales de este derecho: "En general, la objeción de conciencia se presenta cuando el cumplimiento de la normatividad vigente exige, por parte de las personas obligadas a cumplirlo, un comportamiento que su conciencia prohíbe. En otras palabras, la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral. Aquí no tiene lugar una apelación a la ruptura de una norma con el sentimiento de justicia de la comunidad, sino que se resiste su aplicación porque riñe con las propias convicciones morales. Quien ejerce la objeción de conciencia "no invoca la ilegalidad ni busca el cambio de las políticas o de programas impulsados por un gobierno". Es una persona que "se apegas al derecho, pero su observancia le provoca problemas con sus convicciones morales más íntimas, con su conciencia crítica". La idea central consiste en que se incumple un deber jurídico por razones morales y se busca con ello preservar la propia integridad moral, lo que no supone el propósito de que otras personas "se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del (de la) objetor (a)". "El nexo entre la objeción de conciencia y el derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia es muy grande, hasta el punto de poder afirmar que la objeción de conciencia resulta ser uno de los corolarios obligados de estas libertades. Desde esa perspectiva existe un escenario de realización humana dentro del cual las interferencias estatales o son inadmisibles o exigen una mayor carga de justificación. Así, quien objeta por razones de conciencia goza prima facie de una presunción de corrección moral. Entretanto, el Estado debe aportar los argumentos que justificarían una intervención en este campo, en principio inmune a cualquier interferencia"²⁵.

De esta manera se destaca este derecho como una opción individual, generada ante un conflicto ético o moral producido por la obligatoriedad de una norma que exige el correspondiente cumplimiento, y que se salva mediante la excepción concedida al objetor.

que su conciencia ha condicionado y determinado su actuar, de tal forma que prestar el servicio militar obligatorio implicaría actuar en contra de ella. Vid. Corte Constitucional de Colombia, T-314/14, sentencia de 29 de mayo de 2014.

25 Corte Constitucional de Colombia, T-388/09, sentencia de 28 de mayo de 2009.

Sin embargo, probablemente el punto más relevante de este derecho, en su perspectiva general, es si puede ejercerse respecto de toda obligación legalmente establecida o sólo cuando la propia regulación de la materia correspondiente hace alusión a tal posibilidad. Tal situación adquiere especial importancia cuando ni siquiera la propia Constitución consagra específicamente el derecho a la objeción de conciencia, como es el caso chileno.

En la materia se han dado dos tesis distintas:

- I. El Tribunal Constitucional español, en una sentencia de 1985, "admite la existencia de un derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario sin que sea necesaria la interposición legislatoris. Así, en su fundamento jurídico decimocuarto, declaró que 'cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales'"²⁶.
- II. Sin embargo, el mismo tribunal, en posteriores sentencias, considera que "en el ordenamiento jurídico no se produce un reconocimiento de la objeción de conciencia con carácter general (sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987, de 27 de octubre, FJ3). Consecuencia lógica de esta afirmación es que no cabe admitir más objeciones que las expresamente reconocidas en la Constitución o en una ley ordinaria (sentencias del Tribunal Constitucional 161/1987, de 27 de octubre, FJ3; y 321/1994, de 28 de noviembre, FJ4). Por último, en razón de toda esta argumentación, el Tribunal Constitucional ha calificado a la objeción de conciencia como un derecho constitucional, no fundamental, debido a su naturaleza excepcional (sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987, de 27 de octubre, FJ3)²⁷.

Si bien la calificación de derecho constitucional no fundamental corresponde a una distinción entre derechos fundamentales y derechos constitucionales que ha

26 Tribunal Constitucional español, 53/1985, citada en Muñoz Priego, Blas Jesús, "La objeción de conciencia", en http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf.

27 Vid. Muñoz Priego, Blas Jesús: "La objeción de conciencia", en http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf.

generado un amplio debate jurídico²⁸, esta referencia sí deja en claro un aspecto relativo al derecho a la objeción de conciencia, ya que al no estar expresamente establecido en la mayoría de las constituciones o sólo mencionado a propósito de la situación del servicio militar –como es el caso, precisamente, de la Constitución española–, su importancia y relevancia queda **transitada** por la ley y por la habilitación que hace ésta de la excepción respectiva a su cumplimiento.

Si consideramos que, salvo el caso del servicio militar, la objeción de conciencia suele contar con escasa o nula regulación en la mayoría de los países, la adecuada protección de este derecho se dificulta en mayor medida.

III. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA ANTE LA HIPÓTESIS DE ABORTO

Como dijimos en el epígrafe anterior, la objeción de conciencia –inicialmente considerada para cargas públicas tales como el servicio militar– ha ido ampliándose a varias circunstancias de distinta naturaleza, una de las cuales es la posibilidad de que el aborto en general o algunas de las causales que lo justifican puedan legalizarse en un país y enfrenten al personal sanitario a tener que practicarlo, incluso contra sus creencias y valores.

En este sentido, la legalización del aborto es una de aquellas situaciones que presentan una mayor tensión en la materia que nos ocupa, no sólo porque se trata de

28 La diferencia entre unos y otros dependería de la voluntad de otorgarles una tutela reforzada: "Si, en efecto, son derechos fundamentales los derechos constitucionales, lo cierto es que la Constitución española es notablemente compleja y sus enunciados resultan considerablemente abiertos a la interpretación. No siempre resulta claro qué normas constitucionales consagran un derecho o cuáles no lo consagran, y no todo derecho que se identifique en el seno de la Constitución será fundamental en el mismo sentido y con el mismo alcance. El curso sobre el concepto de los derechos fundamentales en la Constitución española ha de concluir, necesariamente, con una reflexión sobre las posibilidades que brinda la apertura de tal concepto y sobre los límites de tal apertura en nuestro orden constitucional". Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, "Aproximación terminológica: los derechos fundamentales como derechos constitucionales", en <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/1concepto1.pdf>.; "Los términos 'derechos humanos' y 'derechos fundamentales' son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, (...) se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término 'derechos fundamentales' para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula 'derechos humanos' sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo". Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales* (Cizur Menor: Thomson-Civitas), 2005 (2ª ed.), pp. 31-54.

una medida de disposición de la vida humana, sino porque además aparece opuesta a deberes médicos considerados fundamentales. Al respecto, merece recordarse que ya el juramento hipocrático (siglo V a. C.) recogía el compromiso del médico con el bien del enfermo, defendiendo el carácter sagrado de la vida humana desde su concepción²⁹. No obstante, la práctica social de la interrupción del embarazo termina convirtiendo aquellas conductas despenalizadas en auténticos derechos subjetivos de la embarazada. Ello es debido a que, por un lado, tal práctica conlleva para los médicos unas obligaciones de dictamen previas al aborto. Por otro lado, en el caso de médicos sometidos a un contrato laboral o régimen funcional, se les puede presionar en el sentido de que la práctica de un aborto sea entendida como una obligación derivada de su vinculación laboral o de su condición de funcionarios públicos³⁰.

Tal tensión ha sido abordada, en algunos casos, legislativamente, como ha sido el caso de España, con la dictación de la Ley Orgánica 2/2010, que en su artículo 19.2 establece: "La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso, los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo. Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar a tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro

29 "...No me avendré a pretensiones que afecten a la administración de venenos, ni persuadiré a persona alguna con sugerencias de esa especie; me abstendré igualmente de administrar a mujeres embarazadas pesarios o abortivos... Cuando entre en una casa no llevaré otro propósito que el bien y la salud de los enfermos..."

30 Aparisi Miralles, Ángela y López Guzmán, José, "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto", en Revista *P&B* volumen 10, N° 1 (26), 2006, p. 56.

acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación"³¹.

Esta regulación evita las dificultades interpretativas propias del tema y, a la vez, establece algunas condiciones de operatividad de la objeción de conciencia en caso de aborto que son coincidentes con fallos dictados al efecto:

1. Titularidad del derecho a la objeción de conciencia en caso de aborto

La ley citada la otorga a "los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo". Ello se condice con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en este tema: "En acuerdo con lo anterior, resulta pertinente mencionar que existe un límite respecto de la titularidad para ejercer el derecho a la objeción de conciencia y, en este sentido, la Sala deja en claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. *Contrario sensu*, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en la cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención. En efecto, no guarda relación alguna con la naturaleza de la objeción de conciencia que el personal encargado de la apertura de la historia clínica, del archivo de la institución, de la recepción de los pacientes, de la limpieza de las instalaciones, etc. se abstenga de llevar a cabo su labor, pues difícilmente podrá encontrarse conexión real con motivos morales, filosóficos o religiosos; de la misma forma, no existirá dicha posibilidad respecto del personal que desarrolla las labores médicas preparatorias, como la práctica de los exámenes necesarios, la orientación respecto de las consecuencias del procedimiento, la asistencia psicológica previa a la intervención, etc.; finalmente, tampoco se encuentra sentido a que el personal médico que debe ayudar a la paciente en su etapa de recuperación luego de la intervención manifieste objeción de conciencia, pues la conexión entre los posibles motivos morales, religiosos o filosóficos y el incumplimiento de la labor que en ese preciso momento se realiza carece de fundamento alguno, siendo,

31 En el mismo sentido, vid. Ley de ejercicio de la Medicina de la provincia de Río Negro, Argentina, Ley N° 3.338 (BO. 23.12.1999): "Se respetará la objeción de conciencia de los/as profesionales mediante la forma de un documento público que comprometa dicha objeción, tanto en la práctica asistencial pública como en la privada. La objeción de conciencia de los/as profesionales no quita responsabilidad a los servicios de la red de asistencia pública de la provincia de la prestación de la práctica, debiendo arbitrarse los medios para su realización".

por el contrario, muestra de una simple reprobación por la conducta ya realizada, situación que resulta por completo ajena a la objeción de conciencia, como hasta ahora ha sido explicada³².

2. Decisión individual del referido personal sanitario

La redacción de la ley se condice con las condiciones generales ya citadas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Debe tenerse presente que, en el caso español, esta decisión individual está avalada por varios documentos deontológicos de la profesión sanitaria³³.

3. Necesidad de manifestarse anticipadamente y por escrito

Este requisito, de considerársele general desde el punto de vista de la aplicación de la objeción de conciencia al personal sanitario interviniente en materia de aborto, sin duda exige ciertos ajustes en otros tipos de normativa, particularmente en el área del sector público, dado que allí es común el uso de contratos de adhesión en la contratación de sus funcionarios, con cláusulas preestablecidas en las cuales el funcionario no tiene participación o posibilidad de modificación. Tal cosa, entonces y por una parte, requiere ser considerada en los contratos respectivos y, por la otra, admitir su incorporación posterior, dado que la objeción de conciencia no tiene por qué ser cristalizada en el tiempo y una persona puede adscribir en una etapa de su vida a ciertas creencias o valores que no necesariamente albergó en el pasado. De esa

32 Corte Constitucional de Colombia, T-388/09, sentencia de 28 de mayo de 2009.

33 V.g. la declaración de la Comisión Central de Deontología y Derecho Médico sobre la objeción de conciencia, de 26 de octubre de 2009, señala que "el médico puede y debe negarse a realizar prácticas médicas que vayan contra los dictados de su conciencia. Es un deber moral y una práctica lícita desde el punto de vista social". Por su parte, el Código Deontológico de la Enfermería Española dispone en su art. 22: "La/El enfermera/o tiene, en el ejercicio de su profesión, el derecho a la objeción de conciencia, que deberá ser debidamente explicitado ante cada caso concreto. Los colegios velarán para que ninguna/o enfermera/o pueda sufrir discriminación o perjuicio a causa del uso de ese derecho". A su vez, el art. 17 de la Guía de Ética Médica Europea, según texto aprobado por unanimidad en la Conferencia Internacional de Órdenes Médicas de 6 de enero de 1987, indica que "es conforme a la ética que el médico, en razón de sus convicciones personales, se niegue a intervenir en procesos de reproducción o en casos de interrupción de la gestación o abortos". Y sobre el proyecto de ley de la salud sexual y reproductiva (aborto), la Organización Médica Colegial declaró (11 de diciembre de 2009): "La objeción de conciencia es un derecho fundamental e irrenunciable". Citas en Navarro Valls, Rafael, "La objeción de conciencia de un médico al aborto es un derecho constitucional innegable", en *Revista Aleteia*, 12 de abril de 2013.

manera, la exigencia de "anticipación" debe corresponder a la negativa de intervenir en un aborto y no a la suscripción única e inamovible de un contrato de adhesión.

4. Prohibición que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia

Una de las preocupaciones de las Cortes y autores que han tratado el tema de la objeción de conciencia en caso de aborto, compatible con la prevención efectuada por la ley, refiere a que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia³⁴.

En efecto, así lo ha considerado la Corte Constitucional de Colombia: "...en relación con la objeción de conciencia, está determinado que (i) no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia³⁵; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto, se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una '*convicción de carácter religioso debidamente fundamentada*', pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.

En efecto, como mecanismo de armonización de la cabal garantía de los derechos fundamentales de la mujer gestante, por una parte, y del derecho de los médicos

34 "En el caso de la objeción de conciencia en materia de derechos sexuales y reproductivos, su aplicación por parte de los profesionales de la salud genera afectación a derechos de terceros, en cuanto con ella se obstaculiza incluso el 'acceso a métodos anticonceptivos, o a información sobre modos de evitar embarazos no deseados, o a abortos autorizados por el derecho, poniendo en riesgo la vida, la salud, la integridad física, o la autonomía de las personas'. Alegre, Marcelo, "Opresión a conciencia: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en *Revista Yale Law School*, SELA Papers 66, 2009.

35 Ello se relaciona con lo ya expresado en cuanto a la consideración de la objeción de conciencia como un derecho estrictamente individual, lo que genera algunas dificultades que describiremos enseguida.

a presentar objeción de conciencia, por la otra, se dispuso en forma expresa, en sentencia C-355 de 2006, que el médico que presente objeción de conciencia a la práctica del procedimiento de IVE, si bien puede hacerlo, está en la **obligación** de proceder a remitir en forma inmediata a la mujer embarazada a otro médico que sí esté dispuesto a practicar el citado procedimiento, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Significa lo anterior que al no ser la objeción de conciencia un derecho absoluto, su ejercicio se encuentra limitado por la propia Constitución, es decir, no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres. En efecto, frente a una solicitud de práctica de interrupción voluntaria del embarazo, (i) cuando se encuentra en peligro la vida de la madre, (ii) se trata de un feto inviable, certificado por un médico, (iii) o se afirma que el embarazo es el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, denunciados penalmente, en el entendido que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, los profesionales del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder a la interrupción del embarazo; y, si el médico respectivo se niega a practicarlo fundándose en la objeción de conciencia, su actividad no queda limitada a tal manifestación sino que tiene la obligación subsiguiente de remitir inmediatamente a la madre gestante a otro profesional que esté habilitado para su realización, quedando sujeto a que se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica³⁶.

Como es obvio, la garantía de que el procedimiento que el objetor no va a practicar va a ser ofrecido, en otro establecimiento o por otro funcionario, a la mujer, no es deber ni prerrogativa del objetor sino del sistema sanitario, el cual habrá de disponer los medios y los procedimientos al efecto. Sin embargo, tal imposición de salvaguarda representa ciertas dificultades adicionales en relación con establecimientos e instituciones que, por su adscripción religiosa o valórica, consideran como principios fundantes la protección de la vida y la preservación del embrión humano ante la legalización del aborto en el Estado respectivo.

36 Corte Constitucional de Colombia, T-209/08, sentencia de 28 de febrero de 2008. Las negritas son del original.

5. ¿Puede existir objeción de conciencia institucional frente al aborto?

La pregunta que cabe hacerse en estos casos es si el aborto –ya legalizado, como es obvio– se transforma en una prestación médica debida universalmente en todo establecimiento o servicio de salud a la paciente que así lo requiera, o es una prestación propia del ámbito de la salud pública y de las instituciones dispuestas a brindarla. De acuerdo al marco legal que así lo considere, podríamos o no estar en presencia de la discusión acerca de “la objeción de conciencia institucional” frente al aborto.

Al efecto, debemos tener presente, como un elemento a considerar, que la personas naturales gozan de la objeción de conciencia sin necesidad de adscribir a culto alguno o de declarar al público sus creencias o valores. Sin embargo, hay personas jurídicas que, ya desde los estatutos que les otorgan personalidad jurídica, adscriben o son parte de confesiones religiosas o de credos que comprometen su compromiso con la vida humana y que, como consecuencia de ello, les impiden practicar abortos u otro tipo de intervenciones médicas que puedan afectar la vida humana. Ello no les impide ser instituciones prestadoras de salud y, en efecto, reciben a diversos pacientes, entre los que pueden encontrarse mujeres que soliciten un aborto.

En esa perspectiva cobra especial importancia la dimensión que se otorga a la libertad religiosa. Por ejemplo, para el caso chileno, aparte del reconocimiento constitucional del artículo 19 N° 6, la encontramos en la Ley N° 19.638, que establece normas sobre constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, cuyo artículo 6º, literal a, determina como parte de la libertad religiosa la de “profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba”. Así, “las concepciones religiosas de las personas no pueden ser objeto de control, sanción, prohibición o restricción mientras permanezca en el plano de la pura adhesión intelectual, pudiendo ser objeto de regulación jurídica sólo su manifestación externa, que implica su actuar social en coherencia con su concepción religiosa, de donde pueden derivar objeciones de conciencia”³⁷.

Esta referencia a las objeciones de conciencia, ¿alcanza a las personas jurídicas y puede hablarse de una “objeción de conciencia institucional”? Como ya se ha citado, la jurisprudencia de la Corte colombiana considera que no, de hecho en la

37 Nogueira, Humberto, “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista *Ius et Praxis* (Universidad de Talca), 2006, pp. 13-41.

sentencia T-388 de 2009 se explicita que las personas jurídicas no son titulares de este derecho, por lo cual a las instituciones prestadoras de servicios de salud no les es permitido –por esta causa– oponerse a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo. La razón de ello sería la propia ontología de las personas jurídicas, carentes de conciencia moral. Coincidiendo con tal cosa, no obsta ello sin embargo considerar que las instituciones “sí tienen ideología, declaraciones, estatutos o códigos de ética institucional que determinan su forma de trabajo. Tal es así que muchas instituciones de salud o académicas limitan sus proyectos o prestaciones de acuerdo a esos conceptos, aunque no pueda estrictamente hablarse de ‘objección de conciencia institucional’”³⁸.

Esta situación ha de entenderse, entonces, no como una objeción de conciencia sino como una limitación a las exigencias que el Estado puede efectuar a las referidas instituciones, dado que el mismo Estado les ha reconocido el derecho estatutario a adscribir a determinadas creencias religiosas y a conducirse de acuerdo a dicha adscripción³⁹. Tales entidades se distinguen “por la existencia de una organización englobante de los miembros de una creencia religiosa, donde ellos se sienten unidos con un ser supremo al que ofrecen su culto. Entre sus características básicas es posible advertir una organización que ostenta una creencia religiosa común, y que cuenta con un culto y una implicación moral que obliga a los miembros de la entidad a adecuar su vida a unas reglas de conducta derivadas de su creencia”, y ello importa que “la autonomía de estas entidades les permite gozar de una facultad de autorreglamentación, en el sentido de que ostentan una capacidad cierta para adoptar las normas necesarias destinadas a regular la vida de la propia institución”⁴⁰.

38 Beca, Juan Pablo y Astete, Carmen, “Objeción de conciencia en la práctica médica”, *Revista Médica de Chile*, 2015, 143, p. 495.

39 En Chile, ejemplo de lo anterior es el caso tanto de la Iglesia Ortodoxa como de la Iglesia Católica, que han sido reconocidas por la actual legislación como personas jurídicas de derecho público a las cuales se les reconoce su ordenamiento jurídico propio. Este reconocimiento dentro del ordenamiento chileno de dos organizaciones que poseen un estatuto según el cual regirse válidamente, fue reiterado en el art. 20 de la ley 19.638 al establecer que: “El Estado reconoce el ordenamiento, la personalidad jurídica, sea ésta de derecho público o de derecho privado, y la plena capacidad de goce y ejercicio de las iglesias, confesiones e instituciones religiosas que los tengan a la fecha de publicación de esta ley, entidades que mantendrán el régimen jurídico que les es propio, sin que ello sea causa de trato desigual entre dichas entidades y las que se constituyan en conformidad a esta ley”.

40 Irureta, Pedro, “Situación legal de las personas que prestan servicios a una entidad religiosa”, *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40 n° 2, pp. 489-511.

En esa perspectiva, desde el punto de vista laboral se considera a las organizaciones religiosas como organizaciones de tendencia, pues "en las organizaciones de tendencia (dentro de las cuales se incorpora a las entidades religiosas) existe una relevancia del interés empresarial en razón de su ideario, cuestión que modaliza el ejercicio de los derechos vinculados con la libertad ideológica del trabajador (y que no sería predicable de otras organizaciones que carecen del factor tendencia)"⁴¹. Ello se traduce en "...el hecho de ser capaces de incorporar, dentro del contenido obligacional del contrato de trabajo, la orientación ideológica de la que son institucionalmente expresivas"⁴².

Si tal cosa es admitida, como de hecho sucede en Chile y en numerosos países del mundo, entonces no puede referirse a una objeción institucional de conciencia, sino simplemente a que la institución, incluso en el ámbito laboral, se encuentra jurídicamente autorizada para conducirse de acuerdo a sus creencias –por cierto, compatibles con el derecho público–, lo cual transfiere al Estado el deber de procurar prestaciones que éstas no pueden proporcionar de acuerdo a su propia normativa y estatutos, conocidos y reconocidos por el propio Estado.

Como reconocimiento expreso de tal situación podemos citar el artículo L. 162-8 del Código de Salud Pública de Francia, que expresamente exime de realizar abortos a las instituciones privadas que no deseen hacerlos: "Un médico no está obligado a practicar una interrupción voluntaria del embarazo, pero, a más tardar, en la primera visita debe informárselo al solicitante de la denegación. Está, además, la obligación de cumplir con las obligaciones previstas en los artículos L. 162-3 y L. 162-5. (...) Ninguna partera, enfermera o paramédico está obligado a contribuir a un aborto. (...) Una institución que tenga la calidad de hospital privado puede negarse a permitir abortos que se realizan en sus instalaciones. (...) Sin embargo, si la institución ha solicitado participar en la ejecución de un hospital público o existe un contrato de concesión celebrado con arreglo a la Ley N° 70-1 mil trescientos dieciocho, de 31 de diciembre de 1970, esta negativa no puede oponerse si otras instituciones no son capaces de responder a las necesidades locales. (...) Se requiere que las categorías de las instituciones públicas destinadas a practicar interrupciones voluntarias del embarazo sean establecidas por decreto..."⁴³.

41 Irureta, Pedro, "Situación legal de las personas que prestan servicios a una entidad religiosa", *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40 n° 2, pp. 489-511. Vid. también Irureta, Pedro, "Las organizaciones de tendencia ante el Derecho", PS vol. XVII n° 2, 2003, pp. 235 y ss.

42 Irureta, Pedro, "Situación legal de las personas que prestan servicios a una entidad religiosa", *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40 n° 2, pp. 489-511.

43 La traducción es nuestra.

En el plano internacional hay referencias al rechazo de las instituciones de salud para la práctica del aborto, como el caso de la Resolución 1763 de 7 de octubre de 2010 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la que se indica que "Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón", lo que se ha interpretado como reconocimiento de la objeción de conciencia de personas jurídicas.

Sin embargo, tales reconocimientos normativos corresponden –en realidad– a los límites de la aplicación de la ley que, por ejemplo, legaliza el aborto, respecto de instituciones que gozan de proyectos, idearios y creencias religiosas declaradas y reconocidas por el Estado y que, en consecuencia, prestan servicios desde esa realidad. Por ende, al no forzar a estas instituciones a prácticas que van contra sus creencias, más que reconocerles a éstas un derecho a la objeción de conciencia se les reconoce un estatuto distinto y propio, que obviamente implica un tamiz respecto de la aplicación de la ley⁴⁴. Por tal razón, si bien la expresión "objeción de conciencia institucional" no deja de ser problemática, puesto que resulta evidente que la conciencia es un atributo de la persona individual, no de las instituciones, el uso de este argumento para negar la "objeción de conciencia institucional" simplemente evita el problema, sin resolverlo. El punto no es si la institución tiene o no conciencia, sino cuáles son sus derechos en relación con las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión.

El sencillo expediente de negar a clínicas y hospitales la posibilidad de oponerse institucionalmente al aborto porque la objeción de conciencia es solamente de la persona individual ignora, además, que estamos en el terreno de la analogía. La misma noción de persona aplicada a las personas jurídicas es análoga. La extensión a las personas jurídicas del reconocimiento de derechos que en principio pertenecen

44 "El director sanitario de instituciones públicas puede, por tanto, objetar como persona física, pero no puede operar una objeción institucional, facultad que sí cabe a la dirección de los centros privados o concertados mediante el establecimiento de cláusulas de salvaguarda de la propia identidad religiosa. En el caso de un hospital público las cosas son enteramente diferentes, puesto que la financiación pública del aborto está indisolublemente conectada con la prestación de instalaciones públicas para estos fines, como lo demuestra el derecho comparado, y en España el aborto indicado constituye una prestación sanitaria cubierta con fondos estatales". Sieira Mucientes, Sara, "La objeción de conciencia desde una perspectiva constitucional", Aeds.org, VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, "La objeción de conciencia sanitaria desde la perspectiva constitucional", revisado en octubre de 2015.

a la persona individual (derecho al buen nombre, a la libertad religiosa, etc.), es un ejercicio típico de extensión analógica, usado sin dificultad en múltiples ámbitos del derecho. Nos parece, por tanto, que el enfoque correcto consiste en tratar de establecer si las personas jurídicas son titulares de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión. Evidentemente, no de la misma manera que la persona física, sino de acuerdo con su naturaleza y modo de actuar propio, lo que significa concretamente que las instituciones tienen el derecho de constituirse y desarrollar su actividad asumiendo como elemento esencial determinados postulados ideológicos, religiosos o éticos. Con otras palabras, la problemática planteada en relación con clínicas y hospitales está directamente relacionada con el derecho de las instituciones a poseer un ideario propio, capaz de configurar real y efectivamente su naturaleza y su actividad. En esta situación no se encuentran solamente las instituciones que, inspiradas en ideales éticos, ideológicos o religiosos, prestan servicios de salud. Se extiende a realidades tan variadas como las instituciones educativas, los sindicatos, los partidos políticos, las empresas periodísticas, sólo por mencionar algunos ejemplos de lo que en el derecho comparado se denominan organizaciones de tendencia o empresas ideológicas⁴⁵.

Esta posibilidad de reconocimiento de un estatuto propio, asociado con las creencias y valores, fue objeto, en junio de 2014, de un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hobby Lobby Stores*, en el cual se decretó la invalidez del mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud y Servicios Humanos (*Department of Health and Human Services*), que obligaba a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos que tienen efecto abortivo. El fundamento de la Corte estuvo centrado en la libertad religiosa, protegida por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (*Religious Freedom Restoration Act*)⁴⁶. Aunque el tribunal señaló claramente que la decisión se limita al mandato anticonceptivo, se han considerado efectos del fallo que se extienden mucho más allá de la anticoncepción, entre ellos: la posibilidad de adscribir a ciertos principios y valores tanto si se trata de personas jurídicas con fines de lucro como aquéllas que no los tienen y la realidad

45 Prieto, Vicente, "Dimensiones individuales e institucionales de la objeción de conciencia al aborto", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 30 (IUSTEL), 2012, pp. 1-64.

46 Supreme Court of United States of America, *Burwell vs Hobby Lobby*, sentencia de 30 de junio de 2014. Sobre el fallo, vid. Didier, María Marta; Romero, José Ignacio y Parini, Nicolás Francisco, "Objeción de conciencia: un fallo trascendente de la Corte Suprema de Estados Unidos", en *Revista La Ley*, 2014-F, 206.

de que los tribunales no pueden hacer consideraciones acerca del error o acierto de las creencias religiosas.

IV. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y ABORTO EN EL PROYECTO ACTUALMENTE EN TRAMITACIÓN EN CHILE

El 31 de enero de 2015 ingresó a la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, a través de mensaje del Ejecutivo, un proyecto de ley destinado a "la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales"⁴⁷. En las ideas matrices se señalaba: "Este proyecto encara situaciones difíciles, donde las convicciones profundas de cada persona están en juego. Es por ello que se le reconoce a el o la médico(a) cirujano(a) la posibilidad de expresar, por escrito y previamente, su objeción de conciencia. Además, se hace explícito el deber ético del médico afectado por la objeción de conciencia de informar cuando una paciente se encuentra en alguna de las causales. Desde luego, se trata de un derecho propio del médico que interviene, en tanto persona natural. (...) Como contrapartida, el prestador de salud tiene la obligación de derivar a la mujer a un profesional que no esté afectado por la objeción de conciencia. (...) Con todo, la objeción de conciencia no puede ser un obstáculo en aquellos casos excepcionales en que la mujer requiere una interrupción del embarazo de modo inmediato e impostergable y, además, no existe otro médico que pueda realizar la intervención".

Sobre la base de dichos fundamentos, el proyecto mismo contemplaba la introducción de un nuevo artículo en el Código Sanitario, con la siguiente redacción:

"Artículo 119 ter: El(la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas en el artículo 119, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar

47 Dado el espacio reducido con que cuento para la presentación de este trabajo, no haré mención de mi visión jurídica acerca del proyecto en su conjunto, la cual brindé formalmente como abogada constitucionalista experta invitada a la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, el 30 de junio de 2015. La posición de la autora sobre la protección del derecho a la vida y una eventual introducción de legislación sobre aborto puede encontrarse en Vivanco, Ángela, "El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2, 2001; Vivanco, Ángela, "Aspectos jurídicos del llamado 'aborto terapéutico' en Chile", en *Revista Ars Médica*, vol. 4, N° 6, 2002 y Vivanco, Ángela, "El aborto terapéutico: un nuevo intento de despenalizar el aborto en el Derecho chileno", en *Revista Ars Médica* N° 18, 2009, pp. 61-91.

otro médico(a) cirujano(a) a la paciente o derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud deberá dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.

El(la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción de conciencia y es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tiene la obligación de informar de inmediato al Director(a) del establecimiento de salud que la mujer requerente debe ser derivada.

En el caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención".

El proyecto, que inició su tramitación en el Boletín N° 9895-11, fue a un primer examen en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados y, al momento de redactarse este trabajo, se encuentra en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la misma para un segundo informe. El texto enviado por la Comisión de Salud a la de Constitución sufrió algunos cambios. En efecto, en el informe despachado por dicha comisión, con fecha 15 de septiembre de 2015, se indicó una nueva redacción para el referido artículo 199 ter del Código Sanitario, que será la siguiente y respecto de la cual emitiremos nuestros juicios a continuación:

"Artículo 119 ter: El(la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas en el artículo 119, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente o, **sólo en caso de que en el referido establecimiento de salud no exista un(a) facultativo(a) que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción.** El Ministerio de Salud deberá dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia⁴⁸.

El(la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción en conciencia y es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tiene la obligación de informar de

48 La negrita es del original y corresponde al texto modificado en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados.

inmediato al Director(a) del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención”.

Esta propuesta legislativa, a nuestro juicio, debe considerar algunas premisas:

1. La objeción de conciencia es un derecho implícito en la redacción del artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental

Hasta ahora, la gran preocupación por este tema había girado, fundamentalmente, en torno a la necesidad de legislar sobre objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. En efecto, habiéndose planteado un caso sobre objeción de conciencia ante el servicio militar en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado de Chile sostiene que “los requisitos del artículo 12 de la Convención están reflejados en la Constitución chilena, en tanto el artículo 19(6) declara que la libertad de conciencia está garantizada en Chile. El Estado argumenta que la Convención enumera expresamente las limitaciones permisibles del derecho a la libertad de conciencia y que esas limitaciones incluyen la preservación de la seguridad del Estado. El servicio militar obligatorio –concluye– sirve a los fines de preservar la seguridad nacional”⁴⁹. Sobre esta misma base, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el documento “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile” de 13 de agosto de 2014, señala: “Objeción de conciencia al servicio militar. 24. Pese a que la información suministrada por el Estado parte de que la normativa vigente establece la voluntariedad como criterio prevalente para llenar las vacantes de reclutamiento y que la realización obligatoria perdura sólo como criterio subsidiario, el Comité sigue preocupado porque la ley vigente no reconozca la objeción de conciencia al servicio militar, como indicó anteriormente (CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 13) (art. 18). El Estado parte debe agilizar la adopción de una legislación que reconozca la objeción de conciencia al servicio militar”⁵⁰.

49 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 43/05, Caso 12.219, Fondo Cristián Daniel Sahli Vera y Otros vs. Chile, de fecha 10 de marzo de 2005.

50 La negrita es del original.

Sin embargo, la posible introducción de una normativa que hace del aborto una prestación sanitaria en Chile, exige y demanda considerar los restantes contenidos del artículo 19 N° 6 de la Constitución, en relación con la objeción de conciencia, particularmente en lo que toca a la objeción sanitaria.

Desde dicho punto de vista, la inclusión dentro del proyecto en estudio, de la posibilidad de objetar en conciencia el practicar un aborto, tiene necesariamente su antecedente constitucional en la referida norma del artículo 19 N° 6 y, como consecuencia de ello, la redacción "podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia", debiendo ser precisada en el sentido que se trata del ejercicio de un derecho, obviamente sometido a condiciones. En tal sentido, además, echamos de menos una referencia acerca de este derecho en la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, en que hubiera sido deseable mencionar el ejercicio de este derecho a propósito del consentimiento informado, el cual sólo se enfoca en relación con el paciente.

2. Necesidad de manifestar la objeción de conciencia en forma escrita y previa

Como ya lo mencionamos, en un marco de contratos de adhesión, como sucede en el caso del sector público de la salud en Chile, es menester establecer las precisas condiciones del ejercicio de este derecho en relación con la suscripción de los contratos, ya que los funcionarios no tienen la posibilidad de introducir cláusulas o prevenciones en ellos, además de estar sometidos rigurosamente al cumplimiento de la ley⁵¹.

Entendemos que esa situación es propia de tales tipos de empleo, dado que en instituciones privadas existe flexibilidad contractual, lo que no impide la necesidad de realizar precisiones sobre la forma y oportunidad precisa de hacer esta excepción.

51 De acuerdo al artículo 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes". El poderse excepcionar del cumplimiento de una ley debe llevar aparejado un procedimiento muy preciso, en cuanto a su oportunidad y valor contractual.

3. El proyecto no posibilita hacer excepción, institucionalmente, del cumplimiento de esta ley

Tal posibilidad no está contemplada en el proyecto, y de las declaraciones del ejecutivo ante tales planteamientos, se colige que no se ha considerado como factible. Sin embargo, ello no impide que exista un espacio no regulado que significará grandes conflictos respecto a instituciones prestadoras de salud que no sólo tienen un ideario declarado, sino que adscriben a personas jurídicas asociadas con creencias religiosas y posturas confesionales. Acerca de tales entidades, como se ha explicado, no puede considerarse propiamente la creación de una "objeción de conciencia institucional" pero sí debe examinarse el procedimiento que les permita mantener su adscripción valórica, reconocida por el Estado, en su calidad de prestadoras.

Al respecto, conviene tener presente las acciones conocidas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Montevideo, Uruguay, en relación con las imposiciones que la legislación uruguaya hacía a entidades pertenecientes a la Iglesia, las cuales alegaron argumentos tales como: "Que amparando la **libertad de asociación** de rango constitucional y convencional, y reconociendo los derechos y libertades de religión ejercidos colectivamente, el Estado uruguayo ha reconocido la legitimidad de **estas cláusulas de salvaguarda de la identidad religiosa, del carácter propio de la institución y del debido respeto de sus creencias**, quedando obligado a su respeto y tutela y quedando, en definitiva, también vinculado por dichas normas. (...) Que la legitimidad de estas cláusulas de salvaguarda tiene su fundamento, además, en la **laicidad del Estado, en tanto éste es incompetente en materia ideológica y religiosa**. Como "*consecuencia directa de la laicidad, (...) la separación, uno de los elementos clave de la laicidad, impide cualquier confusión de estructura y fines* (entre el Estado y las confesiones religiosas y asociaciones confesionales) *y, desde luego, asegura la no intervención de los poderes públicos en la organización y vida interna de la entidad*", salvo los límites impuestos por el orden público y la licitud y adecuación a derecho. "*Así, la laicidad se coloca como la mejor garantía de la plena autonomía jurídica de las comunidades ideológicas y religiosas, cuya independencia en el ámbito interno sería ilimitada y en el ámbito externo sólo quedaría limitada por el orden público. (...) Nos estamos refiriendo a la elaboración doctrinal que, como señalábamos en la configuración del derecho, es inmune de toda coacción...*"⁵²

52 Las negritas y cursivas son del original. Vid. Asiain Pereira, Carmen, "Las instituciones sanitarias confesionales ante la implementación de las políticas de 'salud sexual y reproductiva' en Uruguay. La defensa de la autonomía de la Iglesia Católica en los casos jurisdiccionales contra el Estado", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 33 (2013), pp. 1-48.

4. La objeción de conciencia que contempla el proyecto sólo aplica a "el(la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas en el artículo 119"

Tal construcción, sin duda, vulnera estándares mínimos de reconocimiento de la objeción de conciencia. En esta materia debemos hacer dos consideraciones, basándonos en la jurisprudencia ya citada en la materia:

- a) La objeción de conciencia corresponde a todo el personal sanitario convocado para proporcionar las prestaciones conducentes al aborto, no sólo al médico-cirujano respectivo. En consecuencia, incluye a matronas, enfermeras y otros profesionales médicos que deban participar en tales prestaciones. Lo contrario resulta una discriminación respecto de la posibilidad de hacer valer, sobre estos otros profesionales, sus propias creencias y valores frente a una situación similar, ya que están llamados a una participación activa y colaborativa con el médico, bajo la fórmula ya conocida del equipo de salud⁵³.
- b) El concepto "requerido para interrumpir el embarazo" debiera ser considerado en términos amplios, dado que no sólo refiere a la intervención quirúrgica misma, sino al tratamiento propio de la paciente que lo solicita en las diversas instancias contempladas por el proyecto, tales como su participación "cuando a juicio del médico(a) cirujano(a) existan antecedentes para afirmar que la solicitud de autorización al representante legal generará para la menor de 14 años un riesgo de violencia intrafamiliar, coacción, amenaza o maltrato, o una posible situación de desarraigo o de abandono".

5. Una excepción a la objeción de conciencia: "En el caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención"

Entendemos que, de las tres causales consideradas en el proyecto de ley, la única que admite la figura de necesidad de "atención inmediata e impostergable" es el peligro de la vida de la madre, en el caso de ser un peligro verdaderamente actual

53 La cual, por lo demás, es expresamente mencionada en el proyecto a propósito de la tercera causal.

–la redacción de la causal no es la mejor–. En esta situación no estamos realmente ante una tensión ética respecto de la salvaguarda de la vida y la decisión de abortar, puesto que la interrupción del embarazo en caso de riesgo vital es una decisión que se toma de acuerdo a la *lex artis* y no es objeto de penalidad alguna en la actualidad⁵⁴.

En consecuencia, con una adecuada redacción de esta causal, separándola como corresponde de las otras dos que sí son propiamente causales de aborto, podemos llegar a los siguientes perfilamientos:

- a) No es necesaria ni procedente la objeción de conciencia en estos casos, pues se trata de una interrupción del embarazo justificada y necesaria de acuerdo al deber médico.
- b) Es conveniente referenciar que esta situación descrita corresponde efectivamente a la causal N° 1 y con la precisión que el peligro ha de ser actual. De otra manera, la posibilidad de llamar a un médico o a profesionales de la salud a intervenir ante peligros eventuales o respecto de las otras dos causales, invocando una necesidad e inmediatez que no es propia de éstas, resulta ser una forma del legislador de desconocer el efectivo derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario.
- c) Precisamente, la mecánica de un procedimiento adecuado sobre el modo de hacer presentes las objeciones de conciencia debiera asegurar la existencia de alternativas en cualquier otro caso, que no fueren la voluntad y los principios de quienes han efectuado la objeción del modo previsto por la ley.

CONCLUSIONES

Dado el actual estado de tramitación del proyecto, estimamos que la manera de considerar en él la objeción de conciencia sanitaria no cumple con los estándares constitucionales mínimos previstos en la Constitución, los tratados internacionales vigentes y la jurisprudencia comparada citada en este trabajo.

Es muy probable que la ausencia de una norma general de objeción de conciencia sanitaria afecte lo expresado en el proyecto, que deja aspectos importantes –como

54 Reconocido ello además en el informe de la Excm. Corte Suprema, solicitado durante la tramitación del proyecto.

los descritos– sin mayor tratamiento. Asimismo, el proyecto no establece claramente el ámbito de las instituciones obligadas a las prestaciones que contempla, lo cual necesariamente lleva a hacer un importante distingo entre instituciones públicas y privadas, considerando además los estatutos particulares que el Estado ha resuelto previamente reconocer en el ámbito de la libertad religiosa.

Si bien el proyecto ha procurado enmarcarse en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, la promoción y protección de tales derechos son, ante todo, deberes del Estado de acuerdo al artículo 5° de la Constitución, por lo que éste debe arbitrar los medios para que las políticas públicas que adopte en favor de tales derechos no se transformen en vulneración de otros derechos de las personas o de los estatutos de instituciones que se desenvuelven en el área de la salud, particularmente si tenemos en cuenta que el aborto representa –de modo directo– una forma de afectación de la vida humana, lo cual, además de plantear un conflicto constitucional con el derecho contemplado en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, significa para una parte considerable de nuestra sociedad una materia especialmente sensible desde el punto de vista moral y ético.

CONVICCIONES ÉTICAS INSTITUCIONALES Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COLECTIVA EN EL SECTOR SANITARIO PÚBLICO Y PRIVADO

MANUEL A. NÚÑEZ POBLETE¹

Abstract

El presente ensayo pretende ofrecer una visión introductoria de los criterios que permiten responder a la pregunta por el impacto sanitario de los idearios éticos institucionales y la procedencia de la llamada objeción de conciencia institucional o colectiva en el campo específico del debate sobre el aborto que ha propiciado la discusión parlamentaria. Para ello se distinguen dos ámbitos, el público y el privado. En el primero de estos sectores se rechaza de plano la posibilidad de argüir una objeción institucional, mientras que en el segundo se admite como necesaria y se fundamenta en términos políticos y jurídicos. El texto esboza también las consecuencias que un diseño legislativo ordenado debe tener presente cuando se reconoce esta forma de resistencia al cumplimiento de un deber o, al menos, las consecuencias colectivas que posee la comunión sobre un ideario común en un establecimiento de salud.

1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo pretende definir las coordenadas jurídicas dentro de las cuales se incardina un problema relevante del debate legislativo sobre el aborto, cual es, en general, la tutela del ideario moral de una institución y, en particular, el régimen de la llamada objeción de conciencia colectiva o institucional. De acuerdo con la última versión del Mensaje que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo (Bol. 9.895-11, primer trámite), el proyecto considera una de las dos variables que en el derecho comparado se reconocen de la objeción de

1 Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: manuel.nunez@ucv.cl.

conciencia, esto es, la llamada objeción de conciencia individual². Esta norma, que viene a complementar una fórmula parcial de conciencia contenida en la Ley núm. 20.584 (D. Of. 24 de febrero de 2012, art. 17 inc. final)³, plantea inicialmente dos preguntas respecto de los titulares del derecho a la objeción de conciencia: (i) respecto de las personas naturales surge la cuestión por las razones que explican la exclusión de aquellas otras profesiones vinculadas directamente a la acción de interrumpir el embarazo (personal de enfermería y obstetricia, principalmente) y (ii) respecto de las personas morales aparece la legítima pregunta sobre el efecto que podría tener el silenciamiento de la variable colectiva de la objeción de conciencia. Este ensayo se refiere solamente a la segunda de estas preguntas y tiene por objeto identificar los principios que rigen la respuesta en dos ámbitos: el estatal y el privado. Para ello se procederá a analizar primeramente la condición legal del sistema público (administrado por entes descentralizados con personalidad jurídica de derecho público) y del privado. Luego de ello se explicarán las razones que aconsejan el reconocimiento legal de la objeción de conciencia a favor de las instituciones. El enfoque de las reflexiones que siguen se centran, básicamente, en el ámbito sanitario vinculado a la interrupción del embarazo. Otras dimensiones del ámbito sanitario, como por ejemplo la farmacológica, no son objeto del presente estudio.

Debe tenerse presente que la discusión sobre la objeción de conciencia que se ha dado en el contexto del debate legislativo sobre el aborto se inserta en un

- 2 El texto, disponible en el informe de la Comisión de Salud de 15 de septiembre de 2015, dispone lo siguiente: "Artículo 119 ter. El(la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas en el artículo 119, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente o de **y sólo en caso de que en el referido establecimiento de salud no exista un(a) facultativo(a) que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá** derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud deberá dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.
El(la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción en conciencia y es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tiene la obligación de informar de inmediato al Director(a) del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.
En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención" (destacado en el original).
- 3 De acuerdo con el Ejecutivo, el sentido del antiguo art. 19 del proyecto de ley (hoy 17) era recoger una forma de objeción de conciencia. Véase en el primer trámite constitucional el informe de la Comisión de Salud de 20 de julio de 2007.

contexto nacional relativamente precario. En efecto, si bien se trata de un derecho con fundamento robusto en la propia Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos (la doctrina aquí es ligeramente diversa en el sistema interamericano y en el sistema universal), la práctica judicial nacional ha trabajado más bien en la dirección de debilitarlo. Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede con la legislación sectorial de otros países, la legislación chilena es escueta en la materia. De allí entonces que resulte aconsejable un debate profundo sobre las posibilidades de actuar institucionalmente en las creencias colectivas y de recoger esa capacidad en la legislación sanitaria chilena, bien se trate de la norma penal o de la norma general sobre derechos y deberes de los pacientes.

Para efectos instrumentales de este trabajo entenderé por objeción de conciencia la capacidad de restarse a la ejecución de prestaciones médicas en razón de las convicciones éticas o religiosas. En un sentido estricto, ella releva del cumplimiento de un deber o de una obligación legal; en un sentido más amplio, ella permite restringir la oferta de servicios sanitarios de parte de un prestador aun si la oferta de dichos servicios no constituye jurídicamente un deber. Si la ley hace obligatoria para el prestador la oferta de un servicio, la objeción opera en el primer sentido; si, en cambio, lo hace solo en un sentido permisivo, la objeción obra en un sentido amplio y, si se quiere, impropio, pues para la negativa institucional del ofrecimiento de un servicio basta con la invocación de otros derechos o facultades del responsable del servicio médico. Cuál de los dos sentidos es el que se admitirá en la legislación chilena, es una cuestión que no puede ser abordada en este lugar ni en este momento.

El texto tiene un fin introductorio, razón por la cual hay varios aspectos que solo podrán ser esbozados. La libertad de creencias y la llamada objeción de conciencia se enzarzan en una compleja red de reglas de derecho constitucional (y aquí se comprende el régimen de libertades del pensamiento con los derechos de no discriminación y acceso igualitario a las prestaciones de salud), sanitario, administrativo, penal y civil.

Desde el punto de vista ético, el presente estudio no se pronuncia sobre la moralidad sustantiva ni sobre la legitimidad de las varias formas en que puede explicarse la interrupción del embarazo.

2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COLECTIVA EN EL ÁMBITO SANITARIO ESTATAL

En el ámbito estatal, la pregunta por la objeción de conciencia posee al menos dos dimensiones relevantes para el debate. Por una parte, se plantea la pregunta por la admisibilidad de la objeción de conciencia colectiva tratándose de servicios públicos sanitarios que pertenecen al Estado y, por la otra, sobre el régimen legal de la objeción individual reconocida al funcionario. En este caso, para los servicios públicos existiría claramente un deber de actuar pues la interrupción del embarazo sería una prestación médica que estaría comprendida dentro de la órbita de potestades (poderes-deberes) y no de las meras facultades del órgano. Las limitaciones de las prestaciones de salud, por tanto, obedecerían únicamente a razones materiales o de infraestructura, pero nunca a razonamientos de carácter ideológico.

2.1. Los servicios públicos sanitarios, en tanto órganos estatales, carecen de derechos fundamentales

En la medida en que el servicio público sanitario corresponde al ejercicio de una competencia centralizada o descentralizada reglada que no deriva, ni por asomo, del ejercicio de un derecho fundamental de carácter estatal es que se estima jurídicamente improcedente la alegación de una objeción de conciencia institucional. Lo anterior, en la medida en que la objeción de conciencia se convierte en una forma no autorizada de inejecución de las competencias legales atribuidas por la ley y de cuyo ejercicio o aplicación no es posible sustraerse –sin dispensa institucionalizada– “ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias”.

Si bien la práctica administrativa y judicial nacional ofrece alguna casuística desorientada –propia de los ámbitos procesal penal y administrativo⁴– que ha admitido la posibilidad de invocar con éxito las normas de derechos a favor de órganos estatales, no hay evidencia que dicha práctica halla llegado al extremo

4 Me refiero puntualmente a la situación de los llamados alcaldes “objectores”, a la posibilidad de recurrir de nulidad procesal penal ante la Excm. Corte Suprema por vulneración de derechos fundamentales (art. 373 letra a del Código Procesal Penal) o a la posibilidad de recurrir de protección por vulneración de derechos constitucionales. Para una mirada crítica a esta última práctica, véase mi trabajo “Qué derechos constitucionales pueden tener el Estado y sus órganos en un Estado constitucional de Derecho”, en FERNANDOIS, A. y GARCÍA, J. (Eds.), *Sentencias destacadas 2012. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Libertad y Desarrollo, Santiago), pp. 193-217. Para una mirada crítica a la situación de los alcaldes objetores, véase Casas, Lidia y Dides, Claudia, “Objeción de conciencia y salud reproductiva en Chile: dos casos paradigmáticos”, *Acta Bioethica* XIII/2 (2007), p. 203.

de adjudicar conflictos reconociendo derechos de contenido ideológico (como las libertades políticas o de conciencia) a personas jurídicas de derecho público estatales. Por el contrario, aunque el contexto argumental es más bien precario, la evidencia muestra la negativa de los tribunales para reconocer en el Estado la idoneidad para reclamar derechos asociados a eso que la doctrina ha llamado como libertades o garantías del pensamiento libre⁵.

En materia sanitaria, son muy útiles a este efecto las claves desarrolladas recientemente por el Consejo de Estado italiano y que bien se condensan en la siguiente afirmación: "la 'conciencia' de las instituciones está constituida por las leyes que las regulan"⁶.

2.2. Efectividad-continuidad del servicio sanitario y objeción de conciencia: problemas jurídico-administrativos

Asumo como premisa que si la legislación reconoce la objeción de conciencia para el personal médico o sanitario lo hará en iguales términos para el sector público que para el privado. Lo anterior partiendo de la base que, como lo ha resuelto nuestra jurisprudencia laboral y constitucional, los funcionarios públicos son titulares de derechos fundamentales. De aquí entonces que es preciso preguntarse por algunos impactos que el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia individual pudiere tener en el sistema general de salud. Esta es una dimensión ulterior de la legislación que despenaliza el aborto y se relaciona con la faz administrativa del aborto como servicio sanitario reglado y ofrecido por la red estatal de salud. Como lo muestra la práctica en algunos países, del reconocimiento de la objeción de conciencia del funcionario suelen derivarse algunas consecuencias que deben ser previstas por el legislador o, al menos, por la administración responsable de la política sanitaria. Se trata, en particular, del problema de la eficacia de la ley cuando la objeción funcional adquiere una entidad tan relevante que, en la práctica, torna al servicio objetado (como puede ser el aborto, ciertos tratamientos de fertilidad,

5 Véase Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 21822-2004, sentencia de 5 de julio de 2004; Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 21797-2004, sentencia de 24 de junio de 2004; Corte Suprema, Rol 683-2004, sentencia de 26 de febrero de 2004 y Corte Suprema, Rol 2913-2004, sentencia de 29 de julio de 2004. En materia sanitaria véase, ilustrativamente, el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 3.440-2006, sentencia de 4 de enero de 2007, a propósito de la distribución de la llamada "píldora del día después".

6 Consejo de Estado, Secc. III, sentencia de 2 de septiembre de 2014, núm. 4.460, párr. 55.6, disponible en: [<https://www.giustizia-amministrativa.it>]. Sobre este fallo, véase el trabajo de PLOGGIA, Alessandra, "L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici", *Istituzione del Federalismo* 1, 2015, pp. 121-139.

o cualquier tratamiento médico que pugne con la conciencia individual) en un tratamiento indisponible o inaccesible para el paciente.

En países con tasas elevadas de objetores funcionarios (aquí nuevamente es interesante el caso italiano)⁷ han sido precisas las convocatorias de concursos públicos destinados exclusivamente a profesionales que declaren expresamente no ser objetores. Tanto este último requerimiento como la hipótesis del facultativo que obtiene la plaza funcionaria tras un concurso de esta naturaleza y que inmediatamente se declara como objetor, han sido revisados en sede contencioso-administrativa, dando lugar a relevantes lineamientos jurisprudenciales que procuran equilibrar el imperativo de la conciencia individual con el deber estatal de garantizar la efectividad de esa otra forma de conciencia colectiva, que es la voluntad expresada en la ley. De otra parte, esta práctica ha permitido sofisticar el escrutinio judicial de aquellas prácticas de discriminación directa basadas en exigencias vinculadas con la religión. En efecto dichas medidas han podido ser admitidas bajo la modalidad de los *genuine occupational requirements*⁸.

De lo dicho, se sugiere que tanto la política legislativa como la gubernativa prevean, con el objeto de asegurar que el legítimo recurso a la objeción de conciencia no frustre la ejecución de la ley, a lo menos:

- a) La necesidad de consultar al personal médico, con el objeto de medir el impacto cuantitativo de los objetores frente a la eficacia de la ley. Esta finalidad es legítima a los efectos de analizar la proporcionalidad de una medida que potencialmente pudiere considerarse intrusiva de la conciencia o de la intimidad.
- b) La incorporación de la información sobre la objeción en los procesos de reclutamiento funcionario. En los casos reseñados de contratación para suplir el déficit de funcionarios no objetores, el requerimiento de no objetores no

7 L'Huffington Post, www.huffingtonpost.it, 13 de marzo de 2012, "Aborto, la objeción de conciencia en Italia entre las más altas del mundo. En algunas regiones llega al 100%", 12 de marzo de 2014. Con relación a este fenómeno véase Paris, Davide, "Riflessioni di Diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anno dalla Legge n. 194 del 1978", *Quaderni Regionali* 3, 2008, 1079-1102, pp. 1089 y ss.

8 Véase HAVERKORT-SPEEKENBRINK, Sarah, *European Non-Discrimination Law. A Comparison of the EU Law and the ECHR in the Field of Non-Discrimination and Freedom of Religion in Public Employment with an Emphasis on the Islamic Headscarf Issue* (Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland), 2012, pp. 68-71.

debería ser considerado discriminatorio, por las mismas razones señaladas en el párrafo precedente, en los términos del art. 15 inc. 3º de la Ley núm. 18.834 (Estatuto Administrativo).

- c) La posibilidad de reemplazar al funcionario objetor con criterios de oportunidad que purguen la eventual falta de servicio (arts. 42 de la Ley núm. 18.575 y 38 de la Ley núm. 19.966).
- d) La incorporación de la objeción de conciencia como eximente de responsabilidad administrativa, en todas sus dimensiones (incluyendo el deber de obediencia, art. 56 de la Ley núm. 18.834), y como factor excluido de las calificaciones del personal.
- e) En el caso de los convenios para la ejecución de acciones de salud (art. 23 letra i, Ley núm. 18.469) puede incorporarse un cláusula que exija garantía de cumplimiento de la interrupción del embarazo. También es posible lo contrario (acomodo contractual de la conciencia colectiva), en la medida en que exista espacio legal para una libre determinación del contenido de los convenios.

3. LA TUTELA DEL IDEARIO MORAL DE UNA INSTITUCIÓN Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL SECTOR SANITARIO PRIVADO INSTITUCIONAL

Por sector sanitario privado institucional comprenderé aquí solamente a aquellos servicios gestionados por sujetos no estatales cuya misión y/o visión institucional comprenda de manera declarada y esencial un código deontológico ético o religioso que ordene o, en su caso, limite la oferta de servicios sanitarios del prestador en razón de la conciencia de sus sostenedores. Quedan preliminarmente excluidos, por lo tanto, (i) los prestadores que operan colectivamente pero que carecen de una personalidad moral que los aúne como proyecto institucional (bastaría en este caso el recurso a la objeción individual), (ii) los prestadores que carecen de un ideario explícito o que actúan únicamente de acuerdo con los códigos de conducta de las órdenes profesionales, y (iii) los prestadores que pudiendo tener un ideario lo poseen solo de modo accidental, entendiéndolo aquí por accidental aquello que no compromete la identidad de la institución (que el establecimiento tenga una capilla o lleve el nombre de un prócer espiritual, no lo convierte automáticamente en una institución con ideario).

El campo preferente de aplicación de las reflexiones que siguen es, como puede advertirse, el de los hospitales de carácter religioso. Aunque las razones que justifican la objeción de conciencia exceden el ámbito trascendente de las religiones y comprenden también el inmanente de las creencias, es evidente que en las instituciones vinculadas a organizaciones religiosas es donde con mayor frecuencia se presenta el problema de la objeción de conciencia en materia sanitaria y donde mayor atención se ha prestado de parte de la jurisprudencia comparada. En nuestro país, es un hecho bien conocido que la polémica por la objeción institucional haya partido, precisamente, desde las autoridades de la mayor de las universidades católicas chilenas.

3.1. Premisa: fundamentos políticos y normativos en defensa de las posibilidades de actuación institucional de una ética comunitaria

Dado que ha existido cierta polémica sobre la procedencia de esta modalidad de objeción (y prueba de ello es que el proyecto en su versión actual toma posición respecto de ello), estimo necesario detenerme muy brevemente en los fundamentos políticos y normativos de la llamada objeción institucional. Estos fundamentos permiten argumentar no solo la legitimidad sino también la conveniencia de reconocer expresamente las dimensiones comunitarias de la ética de los individuos.

Desde el punto de vista político no parece inconveniente sino más bien deseable admitir que las personas se organicen para sostener colectivamente sus intereses en lo que concierne a la atención del cuerpo y del espíritu, como acontece en el campo de la salud y de la educación. Se trataría de reconocer como valiosas, y por lo tanto como bienes sociales plausibles de proteger, la pluralidad de concepciones vitales y la posibilidad de articular en torno a ellas proyectos colectivos que trasciendan la voluntad individual. Estos proyectos colectivos vitales encarnan, parafraseando a J. Searle⁹, una intencionalidad colectiva que excede las intenciones individuales y para la cual, por tanto, no bastan las herramientas legales de protección de las capacidades individuales. Ciertamente es posible emplazarse en la vereda contraria y sostener la esencia individual puramente "agregativa" de los proyectos colectivos y la suficiencia de las herramientas individuales para la consecución de los fines colectivos¹⁰. Sin embargo, la evidencia muestra como cierta la tendencia política contraria: a los derechos colectivos de primera generación (los religiosos se encuentran, precisamente, en esa primera línea) se han unido otros de más reciente

9 SEARLE, John, *Consciousness and Language* (Cambridge University Press), 2002, pp. 90 y ss.

10 Vid. DURLAND, Spencer, "The Case Against Institutional Conscience", *Notre Dame Law Review* 86, 2011, 1655-1686.

cuño y de ascendente aceptación¹¹. Esta categoría (no siempre bien recibida en el mundo liberal) de derechos colectivos articula precisamente las demandas de reconocimiento y de no subordinación de los grupos menores respecto del Estado y sus organismos. Asimismo, en otros ámbitos, los institutos de responsabilidad colectiva han ido creciendo frente a la insuficiencia de las formas de control propias de la responsabilidad individual (como sucede en el derecho penal) y como correlato a los riesgos que también entraña la actuación colectiva.

En el plano legal, esta tesis tiene su correlato en las dimensiones colectivas de las libertades de asociación y de religión. Estas dimensiones no se refieren a la capacidad individual de asociarse o de manifestar las creencias en modos de vida individuales sino a la capacidad de organización y actuación colectiva o cooperativa en esos ámbitos. En definitiva, me refiero a la diferencia básica entre la libertad *de asociación* y la libertad *de las asociaciones*. La libertad de las asociaciones, unida a la autonomía que la Constitución chilena reconoce a los cuerpos intermedios, presupone la capacidad para determinar fines y escoger los medios, incluyendo ciertamente sus límites éticos, mientras que la libertad religiosa¹² hace lo propio cuando los creyentes –en el amplio sentido de la palabra, puesto que el derecho internacional protege las creencias teístas, no teístas y ateas– deciden organizar medios materiales para atender

11 Para las justificaciones liberales, colectivistas y críticas se recomienda la síntesis de LÓPEZ, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos?* (Ariel, Barcelona), 2000, pp. 53 y ss. Es valiosa la síntesis y el contrapunto conservador que ofrece R. SCRUTON y que comenta J. FINNIS, "Corporate Persons", *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes* 63, 1989, pp. 239-274.

12 En términos generales es útil la referencia a la Observación General núm. 22 del Comité de Derechos de U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993, párr. 4, "La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse 'individual o colectivamente, tanto en público como en privado'. La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre, entre otras cosas, con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosos".

necesidades sanitarias. En este último sentido, la organización de un centro de salud y la disposición de sus medios bien puede considerarse como una manifestación de modos particulares de vida que resultan merecedores de protección legal. Esta protección legal halla su fundamento en los estatutos generales de los derechos de asociación, creencias y religión, como asimismo en los estatutos especiales que protegen los derechos de las minorías, como el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o los art. 5º y 25 del Convenio 169 de la OIT¹³. Nótese especialmente como estas últimas reglas se predicen respecto de grupos y no de individuos, teniendo forzosamente en cuenta el factor sociocultural que ciertamente no equivale a la suma de convicciones individuales de los miembros de una minoría o de un colectivo indígena.

El reconocimiento de esta dimensión colectiva permite la configuración y el sostenimiento cooperativo de un ideario. De aquí surgen dos cuestiones: (i) por una parte, se abre la duda por la posibilidad de que ese ideario colectivo pueda expresarse en una objeción de conciencia colectiva y, por la otra, (ii) surge la pregunta por el modo de acomodar esa conciencia grupal con los derechos de no discriminación en el acceso a bienes que la comunidad general, expresada en la ley, quiere garantizar, como es el acceso a la educación o a los servicios de salud. La primera cuestión es la consecuencia necesaria del reconocimiento jurídico de las organizaciones de tendencia: si el derecho protege creencias morales, religiosas o políticas que tienen un potencial excluyente respecto de quien no comparte esas creencias, entonces también debe reconocer su correlato en los ámbitos sociales en que se desenvuelven esas creencias, como suelen ser la educación, el trabajo y la salud. Esa manera de reconocimiento puede adquirir dos formas, o bien la frontal de rehusar el cumplimiento de una obligación o bien la indirecta de rehusar administrativamente el ofrecimiento de un servicio. No reconocer ese correlato (que, por lo demás, es usualmente reconocido en los códigos de ética colegiales que, por definición, son colectivos) o descartarlo a priori porque el acceso a la educación, al trabajo y a la atención sanitaria compromete otros derechos o porque su atención es un servicio público, equivale simplemente a negar esas dimensiones colectivas del derecho de asociación o de la libertad de creencias. Obligar a las instituciones –porque son instituciones o, peor aún, porque son ficciones– a separarse de aquellos valores que profesan es una elegante manera de disolver su carácter.

13 El art. 27 del Pacto se refiere expresamente al derecho "en común [*in community o en commun*], con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión".

3.2. Las razones específicas a favor de la objeción de conciencia colectiva y de su reconocimiento legal

El debate en el derecho comparado e internacional se ha centrado en la configuración de formas de acomodo de libertad de creencias y de asociación en los campos de la educación, la salud y el trabajo. Si bien existen tesis que de entrada niegan la objeción individual cuando ella se enfrenta a derechos vinculados con la salud de las personas¹⁴, pareciera que la tendencia predominante es la del reconocimiento del derecho individual de los objetores de conciencia¹⁵ frente a aquellos otros estados que guardan silencio sobre el particular¹⁶.

En el área que aquí interesa, la forma más radical de acomodo entre objetores y requirentes de servicios de salud reserva la objeción de conciencia al plano individual. Este criterio es representado por legislaciones como la española¹⁷, belga¹⁸,

14 Véanse, entre otros, SAVULESCU, Julian, "Conscientious Objection in Medicine", *British Medical Journal* 332, 2006, pp. 294-297, y FIALA, Christian, "Dishonourable disobedience" – Why refusal to treat in reproductive health is not conscientious objection", *Woman. Psychosomatic Gynaecology and Obstetrics* 1, 2014, pp. 12-23.

15 Véase CHAVKIN, Wendy, LEITMAN, Liddy y POLIN, Kate, "Conscientious objection and refusal to provide reproductive healthcare: A White Paper examining prevalence, health consequences, and policy responses", *International Journal of Gynecology Obstetrics Journal* 123 (2013), Supplement, S41-S56.

16 Entre las legislaciones que guardan silencio es notorio el caso sudafricano. La *Choice on Termination of Pregnancy Act* contenía en su redacción original una cláusula de objeción individual de conciencia que fue eliminada durante la tramitación legislativa del proyecto. Parte de la literatura indica que la omisión puede salvarse recurriendo a la Constitución, que fundamentaría el derecho a la objeción individual. Véase NGWENA, C., "Conscientious objection and legal abortion in South Africa: delineating the parameters", *Journal for Juridical Science* 28/1, 2003, p. 8.

17 El art. 19 de la Ley orgánica 2/2010, del Boletín Oficial de 4 de marzo de 2010, dispone que "los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso, los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar a tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación".

18 La Ley de 3 de abril de 1990, relativa a la interrupción del embarazo (famosa por la objeción de conciencia que presentó el propio Rey Baudoin de Bélgica), estableció una cláusula de conciencia

inglesa¹⁹, luxemburguesa (hasta la reforma de 2014)²⁰, danesa²¹, austríaca²², italiana²³ o alemana²⁴, o por aquel notado fallo de la Corte Constitucional de Colombia que afirmó que "la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado"²⁵. En fallos posteriores, el mismo Tribunal ha

en el art. 350 del Código Penal: "Ningún médico, ningún enfermero o enfermera y ningún auxiliar médico será obligado a concurrir a la interrupción de un embarazo". El carácter institucional o colectivo ha sido debatido y rechazado por el Consejo de Estado en una decisión de 17 de octubre de 2000, que examinaba la legalidad de la revocación de un acuerdo de subvención a un centro de salud confesional.

19 *Abortion Act*, 1967, secc. 4.

20 Art. 353-1 (modificado por la Ley de 15 de noviembre de 1978): "*Aucun médecin ne sera tenu d'émettre l'avis prévu par l'article précédent, ni de pratiquer une interruption volontaire de la grossesse, sauf en cas de danger imminent pour la vie de la femme enceinte. De même, aucun auxiliaire médical ne sera tenu de concourir à une telle intervention, sauf en cas de danger imminent pour la vie de la femme enceinte*". Estas normas fueron derogadas por la Ley de 17 de diciembre de 2014 y sustituidas por una nueva versión en la Ley de prevención del aborto clandestino (*loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption volontaire de grossesse*). El art. 13 de esta última Ley dispone: "*Aucun médecin ne sera tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse. De même aucun professionnel de santé ne sera tenu de concourir à une telle intervention*".

21 Art. 102, Ley de Salud (*Bekendtgørelse af sundhedsloven*).

22 Código Penal, art. 97.2

23 Ley núm. 194, de 22 de mayo de 1978, normas sobre protección social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo. Puede consultarse en: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1978-05-22;194>.

24 Véase RITTOGA, Dalida, *The Right to Abortion: Comparative Approach Concerning Croatia, Federal Republic of Germany and USA* (Dissertation.com, Boca Ratón), 2008, pp. 93-95.

25 Corte Constitucional de Colombia, núm. 355-2006, sentencia de 10 de mayo de 2006, párr. 10: "la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica".

aclarado que su doctrina se basa en el carácter de servicio público de las prestaciones de salud²⁶.

En el otro extremo se sitúan las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²⁷ o la jurisprudencia norteamericana, que recientemente –y siguiendo precedentes en el área de la deliberación política colectiva²⁸– aceptó la transmisión de la libertad religiosa de las personas hacia las sociedades for profit, de las cuales participan para el caso específico de la entrega de contraceptivos²⁹. En esa línea también se ubican aquellos ordenamientos cuyas legislaciones han optado por extender expresamente la objeción de conciencia a corporaciones sanitarias de carácter privado, entre las cuales se cuentan Estados Unidos³⁰,

- 26 Corte Constitucional de Colombia, T-388/09, sentencia de 28 de mayo de 2009, párr. 5.2: "no resultaría válido diferenciar, para el tema en concreto, entre las personas jurídicas privadas y públicas. Las principales razones serán que se trata de la prestación del *servicio público* de salud, dentro del sistema público de salud establecido por el Estado, en donde se ve involucrada la protección de derechos fundamentales de los usuarios. En estos eventos no se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes involucradas; por el contrario, se trata de la implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el Estado y financiado con recursos públicos, en el que, aunque tienen oportunidad de participar personas jurídicas particulares, las reglas son muy lejanas a aquellas que regulan la primera situación mencionada. Cuando es el aspecto público el que prima en la prestación de un servicio [público], la autonomía privada debe entenderse drásticamente reducida, especialmente cuando se trata de la protección efectiva y real de derechos fundamentales como la salud, la vida, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros".
- 27 Asamblea Parlamentaria, Resolución núm. 1763, 7 de octubre de 2010, párr. 1, "The Right to Conscientious Objection in Medical Care": "No person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a human foetus or embryo, for any reason". Debe notarse que no hay unanimidad en el Consejo de Europa: la resolución del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2015 que resolvió el Reclamo 99/2013, *Federation of Catholic Family Associations in Europe (FAFCE) v. Suecia*, estimó que Suecia no violaba la Carta Social Europea al no tener disposiciones relativas a la objeción de conciencia en materia sanitaria.
- 28 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Citizen United vs Federal Election Commission*, sentencia de 21 de enero de 2010. Para la práctica anterior, véase MAYER, Carl, "Personalizing the Impersonal: Corporations and Bill of Rights", *Hastings Law Journal* 41, 1990, pp. 577 y ss.
- 29 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Burwell vs Hobby Lobby Stores, Inc.*, sentencia de 30 de junio de 2014. Una relación de la numerosa legislación estatal que reconoce la objeción colectiva (43 estados) respecto del aborto puede consultarse con provecho en *Guttmacher Institute State Policies in Brief (Refusing to Provide Health Services)*, diciembre de 2015.
- 30 42 U.S.C. §300 a-7, conocida como "Church Amendments", la *Public Health Service Act* §45, la *Weldon Amendment* y la *Affordable Care Act* (secc. 1303).

Argentina³¹ y Francia³². Estos últimos ejemplos podrían calificarse, si se quiere mantener la pureza dogmática de la objeción personal, como "excepciones por conciencia", aunque el efecto que surten en lo colectivo no es muy distinto del que surte la objeción de conciencia individual. Por una línea paralela corren aquellas legislaciones que, sin reconocer expresamente la objeción de conciencia institucional, permiten a las instituciones de tendencia sustraerse administrativamente de la oferta pública de servicios asociados con la interrupción del embarazo³³. Sobre este particular se volverá más adelante (3.3).

De la cuantiosa bibliografía parece pertinente recordar las razones que enumera Mark Wicclair y que resumen el caso a favor de la objeción colectiva en las siguientes razones: a) el reconocimiento de la capacidad para practicar y trabajar

- 31 Art. 10, Ley 25.673, Boletín Oficial de 22 de noviembre de 2011: "Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán, con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6°, inciso b), de la presente ley".
- 32 El art. L2212-8 del *Code de la Santé Publique*, modificado por la Ordenanza de 23 de febrero de 2010, dispone "*Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.*
Aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse.
Un établissement de santé privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux.
Toutefois ce refus ne peut être opposé par un établissement mentionné au 2° de l'article L. 6161-5 ou par un établissement ayant conclu un contrat de concession en application de l'article L. 6161-9 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux.
Les catégories d'établissements publics qui sont tenus de disposer des moyens permettant la pratique des interruptions volontaires de la grossesse sont fixées par décret."
- 33 De acuerdo con el art. 8 de la Ley núm. 194 de 22 de mayo de 1978, la interrupción del embarazo puede ser practicada en establecimientos distintos a los públicos a condición de que los órganos de dirección así lo soliciten ("sempre che i rispettivi organi ne facciano richiesta"). Según algunos comentaristas, "la disposición del artículo 8 ofrece así una particular forma de tutela a los hospitales clasificados, a los hospitales católicos regulados por la Ley núm. 817 de 1973 y a las estructuras sanitarias instituidas en la Universidad Católica del Sagrado Corazón", MADERA, Adelaide, *Gli Ospedali Cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: Profili comparatisti* (Giuffrè, Milano), 2007, II, p. 194. Debe anotarse, con todo, la disposición del art. 9° de la Ley núm. 194: "los entes hospitalarios y las casas de cuidado autorizadas se encuentran en todo caso obligadas a asegurar la práctica de los procedimientos previstos en el artículo 7° y la ejecución de las intervenciones de interrupción del embarazo (...)".

en una comunidad que comparte el compromiso con un conjunto de metas, valores y principios; b) la necesidad de reconocer a los pacientes la posibilidad de ser atendidos en un establecimiento comprometido con sus valores fundamentales; c) los miembros de una comunidad de fe pueden tener el legítimo interés en la existencia de instituciones de salud que ejemplifiquen sus principios fundamentales; d) puede considerarse como intrínsecamente valiosa la existencia de instituciones de salud dedicadas a mantener ideales morales; e) puede también considerarse instrumentalmente valiosa la existencia de instituciones que alimenten la diversidad; y f) la misión social institucional permite a estas instituciones promover la justicia social y contribuir al bienestar social³⁴.

3.3. Las modalidades de reconocimiento: fórmulas frontales y fórmulas administrativas indirectas

Si se trata de un derecho con fundamento constitucional, pudiere considerarse que el reconocimiento legislativo es secundario. Con todo, la práctica demuestra que la ausencia de un diseño legislativo que reconozca la objeción colectiva o la excepción por conciencia traslada el problema a las cortes –en el caso chileno podría añadirse a la Contraloría General de la República– que carecen de capacidades para ordenar el sistema de forma tal que las acciones de salud sean previsibles para los usuarios del sistema. De allí que sea necesaria cierta claridad en las posibilidades de actuación que el régimen legal reconoce a las instituciones con ideario.

De lo explicado hasta aquí resultan dos fórmulas básicas de reconocimiento de los idearios colectivos. La fórmula frontal, como la vista en el caso francés, que explicita la facultad de rehusar en favor de instituciones. Esta opción tiene un doble impacto, pues por un lado aclara el sentido obligatorio de la prestación de salud y por el otro protege la diversidad de proyectos de atención de salud. En este caso, la facultad de rehusar opera como límite de una obligación (=hay obligación mientras no se rehúse institucionalmente, por lo tanto la obligación no es absoluta), al punto que incluso se puede llegar a dudar que sea en puridad una *objection clause* si por objeción se entiende solamente la resistencia al cumplimiento de un deber injusto (=no es injusta la ley que reconoce la existencia de una excepción).

Una segunda vía es la que podemos llamar administrativa indirecta. Ella consiste en el reconocimiento a las particularidades de un ideario que puede abrir la legislación

34 WICCLAIR, Mark, *Conscientious Objection in Health Care. An Ethical Analysis* (Cambridge University Press, Cambridge), 2011, pp. 150-151.

administrativa si "los objetivos y campo de acción en que se desarrollará la actividad del establecimiento" (para utilizar el lenguaje del reglamento vigente de clínicas y hospitales)³⁵, propios del régimen de autorización sanitaria, se comprenden como límites a la actividad del centro de salud. Esta segunda vía, como se ha sugerido marginalmente en el caso italiano, reemplaza el problema de la desobediencia por la simple libertad de opción del prestador en cuanto a los servicios médicos que se está dispuesto a ofrecer. En otras palabras, el debate por la objeción y por la conciencia colectiva se reemplaza por la sola consagración legal de la facultad de las instituciones privadas para definir su campo de acción y, por lo tanto, de los servicios que se ponen a disposición de la comunidad. La viabilidad legal de esta última cuestión en Chile³⁶, asociada a la llamada "obligación de servicio", no puede sino esbozarse lateralmente pues excede con creces el carácter introductorio de este trabajo.

3.4. El acomodo con los derechos del paciente y con los derechos del personal médico no objetor

El derecho internacional y comparado muestran que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia se enfrenta con el ejercicio de los derechos de los pacientes que pretenden practicar la voluntad legislativa y, en su caso, también con el de los funcionarios no objetores que pudieren estar dispuestos a actuar contra las directrices institucionales de sus empleadores.

Respecto de los pacientes, investigaciones recientes se han ocupado de identificar vacíos y estándares de regulación de la objeción de conciencia en materia sanitaria, sea en general³⁷ o teniendo en cuenta la perspectiva regional³⁸. Por su parte, junto

35 DS núm. 161, Ministerio de Salud, D. Of. 19 de noviembre de 1982, Reglamento de Hospitales y Clínicas.

36 Además del Reglamento de Hospitales y Clínicas ya citado, concurren preliminarmente para este caso las normas legales y reglamentarias sobre acreditación y las legales-constitucionales sobre el contenido del derecho a la atención de salud respecto de los servicios que el prestador "ofrece o tiene disponibles" (art. 8º, letra a, Ley núm. 20.584). Sobre las "licencias especiales" de funcionamiento, véase CHARO, R. Alta, "Health Care Provider Refusals to Treat, Prescribe, Refer or Inform: Professionalism and Conscience", *American Constitution Society for Law and Policy*. Feb. 2007, p. 15.

37 Véase con detalle ZAMPAS, Christina y ANDIÓN-IBÁÑEZ, Ximena, "Conscientious Objection to Sexual and Reproductive Health Services: International Human Rights Standards and European Law and Practice", *European Journal of Health Law* 19/3, 2012, pp. 231-256.

38 Véase CASAS, Lidia, "Invoking conscientious objection in reproductive health care: evolving issues in Perú, México and Chile", *Reproductive Health Matters* 17/34, 2009, pp. 78-87.

con promover la despenalización del aborto en varias causales, los órganos de tratados³⁹ y algunos tribunales internacionales de derechos humanos⁴⁰ han mostrado preocupación por los efectos que el recurso a la objeción de conciencia pudiere surtir sobre el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres y el acceso igualitario a los servicios de salud.

En general, los criterios a tener en cuenta, cuando se reconoce la objeción de conciencia de manera individual o colectiva, se sustentan en el deber de cuidado hacia terceros que posee el personal médico (y que distingue a esta hipótesis de objeción de otras) y en la potencial condición de vulnerabilidad del paciente. Éstos pueden resumirse en las siguientes directrices:

- a) La decisión de rehusar el tratamiento abortivo no debe poner en riesgo la vida del paciente;
- b) La decisión de objetar debe ser comunicada junto con la derivación del paciente a un centro/facultativo habilitado para la práctica del aborto. No quedaría comprendido, por lo tanto, el rechazo adicional a la obligación de informar y derivar;
- c) Las objeciones no deben implicar una negación sistemática de los servicios médicos a la mujer y una consecuente vulneración de sus derechos reproductivos o sanitarios de acuerdo con las leyes nacionales;
- d) La objeción de conciencia libera al personal médico de la actuación coetánea a la intervención abortiva, pero no comprende intervenciones o atenciones de cuidado anteriores o posteriores a ella;
- e) La objeción se vincula con el acto de intervención directa sobre la vida del feto y los procesos también directos de colaboración con dicho acto⁴¹, mas

39 Véase referencialmente y en general: CEDAW, Observación General núm. 24 (1999), Art. 12, párr. 11, La mujer y la salud: "si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios"; CRD, Observación General núm. 15 (2013), sobre el derecho al niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24, párr. 69: "los Estados deben velar por que no se prive a los adolescentes de ninguna información o servicios en materia de salud sexual y reproductiva como consecuencia de objeciones de conciencia de los proveedores").

40 Corte Europea de Derechos Humanos, caso *R.R. vs Polonia*, sentencia de 26 de mayo de 2011.

41 Por este motivo no parece razonable excluir al personal de enfermería u obstétrico.

no a servicios laterales o indirectos (como la toma de muestras, la ejecución de exámenes, la entrega de medicamentos, la certificación de condiciones de salud, el traslado o la alimentación del paciente, etc.);

- f) La objeción protege la adhesión sincera a una creencia, por lo cual el oportunismo o el *venire contra proprio factum* (como acontece cuando quien objeta practica servicios abortivos en otros recintos) no quedan cubiertos por la norma de excepción.

Con relación al personal no objetor, se presenta un problema laboral que no será examinado en este trabajo y que se refiere a la facultad del empleador para reservar sus puestos de trabajo a quienes comparten el ideario o, al menos, para quienes concuerdan con la esencia de su contenido sin compartir la eventual fe que lo sustenta. Esto conduce al análisis de las cláusulas de discriminación en el trabajo y, tratándose de organizaciones religiosas, del régimen de la llamada "excepción ministerial" en el campo del trabajo y la no discriminación⁴².

3.5. Las condiciones de comunicabilidad del ideario: introducción a un problema

Un último aspecto que conviene comentar, aunque sea inicialmente, se refiere a las condiciones de comunicabilidad del ideario. La tesis que aquí se ha esbozado sostiene la legitimidad de la defensa colectiva de un ideario ético o religioso común y, como corolario de ello, la negación del carácter o ideario colectivo de una institución cuando el sistema jurídico no ofrece la posibilidad de sustraerse a aquellas conductas que se estiman contrarias a ese carácter o ideario. Ella presupone ciertamente que no existe solución de continuidad entre el ideario común de los sostenedores naturales y las instituciones a través de los cuales ellos actúan de manera colectiva o cooperativa. Esta continuidad se advierte, por ejemplo, cuando es una entidad religiosa la que asume la administración de un establecimiento de salud o cuando una institución de educación superior de carácter confesional decide extender su acción a la actividad sanitaria. Estas formas de intervención en el "sistema de salud", para utilizar la terminología de la Ley núm. 18.469, son directas siempre que sea el propio titular del ideario quien actúe a través de la negación del servicio. En otras

42 Véanse SLOTE, Pamela y ARSHEIM, Helge, "The Ministerial Exception. Comparative Perspectives", *Oxford Journal of Law and Religion* 4/2, 2015, pp. 171-198 y SANDBERG, Russell y DOE, Norman, "Religious Exemptions in Discrimination Law", *The Cambridge Law Journal* 66/2, 2007, pp. 305-307.

palabras, cuando es ese titular –o titulares, si se actúa en consorcio con otros sujetos que comparten ese mismo ideario– el agente directo de su código ético o religioso.

La situación se altera cuando entre el ideario del agente y la institución de salud se interponen personalidades o fines que tienen la potencialidad de disolver el ideario. Así por ejemplo, si el agente moral colectivo constituye una sociedad comercial para la gestión de los establecimientos hospitalarios (sin que exista la obligación legal de hacerlo como condición de ofrecer servicios de salud), no es claro que esta sociedad derivada tenga el mismo título para defender un ideario colectivo que, si se asila en la religión, no cuadra con las actividades mercantiles. Es por ello que en el derecho comparado se excluye de las excepciones ministeriales a las organizaciones con fines comerciales⁴³.

En definitiva, tanto la estructura organizacional como los fines de la organización tienen la capacidad de alterar las reglas del juego para la objeción de conciencia. Frente a la objeción de conciencia, un hospital o consultorio regido por una orden religiosa o una universidad confesional no está en la misma situación de una sociedad anónima que oferta seguros médicos.

43 Véase RUSSELL y DOE (cit. nt. 41), pp. 306-307.

LA LEGITIMIDAD DE LAS INDICACIONES DEL ABORTO Y SU NECESARIO CARÁCTER DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO¹

Abstract

El artículo defiende la legitimidad de las "indicaciones" que despenalizan el aborto en el proyecto de ley en actual tramitación parlamentaria y afirma que deben ser consideradas "causas de justificación", es decir, no sólo razones que eximen de castigo el aborto en ciertos casos, sino que establecen un derecho a practicarlo. Para lo primero arguye la necesaria ponderación de intereses ante una situación de conflicto insólita como es el embarazo no deseado, en cuanto sometimiento del propio cuerpo al bienestar de otro; para lo segundo razones tanto conceptuales (el carácter legítimo de la preferencia por el interés de la mujer en ciertos casos) como institucionales (la única manera seria de implementar el reconocimiento de la legitimidad de la decisión de la mujer en tales casos).

1. EL CONTEXTO, EL FOCO EN LA SITUACIÓN DE LA MUJER Y LA IMPERIOSA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECIAL

Mediante mensaje de la Presidenta de la República, de 31 de enero de 2015, se inició la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley sobre "despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales" (en lo sucesivo, sólo "el Proyecto")². En lo fundamental, mediante el reemplazo del art. 119 del Código Sanitario (CS) y la introducción de una serie de normas complementarias, la iniciativa pretende despenalizar el aborto practicado por un equipo de salud con el consentimiento de la mujer embarazada en tres hipótesis: cuando el aborto evite un riesgo para la vida de la mujer embarazada, cuando el embrión o feto padezca una alteración

1 Doctor en Derecho, Profesor titular de Derecho penal de la Universidad Diego Portales.

2 Mensaje N° 1230-362, de 31 de enero de 2015 (Boletín N° 9895-11). En la tramitación parlamentaria el Proyecto ha sufrido modificaciones no despreciables, las que, sin embargo, no serán en general objeto de este trabajo.

estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina y cuando el embarazo sea resultado de una violación (caso este último para el que se prevé una restricción temporal).

De este modo se propone para Chile un sistema de "indicaciones" para despenalizar el aborto consentido por la mujer embarazada³, esto es, un sistema que supedita la no punibilidad del aborto a la verificación, por parte de un tercero, de supuestos de hecho taxativamente definidos e independientes de la sola voluntad de la mujer⁴. Concretamente, los tres supuestos previstos corresponden en lo fundamental, si bien con algunas diferencias relevantes, a lo que en el derecho comparado se conoce como "indicación terapéutica" (riesgo para la vida o la salud de la mujer), "indicación embriopática" (inviabilidad o riesgo de graves malformaciones del embrión o feto) e indicación "ético-social", "criminológica" o "humanitaria" (embarazo como consecuencia probable de un hecho ilícito perpetrado contra la mujer).

El derecho chileno ya conoció en el pasado, y desde antiguo, una "indicación terapéutica" derivada primero de una interpretación con base histórica de la exigencia de "malicia" prevista en el art. 342 del Código penal de 1874 (CP) y luego expresamente consagrada en la codificación sanitaria entre 1931 y 1989. En su última versión, correspondiente al art. 119 CS de 1968, la indicación se formulaba en los siguientes términos: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos". Sin embargo, esta disposición fue reemplazada en las postrimerías de la dictadura militar mediante la Ley N° 18.826, de 15 de septiembre de 1989, con el

-
- 3 Como es sabido, y tal como es habitual en el derecho comparado, en general no existe discusión acerca de que el aborto practicado contra o sin la voluntad de la mujer embarazada debe constituir un delito grave. El único objeto genuino de intensa discusión en diversas latitudes es si debe también reprimirse y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones y en qué medida, el aborto consentido por la mujer embarazada o el que ella misma se practica. Las páginas siguientes se refieren exclusivamente al régimen de estos últimos supuestos, de modo que en lo sucesivo no se hará más la aclaración.
 - 4 Opuesto a un "sistema de plazo", conforme al cual la mujer puede decidir libremente sobre la interrupción del embarazo dentro de un determinado plazo (sin perjuicio de que habitualmente se prevean, además, algunas indicaciones, por lo general más estrictas que las propias de un sistema de indicaciones, para el tiempo posterior) y, por cierto, opuesto tanto a un sistema que pudiera llamarse de "aborto libre" (decisión libre de la mujer sin restricciones de ningún tipo) como a uno de prohibición absoluta (aborto punible en todos los casos, sin perjuicio de la posible aplicación de eximentes de responsabilidad penal generales, aplicables excepcionalmente a cualquier delito). Sin perjuicio de loables esfuerzos para interpretarlo como uno de indicaciones (tendencialmente muy restringido, en todo caso), en Chile rige en la actualidad, *prima facie*, un sistema de prohibición absoluta.

propósito explícito de poner término, antes del retorno a la democracia, a la práctica de abortos terapéuticos, al menos de cualquiera que pudiera calificarse de "directo", en los términos de la controvertida doctrina moral del "doble efecto"⁵. Pues bien, el actual Proyecto busca reemplazar a su vez el art. 119 CS vigente desde entonces, que reza: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

De ahí que el aspecto estructural más novedoso de la iniciativa legal sea la consideración de las otras dos indicaciones, inéditas para el derecho chileno⁶, y que, junto con la terapéutica, constituyen el conjunto de hipótesis básicas que suelen prever los sistemas de indicaciones en el derecho comparado⁷. Si bien ya con anterioridad se habían presentado iniciativas legislativas que iban más allá de la reposición de la indicación terapéutica, varias de ellas en orden a despenalizar precisamente el aborto en estos tres supuestos⁸, es sólo con este Proyecto, de iniciativa presidencial, que se dan las condiciones políticas para una efectiva discusión legislativa más allá de los términos tradicionales⁹.

-
- 5 Una muy buena síntesis de la génesis del actual art. 119 CS, así como de la evolución anterior, se encuentra en Bascuñán Rodríguez, Antonio, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *Derecho y Humanidades* N° 10 (2004), pp. 143-181 (pp. 152 ss. y 144 ss.).
 - 6 Sin perjuicio del reciente esfuerzo de Wilenmann, Javier, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XL (2013-I), pp. 281-319 (p. 308), por darle cabida *de lege lata* a la indicación embriopática cuando implica inviabilidad del feto.
 - 7 El Proyecto no se aventura a proponer la, considerablemente más polémica, "indicación socio-económica".
 - 8 Junto a varias mociones sobre aborto terapéutico desde el año 1991, las siguientes mociones proponen un sistema de indicaciones en los tres supuestos mencionados: del senador Ávila, de 19 de diciembre de 2006 (Boletín N° 4.751-11); de los senadores Girardi y Ominami, de 3 de julio de 2009 (Boletín N° 6.591-11); de los senadores Girardi, Lagos, Quintana y Tuma, de 21 de diciembre de 2010 (Boletín N° 7.391-07); de los senadores Gómez, Allende, Lagos y Rossi, de 2 de abril de 2013 (Boletín N° 8.862-11); de los diputados Saá, Muñoz, Pacheco, Ascencio, Castro, Cornejo, Gutiérrez, Núñez, Robles y Silber, de 7 de mayo de 2013 (Boletín N° 8.925-11); del senador Girardi, de 9 de julio de 2013 (Boletín N° 9.021-11); y de los senadores Girardi, Muñoz, De Urresti, Guillier y Quintana, de 30 de junio de 2014 (Boletín N° 9.418-11). Incluso, recientemente se ha propuesto un (técnicamente muy defectuoso) sistema de plazo mediante moción de los senadores Allende, Muñoz, Guillier y Quintana, de 5 de agosto de 2014 (Boletín N° 9.480-11).
 - 9 Cabe hacer presente, en todo caso, que las comisiones de académicos convocadas por los dos últimos gobiernos para la elaboración de un Anteproyecto de nuevo Código Penal propusieron por mayoría de votos el establecimiento de un sistema de plazo. El gobierno del Presidente Sebastián Piñera no siguió la propuesta de su comisión en el Proyecto de nuevo Código Penal presentado al Congreso el 11 de marzo de 2014, donde se mantiene un sistema de prohibición absoluta. A su vez, el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet no ha presentado todavía un Proyecto de Código

La ampliación de las indicaciones en cuestión tiene consecuencias significativas para el debate, no sólo por la ampliación obvia del objeto del mismo, sino porque implica un importante desplazamiento del foco y del núcleo de los argumentos de la discusión. La primera consecuencia de la ampliación es, desde luego, que permite superar el relativo estancamiento que padece la discusión en torno a la reintroducción del aborto terapéutico. Como se sabe, gracias a los avances de la medicina, la frecuencia de situaciones que exijan un aborto terapéutico "directo" es muy baja, lo que unido a que no es posible saber cómo se tratan efectivamente esos pocos casos en la práctica de los centros de salud, y a que la doctrina penal mayoritaria, al menos la expresada en obras generales, no extrae mayores consecuencias prácticas del cambio legislativo y entiende que el aborto terapéutico sin distinciones sigue siendo lícito conforme a las causas generales de justificación¹⁰, hace que en los hechos el debate parezca algo intrascendente.

Desde luego, esto no significa que la cuestión no sea de la mayor importancia. Basta un único caso en que la preservación de la vida de la mujer embarazada pase por la producción "directa" del aborto para que la regulación del art. 119 CS resulte simplemente aberrante¹¹, y esto con independencia de que el caso se resuelva *de facto*, sin recurso al sistema penal¹². No es casual, por ello, que durante la

Penal, aunque es previsible que, de hacerlo, persistirá en el sistema de indicaciones. El trabajo de ambas comisiones aún no se ha hecho público.

- 10 Asi, Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal*, 3ª edición (Editorial Jurídica de Chile), Santiago, 1998, T. III, p. 105 ss.; Garrido, Mario, *Derecho penal*, T. III, 4ª edición (Editorial Jurídica de Chile), Santiago, 2010, p. 119 s.; Bullemore, Vivian y MacKinnon, John, *Curso de Derecho penal* (LexisNexis), Santiago, 2005, T. III, p. 39; y Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, 3ª edición (Thomson Reuters), Santiago, 2014, T. I, p. 97 ss.; en contra, sin embargo, en razón del carácter vacío del art. 10 N° 10 CP y la modificación del art. 119 CS, Balmaceda, Gustavo, *Manual de Derecho penal. Parte especial* (Librotecnia), Santiago, 2014, p. 70 s.; y aparentemente también Del Villar, Waldo, *Manual de Derecho penal. Parte especial* (Edeval), Valparaíso, 2009, T. I, p. 99. En cambio, en la literatura monográfica sobre el tema, hasta donde se alcanza a ver, salvo Sanhueza, Juana, "Tratamiento jurídico del aborto terapéutico", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 187 (1990), pp. 27-33 (p. 32 s.), quien elaboró una de las variantes del argumento, nadie parece compartir la supuesta opinión "mayoritaria", sin perjuicio de la simpatía que se pueda tener por los resultados a los que arriba. Que esto no tenga consecuencias prácticas demuestra que los casos en cuestión son, en efecto, muy excepcionales, o que se tratan al margen del escrutinio jurídico.
- 11 Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 173, afirma que, en esa medida, el precepto es manifiestamente inconstitucional.
- 12 Como sugiere Ossandón, María Magdalena, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", en AA. VV., *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes, N° 27 (2015), p. 163, cuando luego de afirmar que el aborto

tramitación de lo que llegaría a ser la Ley N° 18.826, el argumento central en favor de la regulación que se impuso no haya sido la injusticia intrínseca del aborto en esos casos, ni menos la justicia intrínseca del sacrificio de la mujer, sino más bien la *negación* de la hipótesis de conflicto, con el argumento de que los avances de la medicina habrían erradicado en la práctica esa posibilidad¹³. Pero, como es obvio, un único caso hace imprescindible una enmienda legal, a menos, claro está, que se esté de acuerdo con que el derecho chileno, de modo insólito, *obligue* a la mujer a inmolarse en aras del embrión o feto, aunque luego eventualmente no la castigue si no cumple con su deber y no se sacrifica¹⁴.

Con todo, es evidente que la discusión de otros supuestos de despenalización del aborto, más allá del ámbito terapéutico, permite una discusión más consciente sobre las razones fundamentales para una despenalización. Incluso en lo que concierne al propio aborto terapéutico, la discusión de nuevos supuestos es una

directo para salvar la vida de la madre no puede ser justificado sino a lo más exculpado (p. 161 s.), a propósito de si es necesaria o no una regulación que extienda la eventual exculpación a los facultativos que intervienen en el aborto, la desecha, entre otras razones, "porque la práctica ha demostrado que ni siquiera se plantea una posible responsabilidad penal en situaciones como la descrita".

- 13 Véase Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 18.826*: p. 8 (Informe técnico de 6 de julio de 1988), p. 72 (Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, de 9 de agosto de 1988), p. 108 (Informe de la Comisión conjunta), p. 133 (Presentación de la 1° Comisión, de 5 de abril de 1989), p. 148 (Informe de la Facultad de Medicina de la P. Universidad Católica de Chile, de 12 de agosto de 1989), p. 168 (Informe complementario de la Comisión conjunta, de 16 de agosto de 1989) y p. 171 ss. (Acta de la sesión de 17 de agosto de 1989).
- 14 Como hace Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 161 s., porque, como luego se destacará, "no matar" en este caso implica necesariamente inmolarse en favor del otro. La autora parece intuir que semejante deber es insostenible, cuando expresa que se trataría de situaciones que "no parecen admitir regulación alguna" (p. 162 con nota al pie N° 52), pero es claro que un Estado en forma no puede dar esa respuesta. Acepta también la punibilidad general del aborto directo en estos casos García, Gonzalo, "Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile", en AA. VV., *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes, N° 27 (2015), p. 247, con lo cual parece desautorizar su afirmación inicial (p. 225 s.) en cuanto a que sería un mito que el derecho vigente prohíba y criminalice casos en los que la continuación del embarazo constituya un peligro para la vida de la madre. Tampoco se puede compartir, en consecuencia, el criterio de Rodríguez Collao, Luis, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, T. XIV (1991-1992), pp. 369-387 (p. 385), a quien, no obstante reconocer tanto la legitimidad de una causa de justificación en casos de conflicto entre la vida de la mujer y la del *nasciturus* como la posibilidad concreta del caso, le basta con que éste sea "infrecuente" para preferir que sólo opere una eventual causa de exculpación.

buena ocasión para retomar un debate que, puesto el foco de la discusión reciente exclusivamente en el caso extremo de riesgo actual para la vida de la mujer, había quedado interrumpido en Chile, concierne al tratamiento que han de recibir casos menos extremos pero sin duda muy sensibles, como son aquellos en los que el riesgo para la vida de la mujer no es actual sino sólo potencial o, más en general, cuando se trata de riesgos de consideración para la salud de la mujer, eventualmente "sólo" psicológicos y no físicos¹⁵. Más aún, la sola consideración de las otras indicaciones y la naturaleza de las mismas dejan en evidencia lo incongruente que resulta que el Proyecto restrinja explícitamente la indicación terapéutica a supuestos de riesgo sólo para la vida de la mujer y no también para su salud.

La segunda consecuencia para el debate de esta ampliación de los supuestos a despenalizar es que la propia naturaleza de dichos supuestos realza *la difícil situación de la mujer embarazada* que se encuentra en la encrucijada de abortar o soportar un embarazo no deseado, situación que ahora pasa a ocupar un lugar central en el debate. Porque no sólo sirve de punto de partida para quienes promueven una retirada al menos parcial del derecho penal en la materia, sobre la base de hacer prevalecer dentro de ciertos límites la decisión de la mujer por sobre la vida del que está por nacer¹⁶, sino que también ha sido de algún modo incorporada en el discurso de quienes se oponen a cualquier cambio en el régimen jurídico-penal del aborto.

Así, por ejemplo, desde esa perspectiva se sugiere que la invocación de los derechos y la libertad de la mujer embarazada para la despenalización no serían más que pretextos para que el Estado se desentienda del apoyo y acompañamiento que debería ofrecerle a la mujer que enfrenta el conflicto, al punto de imponerle el aborto al dejarla sola con su problema y, por añadidura, sometida a la presión que implica que esté sólo en manos de ella resolverlo¹⁷. Al mismo tiempo, parece

15 Una completa presentación del estado de la discusión antes de 1989 en Bascañán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 148 ss.

16 Tal es, manifiestamente, el *leitmotiv* de la iniciativa legal del Ejecutivo.

17 Lo ha sugerido también van Weezel, en Hermsilla, Juan Pablo y van Weezel, Alex, "Contrapunto: el aborto terapéutico", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 (2009), pp. 205-208 (p. 207), al llamar la atención respecto de que en un sistema de salud con pocos recursos terapéuticos, el aborto sería la solución más sencilla y barata, de modo que si abortar es una alternativa elegible entre otras, la opción por una alternativa distinta, más cara y riesgosa, podría incluso verse como una irresponsabilidad de la mujer y de los médicos, con lo cual, a su juicio, "la permisión del aborto termina por convertirse en un "deber de abortar"; de algún modo también lo dice Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 164 s., al instar por un régimen que concentre los esfuerzos "para ofrecer otras formas de ayuda, apoyo o acompañamiento, para permitir a la mujer y al niño

expresarse algún grado de comprensión por las mujeres que deciden abortar cuando se hace presente que el difícil trance por el que atraviesan con seguridad recibirá suficiente consideración por parte del sistema penal, afirmándose incluso que, en rigor, no sería necesario modificar la legislación vigente. No sería efectivo, como pretendería la propaganda pro-aborto, que el derecho chileno reprime siempre y en todo caso el aborto; por el contrario, éste contendría mecanismos más que suficientes para hacerse cargo, comprensivamente, del drama personal que afecta a la mujer que aborta¹⁸.

Conviene disipar, sin embargo, posibles malentendidos al respecto: cualquier forma de "empatía" con la mujer embarazada que aborta, aun la más mínima, pasa necesariamente por que se modifique el régimen legal del aborto consentido por ella, en términos de una restricción más o menos intensa de la respuesta punitiva. Por cierto que puede exigirse que el Estado acompañe y apoye a las mujeres que se encuentran en la situación de un embarazo no deseado, también, sin duda, con el propósito de evitar el aborto, pero posibles deudas del Estado a este respecto no pueden servir de argumento para defender la persecución penal del propio Estado contra las mujeres que no fueron acompañadas ni apoyadas, ni menos puede considerarse un signo de genuina preocupación por ellas. Porque, en lo concerniente a la supuesta capacidad de comprensión del derecho vigente, la mujer que decide abortar y lo hace debe contar a todo evento con que: 1° habrá de hacerlo en condiciones clandestinas y con estándares de seguridad dependientes exclusivamente de sus contactos sociales y sus medios económicos, y en todo caso, sin garantías de ningún tipo; y 2° que habrá un procedimiento penal dirigido en su contra y, en principio, una condena.

Respecto de lo primero, se puede responder que los riesgos de una actividad delictiva para quien la realiza no constituyen en sí mismos argumento contra el *status* delictivo de la misma, pero sin duda no pueden dejar impasible a quien pretende ser de algún modo comprensivo con la mujer que aborta, porque entiende que ésta enfrenta un dilema extremadamente difícil¹⁹.

superar ese momento de dificultad y salir adelante de la mejor forma posible", y que procure "que ninguna mujer embarazada se encuentre en una situación tal de desamparo, angustia, conflicto o contrariedad, que sienta que no tiene más opción que acabar con la vida de su hijo".

18 Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, pp. 158 ss. y 164 s.; también Ossandón, María Magdalena, "Aborto y justificación", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 (2012), pp. 325-369 (p. 360).

19 El punto sirve, en todo caso, para desechar el paralelo planteado desde esta perspectiva entre la mujer que aborta y el ladrón de cables de alta tensión en Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 359, con cita a García Caveró y Núñez Poblete: los casos no son en absoluto comparables porque,

Acerca de lo segundo, que eventualmente el hecho no sea descubierto (lo que por regla general supone que no haya complicaciones que requieran intervención médica), que eventualmente el procedimiento penal pueda terminar antes del juicio (las penas del aborto consentido y la posible concurrencia de circunstancias atenuantes permiten, en principio, que se arribe a una salida alternativa que impide la realización del juicio), que con algo de suerte este procedimiento pueda no dar lugar a privación ni restricción de su libertad ambulatoria, que la sentencia pueda eventualmente ser absolutoria si se tiene por configurada una causa eximente de responsabilidad penal o que, aun en caso de condena, con una alta probabilidad ésta no implicará privación efectiva de libertad, son posibilidades que no alteran en absoluto el hecho fundamental de que la mujer que aborta es, conforme al derecho vigente, sujeto de persecución penal del mismo modo que si hubiera cometido cualquier otro delito. Nadie matizaría seriamente el carácter delictivo de una conducta en razón de la (siempre posible) aplicación de institutos procesales alternativos al juicio penal o de la (siempre posible también) concurrencia de causas eximentes de la responsabilidad penal. Entonces lo único que puede afirmarse en favor del régimen vigente desde la perspectiva de la consideración del conflicto que atraviesa la mujer embarazada, es que éste no implica necesariamente que en el caso concreto habrá "cárcel" para la mujer que aborta, lo que, sin embargo, implica el mismo grado de "comprensión" que se tiene respecto de cualquiera que incurra en una conducta delictiva.

Quien estime que a la mujer embarazada no se le puede evitar este camino, al margen de la realidad y gravedad de su conflicto, está ciertamente en su derecho, pero debería sincerar su discurso y no incluir en él una supuesta preocupación por el drama de la mujer.

No puede sino ser desconcertante que estas contingencias, que pueden favorecer a cualquier delincuente, sean lo único que se le pueda ofrecer a la mujer, cuando se tiene presente la especificidad del conflicto en que ésta se encuentra frente a un embarazo no deseado y que es lo que explica que la preocupación por su situación sea, al menos en el discurso, supuestamente compartida por todos los sectores. A diferencia de lo que ocurre con el resto de los delitos, el conflicto implicado en el aborto consentido por la mujer se caracteriza por dos factores: en primer lugar, porque no afecta de modo más o menos excepcional a alguna persona en particular, sino

a diferencia de lo que ocurre con la mujer embarazada y el que está por nacer en el embarazo no deseado, según luego se dirá, ni la existencia ni el dominio de otro sobre los cables de alta tensión representan una afectación de los derechos del ladrón. El deber de éste de abstenerse de robar no es comparable con el deber de aquélla de soportar la situación que afecta sus derechos.

que compromete potencialmente a *todas* (pero a la vez sólo a) las mujeres fértiles y es un conflicto radical, con consecuencias siempre muy profundas para ellas; y en segundo lugar porque, como luego se desarrollará, el deber de tolerancia que se le impone a la mujer es único e incomparable con cualquier otro deber positivo reconocido por el ordenamiento jurídico.

Es este carácter estructural y radical del conflicto al que se ven expuestas las mujeres y sólo las mujeres, lo que lo hace incomparable con otras circunstancias conflictivas del tipo de aquéllas que se recogen en las reglas generales de los códigos penales sobre exención excepcional de la responsabilidad penal. Y es lo que explica también que, como muestra el derecho comparado, en cualquier Estado que se haga cargo genuinamente de la situación de la mujer que enfrenta un embarazo no deseado, el régimen penal del aborto por decisión suya no queda entregado a la simple aplicación de las reglas generales, sino que se aborda en una *regulación especial*, sea en la propia codificación penal, sea en la legislación sanitaria a la que aquélla se remite. Incluso si se estuviera por una interpretación del derecho vigente que, contra lo que parece indicar su letra, resultara especialmente considerada con la mujer embarazada y redujera de modo significativo el riesgo de condena, sigue siendo imperiosa la necesidad de una legislación especial que provea de la *certeza* que de ningún modo la legislación en vigor puede ofrecer, como único camino razonablemente seguro para impedir no ya sólo la condena de la mujer y de los terceros que actúan con su anuencia, sino, sobre todo, *el procedimiento penal* mismo en su contra, al menos como regla general.

Como certeramente ha reconocido Wilenmann, los esfuerzos de reconstrucción racional del derecho chileno en materia de aborto, orientados hacia la mayor consideración y respeto de los derechos de la mujer, aunque encomiables, no lograrían ir más allá de un "modelo de justificación discursiva", que de ningún modo puede satisfacer las necesidades de certeza procedimental que la materia demanda²⁰.

De ahí que, aunque el objeto central de este artículo sea, como su nombre lo indica, afirmar que los supuestos previstos por el Proyecto y bajo los cuales ha de decaer la punibilidad del aborto deben considerarse causas de *justificación* y que es

20 Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 318; en cambio, se muestra contraria a una intervención legislativa que además de proveer impunidad sea "operativa", aunque al parecer sólo respecto a la afirmación de un derecho al aborto como prestación de salud y no necesariamente para efectos penales, Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 164.

necesario que la ley exprese esto con toda claridad, no puede perderse un instante de vista que lo realmente fundamental desde el punto de vista del mejoramiento del *status* jurídico de la mujer es, sin duda, que se tipifiquen explícitamente y en términos lo más objetivos posibles, los casos en que el Estado renuncia a la pretensión de exigirle que siga adelante con el embarazo no deseado. Si tales casos responden a la lógica de lo que en dogmática jurídico-penal se conoce como causa de justificación, de una causa de exculpación o disculpa o, en fin, de otra categoría dogmática que acarree impunidad, es por cierto una pregunta de la mayor importancia conceptual y práctica, como se tratará de ilustrar luego, pero indudablemente secundaria en comparación con la indispensable superación de un régimen de prohibición general sólo limitado por la eventual aplicación de eximentes igualmente generales.

Porque a pesar de la enorme distancia conceptual existente, por ejemplo, entre el denominado estado de necesidad exculpante del art. 10 N° 11 CP, que es la causa de exculpación que en general se reconoce llamada a tener amplia acogida respecto de mujeres cuyo conflicto con el embarazo no deseado las lleva a abortar²¹, y una causa de justificación indiscutida como es la legítima defensa propia del art. 10 N° 4 CP, en la práctica ambas eximentes operan en términos idénticos, ya que por regla general sólo se sabe si tendrán cabida al cabo del proceso penal. Solamente la tipificación de *causas eximentes objetivas y específicamente construidas en torno al aborto*, lo que es perfectamente posible gracias a que se conocen bien los casos extremos de conflicto propios del embarazo no deseado, puede servir de filtro razonable del proceso penal y puede, en consecuencia, ofrecer una dosis mínima de seguridad a las mujeres que se encuentran en tales situaciones y a quienes intervienen en la práctica del aborto.

Un sistema de *indicaciones*, en particular uno tan moderado como el previsto por el Proyecto, parece ser el paso mínimo que debe dar un ordenamiento jurídico genuinamente preocupado por la situación de la mujer que vive la encrucijada del embarazo no deseado al que se le agregan circunstancias extremas.

Para prevenir suspicacias terminológicas, en las páginas siguientes se entenderá por "aborto" la producción de la muerte del embrión o feto anidado en el útero de una mujer (en lo sucesivo, también *nasciturus* o el que está por nacer), sea

21 Hernández, Héctor en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código penal comentado. Parte general* (Thomson Reuters), Santiago, 2011, "Art. 10 N° 11", p. 273; Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 361; y Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 163.

directamente, sea como consecuencia asumida de su expulsión. Cuando se hable sin mayores precisiones de "interrupción del embarazo" se entenderá lo mismo. Por último, en la medida en que el derecho vigente (art. 344 CP) equipara ambos casos y los argumentos de fondo son los mismos, en las explicaciones siguientes en general no se distinguirá entre casos en que la mujer embarazada consiente que otro practique el aborto y los menos usuales en los que ella misma lo practica, de modo que cuando se hable de la mujer que "aborta" o "decide abortar" debe entenderse también el caso normal en que una mujer consiente o decide consentir la práctica del aborto por parte de un tercero.

2. LOS POSIBLES SENTIDOS DE LA "DESPENALIZACIÓN" Y LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN

El Proyecto habla de la "despenalización" del aborto bajo ciertas circunstancias, es decir, emplea un concepto no técnico que simplemente expresa que en tales supuestos el aborto deja de ser punible, sin mayores precisiones. Pero las razones por las cuales una conducta genéricamente descrita en un tipo penal puede no ser punible en el caso concreto son de naturaleza muy variada, como variadas son también las consecuencias que, más allá de la no punibilidad de la conducta, se derivan de la naturaleza específica que se le asigne a la razón "despenalizadora". Si se prescinde de categorías dogmáticas menos consolidadas²², se pueden mencionar al menos tres distintos tipos de razones para la no punibilidad de una conducta, de naturaleza y consecuencias bien disímiles.

Así, puede entenderse por "despenalización" la mera prescindencia de pena por razones político-criminales o de conveniencia social. Es lo que sucede con las llamadas *excusas legales absolutorias*, como es el caso de la regla del art. 489 CP, que consagra la no punibilidad de delitos no violentos contra la propiedad o el patrimonio entre miembros de una misma familia, supuestos en que no se puede dudar del carácter ilícito y plenamente reprochable del hecho, pero que, atendidas las consecuencias aún más disruptivas para las relaciones familiares que cabe esperar de la intervención penal, se ha considerado prudente eximir de pena. Que el hecho siga siendo inequívocamente ilícito explica la expresa subsistencia de la responsabilidad civil, así como que el afectado pueda defenderse legítimamente, incluso de modo

22 Como las que pueden verse en Laurenzo Copello, Patricia, *El aborto no punible* (Bosch), Barcelona, 1990, p. 172 ss.: ámbito libre del derecho, presupuestos negativos de merecimiento de pena y causas propias de exclusión de lo ilícito penal; en tanto que ella misma se decanta, siguiendo a Bacigalupo, por la llamada responsabilidad por el hecho (pp. 321 ss. y 327 ss.).

violento, del ataque contra su propiedad o patrimonio, y que, como también se declara expresamente, la impunidad no favorezca a intervinientes ajenos a la familia.

También puede entenderse por "despenalización" la no punibilidad basada en el reconocimiento de que la persona que incurre en una conducta inequívocamente ilícita se encuentra en una situación que impide que se le pueda dirigir un reproche justo por haberla ejecutado. Es lo característico de las *causas de exculpación o disculpa*²³, tales como el trastorno mental, tanto permanente como transitorio (la "locura o demencia" y la "privación total de razón" del art. 10 N° 1 CP), la incapacidad por minoría de edad (art. 10 N° 2 CP), el llamado error de prohibición invencible, la fuerza irresistible y el miedo insuperable (art. 10 N° 9 CP) y el "estado de necesidad exculpante" (art. 10 N° 11 CP). El carácter ilícito de la conducta en todos estos casos está fuera de discusión, es decir, la valoración que el ordenamiento jurídico hace de ella se mantiene inalterada; lo único distinto es que, a pesar de tratarse de un hecho contrario a derecho, hay razones poderosas en virtud de las cuales se puede "comprender", al punto de "disculpar" al que lo ha perpetrado. Pero como el hecho sigue siendo ilícito, nada obsta a que subsista la responsabilidad civil por el mismo, que proceda la legítima defensa frente a él o que, al menos en principio, la disculpa sólo favorezca al interviniente a quien afecta la circunstancia, si bien la reciente regulación del "estado de necesidad exculpante", introducida mediante la Ley N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010, extiende inequívocamente, bajo ciertas condiciones, el efecto eximente a otros intervinientes²⁴.

Pero la "despenalización" también puede significar el reconocimiento de que la persona que realiza la conducta tiene el *derecho* a realizarla, con lo cual simplemente pierde su carácter ilícito. Esto es lo que se conoce como una *causa de justificación*, en virtud de la cual la conducta en general prohibida se reconoce como conforme a derecho, como legítima. Las consecuencias de este efecto justificante deben ser, como es obvio, diametralmente diferentes a las de una excusa legal absolutoria o de una causa de exculpación o disculpa. Si el hecho es lícito lo es para todos y para cualquiera, de manera que cualquier interviniente en el mismo no hace más que actuar de modo completamente legítimo, lo que explica que no pueda dar lugar a

23 Conceptualmente se suele distinguir entre causas de exculpación y causas de disculpa, pero en este contexto las expresiones se emplean como sinónimas.

24 En efecto, la circunstancia cuarta del art. 10 N° 11 CP exige: "Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa". Lo destaca Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 361; y Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 163.

responsabilidad civil, al menos no con fundamento en un hecho ilícito. Y tampoco puede haber legítima defensa ante él, pues la legítima defensa supone una agresión *ilegítima*; más bien es a la inversa, ya que es la conducta tendiente a impedirlo la que en principio constituye una agresión ilegítima, ante la cual sí cabe la legítima defensa. Dicho de un modo coloquial, se trata de la diferencia entre "respaldar" y simplemente "comprender".

Ahora bien, de la descripción somera de estos grupos de razones y de sus consecuencias queda en evidencia la enorme trascendencia práctica de asignarle a los supuestos previstos por el Proyecto una determinada naturaleza jurídica y no otra. Como ya se ha adelantado, la tesis del presente trabajo consiste en que tales supuestos constituyen *causas de justificación*, así como que, en todo caso, debieran configurarse explícitamente como tales, para asegurar que se interpreten siempre de ese modo. Las razones conceptuales y valorativas que dan sustento no sólo a la plausibilidad sino también a la *legitimidad* de la tesis se presentan en el apartado siguiente (*infra* 3), pero no puede dejar de mencionarse aquí que la consideración de las indicaciones para un aborto no punible como causas de justificación es la única coherente con una política pública que asume como un deber estatal la protección de la salud y la dignidad de la mujer que decide abortar. Porque, en efecto, sólo si se acepta que en los casos especialmente tipificados la mujer tiene *derecho* a abortar, es posible garantizar una serie de condiciones indispensables para la configuración de una tal política pública.

Así, por ejemplo, del carácter lícito del hecho depende que la interrupción del embarazo pueda constituir una prestación de salud que la mujer que se encuentra en la situación prevista por la ley puede *exigir*, al menos frente al sistema público de salud, en la misma medida en que son exigibles otras prestaciones de salud y bajo las mismas condiciones, pues, evidentemente, sólo puede haber derecho a la práctica de una actividad lícita. Y no sólo eso. La licitud de la prestación parece ser presupuesto básico para que, en un Estado de Derecho, los órganos estatales puedan efectivamente prestarla, organizándose y disponiendo personal y recursos de todo tipo al efecto. En la misma línea, del carácter lícito del aborto en los supuestos previstos por la ley depende también que los deberes previstos para los profesionales de la salud, con independencia del modo en que se regulen los efectos de una eventual objeción de conciencia, sean asimismo exigibles, en la medida en que nadie puede ser obligado no sólo a realizar de propia mano una conducta ilícita, sino que tampoco puede ser obligado a contribuir a que otro la realice.

Pero mucho más importante, sin duda, que la exigibilidad o inexigibilidad de los deberes profesionales asociados al aborto por decisión de la mujer embarazada, es la necesaria configuración de un *marco jurídico seguro* para los profesionales de la salud llamados a practicar el aborto, a quienes, por cierto, no sólo les interesa no ser perseguidos penalmente por las intervenciones que practican en los supuestos previstos por la ley, sino que también y en primera línea que se reconozca que no han hecho nada indebido al practicarlas, esto es, que han actuado conforme a derecho. A esto se conectan como mínimo importantes consecuencias propias del derecho civil, tales como la validez (en cuanto posee objeto lícito) de la relación jurídica en virtud de la cual realizan la intervención y perciben la retribución correspondiente al ejercicio de su profesión, así como también que no tengan sustento posibles acciones civiles en su contra (al menos por daño moral) por parte de quienes aleguen un interés legítimo en la conservación de la vida del que está por nacer, como podrían ser otros ascendientes (padre o abuelos, por ejemplo), lo que sí tendría sustento si no se remueve uno de los requisitos básicos de la responsabilidad extracontractual, como es la existencia de un hecho ilícito.

Por último, lo más delicado de todo es que, no obstante la declaración de no punibilidad del aborto en los supuestos previstos por la ley, la afirmación de la subsistencia de su carácter ilícito deja abiertas de par en par las puertas para un amplio espectro de acciones en defensa del que está por nacer, acciones que pueden ser coactivas e incluso violentas en contra de los profesionales involucrados o de la propia mujer, y que, al margen de las posibles dudas sobre su correcta calificación jurídica²⁵, ciertamente podrían alegar mayor o menor legitimidad para sí en la medida en que al menos tienen razón en cuanto a que constituyen una reacción contra un acto no punible pero *ilícito*.

A veces no se le toma suficientemente el peso a estas consideraciones y se las descalifica como simples cálculos político-criminales o de ingeniería social²⁶, en circunstancias que una función fundamental de todo ordenamiento jurídico es precisamente dar certezas en cuestiones difíciles. De ahí que incluso en ordenamientos que no están dispuestos a reconocerles el carácter de causas de justificación a los supuestos de aborto no punible, la conciencia de los deberes mínimos en la materia de un Estado serio termina imponiendo que se provean estas certezas básicas por otros medios, aun a costa de la coherencia conceptual. Es lo que, por ejemplo, ocurre

25 Se puede discutir, por ejemplo, que el que está por nacer sea un pariente o un extraño cuya "persona o derechos" puedan ser defendidos legítimamente en los términos del art. 10 N° 5 o 6 CP.

26 Así, en parte, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 359, con referencia a García Cavero.

nítidamente con el régimen general de plazo del derecho alemán. En Alemania, el establecimiento de un sistema de plazo es el resultado de un diálogo nada de fácil entre el legislador y el Tribunal Constitucional Federal²⁷, tribunal que ha puesto especial énfasis en el deber estatal de proteger la vida del que está por nacer. Es así como en su primera sentencia sobre aborto, de 1975 (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975), el tribunal declaró contraria a la Constitución la ley que establecía un sistema puro y simple de plazo, y luego sólo aceptó un sistema de estas características, en el contexto de los ajustes legislativos que impuso el proceso de reunificación de los dos estados alemanes a partir de 1989, en la medida en que estuviera asociado a una consultoría obligatoria para la mujer (BVerfGE 88, 203, de 23 de mayo de 1993), aunque aclarando al mismo tiempo que la no punibilidad del aborto en estos casos *no podía establecerse como una justificación* del mismo, con lo cual afirmó su carácter de hecho fundamentalmente *ilícito* (p. 273 y ss. y 278 y s.).

Pues bien, lo que interesa destacar en este contexto es que, a pesar de esta aclaración tan tajante y sensible a la distinción entre justificación y exculpación o disculpa, en el mismo fallo el tribunal se ve obligado a hacerse cargo de buena parte de las consecuencias problemáticas de la afirmación del carácter ilícito del aborto practicado bajo las circunstancias previstas por la ley, y lo hace de un modo prácticamente idéntico al que correspondería si el aborto bajo esas condiciones fuese lícito.

En efecto, si bien declara expresamente que la mujer no tiene derecho a exigir que la práctica del aborto sea financiada por la institución de salud previsual correspondiente, al mismo tiempo declara que sería una decisión legítima del legislador que la mujer pudiera acudir a la ayuda social si no está en condiciones de costear el aborto (p. 321) y que en relación con el mismo tuviera derecho a licencia médica pagada (p. 324 s.). Declara, además, que el Estado está obligado (porque es una tarea estatal) a ofrecer posibilidades amplias y efectivas para que la mujer que opta por el aborto pueda practicárselo (p. 328). En otro orden de consideraciones, lo que probablemente sea lo más importante desde un punto de vista del derecho penal, declara también que la ley debe garantizar que no puedan tener lugar posibles acciones de defensa o ayuda del que está por nacer contra la mujer o su médico (p. 279). Por último, en lo concerniente a los intereses de los profesionales de la salud, afirma la validez del contrato en virtud del cual el médico y otros profesionales practican el aborto (p. 295), a lo que cabría agregar que, mediante un fallo posterior

27 Para un panorama de la evolución, por todos, Eser, Albin en Schöнке / Schröder, *StGB-Kommentar*, 28ª edición (Beck), München, 2010, "Vor § 218 ff.", n° marg. 2 ss.

(BVerfGE 98, 265, p. 362 y ss., de 27 de octubre de 1998), se reconoció la práctica del aborto como objeto posible del ejercicio de la libertad de trabajo (art. 12 de la Constitución alemana), al declararse que atentaba contra dicha libertad una regulación que obligaba a los médicos dispuestos a practicar abortos a solicitar una autorización estadual.

Ciertamente este cuadro no resulta coherente, como se ha encargado de destacar críticamente la literatura alemana²⁸, parte de la cual incluso sostiene que, a pesar de las declaraciones solemnes, el aborto que cumple los requisitos legales está justificado²⁹. Pero tiene, en todo caso, la virtud de poner en evidencia la importancia de las cuestiones involucradas en la precisión del tipo de “despenalización” que se está introduciendo y por qué el legislador no puede desentenderse de ellas. Y parece confirmar, también, que la única manera coherente de dar certeza y atender a las necesidades de la mujer que enfrenta el aborto es a través del reconocimiento de las indicaciones como causas de justificación.

3. INDICACIONES COMO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como ya se ha adelantado, aquí se sostiene que las indicaciones habituales en un sistema de indicaciones, y en particular las previstas por el Proyecto en actual tramitación, deben considerarse causas de justificación, lectura que viene confirmada por el propio texto de la iniciativa, en cuanto declara que el facultativo se encuentra “autorizado” para interrumpir el embarazo en tales casos. A continuación se desarrollan las razones que sustentan este aserto.

3.1. Derecho comparado: ordenamientos sensibles a la distinción entre justificación y exculpación con indicaciones

Si se analiza el estado de la discusión en ordenamientos que prevén o han previsto un sistema de indicaciones y que a la vez comparten la tradición de distinguir conceptualmente entre causas de justificación y otras causas de no punibilidad, se puede apreciar que la clara tendencia es hacia el tratamiento de las indicaciones como causas de justificación. Así, por ejemplo, se entendió mayoritariamente en España

28 Al respecto, con detalle, Merkel, Reinhard in Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid y Paeffgen, Hans-Ullrich (editores), *Nomos-Kommentar. Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, 4ª edición (Nomos), Baden-Baden, 2013, “§ 218 a”, n° marg. 55 ss.

29 Así Merkel, “§ 218 a”, *op. cit.*, n° marg. 63 s., con referencias jurisprudenciales (civiles) y a otros autores que mantienen la misma opinión.

mientras rigió el sistema de indicaciones (terapéutica, ético-social y embriopática, aunque esta última más amplia que en Chile, incluyendo riesgo de malformaciones), introducido al Código de 1973 en 1985 y que se mantuvo sin modificaciones bajo el Código de 1995³⁰ hasta la consagración del actualmente vigente sistema de plazo mediante la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³¹.

En el derecho italiano rige hasta hoy un sistema de indicaciones, introducido mediante la Ley N° 194, de 22 de mayo de 1978, para la protección social de la

30 Si bien el Código penal de 1995 trajo consigo una nueva tipificación de los delitos de aborto (arts. 144 a 146), dejó inalterado el régimen de indicaciones de 1985 por la vía de mantener excepcionalmente la vigencia del art. 417 bis del Código de 1973 que lo contenía (disposición derogatoria única, 1 a). El art. 417 bis del Código de 1973, introducido mediante Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, era del siguiente tenor: "1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1° Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. // En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2° Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3° Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. 2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos".

31 Antes de 1995, con especial detalle (aunque mantiene otra opinión, que ha permanecido aislada, respecto de las indicaciones distintas de la terapéutica en caso de riesgo vital para la mujer), Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, op. cit., p. 143 ss.; véase también, como exponentes de la amplia opinión dominante, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición (Tirant lo Blanch), Valencia, 1990, p. 88; y Cobo del Rosal, Manuel y Carbonell Mateu, Juan Carlos, en Vives Antón, Tomás (coordinador), *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición (Tirant lo Blanch), Valencia 1990, p. 583. Con el Código de 1995, esta interpretación se vio confirmada por la referencia a los casos "permitidos" por la ley en el art. 145, cfr. Lascrain Sánchez, Juan Antonio, en Rodríguez Mourullo, Gonzalo (director), *Comentarios al Código Penal (Civitas)*, Madrid, 1997, "Art. 145", p. 425; y Valle Muñoz, José Manuel, en Quintero Olivares, Gonzalo (director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª edición (Aranzadi), Elcano, 1999, "Libro II, Título II", p. 76; diferenciadamente, en cambio, Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Mailla, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª edición (Dykinson), Madrid, 2006, p. 90 ss. (causa de justificación sólo en la indicación terapéutica).

maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Aunque la única indicación prevista para la interrupción del embarazo dentro de los primeros 90 días del mismo es la indicación terapéutica, ésta se formula en términos significativamente más laxos, en la medida en que se parte de un peligro serio para la salud física o síquica de la mujer que, por un lado, se establece atendiendo "a su estado de salud, a sus condiciones económicas, sociales o familiares, a las circunstancias en las que ha ocurrido la concepción o a previsiones de anomalías o malformaciones del concebido", y, por otro, permite que ese estado pueda asociarse no sólo a la continuación del embarazo o al parto, sino también a "la maternidad" (art. 4)³². Pues bien, aunque la mencionada laxitud, que para algunos implica que en los hechos rija en Italia un sistema de plazo³³, ha dado lugar a alguna controversia³⁴, la opinión ampliamente dominante entiende que se trata de causas de justificación respecto del delito de aborto consentido "sin la observancia" de los requisitos legales, previsto en el art. 19 de la ley especial³⁵.

En el caso de Portugal, a través de la Ley 6/1984, de 6 de mayo, se introdujo en el Código Penal de 1982 un sistema de indicaciones, considerando específicamente una indicación terapéutica (art. 140.1 letras a) y b), distinguiendo grados de necesidad e imponiendo restricciones temporales en supuestos de menor necesidad), una indicación embriopática (art. 140.1 letra c), que incluía, con restricciones temporales, razones eugenésicas) y una indicación ética (art. 140.1 letra d)). Con modificaciones menores que incluyen cambios en la numeración de los preceptos (el artículo clave es ahora el 142)³⁶, este sistema subsistió como sistema único de no punibilidad del aborto consentido por la mujer hasta que por Ley 16/2007, de 17 de abril, se introdujo un sistema de plazo que opera en paralelo (nueva letra e) del art. 142.1: cuando la

32 Adicionalmente, conforme al art. 6, puede verificarse la interrupción voluntaria del embarazo después de los primeros 90 días "cuando el embarazo o el parto implicaren un peligro grave para la vida de la mujer" (letra a)) y "cuando se hubieren comprobado procesos patológicos, incluidos los relativos a anomalías relevantes o malformaciones del *nasciturus*, que determinaren un peligro grave para la salud física o síquica de la mujer (letra b))".

33 Zanchetti, Mario, en Crespi, Alberto, Stella, Federico y Zuccalà, Giuseppe, *Commentario breve al Codice penale* (CEDAM), Padova, 1992, "Interruzione della gravidanza", Art. 4, I 5; y Tartara, Valeria, en Dolcini, Emilio y Marinucci, Giorgio (editores), *Codice penale commentato*, 3ª edición (IPSOA), Milano, 2011, t. III, "L. 22 maggio 1978, n. 194", Art. 4, n° marg. 11 s.

34 Aunque al parecer sólo *de lege ferenda*, como se desprende de la detallada toma de posición de Zanchetti, "Interruzione della gravidanza", *op. cit.* [introducción], VIII, 4.

35 Zanchetti, "Interruzione della gravidanza", *op. cit.* [introducción], VIII; Tartara, "L. 22 maggio 1978, n. 194", *op. cit.*, Art. 19 n° marg. 6, con referencias; véase también Art. 4, n° marg. 2, 20 ss.

36 Debidas al DL 48/1995, de 15 de marzo, y a la Ley 90/1997, de 30 de julio.

interrupción del embarazo fuera realizada "por opción de la mujer" dentro de las primeras 10 semanas del embarazo)³⁷. Durante el período en que dicho sistema rigió como sistema único, también existió amplio consenso en el seno de la doctrina portuguesa en cuanto a que las indicaciones propiamente tales constituían causas de justificación, lo que venía fuertemente sugerido por la ley de 1984, que preveía para el art. 140 del Código el epígrafe "exclusión de la ilicitud del aborto", epígrafe que si bien fue reemplazado por la legislación posterior, no ha traído consigo un cambio de opinión³⁸.

El asunto también es pacífico en ordenamientos que combinan un sistema de plazo con indicaciones, como es el caso de Austria y Suiza. En el primer caso, el § 97 del Código penal prevé la no punibilidad del aborto practicado por personal médico, por una parte, dentro de los primeros tres meses de embarazo luego de una asesoría médica (plazo) y, por la otra, en cualquier tiempo, cuando sea necesario para evitar un peligro serio para la vida o un daño grave para la salud corporal o síquica de la embarazada, o exista un peligro serio de que el niño sea gravemente dañado corporal o síquicamente, o si al tiempo de la concepción la embarazada era incapaz (indicaciones), y no se discute que en todos esos casos se excluye la ilicitud del hecho³⁹. En el segundo caso, el art. 119 del Código penal prevé la no punibilidad del aborto practicado por personal médico, en primer lugar, cuando a juicio médico es necesario para que se pueda evitar a la mujer embarazada el peligro de un daño corporal grave o una situación de necesidad síquica grave (indicaciones) y, en

37 El art. 142.1 vigente es del siguiente tenor: "Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida; b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas; e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez".

38 Sobre esto, por todos, Figueiredo Dias, Jorge de, en Figueiredo Dias, Jorge de (director), *Comentário Conimbricense do Código penal. Parte especial* (Coimbra Editora), Coimbra, 1999, T. I, "Art. 142", p. 177 ss. (§ 16 ss.). A los argumentos del autor habría que agregar que la ley de 2007 se presenta también como una ley de "exclusión de la ilicitud" de la interrupción voluntaria del embarazo.

39 Así, por todos, Fabrizy, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebengesetze. Kurzkommentar*, 11ª edición (Manz), Wien, 2013, "§ 97", n° marg. 1.

segundo lugar, cuando dentro de las 12 semanas desde el comienzo de la última menstruación la mujer "hace valer" por escrito que se encuentra en una situación de necesidad, que, sin embargo, inequívocamente no necesita ser verificada (con lo cual se puede poner en duda que se trate de genuinas indicaciones y que no se esté derechamente frente a un sistema de plazo), y también es pacífico que en ambos casos se está frente a una causa de justificación⁴⁰.

Pero muy probablemente la situación más interesante al respecto sea la del derecho alemán, donde, como se ha visto, el Tribunal Constitucional Federal no se ha limitado simplemente a verificar la constitucionalidad de una determinada regulación, sino que, además, se ha pronunciado expresamente sobre la naturaleza jurídica que han de tener las causas de no punibilidad del aborto. En concreto, como ya se dijo y al margen de la acusada falta de coherencia en los resultados prácticos, el tribunal declaró que no era constitucionalmente admisible darle carácter justificante al régimen general de plazo con asesoría obligatoria, en la medida en que se prescindía de la comprobación de una situación excepcional insoportable, con lo cual dejó en claro, al mismo tiempo, que de darse una situación de ese tipo y estando ésta sujeta a verificación, el legislador podía legítimamente declarar conforme a derecho el aborto⁴¹.

Sobre esta base, el § 218 a del Código Penal alemán distingue explícitamente entre una forma de atipicidad ("No se realiza el tipo del § 218 cuando...") y las causas de justificación. El régimen general de plazo con asesoría obligatoria sólo implica atipicidad (inciso primero), mientras que las indicaciones implican justificación (incisos segundo y tercero), sin que se haya puesto en duda la constitucionalidad de los términos de esta concreta formulación legal. Y no puede dejar de destacarse que las indicaciones previstas como causas de justificación son la llamada indicación médico-social (inciso segundo: cuando a juicio médico y teniendo en cuenta las condiciones de vida actuales y futuras de la embarazada, la interrupción del embarazo es indicada para evitar un peligro para la vida o el peligro de una afectación grave

40 Schwarzenegger, Christian y Heimgartner, Stefan, en Niggli, Marcel Alexander y Wiprächtiger, Hans (editores), *Basler Kommentar. Strafrecht II*, 3ª edición (Helbing Lichtenhahn), Basel, 2013, "Art. 118", n° marg. 28, "Art. 119", n° marg. 2; Stratenwerth, Günter y Wohlers, Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, 3ª edición (Stämpfli), Bern, 2013, "Art. 119", n° marg. 1. Como dan cuenta Trechsel, Stefan y Fingerhuth, Thomas, en Trechsel, Stefan y Pieth, Mark (editores), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 2ª edición (Dike), Zürich – St. Gallen, 2013, "Art. 119", n° marg. 11, las cajas de salud previsual están obligadas a asumir los costos de un aborto legal (en la jurisprudencia: BGE 107 V 100 ss.).

41 BVerfGE 88, 203 (p. 273 ss.).

del estado de salud corporal o síquico de la embarazada, y el peligro no es evitable de otro modo exigible para ella), que según opinión dominante contiene la antigua indicación embriopática⁴², y la indicación criminológica o ética, es decir, exactamente las mismas indicaciones que hoy se están discutiendo en Chile.

3.2. La razón de fondo: el insólito deber de poner el propio cuerpo a disposición de otro

Como es obvio, el asunto no puede despacharse apelando sin más a la autoridad de legislación y jurisprudencia extranjera, por mucho que representen una clara tendencia internacional. No puede eludirse el abordaje directo de la cuestión de si resulta conceptualmente admisible que el aborto pueda, bajo ciertas circunstancias, ser un acto justificado, esto es, un acto lícito y no sólo no punible.

La tesis que aquí se defiende es que al aborto practicado con el consentimiento de la mujer siempre subyace una situación de conflicto entre dos bienes o intereses dignos de protección, que puede resolverse legítimamente, porque hay buenas razones para ello, en favor de uno de tales bienes o intereses en algunos casos, en favor del otro en los demás.

El punto de partida, esto es, la existencia de un genuino conflicto, es, aunque no unánime, relativamente pacífico. Así, se admite en general que la vida del que está por nacer es un bien o interés valioso o muy valioso que merece protección en cuanto tal, con independencia de los intereses de la mujer embarazada, de modo que el que está por nacer no es un mero apéndice del cuerpo de la mujer, del que ésta pueda disponer sin más⁴³. Más que en otros ordenamientos jurídicos, en el derecho vigente en Chile esto resulta difícilmente controvertible a la luz del art. 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República (CPR), que consagra expresamente la protección legal de "la vida del que está por nacer", formulación que no se deja identificar con la simple protección de los intereses de la mujer embarazada y que más bien expresa la existencia de un bien jurídico distinto. Y esto

42 Al respecto Merkel, "§ 218 a", *op. cit.*, n° marg. 95, explicando cómo la supresión formal de la indicación sólo habría perseguido eliminar su carácter eugenésico.

43 En la literatura jurídico-penal chilena se han expresado abiertamente contra este reconocimiento, sin embargo, Guzmán Dalbora, José Luis, "Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 17 (2012), pp. 17-51; y Mañalich, Juan Pablo, "La permisibilidad del aborto como problema ontológico", *Derecho y Humanidades* N° 23 (2014), pp. 305-333.

con independencia de la polémica sobre si el ordenamiento constitucional chileno reconoce o no al *nasciturus* el *status* de persona y, en cuanto tal, el derecho a la vida a que se refiere el inciso primero del art. 19 N° 1 CPR⁴⁴.

Asimismo, nadie podría negar que el embarazo compromete muy significativamente el cuerpo de la mujer y, a partir de eso, un haz de intereses suyos de diverso tipo que merecen protección, de modo que un embarazo no deseado compromete sin duda dichos intereses y, en último término, su autonomía y dignidad, sin necesidad de acercarse siquiera a situaciones extremas y dramáticas, como las que se describen en las indicaciones que suele conocer el derecho comparado.

Lo que no es nada de pacífico es la forma de resolver legítimamente este conflicto. En la medida en que entre nosotros no parece estar realmente en discusión la opción por un "aborto libre", esto es, la solución que hace primar en todo caso y sin restricciones de ningún tipo los intereses de la mujer, el debate actual que se da en Chile en torno al aborto consentido por la mujer puede describirse como uno entre quienes entienden que la vida del que está por nacer no puede ser sacrificada en ningún caso, con lo cual le atribuyen primacía absoluta (siempre y sobre cualquier interés de la mujer), y quienes, en cambio, entienden que en algunos casos la vida del que está por nacer debe ceder ante el interés de la mujer. En el primer grupo deben contarse también los que sugieren que el conflicto no tiene solución legítima posible, con lo cual, de hecho, validan la preferencia por la continuación del embarazo. En el segundo se encuentran, sin desconocer la importante diferencia que media entre ambas posiciones, no sólo aquéllos que están por un sistema de indicaciones más o menos rígido, sino también los partidarios de un sistema de plazo (que manifiestamente es una restricción significativa a la libertad de decisión de la mujer) como mecanismo de distribución de la preferencia por uno u otro bien.

Como ya se ha adelantado, aquí se favorece la segunda posición. Más específicamente, se favorece un sistema de plazo, con lo cual un sistema de indicaciones como el que se está discutiendo hoy en Chile se considera un avance mínimo indispensable de la regulación. Ahora bien, como el debate actual está centrado exclusivamente en

44 A juicio del suscrito, las mejores razones hablan en contra de ese reconocimiento, pero si no se abunda en el punto es por la convicción de que, contra lo que algunos pretenden, no es decisivo para el régimen jurídico del aborto consentido por la mujer embarazada, según se sostendrá luego en el cuerpo de este artículo. Un desarrollo de la cuestión a partir de la negación del *status* de persona del que está por nacer puede verse en Mayer, Laura, "La vida del que está por nacer como objeto de protección legal", Revista de Derechos Fundamentales (Universidad de Viña del Mar), N° 5 (2011), pp. 63-80.

la introducción de un sistema de indicaciones, las líneas siguientes sólo se harán cargo de dicho sistema.

Con todo, antes de avanzar en la fundamentación de un sistema como el previsto en el Proyecto en actual discusión, conviene hacerse cargo de la crítica en cuanto a que un sistema de indicaciones que, como se defiende aquí, constituyan causas de justificación (y que en esa medida impliquen un derecho a abortar) se desentendería completamente del *nasciturus*, haciendo prevalecer los intereses de la mujer en términos absolutos⁴⁵. De la sola presentación de las posiciones se desprende que se trata de una acusación sin sentido. Es solamente en razón del alto valor que se le reconoce a la vida del que está por nacer que a la mujer embarazada se le impone el deber insólito de soportar que su cuerpo esté al servicio de otro, deber del que sólo puede liberarse en casos muy excepcionales, bajo amenaza de pena en caso de incumplimiento más allá de esos límites. Que la liberación excepcional se reconozca como un derecho no altera en absoluto el peso enorme de la vida del que está por nacer en la configuración del régimen del aborto⁴⁶. A algunos esto podrá parecer insuficiente, pero no puede negarse seriamente.

Contra el sistema de indicaciones entendidas como causas de justificación se ha hecho valer en nuestro medio que las indicaciones no satisfarían las exigencias de las causas de justificación tradicionales reconocidas en nuestro derecho: no puede hablarse de legítima defensa porque el *nasciturus* no agrede ilegítimamente a la mujer, ni tampoco de estado de necesidad justificante, en los términos del art. 10 N° 7 CP, no sólo porque aquí no se afecta la propiedad de otros, como exige ese precepto (lo que, sin embargo, podría obviarse por quienes sostengan que el nuevo art. 10 N° 11 CP contiene, al menos en parte, también una causa de justificación⁴⁷), sino sobre todo porque el estado de necesidad justificante supone que el bien resguardado

45 Así, Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 147 s.

46 Incluso un sistema de plazo implica una restricción radical a la libertad de decisión de la mujer, que sólo se justifica por el valor de la vida del que está por nacer.

47 Así, Cury, Enrique, "El estado de necesidad en el Código Penal chileno", en AA. VV., *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), Santiago, 2013, p. 252 s.; con dudas, aunque favorable a esa idea, Couso, Jaime, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código penal comentado. Parte general* (Thomson Reuters), Santiago, 2011, "Art. 10 N° 7", p. 234 s.; y Acosta, Juan Domingo, "Artículo 10 N°s. 7° y 11° del Código penal. Algunos criterios de delimitación", en van Weezel, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Thomson Reuters), Santiago, 2013, p. 696 s.

sea de mayor valor que el bien sacrificado, lo que es al menos discutible en algunos casos y ciertamente insostenible en la mayoría de los supuestos⁴⁸.

Con ser ciertas estas últimas afirmaciones, en sus propios términos el argumento no puede ser decisivo porque aquí no se trata de la concurrencia de la legítima defensa o del estado de necesidad justificante regulado en el art. 10 N° 7 CP, sino simplemente de la introducción legislativa de *nuevas y distintas causas de justificación*, lo que es sin duda posible, a menos que se quiera negar que eso es precisamente lo que sucede, cuando menos a través del art. 10 N° 10 CP, cada vez que la ley consagra el derecho de realizar bajo ciertas circunstancias una conducta subsumible en un tipo penal.

El verdadero argumento sería, entonces, que sólo un supuesto *equivalente* a las causas de justificación tradicionales podría equipararse legítimamente a ellas. Pero entonces habría que hacerse cargo, al menos, de *todas* las estructuras justificantes reconocidas por la doctrina jurídico-penal y no sólo de las que han servido para reconstruir el argumento. En particular, quienes lo enarbolan suelen omitir hacerse cargo de la distinción conceptual entre las diferentes formas de estado de necesidad justificante y se limitan a constatar la imposibilidad de emparentar las indicaciones del aborto con el llamado estado de necesidad *agresivo*⁴⁹. Esta forma de estado de necesidad, que es la que recoge el art. 10 N° 7 CP, se caracteriza porque el mal que se trata de evitar no proviene del bien (o de la esfera de organización del titular del bien) que se daña para evitarlo, circunstancia que explica que se le someta en general a requisitos exigentes, como son la subsidiariedad y una cierta proporcionalidad entre

48 Tácitamente respecto del estado de necesidad, Rodríguez Collao, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 384; exhaustivamente, haciéndose cargo también del ejercicio legítimo de un derecho, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, pp. 330 ss., 357 ss. y *passim*; en España, Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, *op. cit.*, p. 149 s. (esta autora examina y rechaza también el ejercicio legítimo de un derecho, propuesto por Cerezo Mir, p. 150 ss.).

49 Es lo que le ocurre a Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, *op. cit.*, p. 145 ss., quien sólo en una nota al pie menciona el (pero no se hace cargo del) estado de necesidad defensivo (p. 149, con nota al pie N° 20); en Chile, manifiestamente Rodríguez Collao, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 384; Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 161; y García, "Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile", *op. cit.*, p. 239 s. Este último con referencias a Roxin, pero sin mencionar que en los pasajes citados este autor se refiere exclusivamente a los supuestos de estado de necesidad agresivo, que no es lo que, expresamente, se da a su juicio en el aborto terapéutico (incurrir en el mismo defecto, aunque en este trabajo sí se hace cargo del estado de necesidad defensivo, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 357 s.).

los males en juego, concretamente que el mal evitado sea mayor que el causado⁵⁰, lo que se relaciona en buena medida también con el mayor o menor valor de los bienes en juego. Y, por cierto, si ya la afirmación de un posible mayor valor de la vida de la mujer respecto de la vida del *nasciturus* puede resultar controversial, una afirmación semejante se hace prácticamente insostenible cuando en la comparación se consideran otros intereses de menor rango de la mujer⁵¹.

Pero existe también otra forma de estado de necesidad, el llamado estado de necesidad *defensivo*, sin reconocimiento expreso en la legislación chilena, pero cuyo reconocimiento conceptual va siendo creciente en nuestra literatura⁵². El estado de necesidad defensivo se caracteriza porque el mal que se trata de evitar proviene precisamente del bien (o de la esfera de organización del titular del bien) que se daña para evitarlo, aunque sin llegar a constituir una agresión ilegítima en los términos de la legítima defensa. Es esta diferencia con las situaciones de legítima defensa lo que explica que se le imponga la exigencia de subsidiariedad propia de cualquier estado de necesidad, pero no la estricta exigencia de proporcionalidad del estado de necesidad agresivo, sino una más moderada, en términos de que el mal que se evita no sea mucho menor que el que se causa para evitarlo. De este modo, la estructura de las indicaciones del aborto, al menos de algunas de ellas, se acerca considerablemente a la del estado de necesidad defensivo⁵³.

Para evitar posibles malentendidos, aquí no se está afirmando que las indicaciones del aborto sean necesariamente casos de estado de necesidad defensivo, lo que por lo demás, como ya se ha dicho, no es necesario si el legislador las establece expresa y específicamente, sino sólo que hay causas de justificación reconocidas ampliamente

50 El art. 10 N° 7 CP, junto con reducir el círculo de bienes jurídicos sacrificables a la propiedad, exige expresamente que el mal que se evita "sea mayor que el causado para evitarlo" y que "no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo".

51 Así, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 357 ss.; Lorenzo Copello, *El aborto no punible*, *op. cit.*, p. 149 s.

52 En general, al respecto Wilenmann, Javier, "El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVII, N° 1 (2014), pp. 213-244 (p. 217 con nota al pie N° 9), con referencias.

53 Así lo ha visto, al menos respecto del aborto terapéutico, Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, pp. 151 y 173. Un desarrollo más detallado del mismo autor, centrado en la demostración del carácter no absoluto de la prohibición de matar a personas inocentes, en Bascuñán Rodríguez, Antonio, "La píldora del día después ante la jurisprudencia", *Estudios Públicos* N° 95 (2004), pp. 43-89 (p. 67 ss.).

a las que las indicaciones o al menos algunas de ellas pueden equipararse en razón de que, sin ser idénticas, se pueden considerar estructuralmente equivalentes.

Es cierto que un sector relevante (aunque minoritario)⁵⁴ de la literatura comparada se opone a que la simple circunstancia de que el mal que se trata de evitar "provenga" de un determinado bien (o de la esfera de organización del titular de un determinado bien) autorice sin más a sacrificarlo en los términos del estado de necesidad defensivo, y exige que el mal sea de algún modo "imputable" a su titular, lo cual, como es manifiesto que no es predicable del *nasciturus*, cerraría la posibilidad de una justificación en cualquier caso de aborto⁵⁵, lo que sería concordante con el postulado de la existencia de una *prohibición absoluta de matar a un inocente*, en virtud de la cual los casos que conducen a ese resultado a lo más podrían ser exculpados, pero nunca justificados⁵⁶. Sin embargo, esta afirmación no resulta plausible en situaciones extremas, ya que "nadie que no tenga un deber especial de exponerse al peligro tiene que soportar daños corporales graves en consideración de otro"⁵⁷, con independencia de que éste sea inocente o no, de modo que "en casos límite será inevitable una ponderación de vida frente a vida, inadmisibles en otros casos"⁵⁸. Y esto debe ser zanjado por el derecho.

Es lo que se desprende, por lo demás, de la aplicación, en una serie de supuestos en los que nada puede imputarse a la víctima, de la llamada doctrina del "doble efecto", por ejemplo, en el Derecho internacional de la guerra⁵⁹ y, por cierto, en materia de aborto⁶⁰. Si conforme a dicha doctrina la muerte de los pasajeros del

54 Como reconoce Coca Vila, Ivó, "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", *InDret* 1/2011, pp. 1-40 (p. 6 s.).

55 En Chile, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, pp. 338 y 342 ss., con referencias.

56 Así, por ejemplo, Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, pp. 154 s. y 157 s.

57 Roxin, Claus, *Strafrecht AT I*, 4ª edición (Beck), München, 2006, § 16 n° marg. 78, sobre el conjunto de la discusión véase § 16 n° marg. 72 ss. (hay traducción española de la 2ª edición alemana de 1994: Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general I* [trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesa] [Civitas], Madrid, 1997, véase § 16 n° marg. 62 ss., el pasaje citado se encuentra en el n° marg. 68).

58 Roxin, *Strafrecht AT I*, *op. cit.*, § 16 n° marg. 78 (*Derecho penal PG I*, § 16 n° marg. 68).

59 Al respecto Miranda, Alejandro, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 (2008), pp. 485-519 (pp. 501 y 508).

60 Miranda, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *op. cit.*, p. 510 s.; más específicamente Miranda, Alejandro, "¿Qué es el aborto indirecto? La prohibición del aborto y el principio del doble efecto", *Acta Bioethica*, Vol. 20 (2014), pp. 159-167; también Ossandón,

avión derribado para evitar que los secuestradores que han tomado su control lo estrellen contra un edificio constituye un mero "efecto colateral" de un acto *lícito* de defensa⁶¹, es evidente que para sus partidarios, en los hechos, la prohibición de matar inocentes no es absoluta⁶². Y si la prohibición de matar personas inocentes no es absoluta, entonces la eventual atribución del *status* de persona al *nasciturus* y, consecuentemente, su eventual titularidad sobre el derecho a la vida no es un argumento decisivo contra la justificación del aborto⁶³. Pero ahora la cuestión fundamental es, como es obvio, cuáles son las razones en virtud de las que habría de justificarse el aborto consentido por la mujer.

En aquellos casos en que existe riesgo de muerte para la mujer, la justificación es reconocida universal y pacíficamente⁶⁴ y puede conceptualizarse como un caso de estado de necesidad defensivo⁶⁵. Si el derecho vigente efectivamente no lo reconoce en casos de aborto "directo" o no lo reconoce con suficiente claridad, entonces, al margen de una posible declaración de inconstitucionalidad, la ley debe ser modificada a la brevedad. El Proyecto en actual discusión así lo hace.

María Magdalena, "La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2 (2011), pp. 103-136 (p. 117 ss.); Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 159; García, "Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile", *op. cit.*, p. 236 ss.

- 61 Asi, Miranda, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *op. cit.*, p. 512.
- 62 Por cierto, en nada cambia la valoración que los partidarios de la doctrina crean genuinamente que en tales casos la delimitación entre lo (jurídicamente) legítimo y lo ilegítimo radica en la subjetividad del agente. Es significativo, en todo caso, que un especialista en la materia sostenga inequívocamente que, para efectos *jurídicos*, la justificación de una conducta es totalmente independiente de las intenciones del sujeto: Miranda, Alejandro, "Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa", *Revista Médica de Chile*, N° 140 (2012), pp. 261-265 (p. 263).
- 63 Asi, Bascuñán Rodríguez, Antonio, "Límites a la prohibición y autorización legal del aborto en el Derecho constitucional comparado", *Revista de Derecho Público*, Vol. 63 (2001), pp. 209-247 (p. 247).
- 64 Hasta donde se puede ver, no existen legislaciones occidentales que no permitan el aborto en estos casos. No lo dudan autores reacios a reconocer un aborto justificado, a pesar de situar el asunto en la lógica del estado de necesidad agresivo, tales como Lorenzo Copello, *El aborto no punible*, *op. cit.*, p. 242 ss. (no así las demás indicaciones, p. 248); o Rodríguez Collao, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 384 s.
- 65 Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 173, invocando, además, la garantía de igualdad ante la ley.

Más allá de ese caso indiscutible, desde luego para aquéllos en que existe riesgo para la salud de la mujer y sea dudosa la pertinencia de la razón precedente, las razones para justificar el aborto se encuentran en la circunstancia, que torna incomparable la situación de conflicto de la mujer ante el embarazo no deseado, de que la vida del que está por nacer y, por lo tanto, su conservación suponen un compromiso *positivo*, irremplazable⁶⁶ y particularmente intenso de su cuerpo por un tiempo prolongado⁶⁷.

Lo que la regulación del aborto exige a la mujer no es simplemente abstenerse de matar al que está por nacer, no es simplemente el deber negativo que rige para todo el resto de las personas y que lo único que compromete o afecta es la libertad general de actuación en ese contexto sumamente específico. Por el contrario, para la mujer embarazada la única manera de no matar al que está por nacer (o de no consentir en que se le mate) es poner su cuerpo a disposición del mismo y soportar que crezca en su interior, con todo lo que ello implica, por un período que, por lo general, se extiende por 9 meses.

Como es fácil de advertir, esto no se le exige a nadie más. Todo el resto de las personas está en condiciones de honrar la vida de los demás (incluyendo la del que está por nacer) de un modo asaz sencillo, como es simplemente abstenerse de realizar conductas que les ocasionen la muerte, lo que por cierto limita su libertad y en algunos casos hasta puede perjudicar sus intereses, sacrificios que, sin embargo, de modo alguno se comparan con la carga de poner el propio cuerpo a disposición de la vida de otro. La genialidad del "caso del violinista" propuesto por Judith J. Thomson radica precisamente en haber llamado la atención sobre este aspecto central para el debate sobre el aborto: el lector que de buena fe está dispuesto a seguir la fantasía e imaginarse cómo un buen día despierta conectado a otra persona, cuya vida depende (porque de algún modo se sirve del cuerpo del lector) de que la conexión

66 Es lo que no se ve cuando se critica que las razones en favor del aborto valdrían también para el hecho de dar muerte a los hijos nacidos.

67 Sobre esto, en Chile, Bascañán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 167 ss.; Bascañán Rodríguez, "Límites a la prohibición y autorización legal del aborto en el Derecho constitucional comparado", *op. cit.*, p. 245 ss.; Horvitz, María Inés y Soto, Miguel, "Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el Anteproyecto del nuevo Código Penal, elaborado por el Foro del Ministerio de Justicia", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9 (2007), pp. 75-120 (p. 79 con nota al pie N° 7 y p. 89 con nota al pie N° 34); Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 294.

se mantenga por un tiempo prolongado⁶⁸, puede apreciar con toda claridad cuál es la exacta situación de la mujer en el embarazo.

La peculiaridad de la situación y sus consecuencias para la configuración de los deberes de la mujer no pueden pasar inadvertidas para la dogmática jurídico-penal. Claramente lo que se pide de la mujer no es asimilable sin más al deber general y fundamental de organizarse y comportarse de modo de no dañar a otros (*neminem laedere*, competencia por organización), sino que inequívocamente implica un deber positivo de ponerse a disposición del bienestar de otro, deber que, al menos en principio, sólo se deja entender como un deber de *solidaridad*⁶⁹. En consecuencia, es erróneo (o al menos está insuficientemente fundado) sostener que, por grave que sea el conflicto que vive la mujer y por grandes que sean los sacrificios que debe afrontar en razón del embarazo, el aborto no puede justificarse, insistiendo simplemente en que se trata de una "conducta de dar muerte a otro"⁷⁰.

Una vez más debe recalcarse que el posible reconocimiento al que está por nacer del *status* de persona y titular del derecho a la vida no altera la conclusión

68 Thomson, Judith J., "A Defense of Abortion", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1 (1971-1972), pp. 47-66 (p. 48 s.) [hay traducción española: "Defensa del aborto" [trad. de Sáinz de los Terreros], en Dworkin, Ronald [compilador], *Filosofía del Derecho* [Fondo de Cultura Económica], México 1980, p. 211 ss.]. Ciertos excesos literarios de la formulación del caso han permitido que el debate se desvíe hacia puntos no esenciales, que no es del caso abordar aquí.

69 Asi, Jakobs, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. de Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 64 (incluido también en Jakobs, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* [Civitas], Madrid, 2004, Cap. IV, pp. 99-148 y p. 142), sin perjuicio de la reserva expresa en cuanto a que en materia de aborto pudiera fundarse un deber de la mujer que fuera más allá de la mera solidaridad, remata afirmando que "una acción fácticamente dañina no tiene por qué ser siempre contraria a una prohibición de lesión". Entre nosotros, entienden que se trata de un mero deber de solidaridad Bascuñán Rodríguez, "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", *op. cit.*, p. 167; y Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, pp. 292 ss. y 295.

70 Asi, Ossandón, "Aborto y justificación", *op. cit.*, p. 358 s., y Ossandón, "Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana", *op. cit.*, p. 153 s. La cuestión no es cómo se entiende la conducta típica, sino el tipo de deber que implica la abstención de la misma por parte de la mujer. Llama la atención que el reconocimiento de que el cumplimiento del deber negativo exige en el caso concreto el cumplimiento de un insólito deber positivo, no tenga absolutamente ninguna consecuencia para los partidarios de la regulación vigente. El asunto es mencionado pero no abordado por García, "Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile", *op. cit.*, pp. 229 s. y 246, quien simplemente postula la existencia de un deber negativo que opera de modo idéntico a cualquier otro deber negativo.

precedente, porque de esa titularidad no se sigue de ningún modo un deber correlativo en favor del titular del mismo que vaya más allá de la simple abstención de matarlo; concretamente, no se sigue ningún deber que implique la puesta a disposición del propio cuerpo para el beneficio del titular del derecho fundamental⁷¹.

La cuestión es cómo se puede fundar semejante deber, de lo que dependerán también los límites del mismo. Todo indica, por cierto, que el vínculo singularísimo que existe entre la mujer embarazada y el embrión o feto es un elemento clave a tener en cuenta en la discusión, pero no se puede dejar de advertir que dicho vínculo y su singularidad son, en primera línea, precisamente la *fuerza del conflicto normativo* y de ningún modo una razón suficiente para resolverlo con legitimidad⁷², menos aún del modo unilateral en que se pretende cuando a la mujer se le atribuye, sin más y en términos absolutos, un deber insólito.

Se podría ensayar un fundamento para un deber positivo de la mujer en favor del *nasciturus* que vaya más allá de la simple solidaridad, erigiéndola en *garante* respecto del mismo. Así, se podría fundar una posición de garante en el comportamiento previo de la mujer (*injerencia* como fuente de posición de garante, responsabilidad por organización), haciendo valer que el embarazo es el resultado del ejercicio libre de su sexualidad, de modo que debe hacerse cargo del mismo⁷³. Esta argumentación debe lidiar, sin embargo, con una serie de objeciones⁷⁴, tales como que el contacto sexual sólo crea un riesgo para el que está por nacer en la medida en que ha permitido su existencia o que la circunstancia de que sólo uno de los responsables de la concepción cargue necesaria y absolutamente con todas las consecuencias del mismo ejercicio de libertad implica una discriminación inaceptable. Pero probablemente lo más devastador para quien quiera fundar un régimen como el vigente en el comportamiento sexual previo de la mujer, es que esta estrategia argumentativa obliga inevitablemente a legitimar el aborto en los casos en que el contacto sexual no fue voluntario, es decir, precisamente en el caso más polémico de la actual discusión chilena⁷⁵. También se podría apelar a la "maternidad" como

71 Sobre esto Merkel, "Vor §§ 218 ff.", *op. cit.*, n° marg. 17.

72 Como bien destaca Merkel, "Vor §§ 218 ff.", *op. cit.*, n° marg. 18.

73 Así, por ejemplo, Merkel, "§ 218", *op. cit.*, n° marg. 97.

74 Sobre esto, Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 293.

75 Para el derecho alemán, Merkel, "Vor §§ 218 ff.", *op. cit.*, n° marg. 18, sostiene abiertamente la procedencia del estado de necesidad defensivo para estos casos, en concordancia con su aceptación de una posición de garante por injerencia de la mujer.

fuente de posición de garante, lo que tampoco está exento de dificultades⁷⁶, aunque sin duda sugiere con fuerza un paralelo con las posiciones de garante fundadas en los vínculos familiares.

Como fuera, aunque se aceptara que la mujer embarazada es garante respecto del que está por nacer, de todos modos el tratamiento que se le da resulta del todo excepcional, porque ningún garante, en particular ningún padre, está obligado a poner su cuerpo a disposición de sus hijos, aunque esto sea indispensable para salvarles la vida y se esté en condiciones de hacerlo sin mayor detrimento. Se podrá decir que la comparación es impertinente porque la situación no puede darse en la realidad, pero basta pensar en los trasplantes de órganos para confirmar el aserto: ningún padre está obligado a donar una parte siquiera mínima y poco importante de su cuerpo para salvar la vida de su hijo nacido⁷⁷. No sin polémica, a lo más se ha llegado a aceptar por algunos autores, y sólo respecto de garantes, la existencia de un "deber de tolerancia" frente a terceros que, actuando en estado de necesidad agresivo justificante⁷⁸ para evitar la muerte o daños graves a la salud de alguien, extraen pequeñas cantidades de sangre, es decir nada mínimamente comparable con el compromiso del cuerpo que representa el embarazo⁷⁹. Así, aunque se aceptara que la mujer embarazada es garante respecto del que está por nacer, el deber que se le impone es un deber insólito, tanto que sólo parece susceptible de legitimación dentro de ciertos límites.

Si lo anterior es así respecto de genuinos garantes, con mayor razón debe regir algo parecido si se termina reconociendo que el deber que se le impone a la mujer respecto del *nasciturus* es un *deber exclusivo de solidaridad*. Aunque la legitimidad de este fundamento tratándose de un deber tan intenso puede ser muy dudosa, no puede desconocerse que la imposición de deberes de solidaridad no es completamente extraña al ordenamiento jurídico, como es, por ejemplo, el caso del deber que subyace al tipo penal de omisión de socorro (art. 494 N° 14 CP), entre otros. En este contexto puede sostenerse que de la circunstancia de que, por las características de la

76 Véase Merkel, "§ 218", *op. cit.*, n° marg. 96; crítico Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 294.

77 Lo hace presente Merkel, "Vor §§ 218 ff.", *op. cit.*, n° marg. 17.

78 En Chile sólo sería posible si se acepta que el art. 10 N° 11 CP establece, en parte también, una causa de justificación.

79 Roxin, *Strafrecht AT I*, *op. cit.*, § 16 n° marg. 48 ss. (*Derecho penal PGI*, § 16 n° marg. 43 s., aunque sin el párrafo donde afirma que no podría admitirse una conexión prolongada con fines similares, con expresa referencia al "caso del violinista").

reproducción humana, la supervivencia del embrión o feto requiera ineludiblemente que el embarazo alcance un determinado grado de desarrollo, el establecimiento de un deber de la mujer de tolerarlo constituye el único medio a través del cual el ordenamiento jurídico puede proteger siquiera mínimamente un bien valioso y merecedor de protección como es la vida del que está por nacer. En otras palabras, el deber de solidaridad se le impone a la única persona de cuya solidaridad depende absolutamente la vida del *nasciturus*⁸⁰. Ahora bien, por plausible que esto parezca, desde luego sólo lo es cuando se impone dentro de ciertos límites⁸¹. En consecuencia, no hay espacio legítimo, menos en este caso, para un deber absoluto de la mujer de tolerar y mantener hasta su término el embarazo no deseado.

Pues bien, las *indicaciones* que legitiman el aborto no son más que los límites necesarios más obvios al deber de la mujer de poner su cuerpo a disposición del que está por nacer. Como ya se ha dicho, aquí se sostiene que es preferible un sistema de plazo, pero una vez que se acepta que el deber de tolerancia de la mujer no puede ser absoluto, al menos habrá que reconocer la justicia básica de las indicaciones, particularmente de las previstas en el Proyecto en actual tramitación.

El Proyecto ciertamente merece perfeccionamientos, como la ampliación del aborto terapéutico a hipótesis de riesgo para la salud de la mujer o que en la indicación ética o criminológica se haga referencia a toda interacción sexual no consentida y no sólo a la violación (con lo cual se incluiría el estupro, inexplicablemente excluido en el Proyecto), o mejor, a toda forma ilícita de provocar el embarazo (con lo cual se incluye también, por ejemplo, la inseminación artificial no consentida), entre otras posibles, por sólo mencionar algunas atinentes a la formulación de las indicaciones mismas. Pero sin duda, en el contexto histórico es lo mínimo que, en términos de igualdad ante la ley y dignidad, el Estado chileno le debe en esta materia al *status* jurídico de la mujer.

80 Así Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 294, quien habla de "deber de solidaridad por necesidad".

81 Esto es lo que ha desarrollado sugestivamente ya para el derecho vigente Wilenmann, "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *op. cit.*, p. 295 ss.: de la mano de la regulación de otras instituciones donde también se imponen deberes exclusivos de solidaridad (como la omisión de socorro y el deber de tolerancia ante el estado de necesidad agresivo), que invariablemente contemplan límites a la solidaridad, el autor concluye que tales límites son immanentes al tipo de deber, de modo que también deben entenderse presentes en la regulación del aborto consentido por la mujer.

ABORTO CUANDO EL EMBARAZO ES RESULTADO DE UNA VIOLACIÓN: UN INJUSTO PENAL EVENTUALMENTE NO EXIGIBLE

MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW¹

Abstract

Existe un proyecto para despenalizar la interrupción del embarazo cuando este es provocado por una violación. Para analizar esta posibilidad, este trabajo parte de ciertas consideraciones fundamentales que se justifican brevemente: la calidad ser humano del no nacido, la necesidad de reconocer normativamente su estatus de persona, el injusto propio de un delito de aborto y la legalización –no mera despenalización– que se propone en el proyecto de 2015. Si a ello se suma la necesidad de respetar los principios esenciales del ordenamiento jurídico y algunas consideraciones de política criminal, la conclusión es una legalización del aborto en el supuesto analizado no constituye una solución legítima ni conveniente, sin perjuicio que la conducta resulte generalmente impune por aplicación de las causas de inexigibilidad que ya contempla nuestro ordenamiento jurídico.

INTRODUCCIÓN

El proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, presentado por el mensaje N° 1230-62 de la Presidenta de la República en enero de 2015, permite realizar una interrupción del embarazo cuando exista peligro para la vida de la madre, cuando el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal y cuando el embarazo sea resultado de una violación.

En lo que sigue nos ocuparemos principalmente de esta última hipótesis, que en el mencionado proyecto es considerada una conducta lícita, para valorar la legitimidad de la solución propuesta. Todo ello sin perjuicio de que muchas de las

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra y profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

consideraciones a realizar sean aplicables también a las demás situaciones en que se considera la despenalización del aborto.

1. CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTATUS JURÍDICO DEL NO NACIDO

Según plantea el mensaje que da inicio a la tramitación del proyecto, éste se centra en los derechos de las mujeres, particularmente en la idea de que “la vida de toda persona, considerada en su máxima y más amplia dimensión, comprende no sólo su condición biológica, sino también los aspectos sociales y culturales que la constituyen”. Recuerda luego que nuestra Constitución política consagra el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica de las personas, e impone a la ley el deber de proteger la vida del que está por nacer, planteándolos como dos mandatos diversos y que pueden estar en colisión. En otras palabras, excluye al no nacido del estatus de persona con derecho a la vida, reconociéndole sólo un cierto valor, pero en ningún momento se plantea siquiera si la regulación proyectada cumple de modo adecuado con el mandato constitucional de protección al que está por nacer.

Esta interpretación constitucional es contraria a la que ha sido mantenida tanto por la doctrina mayoritaria como por las decisiones de nuestros tribunales. El Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución, en consonancia con las convenciones internacionales sobre derechos humanos, incluye al *nasciturus* cuando asegura el derecho a la vida, y le reconoce su personalidad desde el momento de la concepción². Lo propio ha hecho la Corte Suprema³ y la Contraloría General de la República⁴. Existen también diversas leyes que suponen el reconocimiento de la calidad de persona del no nacido⁵. Incluso nuestro legislador, actuando como poder constituyente al modificar el artículo primero de la Constitución Política⁶, vino a

2 Tribunal Constitucional, Rol 740-2008, sentencia de 18 de abril de 2008, considerandos 54° y 56°.

3 Corte Suprema, Rol 850/2001, sentencia de 30 de agosto de 2001, y Rol 1882-2008, sentencia de 16 de abril de 2009.

4 Dictamen 25.403, de 21 de agosto de 1995, en relación con el art. 17 de la Ley N° 19.123.

5 La Ley N° 20.120 de 2006, que regula la investigación científica en el ser humano y su genoma y prohíbe la clonación humana, tiene por finalidad –según dispone su art. 1° – proteger la vida de los seres humanos *desde el momento de la concepción*.

En la misma línea pueden leerse el art. 369 del Código Orgánico de Tribunales, el art. 7° N° 1° de la Ley sobre Impuesto a la Renta, DL N° 824, y el art. 1° inciso 4° de la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, contenida en el art. 7° del DFL N° 1, de 2000; su inciso final fue agregado por la Ley N° 20.152 de 2007, en virtud de la cual se autoriza a la madre a solicitar alimentos para el hijo ya nacido o *que está por nacer*.

6 Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 1999.

despejar cualquier duda en favor del derecho a la vida del que está por nacer, como consta del acuerdo adoptado en el Senado, en virtud del cual se dejó constancia, en forma expresa para la historia fidedigna del establecimiento de la norma, que la inclusión del término "persona" en esa disposición no significaba cambiar la noción sobre ese término, que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer⁷.

Pero no se trata de invocar aquí sólo una interpretación bien asentada en nuestro medio, sino que consideramos que es la interpretación adecuada porque responde a fundamentos jurídicos esenciales para nuestro sistema. En efecto, en la medida en que el no nacido es un individuo de la especie humana, los principios de igualdad, de interpretación *pro homine* y de respeto por los derechos humanos nos llevan a la conclusión de que merece un reconocimiento equivalente al de cualquier otro ser humano. Es decir, la decisión normativa sobre la forma en que debe ser jurídicamente considerado el *nasciturus* debe partir de la base del dato biológico indiscutible relativo a su calidad de individuo de la especie humana⁸. A ese dato se agrega la idea de que el Derecho debe proteger al débil, de que los verdaderos avances o logros sociales siempre han supuesto la incorporación a la vida social y al mundo de los derechos a un número mayor de sujetos –no su exclusión–, y que si el Derecho pretende garantizar las condiciones para la coexistencia humana, debe tender a la integración de todos

7 Diario de Sesiones del Senado, sesión 21ª de 3 de marzo de 1999, pp. 2562 y ss.

8 Por lo demás, los argumentos biológicos que se esgrimen para negarle ese carácter tendrían sentido sólo en las primerísimas fases de su desarrollo. El mismo Bascañán Rodríguez, Antonio, en "La píldora del día después ante la Jurisprudencia", en *Estudios Públicos*, N° 95, 2004, pp. 50-51, establece que "desde un punto de vista biológico, la identidad individual del ser humano, en un sentido suficiente como para fundamentar ontológicamente su calificación como persona, sólo puede afirmarse cuando se ha producido en ese organismo en desarrollo la expresión génica de aquellos rasgos que se consideran definitorios de la condición de un individuo de la especie humana, en el sentido específico con que los seres humanos nacidos lo son. Cuáles sean esos rasgos, esa es una cuestión controvertida. Como ejemplos tempranos en el desarrollo del embrión o feto pueden indicarse la individualidad en tanto cancelación de la posibilidad de *gemelación* (día decimocuarto), el autorreconocimiento de la individualidad manifestado en el surgimiento del sistema inmunológico, o el término relativo de la constitución del programa de desarrollo embrionario (octava semana)". Aunque los plantea como ejemplos tempranos, y existen otros más tardíos (y más tempranos), es innegable que al poco tiempo de su desarrollo esas expresiones en el embrión no permiten obviar su identidad individual de ser humano.

Ante la enorme información y evidencia científica que permite afirmar que el no nacido es un individuo de la especie humana, quienes niegan que el *nasciturus* tiene vida humana opinan cegados por una visión ideológica, pues prescinden de los datos científicos, subordinando la verdad a la praxis.

los seres humanos⁹. Además, el reconocimiento de la personalidad del no nacido constituye una exigencia de la doctrina de los derechos humanos y del respeto por el principio de igualdad. Sabiendo que estamos frente a un ser humano, a un individuo de la especie humana en sus primeras fases de desarrollo, negarle el derecho a la vida y a la personalidad significaría que algunos seres humanos queden excluidos de su ámbito de aplicación, por decisión de otros que han llegado a ser mayoría en un momento determinado, sobre la base de ciertas propiedades o características de su desarrollo, pues en este caso se discrimina a unos individuos de la especie humana al negarles el reconocimiento de su personalidad sólo por su falta de desarrollo, por su dependencia biológica o por no poseer ciertas facultades. Eso pone en cuestión la noción misma de los derechos humanos, considerados un *minimum* sustraído a la arbitrariedad del poder legislador. En palabras de Spaemann, "si debe haber en algún sentido algo así como derechos humanos, entonces sólo 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. Así, en virtud del propio derecho sólo puede significar: en virtud de su pertenencia biológica a la *species homo sapiens*"¹⁰.

Negarle la calidad de persona al no nacido, pese a reconocer que es un individuo de la especie humana, supone discriminar entre los seres humanos, rebajando a algunos a una distinta categoría, lo que jurídicamente implica considerados equivalentes a los animales o a las cosas pues no existe otra categoría jurídica que les sea aplicable (*tertium non datur*), tal como ocurría en otros tiempos con los esclavos, los sujetos de otras razas, etc¹¹.

2. EL INJUSTO PROPIO DEL DELITO DE ABORTO

9 Cfr. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo, "¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 11, 2009, p. 20 y Palazzani, Laura, "Lo statuto giuridico dell'embrione umano", en *Persona y Derecho* N° 44 (Universidad de Navarra), 2001, p. 128.

10 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, cit. por Serna, Pedro, "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", en Massini y Serna (eds.), *El derecho a la vida* (Pamplona, Eunsa), 1998, p. 46.

11 Silva Sánchez, Jesús María, "Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*", en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, N° 9, 2003, pp. 1-18.

El aborto está tipificado como delito pues constituye una conducta gravemente nociva para un bien jurídico, ya que consiste en la destrucción o aniquilamiento de la vida de un ser humano antes de nacer.

El proyecto de 2015 que comentamos se refiere únicamente a la “interrupción del embarazo”, utilizando una terminología que se ha hecho común en propuestas similares a ésta, de un modo que resulta coherente con la terminología médica en que se entiende por aborto la expulsión prematura del embrión o feto cuando ello se produce antes de la viabilidad fetal¹². Desde el punto de vista obstétrico, carece de importancia el resultado de muerte¹³, así como que esa interrupción del proceso fisiológico del embarazo se deba a causas naturales, patológicas o a una conducta humana¹⁴; es decir, el concepto empleado en el ámbito de la medicina comprende tanto el aborto que se produce de forma espontánea como el provocado. Pero desde una perspectiva jurídico-penal, esa terminología no resulta de utilidad, pues lo que se sanciona como delito de aborto es la conducta por la que se da muerte al *nasciturus*, bien en el claustro materno, bien provocando su expulsión prematuramente cuando no está en condiciones de viabilidad extrauterina. Así, la doctrina mayoritaria en la actualidad define el aborto, directamente, como dar muerte al feto¹⁵, o a lo sumo

-
- 12 En medicina, el aborto es considerado embrionario hasta los noventa días de gestación, y fetal hasta la viabilidad, la que se sitúa en torno a los cinco meses de gestación; si la interrupción del embarazo se produce después de ese momento ya no se habla de aborto sino de *parto prematuro*, pues el niño ya es viable; cfr. Neira Miranda, Jorge (2002): “Aborto, aspectos clínicos y epidemiológicos”, en *Ars médica. Revista de Estudios Médico-Humanísticos*, Vol. 6, N° 6 (PUC), 2002, y Romeo Casabona, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética* (Granada, Comares), 2004, p. 152.
 - 13 Labatut Glenda, Gustavo, *Derecho Penal*, tomo II (7ª ed. actualizada por Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión), 1983-2007, p. 126.
 - 14 Razón por la cual las estadísticas sobre este delito, que se configuran como proyecciones hipotéticas sobre la base de los registros de egresos hospitalarios por abortos, resultan extremadamente aleatorias.
 - 15 Por todos Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III (3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 1998, p. 88; Politoff, Sergio, Grisolia, Francisco y Bustos, Juan, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica del Congreso), 2006, p. 208. También Labatut (ob. cit.), p. 126, se refiere en su última edición a la *destrucción* del producto de la concepción, pero entre los términos matar o destruir nos parece más apropiado el primero cuando se refiere a acabar con la vida, pues el segundo se confunde con las tendencias que tratan al producto de la concepción como una *cosa*, pese a que es un ser humano. Así es también la tendencia en la doctrina comparada; por todos, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial* (17ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch), 2009, p. 81.

como la interrupción del proceso de gestación con la consiguiente muerte del producto de la concepción¹⁶.

Lo relevante es que lo que se pretende proteger al configurar el delito de aborto es la vida del *nasciturus*; por lo tanto, lo que se prohíbe penalmente es todo comportamiento que provoque su muerte, aspecto central sobre el que se estructura el tipo. Que eso signifique, a su vez, la interrupción del proceso de gestación, no tiene relevancia penal. El aborto consiste en matar al feto, no en una mera interrupción del embarazo.

Por ende, referirse a una despenalización de la interrupción del embarazo envuelve una suerte de confusión, al parecer deliberadamente provocada para aminorar la impresión de gravedad que puede provocar el hecho, en la medida en que la interrupción del embarazo no es, por sí misma, una conducta penalizada. En realidad, lo que se pretende y tiene sentido despenalizar es la conducta que provoca la muerte del no nacido, sea que ese resultado se consiga por la interrupción del embarazo antes de la viabilidad del feto o por otro procedimiento dirigido a quitarle la vida. Así, el asunto resulta particularmente relevante cuando estamos frente a embarazos que ya han superado las veinte semanas de gestación, pues entonces el feto es viable y surge la cuestión de determinar si lo que pretende permitir la ley es el feticidio, o si sólo cabe una interrupción del embarazo provocando un parto, en cuyo caso el nacido deberá ser objeto de todos los cuidados médicos que corresponde prestarle a cualquier otro ser humano ya nacido¹⁷.

Sobre la base de estas consideraciones, corresponde ahora analizar si es jurídicamente coherente legitimar o legalizar ciertas hipótesis de aborto, como por ejemplo cuando la conducta se realiza frente a un embarazo que es producto de una violación.

3. LA "LEGALIZACIÓN" DEL ABORTO

El proyecto de 2015 se refiere sólo a la *despenalización* de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Despenalizar significa, esencialmente, eliminar la posibilidad de sanción penal, lo que no implica de por sí que la conducta

16 Vgr. Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte Especial*, tomo III (3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2007, p. 103; Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2005, p. 93.

17 En los países donde se permite el aborto con base en ciertas hipótesis, la práctica ha demostrado que se recurre simple y directamente al feticidio.

hasta entonces prohibida y sancionada como delito resulte luego permitida o, más aún, que exista un derecho a realizarla. Eso depende de si existen otras disposiciones en el ordenamiento jurídico que todavía la prohíban, la permitan o la reconozcan como un derecho. Para despenalizar bastaría una modificación del Código Penal que dispusiera la impunidad en esos supuestos.

Sin embargo, el contenido del proyecto que comentamos va mucho más allá de la mera despenalización, pues implica una verdadera legalización, al punto de reconocer un derecho de la mujer a interrumpir su embarazo y obligar a los profesionales de la salud a realizar el aborto, salvo en el caso de objeción de conciencia.

En el mismo mensaje se advierte que la principal modificación propuesta es la del Código Sanitario, para establecer el aborto como una prestación de salud a que la mujer tiene derecho, mientras que los cambios que se introducen en el Código Penal son mera consecuencia de la legalización que se pretende. Se afirma, en términos categóricos, que "la interrupción del embarazo que el proyecto propone despenalizar en los tres casos indicados, debe consagrarse como una legítima prestación de salud"; y que "si no se asegura el que las mujeres puedan recurrir a establecimientos de salud, esta regulación será irrelevante".

En efecto, si el único objetivo fuera evitar una condena penal en estas situaciones extremas, entonces la regulación propuesta no tendría efecto práctico alguno, pues el sistema penal ya cuenta con las herramientas para ello (causales de atipicidad, causales de inexigibilidad, salidas alternativas en el proceso penal, etc.), las que son plenamente aplicables respecto de la mujer, e incluso pueden serlo también respecto de terceros que intervienen con ella en el hecho. De hecho, en nuestro país en los últimos tiempos no existen condenas penales contra ninguna embarazada que haya abortado¹⁸.

Por lo tanto, podemos afirmar que el proyecto pretende legalizar el aborto, ya que no sólo elimina la sanción penal, sino que autoriza la conducta, la hace legítima, hasta el punto de obligar al médico a realizar el aborto salvo que plantee una objeción de conciencia.

El problema de lo anterior es que la legalización del aborto supone un salto valórico, que implica la vulneración de ciertos principios fundamentales que están

18 Acerca de las estadísticas de gendarmería, vid. Fábrega Lacoa, Jorge, "Penalización del aborto en Chile: las cifras", en *Voces de La Tercera*, 5 de agosto de 2014.

en las bases mismas de un orden moral y jurídico razonable. Especialmente, el principio de que no es legítimo matar directamente a un ser humano inocente, ni siquiera si se hace para salvar a otro(s). Éste se relaciona, a su vez, con la idea de que un conflicto de intereses –como el que normalmente se plantea en las situaciones en que se permite el aborto– no puede resolverse dando primacía absoluta a uno de los intereses en conflicto hasta el extremo de afectar un derecho –el interés desplazado– en su esencia, privándolo de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible¹⁹. Es innegable que el aborto afecta el derecho a la vida del no nacido de modo esencial. Por último, legalizar el aborto implica afectar el principio de igualdad, pues no se reconoce respecto de los nacidos un derecho con un alcance similar.

4. ¿ES LÍCITO MATAR DIRECTAMENTE A UNA PERSONA INOCENTE?

El principio según el cual nunca es lícito matar a un inocente se basa en la idea de que toda vida humana es un bien inconmensurable y su dignidad ha de ser reconocida y respetada de modo absoluto.

No podemos negar que sobre este principio existe cierto debate en cuanto a su alcance. Pero dentro de él cabe precisar que el consenso es mayoritario –al menos respecto de los nacidos–, en el sentido de que la prohibición de *matar deliberadamente* a un inocente es un absoluto que no admite justificación alguna, entendiendo la referencia al inocente/culpable de un modo objetivo y desde la perspectiva de quien se defiende²⁰, esto es, considerando que “no es inocente, es decir, es (objetivamente)

19 Según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional desde la sentencia Rol 43, de 24 de febrero de 1987.

20 En doctrina penal, la cuestión se plantea en función de si se configura una situación de *estado de necesidad* defensivo o agresivo. El estado de necesidad agresivo supone una reacción defensiva que afecta a un tercero ajeno a la situación de riesgo, por lo que los requisitos para que proceda una justificación son mucho más estrictos que en el estado de necesidad defensivo, en que el perjudicado con la reacción defensiva es, para decirlo en términos neutrales, el primer llamado a soportar el riesgo. Lo discutido es el nivel de relación con ese riesgo que permite afirmar lo anterior. Entendemos que no basta con un mero dato fáctico, causal, y no basta con el hecho de estar “en el lado de la fuente de peligro”, estar “implicado en la fuente de peligro” o que el peligro “parta de su esfera”. Que el peligro proceda físicamente de la esfera de un determinado sujeto, como dato meramente naturalístico, no debería ser considerado relevante para fundamentar responsabilidad alguna, ni justifica la imposición de un deber de tolerancia, ya que la imposición o la distribución de cargas en la resolución de conflictos jurídicos en situación de necesidad no se puede efectuar prescindiendo del sinalagma, que precisamente fundamenta ese procedimiento en el derecho penal moderno –libertad por organización y responsabilidad por organización–, y de su ampliamente aceptado principio limitador –el principio de solidaridad–. En consecuencia, a

culpable el agresor injusto y violento, el que sin fundamento, al menos legal, pone en peligro derechos esenciales de la persona agredida²¹. La prohibición abarca las conductas directa y deliberadamente dirigidas a matar a otro, pero eso no significa negar que existen espacios para un ejercicio de libertad legítimo, aunque lleve consigo *aceptar la muerte* de un inocente.

Para enjuiciar correctamente la regulación relativa al aborto es esencial delimitar bien si estamos ante supuestos en que la conducta de aborto pasa a considerarse *licita* y por eso deja de ser constitutiva de delito, o si se trata de situaciones de exculpación, que significan también que no estemos ante un delito, pero con consecuencias diversas.

Si una conducta es calificada como *licita*, es decir, conforme al ordenamiento jurídico, se va a reconocer también un *derecho* a realizarla. Como contrapartida, los demás no tienen derecho a impedir que esa conducta se lleve a cabo, y si alguien se ve afectado de algún modo por ella tendrá la obligación de soportar las consecuencias que eso implica. Como apunta Molina Fernández, "esgrimir derechos o ejercer deberes, cuando ello entrañe la lesión o peligro para bienes penalmente protegidos, es actuar justificadamente"²².

En términos muy generales y básicos, en el ámbito jurídico-penal esto se traduce en el reconocimiento de una causa de justificación. Es decir, se reconoce un derecho a realizar una conducta que, en principio, estaba prohibida penalmente por estar

la hora de decidir si la persona sobre quien recae la reacción necesaria es o no un tercero *ajeno* al peligro, se deben considerar criterios normativos. Sólo deja de ser ajeno al peligro aquél a quien se le puede *atribuir* la creación de ese peligro, quien es *competente* por el peligro generado, aunque no sea penalmente responsable por ello. Sobre esta posición, vid. Robles Planas, Ricardo, "En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos", en Luzón Peña, Diego Manuel (dir.): *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig* (Madrid, La Ley), 2010, p. 449 y Coca Vila, Ivó, "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, p. 30, quien agrega que "es absolutamente arbitrario distinguir –también a los efectos de imponer deberes de tolerancia– entre sujetos por la mera vinculación causal-mecánica, arbitrariedad que convertiría esos subsistemas de atribución de responsabilidad penal en sistemas irracionales, vinculados a aquello a lo que algunos no han dudado en llamar 'la peste del Derecho': la causalidad" (p. 31).

21 D'Agostino, Francesco, "Legítima defensa", en Compagnoni, *Nuevo diccionario de Teología moral* (San Pablo, Madrid), 1984, pp. 843-852.

22 Molina Fernández, Fernando, "Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal", en Carbonell Mateu (dir.), *La justificación penal: balance y perspectivas* (Valencia, Tirant lo Blanch), 2008, p. 30.

descrita como delito en un tipo penal. Es el caso, por ejemplo, de la legítima defensa, en que el ordenamiento jurídico confiere un derecho a defenderse de un agresor ilegítimo, incluso provocándole la muerte si es necesario.

Hay otras situaciones, en cambio, en las que no se reconoce un derecho a realizar una conducta que afecte un bien jurídico penalmente protegido, pese a lo cual el comportamiento no será constitutivo de delito, si se ejecuta en circunstancias excepcionales que afectan la culpabilidad del que lo realiza. En estos casos estamos frente a causas de exculpación, a través de las cuales el sistema penal se hace cargo de las circunstancias que pueden afectar la capacidad de motivación del sujeto, por ejemplo, porque hacen inexigible la realización de una conducta distinta, como cuando se actúa motivado por un miedo insuperable.

Ahora bien, hay ciertas situaciones en que la distinción entre causas de justificación y de exculpación parece no ser suficiente, al menos en el sentido y con las consecuencias que tradicionalmente se le asigna. Puede que el hecho típico no llegue a estar justificado, pero se presente una situación de conflicto de intereses que haga disminuir el contenido del injusto hasta el punto de hacerlo insuficiente para merecer ser sancionado o, incluso, prohibido penalmente. Son situaciones excepcionales de necesidad, en las que no puede afirmarse que la conducta sea conforme a Derecho, pero en las que parece que el derecho penal tampoco podría considerarlas prohibidas, por lo que han llegado a caracterizarse como acciones "no conformes a Derecho, pero no prohibidas"²³.

En la actualidad, la discusión sobre estas situaciones límite ha recobrado fuerza a propósito de casos como el del derribo de aviones secuestrados con pasajeros, para evitar que se estrellen provocando la muerte de muchas otras personas²⁴.

Un caso paradigmático, en que se intentó regular legalmente estas situaciones, fue el ocurrido en Alemania. Después de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, se adoptaron diversas medidas para combatir el terrorismo y en ese contexto el parlamento alemán dictó, el 15 de enero de 2005, la Ley de

23 Binding, *Handbuch des Strafrechts* (1881), 1995, p. 765, cit. por Robles (ob. cit.), p. 465.

24 Vid., por ejemplo, Hirsch, Hans Joachim, "El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana" (trad. E. Demetrio Crespo), en García Valdés (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (Madrid, Edisofer), 2008, pp. 1005-1031; Martínez Cantón, Silvia, "Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad", en Luzón Peña, Diego Manuel (dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig* (Madrid, La Ley), 2010, pp. 405-444; Robles Planas (ob. cit.), pp. 445-473.

Seguridad Aérea. Entre las medidas de seguridad que en ella se adoptaban se incluía un permiso, en el artículo 14 inciso 3º, para derribar aviones secuestrados que fueran a ser utilizados para atacar objetivos estratégicos, con la consiguiente pérdida de vidas. Esa disposición fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad que finalmente fue acogido por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 15 de febrero de 2006. Al declarar dicha inconstitucionalidad, el tribunal se basó, entre otros argumentos, en que se estaba convirtiendo a las víctimas que van dentro del avión en objeto no sólo de los secuestradores, sino también del Estado. "La situación de indefensión y la imposibilidad de evitar el destino decidido por los secuestradores caracterizan la situación de las víctimas que van dentro del avión también frente a quienes ordenan y ejecutan su derribo. Los pasajeros y la tripulación carecen de medios de defensa tanto frente a los secuestradores como frente a esa actuación del Estado, debido a la circunstancia en la que se encuentran, la que no pueden dominar de ninguna manera. Están entregados sin remedio y sin salida a la decisión estatal que tiene como consecuencia que sean intencionadamente eliminados junto con el avión en el que vuelan. Esta regulación no es compatible con la consideración de los afectados como sujetos con dignidad y derechos inviolables" (párrafo 124)²⁵.

Esta sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios y críticas, pues incurre en importantes imprecisiones, por ejemplo, a la hora de valorar la conducta que se permite realizar. En efecto, no puede afirmarse que los pasajeros inocentes sean *intencionalmente* eliminados, pues la intención es "sólo" la de derribar el avión; la muerte de los pasajeros no es más que una consecuencia de esa conducta, segura, no el propósito del que interviene. Este aspecto es muy relevante y condiciona en buena medida la conclusión a la que llega el tribunal alemán.

Como sea, la legalización del aborto cuando el embarazo es resultado de una violación constituye un supuesto mucho más directo y evidente de –parafraseando al Tribunal Constitucional alemán– "incompatibilidad con la consideración de los afectados como sujetos con dignidad y derechos inviolables". Porque la interrupción del embarazo en este supuesto sí tiene como objetivo directo e intención precisa provocar la muerte del no nacido, y eso no puede, en ningún caso, ser reconocido como un derecho, al punto que tanto la víctima como terceros carecerían de la posibilidad de oponerse de modo legítimo.

25 Analizada en García-Huidobro, Joaquín y Miranda Montecinos, Alejandro, "Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes", en *Revista de Derecho*, año 20, N° 2 (Universidad Católica del Norte), 2013, pp. 351-371.

Sobre la base de estas consideraciones, no puede existir derecho al aborto, tampoco en casos en que el embarazo sea el resultado de una violación.

5. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

A la cuestión teórica fundamental que acabamos de esbozar, se añaden otras consideraciones de política criminal que conducen a valorar negativamente el proyecto. En primer lugar porque, en la práctica, la legalización del aborto en casos de violación abre un gran espacio a que se realicen abortos por la mera voluntad de la mujer, debido a las enormes dificultades que existen para acreditar el hecho sobre el que se configura la causal, a tal punto que algunos defensores del proyecto han reconocido expresamente que esta causal no es más que una concesión al aborto libre durante las 12 primeras semanas de gestación²⁶.

Por otra parte, se establece que un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, "evaluará e informará la concurrencia de los hechos que la constituyen". Esta disposición parece incompatible con lo que señala el Art. 83 de la Constitución, el que le encomienda al Ministerio Público, "en forma exclusiva, la investigación de los hechos constitutivos de delito". Además, resulta prácticamente imposible acreditar la violación en un plazo como el que se contempla para permitir el aborto, hasta 12 semanas después del hecho.

Por último y sólo por enumerar algunas de las dificultades que plantea, porque aún cuando el proyecto de 2015 insiste en que es un requisito esencial para permitir el aborto contar con el consentimiento de la mujer embarazada, la realidad criminológica apunta a que la mayoría de los supuestos de embarazo por violación se dan en un contexto de violencia intrafamiliar y violación reiterada, en los que el recurso al aborto será para la afectada, más que una posibilidad o un derecho, una imposición del propio violador o su entorno. Ya la Corte Suprema ha advertido que esto podía constituirse en un espacio de impunidad en desmedro de las víctimas de delitos sexuales, asunto que fue morigerado en parte al establecer la necesidad de denuncia cuando la víctima sea menor de edad.

Consideraciones como éstas no pueden descartarse sin más en la discusión sobre una nueva ley que está llamada a ser efectivamente aplicada en la realidad,

26 Vgr. Antonio Bascuñán Rodríguez, quien así lo sostuvo en el Seminario "Distintas visiones sobre despenalización del aborto", Pontificia Universidad Católica de Chile, 13 de abril de 2015.

por lo que han de tenerse en consideración sus implicaciones en la dinámica social y en sus efectos prácticos²⁷.

6. POSIBILIDAD DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Excluir las posibilidades de justificación en el delito de aborto no significa que toda conducta abortiva sea, necesariamente, constitutiva de delito. Así, por ejemplo, la intervención que tiene una finalidad curativa y no esté directamente encaminada a provocar la muerte del feto, aunque la provoque, está comprendida dentro del riesgo permitido en el contexto de la actividad médica. Es, por lo tanto, objetivamente atípica respecto del delito de aborto²⁸.

Fuera de esos casos, en muchos otros también resultará excluido el delito en virtud de la situación de necesidad a la que responde, la que va a operar como causa de exculpación tanto para la propia mujer como para el médico o cualquier tercero que intervenga.

En realidad, la irresponsabilidad de la mujer en casos de riesgo para su vida o su salud nunca ha sido puesta en duda, ya que según la gravedad de la situación ella resulta amparada por la eximente de miedo insuperable del art. 10 N° 9. Pero sí ha existido, hasta ahora, cierto debate sobre la posibilidad de exculpar a los terceros y, en particular, al médico que realiza el aborto, porque no sería él quien se encuentra en peligro por la presencia del feto. Aunque mayoritariamente se ha considerado que también queda exculpado²⁹, algunos lo negaban, alegando que la exculpación es personalísima y no se

27 Vid. Ossandón Widow, María Magdalena, *La formulación de tipos penales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2009, pp. 308 y ss.

28 Sobre esto, Ossandón Widow, María Magdalena, "La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto", en *Revista de Derecha*, año 18 N° 2 (Universidad Católica del Norte), pp. 103-136.

29 Entre quienes se han ocupado específicamente del punto en la doctrina nacional, admiten la posibilidad de exculpación respecto de la conducta del médico, en Politoff, Sergio, Grisolia, Francisco y Bustos, Juan, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica del Congreso), 2006, p. 260; Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2005, p. 98; Rodríguez Collao, Luis, "El delito de aborto frente a la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho*, XIV (Universidad Católica de Valparaíso), 1992, pp. 369-387 (1992), p. 385 y Sanhueza Romero, Juana, "Tratamiento jurídico del aborto terapéutico", en *Revista de Derecho*, N° 187 (Universidad de Concepción), 1990, p. 32. A su vez, Etcheberry lo considera "difícil" (ob. cit.), p. 109.

comunica³⁰. Por lo demás, esta ha sido la razón por la cual la jurisprudencia alemana invocara el estado de necesidad justificante suprallegal para cubrir la situación del médico, o, en buena medida, la que ha impulsado la construcción de categorías intermedias que confieren relevancia en el plano de lo *ilícito* al estado de necesidad por colisión de bienes equivalentes, pese a que no exista una valoración positiva del comportamiento³¹.

Sin embargo, la posición que niega la inexigibilidad en la conducta de terceros se basa en una concepción de la exigibilidad que la reduce a situaciones de coacción psíquica como fenómeno ontológico³². Frente a esta visión, resulta más adecuado considerar que lo decisivo es el conflicto de motivos inherente a la situación de necesidad, el que debe valorarse objetivamente³³. Desde esta perspectiva, en consecuencia, no es que se “comunique” la situación de inexigibilidad de la madre al médico, sino que este último se ve también enfrentado a un conflicto de motivos que puede hacer inexigible en su caso la conducta conforme a Derecho. Lo que hay que determinar es si el médico, enfrentado a una situación extrema de necesidad, puede ser eficazmente motivado por las normas penales y, por ende, si es o no es culpable. Aunque él no sufra ninguna forma de miedo (que puede ser insuperable para la mujer embarazada según la gravedad de la situación), le es plenamente aplicable la situación de fuerza moral. En cualquier caso, la incorporación de una eximente amplia de *estado de necesidad* en el art. 10 N° 11 CP hace innecesaria una mayor discusión sobre el punto, en cuanto ella aparece redactada en términos objetivos, sin considerar el efecto psicológico particular que la situación de necesidad genere en el autor del hecho. En consecuencia, es aplicable esta eximente, y con carácter exculpatorio, al médico que practica el aborto por graves razones terapéuticas.

30 Así, Bascañán Rodríguez, Antonio, “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, en *Derecho y Humanidades*, N° 10 (Universidad de Chile), 2004, pp. 152 y 156, y Urria Hering, Pablo, *Fundamentación médico legal del aborto terapéutico* (Memoria inédita, Universidad Católica de Valparaíso), 1993, pp. 72-74.

31 Entendiendo que estamos ante una causa de *exclusión de la ilicitud penal*, un ámbito libre de derecho o adoptando una teoría unitaria frente al estado de necesidad.

32 En este sentido se podría afirmar que en los casos de estado de necesidad exculpante, la presión motivacional se *presume*, sin exigir la constatación individualizada de la ausencia de capacidad de motivación. Presunción que, finalmente, significaría excluir la pena *con independencia* de la culpabilidad del autor, así Laurenzo Copello, Patricia, *El aborto no punible: el art. 417 bis del Código Penal* (Barcelona, Bosch), 1990, p. 319.

33 En este sentido, Silva Sánchez, Jesús María, “Sobre las actuaciones en una ‘situación de necesidad’ que no implican deberes de tolerancia”, en Luzón Peña y Mir Puig (dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (Madrid, McGraw Hill), 1999, p. 175.

Algo similar ocurre cuando el embarazo es producto de una violación, en función de la situación de inexigibilidad en que se puede encontrar la mujer que ha sido víctima de ese delito.

En efecto, cuando se realiza un aborto para terminar con un embarazo que es producto de una violación, la razón que puede conducir a sustraerlo del régimen general, según la doctrina dominante, es la imposibilidad de *exigir* a la mujer que se abstenga de cometerlo. Se trata de un problema de inexigibilidad que no puede ser trasladado sin más a la evaluación sobre el injusto. Por muy intensa y extraordinaria que sea esa situación de inexigibilidad, ella no permite justificar la conducta y, menos aún, transformarla en un derecho; en realidad, siempre que se le da valor eximente a la inexigibilidad es porque su intensidad así lo amerita, pues de lo contrario sólo podría llegar a configurar una atenuante de responsabilidad.

Aplicando los criterios generales de valoración de un comportamiento, un aborto realizado en esas circunstancias sólo puede ser exculpado, tolerado o, con mucho, "permitido" en un sentido débil de la expresión, esto es, en el sentido de que no esté penalmente prohibido, nunca que exista un "derecho" a realizarlo.

La ley actualmente vigente tiene herramientas suficientes para afirmar que no está penalizado el aborto en casos de violación: para la mujer por razones de inexigibilidad, y si la motivación no alcanza la intensidad que exigen estas causales, el sistema permite prescindir de la sanción penal e incluso del juicio penal a través de diversas salidas alternativas. No se trata de dejar de aplicar la ley penal, sino de aplicarla prescindiendo de la sanción cuando la situación lo amerite.

Respecto de terceros, su motivación al intervenir habrá de analizarse caso a caso, pues también se puede configurar como causa de inexigibilidad.

Sin duda, la causal a que nos hemos referido implica una situación tremendamente delicada y dolorosa, siendo difícil ofrecer una solución. Pero el aborto no resuelve el drama que esta situación comporta, sino que sólo le añade otra injusticia mayor, además de constituir la "solución" más drástica, injusta, violenta e irreversible de todas.

INTERPRETANDO DERECHOS: LA OTRA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO EN AMÉRICA LATINA

PAOLA BERGALLO¹

Abstract

En los últimos tiempos las discusiones sobre el aborto han experimentado un proceso de juridización que puede observarse en tres planos. En primer lugar, las demandas políticas y morales sobre el aborto se presentan cada vez más como exigencias fundamentadas en un conjunto complejo de normas nacionales e internacionales. En segundo lugar, la juridización del debate refleja un mayor consenso sobre el derecho entendido como práctica argumentativa, abriendo un abanico de opciones regulatorias diversas que no permiten ya, desde el punto de vista legal, estar meramente a favor o en contra del aborto. Por último, el proceso de juridización ha implicado una expansión de los foros jurisprudenciales y jurisprudenciales como los definiera Robert Cover. El objetivo del capítulo es registrar estas tres dimensiones del proceso de juridización de los debates sobre el aborto enfocando, primero, los cambios legales en la región y, luego, estudiando los casos de Colombia, Argentina, Bolivia y Perú, naciones que sin alterar el texto de la legislación penal sobre aborto han ampliado la definición de las interrupciones del embarazo consideradas legales dando lugar al desarrollo de políticas públicas e iniciativas sociales para expandir el acceso a las mismas.

1 Profesora asociada en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella e investigadora adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Agradezco la colaboración de Cecilia Garibotti en la búsqueda y sistematización de datos para el primer apartado de este trabajo. Versiones de la investigación que precedió a este trabajo fueron discutidas en seminarios organizados por el Programa de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard, la conferencia sobre Constitucionalismo latinoamericano de la Universidad de South Wales en Sidney, el taller de la Red Alas y del Grupo de Investigación en Reproducción Asistida (GIRE) en México, y un encuentro convocado por la Universidad Diego Portales de Chile. Mi agradecimiento a las y los participantes en esos encuentros.

INTRODUCCIÓN

Como otros debates sociales trascendentes, las discusiones sobre el aborto han experimentado en los últimos tiempos un proceso de legalización o juridización creciente, en el cual el derecho ha adquirido un nuevo rol. Al menos tres tipos de cambios evidencian este nuevo protagonismo²: en primer lugar, las demandas políticas y morales en pos de nuevas normas para ampliar o restringir la permisión del aborto se presentan en el discurso de actores diversos, cada vez más, como exigencias fundamentadas en un conjunto complejo de normas jurídicas que incluyen la Constitución, los tratados de derechos humanos, las regulaciones administrativas, los precedentes judiciales y otras fuentes de la legalidad nacional e internacional.

En segundo lugar, la juridización del debate refleja también un mayor consenso sobre el derecho, entendido éste como práctica argumentativa. Ello supone un giro hacia la interpretación de los derechos en juego, abriendo un abanico de opciones regulatorias que no permiten presentar maniqueamente el debate como si sólo fuera posible estar a favor o en contra del aborto.

Por último, el proceso de juridización ha implicado además una expansión de los foros convencionales de la puja interpretativa, por darle sentido a la regulación. Así, estos foros han incluido en el debate a más y nuevos tribunales, comisiones legislativas y ámbitos de la administración pública con competencias regulatorias. Es decir, se han ampliado los ámbitos que Robert Cover proponía denominar como "jurispáticos". En ellos se producen las disputas formales por definir el sentido del derecho, y la autoridad institucional tiene el poder de elegir una interpretación y descartar otras. Pero esta ampliación ha ido más allá, permeando una variedad de espacios de la sociedad civil, lo cual muestra la expansión de las comunidades jurígenicas. En la terminología coveriana, esas comunidades interpretan derechos a partir de la generación de argumentos que compiten con las autoridades jurispáticas y que estas últimas pueden asimilar con el tiempo³.

- 2 En este trabajo empleo las expresiones "legalización" y "juridización" como sinónimos y, por lo tanto, las utilizo invariablemente para aludir a distintos aspectos de la creciente centralidad adquirida por el derecho en la disputa sobre el aborto, centralidad que puede observarse en la recurrente alusión a fuentes legales y en los estilos ahora jurídicos de la argumentación y la interpretación de derechos. Si bien la juridización del debate sobre el aborto ha tenido consecuencias más amplias que las que plantea este trabajo, me enfoco aquí sólo en los tres aspectos descritos en la introducción.
- 3 Cover, Robert M., "The Supreme Court, 1982 Term - Foreword. Nomos and Narrative", en *Harvard Law Review*, 97 (The Harvard Law Review Association), 1983, p. 4. La traducción al español puede consultarse en Cover, Robert M., *Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial* (Gedisa), 2002. Una óptima descripción introductoria de

El objetivo de este capítulo es registrar estas tres dimensiones del proceso de juridización de los debates sobre el aborto⁴. En el trabajo reconstruyo aspectos de este proceso enfocando, primero, los cambios legales en la región y, luego, estudiando una selección de países que ilustran un conjunto más específico de cambios.

Se verá que la región experimenta una legalización de otro tipo, tal vez más importante en el largo plazo que aquella a la que solemos aludir en relación con el aborto. En su sentido más convencional, la expresión "legalización del aborto" es empleada comúnmente en referencia a la exigencia de limitar el uso del derecho penal, reconociendo un derecho al aborto a demanda como mínimo en las etapas tempranas del embarazo y a veces también más allá. En cambio, las dinámicas de legalización que describo en este trabajo, desde dos tipos de ejercicios exploratorios, sugieren una transformación de la concepción del derecho y de las funciones de la legalidad en el debate sobre el aborto que, con el tiempo, podrían sentar las bases del abandono del derecho penal y del acceso efectivo al aborto voluntario. Pretendo entonces describir una forma de legalización del debate sobre el aborto que puede ser parte de las precondiciones para la legalización efectiva de la práctica, en el sentido en el que avanzaron Ciudad de México en 2007 y Uruguay en 2012. Y podría ser así porque los cambios legales que muestro sugieren una transformación importante de las conciencias legales sobre el tema, transformación que estudios sociojurídicos podrán mostrar con mayor propiedad⁵.

las definiciones coverianas pueden verse en Álvarez Ugarte, Ramiro, "El constitucionalismo popular y los problemas de la 'última palabra': apuntes para un contexto latinoamericano", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 13, Núm. 1 (Universidad de Palermo), 2012.

- 4 Si bien ellas no agotan todas las consecuencias de la creciente centralidad adquirida por el derecho en el tema, ofrecen un buen panorama de los cambios que pueden verse hoy en las culturas legales de varios países de la región.
- 5 Este capítulo presenta una exploración centrada en los cambios legales que pueden observarse en fuentes secundarias. Diversas investigaciones en curso sobre la movilización legal en torno al aborto en la región tienen la capacidad de comprobar mejor lo que aquí presento tan sólo como la hipótesis del cambio en la conciencia legal. Algunas de las investigaciones en curso pueden además ofrecer explicaciones e indagar sobre las causas y consecuencias de este proceso. Véase, por ejemplo, Ruibal, Alba, "Social movements and legal change: legal mobilization and counter-mobilization in the field of abortion law in Latin America", Tesis doctoral del European University Institute, Department of Law, 2015; Ruibal, Alba, "The Constitutional Politics of Abortion in Latin America: Legal Mobilization and Democratic Constitutionalism in Successful Law Reform Processes", International Political Science Association (IPSA), 2016 (mimeo). Otros trabajos interdisciplinarios en proceso de elaboración por investigadoras como Angélica Peña de Fago y Violeta Canaves, y las futuras publicaciones del proyecto regional sobre aborto y movilización legal en América Latina, coordinado por Rachel Sieder para el CH Michelsen Institute de la Universidad de Bergen del que

Para registrar los tres tipos de transformaciones que integran este otro proceso de juridización/legalización, en el resto del trabajo realizo, primero, una revisión sistemática de los cambios de la regulación formal del aborto en América Latina (excluyendo a la mayoría de los países caribeños) en las últimas cuatro décadas⁶. A diferencia de otros ejercicios similares, centrados fundamentalmente en el texto del Código Penal, la revisión propuesta aquí incorpora los cambios de cinco tipos de fuentes normativas: la Constitución, la legislación, la jurisprudencia, las regulaciones sanitarias y una selección de decisiones internacionales que involucran a países de la región. Esta sistematización pone en evidencia la complejidad creciente de las fuentes jurídicas que regulan el aborto hoy en América Latina, es decir, la primera dimensión de la legalización señalada más arriba. Se resalta así la importante densificación de los marcos regulatorios del aborto en la región. Al mismo tiempo, esta observación de los cambios formales permite detectar los fluctuantes trayectos de reforma seguidos por las legislaciones latinoamericanas, que sólo en la última década comenzaron a moverse más claramente a favor de una mayor permisión.

En la segunda parte del trabajo me enfoco, en cambio, en una selección de países que han avanzado hacia la liberalización del aborto, al menos "en los libros": Argentina, Bolivia, Colombia y Perú. Las experiencias de estos países muestran en mayor detalle la segunda dimensión del proceso de juridización descrito más arriba, dimensión que propongo caracterizar como un giro hacia la interpretación de los derechos que refleja la concepción de la juridicidad como una práctica fundamentalmente argumentativa. En estas cuatro naciones, sin alterar el texto de la legislación penal sobre aborto, la interpretación constitucional y convencional de un conjunto de normas que reconocían derechos humanos ha dado lugar a una ampliación en la definición de los abortos considerados legales, lo que ha generado, a su vez, un número creciente –aunque todavía insuficiente– de políticas públicas e iniciativas sociales para expandir la oferta real de los servicios para la interrupción legal del embarazo.

Según veremos en la segunda parte del capítulo, este giro hacia la interpretación de los derechos ha implicado al menos dos innovaciones: por un lado, las meras afirmaciones dogmáticas de antaño han sido reemplazadas por nuevas argumentaciones

formo parte, podrían ofrecer más información empírica sobre la transformación de la agencia legal en el tema. Este capítulo sólo observa la dimensión legal formal de esa juridización.

6 La sistematización propuesta en el trabajo no incluye información detallada sobre la mayoría de los países del Caribe. Debido a la limitación de recursos para la investigación, sólo se contempló la información sobre Cuba, Puerto Rico y República Dominicana.

en torno al aborto, fundadas ahora en los derechos protegidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos. El sentido de estos derechos se ha definido exigiendo ponderaciones y ejercicios de proporcionalidad que muestran un abandono gradual de posiciones que asumían el aislamiento de la exégesis penal frente al análisis constitucional, o que lo aceptaban pero sólo para basarlo en la supuesta claridad de una regulación centrada en un deber de protección absoluta de la "vida gestacional". Por otro lado, el viraje hacia la interpretación de derechos en torno al aborto también ha traído aparejado el desarrollo de un conjunto de argumentos especialmente centrados en el contexto de aplicación de las normas en disputa.

En definitiva, los debates jurídicos sobre el aborto revelan hoy la influencia de la concepción dworkiniana de la interpretación y las teorías de la argumentación que se describen como típicas del neoconstitucionalismo. Pero no se quedan ahí. Como veremos, estos debates muestran también la riqueza de otra influencia en la concepción de la interpretación que va más allá de las propuestas del neoconstitucionalismo, ya que en algunos países de la región, el giro hacia la interpretación de derechos se caracteriza por una nueva sensibilidad argumental frente al contexto del funcionamiento de las normas de aborto, al estilo de las reivindicaciones del feminismo jurídico pragmático. Al introducir la percepción del contexto de las brechas entre las exigencias normativas y las prácticas, la argumentación jurídica sobre el aborto se complejiza aún más, pues identifica nuevos desafíos legales planteados por los obstáculos de implementación que sirven, a su vez, para activar la conversación sobre el cumplimiento de las normas y las responsabilidades generadas por la vulneración de derechos. Aunque las nuevas sensibilidades frente al contexto son insuficientes, sugieren un paso hacia otra forma de concebir los mandatos legislativos en torno a los derechos. Finalmente, este viraje hacia la interpretación ha implicado además la expansión de los foros de la puja interpretativa, la tercera dimensión de la legalización sobre la que llama brevemente la atención la conclusión del capítulo.

El resto del texto se estructura en tres partes. En la primera hago una presentación esquemática de las trayectorias de la reforma legal sobre el aborto en la región y muestro la ampliación sostenida de fuentes formales del derecho que regulan el aborto. En la segunda sección describo dos características centrales del giro interpretativo enfocado en la experiencia de Argentina, Bolivia, Colombia y Perú. Para ello reviso, primero, algunas de las implicancias de los nuevos y más complejos argumentos constitucionales y convencionales, y resalto luego el desarrollo de una nueva sensibilidad pragmática frente al contexto en el que opera el derecho, que sofisticada aún más la argumentación constitucional/convencional y plantea nuevos

desafíos. A modo de conclusión, en la tercera sección destaco la ampliación de los foros del debate legalizado que acompañan los cambios descritos y llamo la atención sobre la necesidad de repensar algunas estrategias de la movilización legal, teniendo en cuenta las experiencias de juridización estudiadas aquí.

I. CUATRO DÉCADAS DE REFORMAS LEGALES EN LA REGULACIÓN PENAL DEL ABORTO

Durante gran parte de su historia reciente, los sistemas jurídicos de América Latina regularon el aborto casi exclusivamente a través de los códigos penales. Este panorama comenzó a cambiar a partir de la década de los ochenta y no ha dejado de hacerlo hasta nuestros días. Desde entonces, los debates sobre el aborto pasaron a ocupar gradualmente un lugar en el seno de las asambleas constituyentes⁷, los litigios constitucionales ante altas cortes⁸, las regulaciones sanitarias⁹, las normativas subnacionales en los países federales¹⁰ y los ámbitos de producción de derecho

-
- 7 La discusión sobre el aborto fue planteada en las convenciones constituyentes que produjeron las primeras reformas de la transiciones democráticas vigentes. Por ejemplo en Brasil, desde 1989; Colombia, desde 1991; Argentina, desde 1994, y también en procesos más recientes como los de Ecuador en 2008, Bolivia en 2009 y República Dominicana en 2010. La tabla I adjunta al final de este capítulo presenta las fechas de las reformas constitucionales de los países de la región, ocurridas desde la década de los setenta.
 - 8 Para una revisión sistemática de las sentencias sobre aborto hasta el año 2000 en Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú, véase, Cabal, Luisa, Roa, Mónica y Lemaitre, Julieta (Editoras), *Cuerpo y derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina* (Editorial Temis), 2001. Un estudio posterior puede encontrarse en Casas, Lidia, Capítulo 4-Salud, en Motta, Cristina y Sáez, Macarena (Editoras), *La mirada de los jueces. Tomo I, Género en la jurisprudencia latinoamericana* (Red Alas, Siglo del Hombre Editores), 2008. Para un análisis más reciente de las sentencias de las altas cortes durante la última década, puede consultarse: Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina, *La constitucionalización del aborto y sus encuadres en el discurso de las altas cortes de América Latina* (CIDE México), 2016 (en prensa).
 - 9 Para una comparación de varias de las más importantes regulaciones sanitarias vigentes en América Latina, aprobadas en la última década, véase Ramón Michel, Agustina, Ramos, Silvana y Romero, Mariana, "Barreras en el acceso a los abortos legales: Una mirada a las regulaciones sanitarias que incluyen el uso de misoprostol", Informe del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), 2013.
 - 10 El repositorio de informes del GIRE ofrece información completa sobre las normas estatales en México: www.gire.org.mx. En el caso argentino, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) actualiza anualmente el detalle de los protocolos y otras normas sobre aborto vigentes a nivel subnacional; ver *Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación - Marzo 2015* (Asociación por los Derechos Civiles), 2015.

formal e informal internacional¹¹. Como puede verse en el gráfico I, esta combinación de nuevas fuentes normativas muestra hoy una importante transformación de las regulaciones sobre el aborto en la región.

El gráfico I reconstruye las trayectorias de cambio de esas regulaciones, diferenciando los tres principales modelos de regulación del aborto adoptados en América Latina: la estrategia de penalización total, resaltada en gris más oscuro en la primera fila; el modelo de indicaciones, identificado a continuación en la segunda y la tercera fila en dos tonos de gris intermedio; y el modelo de aborto voluntario, presentado en la cuarta y la quinta fila en dos tonos de gris más claro. Según esta clasificación, los países cuyas normas adoptan una penalización total no admiten en principio excepciones a la criminalización del aborto en el texto de la ley, y sólo a veces pueden tolerar la aplicación del estado de necesidad. Los países que adoptaron un modelo de indicaciones, en cambio, prevén algunas excepciones a la criminalización en razón de causales, y por tanto admiten situaciones en las que la oferta y la práctica del aborto es legal o no es castigada. Para este modelo, el gráfico I identifica dos versiones: una más restrictiva, en la segunda fila, en la cual las indicaciones serían permisiones de mera forma, y otra versión más permisiva, en la tercera fila, cuando las indicaciones que incluyen, por ejemplo, el peligro para la vida de la mujer, el riesgo para su salud, las malformaciones incompatibles con la vida o el caso de violación conllevan cada vez más el acceso real al aborto considerado legal. Por último, la clasificación incluye como más permisivos a los países que han previsto el aborto a demanda en las etapas iniciales del embarazo o durante todo su desarrollo, para lo cual han limitado de alguna manera el alcance de la sanción penal. Estos países se identifican con distintos tonos de verde, que aluden a los grados de condicionamiento regulatorio del aborto voluntario (el tono más oscuro señala una menor injerencia).

11 El recorrido de los desarrollos del sistema interamericano hasta 2003, en relación con los derechos reproductivos, fue descrito por Cabal, Luisa, Roa, Mónica y Sepúlveda-Oliva, Lilian, "What Role can International Litigation Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America?", en *Health and Human Rights*, 7(1) (Harvard University Press), 2003. Un panorama regional más actualizado puede hallarse en Arango, Mónica, "Derechos sexuales y reproductivos", en Lacrampette P., Nicole (Editora), *Derechos humanos y mujeres: Teoría y práctica* (Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos), 2014, y Bohórquez Monsalve, Viviana, "De los derechos a los hechos: análisis del marco legal sobre el aborto en América Latina y el Caribe", en Ramos, Silvina (comp.), *Investigación sobre aborto en América Latina y el Caribe - Una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia* (CLACAI, Promsex, CEDES, Population Council), 2015.

Gráfico I. Evolución del marco jurídico sobre aborto en América Latina, 1970-2015.

1970-1984	1985-2000	2001-2010	2011-2015
Honduras (1906) Surinam* (1910) República Dominicana (1948) Colombia (1980)	Chile ^e El Salvador (1998) Honduras (1985) Nicaragua (2006) Surinam* República Dominicana	Chile El Salvador Honduras Nicaragua ⁺ Surinam* República Dominicana	Chile El Salvador ⁺ Honduras Nicaragua ⁺ Surinam* República Dominicana ⁺
Argentina (1921) Bolivia (1973) Brasil (1940; 1984) Chile ^e (1874) Colombia (1936) Costa Rica (1970) Ecuador (1971) El Salvador (1973-1974) Guatemala (1973) Haiti ⁺ México (1931) México DF (1931) Nicaragua (1993) Paraguay (1914) Perú (1924) Uruguay (1974) Uruguay (1938) Venezuela (1926; 1964) Panamá (1922)	Argentina Bolivia Brasil Colombia (2000) Costa Rica Ecuador Guatemala Haiti ⁺ Panamá (1982) México (la mayoría de los estados) México DF (1999; 2002) Paraguay (1997) Perú (1991) Venezuela (2000) México DF ^e (2000)	Bolivia Costa Rica (2002) Guatemala Haiti ⁺ México (algunos estados) ⁺ Paraguay Perú ⁺ Venezuela (2005)	Costa Rica ⁺ Guatemala Haiti ⁺ México (algunos estados) Venezuela Paraguay ⁺
Puerto Rico (1973) Cuba [±] (1936; 1979)	Guyana (1995) Puerto Rico [~] Cuba (1987)	Guyana México DF ^e (2002; 2007, 2009) Puerto Rico [~] Cuba	Guyana Puerto Rico [~] Uruguay ⁺ (2012) México DF ^e Cuba
			Argentina ^{~±} Bolivia [~] Brasil ^{~±} Colombia Ecuador ⁺ (2014) México (algunos estados) Perú ⁺ Panamá

Referencias

Itálica/cursiva: En el período se realizó un cambio constitucional con impacto en la temática.

+ Litigio o caso internacional contra el país, en el que se resolvió un planteo vinculado al aborto.

* País federal con regulaciones administrativas locales que pueden diferir en los procesos y estándares, pero no en el fondo.

~ Una decisión de una corte constitucional o de un tribunal supremo que invalida o convalida la legislación textual vigente con base en la Constitución.

± Regulación de origen legislativo.

¥ Regulación administrativa.

Principio o estado de necesidad regulado de forma genérica.

La referencia a los años implica: (a) el año de sanción del Código Penal que incluye la norma vigente sobre aborto y (b) el año en que la norma penal fue modificada por un nuevo código penal, una nueva ley específica o una decisión de una corte constitucional o de un tribunal superior.

El gráfico I revela tres tipos de trayectorias de reforma formal en torno al modelo de regulación del aborto desde 1970 hasta nuestros días. En un extremo del gráfico se ubican los países que, como Chile o Nicaragua, han aumentado la restricción formal de la práctica, abandonando las indicaciones que en el texto preveían sus legislaciones hasta 1989 y 2004, respectivamente. Acto seguido se encuentran las naciones que mantienen las normas vigentes sin cambios desde la década de los setenta. Entre los países más restrictivos están Honduras y República Dominicana; en tanto, en otros como Paraguay y Venezuela, que han adoptado modelos de indicaciones, su interpretación continúa sin ser ampliada y en los sistemas de salud tampoco hay acceso a los abortos legales. En estas dos categorías de naciones (países con penalización total "en los libros" y países con indicaciones que funcionan en la práctica como si el aborto estuviera totalmente restringido) no se han producido reformas sustantivas, y a pesar de que los textos de la ley han registrado cambios, la situación fue y sigue siendo parecida. Ello no implica, sin embargo, que en estos países que sostienen la prohibición total formal o informalmente no se hayan registrado contiendas interpretativas en el plano judicial, legislativo o en la reivindicación social. Lo que sucede es que esas disputas no han logrado conmover el abordaje prohibitivo del derecho en las últimas cuatro décadas. En muchos de estos países, como en la mayoría de la región, el aborto clandestino tampoco ha sido combatido y su tolerancia suele ser amplia. En varios casos, además, aunque no se ha logrado cambiar la legislación, se han presentado proyectos legislativos e incluso, en el caso de República Dominicana, se aprobó una regulación de causales que luego fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de ese país¹².

12 Centro de Derechos Reproductivos, "Tribunal Constitucional de República Dominicana emite decisión regresiva en relación a la despenalización del aborto", 4 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.reproductiverights.org/>

La mayoría de los países de la región se encuentran en un tercer grupo que ha recorrido un trayecto hacia la liberalización. En este sentido, el gráfico muestra dos patrones de cambio: por un lado están las naciones donde la liberalización creciente ha ocurrido mediante la reinterpretación de los modelos de indicaciones como modelos que demandan la provisión de servicios de aborto legal, tal como sucedió en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Perú y algunos estados de México. En estos países y estados subnacionales no era posible hasta hace poco encontrar demasiados servicios de aborto legal, aunque la legislación que regía, por lo menos desde la década de los setenta, preveía un sistema de indicaciones que consideraba justificadas o no punibles ciertas causales de aborto. En las últimas décadas, mediante distintos procesos de cambio jurídico –en ocasiones producto de decisiones judiciales, en otras de la reinterpretación regulatoria–, algunos de estos países han redefinido los contornos del modelo de indicaciones para ampliar el acceso a los abortos legales. Esto explica la reclasificación en el gráfico del color naranja hacia el amarillo, como muestra del patrón de liberalización¹³. Finalmente, el otro grupo de naciones que ha avanzado bastante más en la liberalización de la regulación del aborto son los países que han incorporado, a través de sus parlamentos o poderes ejecutivos, regímenes de aborto a demanda, entre los que se encuentran Puerto Rico, Cuba, Uruguay y el Distrito Federal de México, identificados en los tonos verdes.

Con independencia del sentido en el que han ocurrido los cambios –más/menos permisión o restricción–, la presentación diacrónica del gráfico muestra que los primeros ciclos de cambios se iniciaron lentamente a comienzos de la década de los ochenta. Durante los veinticinco años transcurridos entre 1970 y 2005 fueron pocas las reformas importantes en la región en la regulación del aborto y su eje fue el aumento de las restricciones, como ocurrió por ejemplo en Colombia, Chile, El Salvador y Nicaragua. Sin embargo, a partir de la última década se ve un incremento significativo en la intensidad de los cambios normativos, lo que adquiere mayor celeridad en el último lustro. En estos últimos años, además, se han acelerado con fuerza los eventos regulatorios en la senda de la liberalización.

En varios de los países incluidos en el gráfico I, estos cambios legales fueron acompañados también por reformas constitucionales, como las del final de la dictadura chilena o las más recientes resultantes de los innovadores procesos

13 Como se aclara más adelante, este “avance” que ilustra el gráfico I en el salto del color naranja al amarillo no implica la universalización del acceso a los abortos legales.

constituyentes de Ecuador y Bolivia¹⁴. En estas constituciones se introdujeron normas sobre la protección de la vida en gestación, a veces junto a referencias explícitas a los derechos reproductivos de varones y mujeres. En otras naciones donde no se lograron acuerdos constitucionales que se plasmaran en el texto, como en la reforma argentina de 1994 o en los debates constituyentes de la última década en República Dominicana, el tema fue parte de la deliberación constitucional y enfrentó a diversos sectores más allá de las divisiones partidarias. A escala subnacional, también ciertas constituciones provinciales de Argentina o estatales de México fueron incorporando referencias a la protección de la vida en gestación y los derechos reproductivos¹⁵. La regulación penal del aborto vio así surgir nuevos textos constitucionales que más tarde proveyeron otros nuevos textos para alimentar el proceso más complejo de constitucionalización argumental, lo que se analiza en la próxima sección¹⁶.

El derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un papel cada vez más relevante en los regímenes jurídicos del aborto a escala nacional. Varios trabajos recientes han sistematizado la extensión de esta producción, tanto respecto de intervenciones y casos del sistema interamericano, como del *soft law* producido por los órganos del sistema universal de derechos humanos¹⁷. Entre los casos de aborto resueltos por organismos de derechos humanos a escala internacional, relacionados con las normativas penales sobre aborto de países de la región, se destacan los pronunciamientos del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana contra Costa Rica¹⁸; el caso *Paulina vs. México*¹⁹ y las medidas cautelares emitidas

14 Ávila Santamaría, Ramiro F., "En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos", paper universitario, repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2012.

15 Madrazo, Alejandro, "Narratives of Prenatal Personhood in Abortion Law", en Cook, Rebecca J., Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M., *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies* (University of Pennsylvania Press), 2014.

16 Estos cambios del texto constitucional se indican en el gráfico I con signos que las referencias explican.

17 Ver, por ejemplo, Zampas, Christina y Gher, Jaime L., "Abortion as a human right: International and regional Standards", en *Human Rights Law Review*, 8(2) (Oxford University Press), 2008.

18 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012.

19 Comisión IDH, Caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México, Informe N° 21/07, solución amistosa, petición 161-02, del 9 de marzo de 2007.

por la Comisión Interamericana frente a Colombia, Nicaragua y El Salvador²⁰; y los casos de comités de tratados de Naciones Unidas contra Perú, Argentina y Brasil. Todos ellos muestran el rol que han tenido los desarrollos del derecho internacional en la ampliación de las fuentes de la interpretación legal sobre el aborto.

Aclaración metodológica y límites del ejercicio

El gráfico I fue elaborado con base en datos recopilados para cinco variables de cambio legal, según los datos desagregados en la tabla I que se anexa como apéndice de este trabajo. Estas variables incluyen: (i) los cambios del texto constitucional para incorporar normas explícitas sobre la protección de la vida gestacional o los derechos reproductivos; (ii) las reformas del texto de las normas de aborto en los códigos penales de cada país y en leyes accesorias; (iii) las principales decisiones jurisprudenciales de los tribunales superiores y constitucionales sobre el tema; (iv) las nuevas guías administrativas y de calidad de la actuación sanitaria para regular la provisión de abortos legales; y (v) las principales decisiones del derecho internacional de los derechos humanos en torno al aborto en países de la región. Estos datos surgen de fuentes oficiales y secundarias sobre el marco jurídico del aborto en cada país.

La exploración propuesta por el gráfico I sólo permite capturar transformaciones formales. Si tenemos en cuenta la extensión de la brecha que suele alejar el texto de la praxis, las limitaciones del ejercicio formulado en este acápite resultan obvias. Por eso, futuras investigaciones deberían completar esta observación para mostrar mejor cómo funcionan efectivamente estas normas en los hechos. Para ello, en primer lugar, sería importante contar con información más completa sobre la criminalización efectiva del delito de aborto en cada una de estas naciones. Si bien algunos trabajos recientes han rastreado las cifras de sentencias, encarcelamiento de mujeres y otros partícipes por el delito de aborto²¹, éstas no se encuentran disponibles para toda la región y el país. Una investigación sistemática de la persecución penal efectiva requeriría, además de estas cifras, un registro de las experiencias en los procesos penales, incluyendo los que terminaron en absoluciones o no fueron impulsados.

20 Comisión IDH, Caso MC 114/13 – B, El Salvador, medidas cautelares otorgadas el 29 de abril de 2013; Comisión IDH, Caso MC 43-10 – Amelia, Nicaragua, medidas cautelares otorgadas el 26 de febrero de 2010.

21 Véase, por ejemplo, Kane, Gillian, Galli, Beatriz y Skuster, Patty, *Cuando el aborto es un crimen: La amenaza para mujeres vulnerables en América Latina* (IPAS), 2013.

En segundo término, como veremos brevemente en la conclusión, en los últimos años han surgido una serie de iniciativas muy importantes de resistencia a la penalización mediante la provisión de información sobre el aborto con medicamentos, sea en el marco de un modelo de reducción de daños o a través de las líneas de información telefónica que gestionan organizaciones feministas²². Estas novedosas formas de movilización se fundamentan en los derechos a la vida, la igualdad, la autonomía y la salud de las mujeres y se asientan en un fuerte reconocimiento del derecho a la autonomía y el rol clave del acceso a la información²³. Funcionan en países como Argentina, donde rige un modelo de indicaciones, y en otros como Chile, donde la penalización es mayor. Allí donde operan alteran tanto el acceso efectivo al aborto seguro, como la caracterización del régimen jurídico sobre el aborto, ya que proponen interpretaciones jurisprudenciales sobre los abortos legales que compiten con las aceptadas por los intérpretes convencionales. Sin embargo, identificar mejor el impacto de estas iniciativas tan importantes en la caracterización de la regulación legal sobre el aborto excede el alcance de este trabajo y la información recopilada en la tabla I anexa²⁴.

En tercer lugar, el gráfico I no da cuenta de la situación de acceso real a los servicios de aborto en los países en los que está permitido, y en ese sentido la distinción de

-
- 22 Más información sobre la estrategia de reducción de riesgos y daños puede encontrarse en *Iniciativas Sanitarias, Guía para el cambio en la relación sanitaria: Modelo uruguayo de reducción de riesgo y daño del aborto inseguro*, Mejores prácticas en género, etnia y salud (Organización Panamericana de la Salud), 2012. En relación con las estrategias de información a través de líneas telefónicas, y en particular sobre la experiencia argentina, véase diario *Página 12*, Guzmán, Andrea, "Lesbianas por la vida", 23 de agosto de 2012, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/>, y Mines, Ana, Díaz Villa, Gabi, Rueda, Roxana y Marzano, Verónica, "El aborto lesbiano que se hace con la mano: Continuidades y rupturas de la militancia por el derecho al aborto en Argentina (2009-2012)", en *Revista Bagoas*, Volumen 7, Nº 9 (Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Rio Grande do Norte), 2013. Para una descripción de las iniciativas en otros países de la región, véase Erdman, Joanna N., "Access to Information on Safe Abortion: A Harm Reduction and Human Rights Approach", en *Harvard Journal of Law & Gender*, 34 (Harvard Law School), 2011.
- 23 González, Patricia, "Autonomía sexual de las mujeres: El aborto como espiral despatriarcalizadora del derecho", Tesis Doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2016.
- 24 En Mines, Ana, Díaz Villa, Gabi, Rueda, Roxana y Marzano, Verónica, "El aborto lesbiano que se hace con la mano: Continuidades y rupturas de la militancia por el derecho al aborto en Argentina (2009-2012)", op. cit. A partir del análisis de la experiencia argentina de la producción de información y su distribución a través de la web y la línea telefónica puesta en marcha por la organización Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto, las autoras muestran cómo el proceso de legalización del aborto se construye en la práctica y puede transformarse gracias a la movilización feminista decidida a enfrentar las resistencias de los mismos operadores jurídicos a la hora de definir lo legal.

regímenes de indicaciones como más o menos permisivos es sólo formal, ya que como veremos más adelante, allí donde se han liberalizado las normas todavía existen brechas importantes con las prácticas de provisión y acceso a los abortos legales y estas brechas varían empíricamente de un lado a otro²⁵. Por otra parte, si los datos de acceso o denegación de los abortos legales estuvieran disponibles, estos datos deberían conjugarse con las estimaciones de aborto clandestino, los datos de muerte materna y complicaciones postaborto y la evidencia cualitativa sobre el aborto clandestino, para caracterizar realmente el funcionamiento del derecho. El panorama real del funcionamiento de la ley sobre el tema sólo podrá evaluarse una vez que se comprenda la extensión y la seguridad o no de la experiencia de su desobediencia.

Finalmente, otra de las dimensiones del cambio legal que queda fuera de esta descripción es una importante variación que hoy existe en el funcionamiento de los regímenes jurídicos subnacionales en las federaciones de América Latina, pero también en los países unitarios donde las políticas sanitarias acerca del tema se han descentralizado. El gráfico I sólo captura, y a grandes trazos, la diversidad que se observa hoy en México en algunos estados. México es la única de las tres federaciones de la región que tiene vigentes códigos penales a escala subnacional. Por eso, allí la diversidad de normas penales es más vasta que en Argentina y Brasil. En los tres países con arreglos federales, sin embargo, cualquiera de las cinco variables observadas mostrará hoy una significativa variación a escala subnacional. En esa variación es posible detectar la convivencia de la misma diversidad que impera en lo regional, en términos de los modelos de regulación del aborto.

En definitiva, el ejercicio del gráfico I y la tabla I anexa no permiten reconstruir en la práctica cuán permisivos o restrictivos son en realidad los sistemas jurídicos de la región, si definimos de manera compleja el espectro permisión/restricción en su dimensión fáctica. Este es un trabajo pendiente hacia el cual el gráfico I apenas comienza a acercarnos.

25 Los informes del Alan Guttmacher Institute ofrecen una síntesis de estadísticas sobre la situación del aborto en la región. Véase, por ejemplo, <https://www.guttmacher.org>, Alan Guttmacher Institute, Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe, 2012. También la base de datos de experiencias de trabajo sobre el acceso al aborto, elaborada por el Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro (CLACAI), contiene reportes y presentaciones disponibles *online* de expertos con datos sobre la situación del aborto en los distintos países estudiados aquí.

II. EL GIRO HACIA LA INTERPRETACIÓN DE DERECHOS EN TORNO AL ABORTO

Varios países han avanzado en la última década hacia una disminución, al menos formal, de las restricciones en sus regulaciones del aborto (ver gráfico I). En los casos de Argentina, Bolivia, Colombia y Perú, en los que se concentra esta sección, las nuevas regulaciones son el resultado de una relectura del modelo de indicaciones y no de cambios en el texto de los códigos penales. Al comenzar el milenio, estos países, salvo Colombia, tenían normas que establecían excepciones a la penalización del aborto por ciertas causales. Desde entonces aquellas regulaciones, incluida la colombiana, han dejado de ser meras referencias textuales, desconocidas o consideradas inválidas, para ser leídas de forma creciente como causales de justificación, es decir, como instancias en las que se reconoce un derecho al aborto legal o una permisón tal que implica el deber de garantizar y prestar servicios de salud para la interrupción legal del embarazo.

La traducción de estas reinterpretaciones en la provisión universal efectiva de abortos legales en estos cuatro países es todavía una aspiración distante por múltiples razones²⁶. Entre ellas asoma claramente la falta de un compromiso político serio y explícito, mediante el establecimiento de políticas públicas que garanticen la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad de los servicios de aborto legal en los distintos niveles de atención de salud. Pero la enorme brecha de implementación se debe también a las múltiples resistencias que se continúan oponiendo al sistema de salud y sus actores. A pesar de este rezago en la transformación sustantiva de la provisión de esos abortos legales, los casos de estas naciones son un buen ejemplo del viraje hacia la interpretación de derechos que propongo estudiar aquí.

El resto de esta sección se enfoca en la centralidad creciente de los argumentos constitucionales y convencionales, por un lado, y la nueva sensibilidad frente al contexto en el que funcionan las normas permisivas consideradas constitucional y convencionalmente válidas, por el otro²⁷. Esta segunda sección del artículo reconstruye así aspectos de esa "otra legalización" anunciada en la introducción.

26 En el repositorio CLACAI Digital pueden consultarse datos sobre el estado de cumplimiento de las normas sobre interrupción legal del embarazo en estos y otros países.

27 Dos aclaraciones sobre estos cambios. Por un lado, la reconstrucción que ofrezco en esta sección no es empírica, sino que puede observarse en materiales jurídicos, en textos doctrinarios y en el discurso mediático. En ese sentido, en los mismos países conviven textos que resisten y niegan estos cambios interpretativos. Por otro lado, estos desplazamientos hacia la interpretación también se ven en otros países, haya o no haya habido cambios legales. En los países estudiados aquí se han

Antes de adentrarnos en el análisis del viraje hacia la interpretación, bien vale la pena hacer algunas aclaraciones sobre la selección de los países estudiados. En primer lugar, se trata de cuatro jurisdicciones en las que se observa una creciente movilización legal –mayor en Argentina y Colombia, y menos intensa en Perú y Bolivia–, lo cual implica la riqueza de los debates juridizados. En segundo lugar, la mayor parte de la región regula el aborto a partir de modelos de indicaciones como los adoptados en estas naciones o están considerando hacerlo, como en el caso de Chile u otros países centroamericanos. La experiencia, entonces, puede servir para revisar otros procesos que se encuentran en curso en la actualidad. En tercer lugar, a pesar de los avances en materia de interpretación legal, la resiliencia de las barreras que impiden que los abortos legales sean accesibles en estos países ofrece algunas lecciones para renovar estrategias y argumentos en etapas futuras de la disputa interpretativa por la liberalización del aborto en la región. En cuanto al trabajo legal en particular, nuevas estrategias podrían incluir, como propongo en la conclusión, el acento en la enseñanza del derecho en las comunidades jurídicas y más allá de ellas, un planteo nacional de los contextos omitidos, o una versión regional del patrón sistemático de denegación del aborto en los casos de los países donde es legal y en otros en igual o peor situación.

(a) La ampliación de la argumentación constitucional y convencional

Hasta hace muy poco, en Argentina, Bolivia, Colombia y Perú, y todavía hoy en muchas naciones de la región, las deliberaciones sobre las normas que permiten el aborto en ciertas causales pueden verse clausuradas por quienes desde la autoridad de la dogmática penal afirman que la falta de claridad textual sobre si los codificadores

ido produciendo reformas jurídicas sin requerir el cambio formal legislativo a través de un giro hacia la interpretación constitucional y legal. En el trayecto de estos países, sin embargo, cabe hacer una distinción importante. En Colombia, que para 2006 tenía en el texto de la ley una norma que prohibía el aborto en la mayoría de las circunstancias, el giro interpretativo implicó la instauración, a partir de la decisión C-355, de un modelo de indicaciones que considera legal el aborto en caso de peligro para la vida, la salud física y mental de la mujer y en caso de violación. En los otros tres países, las normas del Código Penal ya contemplaban excepciones a la penalización, pero éstas se consideraban o bien inconstitucionales o bien excusas absolutorias que no exigían la provisión de servicios de aborto legal. En estos países, la transformación del modelo formal de indicaciones en un modelo crecientemente accesible no implicó una declaración de inconstitucionalidad de la norma vigente, sino la reinterpretación del tipo de normas permisivas previstas en el texto y sustituidas en prácticas informales que implicaban la derogación de facto. Para una descripción de este proceso en el caso argentino, puede verse Bergallo, Paola, "The struggle against informal rules on abortion", en Cook, Rebecca J., Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M., *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies* (University of Pennsylvania Press), 2014.

penales previeron una excusa absolutoria o una causa de justificación es suficiente para considerar *a priori* que no es legal ofrecer servicios médicos. Quienes clausuran el debate con la apelación a esta falta de claridad textual consideran que no corresponde tampoco disponer de insumos o aprobar la disponibilidad de recursos médicos para realizar los abortos en los casos previstos por las causales. En Argentina y Perú, por ejemplo²⁸, hasta hace muy poco muchos entendían que ni las mujeres ni quienes realizaran los abortos, cuando la norma explícitamente los incluía, debían ser castigados. Pero consideraban, sin embargo, que la regulación penal de causales no establecía la legalidad de la oferta de abortos para las indicaciones, cuestión sobre la que debían definirse los jueces o el poder legislativo. En ese contexto, además, se había desarrollado la práctica de exigir la autorización judicial previa. En el caso argentino se sumaban también, con frecuencia, un conjunto de disputas dogmáticas sobre el alcance de la *causal violación*, basadas en la redacción del texto del artículo 86 del Código Penal que, según se reclamaba, permitía el aborto sólo en caso de violación de una mujer con discapacidad²⁹.

Las citas constitucionales o del derecho internacional de los derechos humanos estaban, además, totalmente ausentes de esos ejercicios de interpretación de los dogmáticos penales que dominaban el debate. Y cuando comenzaron a aparecer, hacia finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa, lo hicieron sólo para continuar cercenando la discusión con la mera alusión a la protección constitucional o convencional del derecho a la vida desde la concepción³⁰. Además de esta lectura precaria de la hermenéutica constitucional/convencional, las nuevas fuentes constitucionales o las normas de tratados de derechos humanos citadas eran seleccionadas sesgadamente, omitiendo una mirada integral sobre los derechos humanos en general y las especificaciones de derechos de mujeres que entraban en juego.

28 Para una reconstrucción de las interpretaciones de los dogmáticos penales en el caso argentino, puede consultarse Ferrante, Marcelo, "Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto", en Bergallo, Paola (comp.), *Aborto y justicia reproductiva* (Editores del Puerto), 2011.

29 Véase González, Patricia, "Autonomía sexual de las mujeres: El aborto como espiral despatriarcalizadora del derecho", Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2016. Ferrante, Marcelo, "Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto", en Bergallo, Paola (comp.), *Aborto y justicia reproductiva* (Editores del Puerto), 2011.

30 En Fillipini, Leonardo, "Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994", en Bergallo, Paola (comp.), *Aborto y justicia reproductiva* (Editores del Puerto), 2011, se describen las falacias en la interpretación del derecho internacional que llevaban a esta conclusión para el caso argentino.

En la última década, sin embargo, esta caracterización de la confrontación argumental sobre la regulación del aborto fue cediendo de a poco para adquirir otra complejidad en la región en general, y en especial en los cuatro países abordados aquí. Al abandonar los discursos que habían defendido la autonomía de la dogmática penal y las primeras posiciones simplistas hacia la constitucionalización/convencionalización, las normas de los códigos penales comenzaron a ser escrutadas a la luz de un conjunto diverso de referencias constitucionales y de tratados de derechos humanos. Para definir los alcances de la penalización autorizada se comenzó a exigir entonces la ponderación de objetivos de política pública y derechos, valores e intereses que ponían en tensión la protección de la vida fetal frente a la autonomía, la igualdad y la dignidad de las mujeres.

Así se fueron haciendo a un lado las pobres afirmaciones de autoridad textual, para incorporar apelaciones más matizadas a las técnicas de interpretación de los derechos humanos, técnicas que asumen la existencia de múltiples fuentes normativas a las que dar sentido en el contexto de la historia textual, los márgenes de apreciación legislativa y las demandas de una hermenéutica dinámica y dialógica. En un trabajo más extenso, escrito junto a Agustina Ramón Michel³¹, analizamos algunos de los rasgos de este proceso de constitucionalización de la interpretación de derechos, en el discurso de las sentencias más importantes de las altas cortes de la región. Al discutir esas decisiones, además de la sofisticación de la ponderación para delimitar el uso del derecho penal, subrayamos el protagonismo que adquirieron los argumentos de protección de derechos de las mujeres y la modulación frente a ellos de las apelaciones a la protección de la vida gestacional.

Por otro lado, al reinterpretar el modelo de indicaciones, estos ejercicios de fundamentación constitucional y convencional se desarrollaron tanto en el discurso de los tribunales como en la motivación de debates jurizados en otros foros. Las nuevas prácticas argumentales operaron también para fundamentar proyectos legislativos de regulaciones del modelo de indicaciones y reglamentaciones administrativas, como las que fueron aprobándose en Colombia, Argentina y Perú³². En el caso argentino, incluso, los argumentos constitucionales y convencionales

31 Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina. "The constitutionalization of abortion in Latin American Law", en Gargarella, Roberto Et Bertomeu, Juan (comps.), *Handbook in Latin American Constitutionalism*, Ashgate, London, 2015.

32 Véase Ramón Michel, Agustina, Ramos, Silvina y Romero, Mariana, "Barreras en el acceso a los abortos legales: Una mirada a las regulaciones sanitarias que incluyen el uso de misoprostol", Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), 2013.

fueron aplicados por autoridades sanitarias para fundar regulaciones, antes de que los articulara la misma Corte Suprema.

También la sociedad civil de los países estudiados apeló a la argumentación constitucional y convencional para sustentar iniciativas de oferta de servicios, como en el caso del modelo de reducción de riesgos y daños diseñado por profesionales de la salud y la organización Iniciativas Sanitarias en Uruguay, primero, y luego trasplantado a varios otros contextos³³. Otras estrategias de activismo en pos de la liberalización del aborto también recurrieron a esta renovada argumentación constitucional y convencional sobre los derechos de las mujeres³⁴, como las centradas en brindar información telefónica sobre el acceso al misoprostol a las mujeres que evalúan la opción de abortar. Es decir, el giro hacia la interpretación no fue sólo un fenómeno registrado en los espacios convencionales de la interpretación legal formal, sino que además permeó otros ámbitos jurisdiccionales.

Después de años de ocupar posiciones minoritarias, las propuestas de una hermenéutica más compleja para discutir la validez constitucional y convencional de las normas penales sobre aborto comenzaron a echar raíces. La discusión interpretativa propuso evaluar quién debía decidir y el alcance que se le debía dar al empleo de la herramienta penal como *ultima ratio* en el contexto de los derechos protegidos en la Constitución y en diversos tratados de derechos humanos. En primer lugar se debatió qué competencias asignaba la Constitución a jueces y legisladores para resolver la constitucionalidad y los alcances del modelo de indicaciones. También se consideró que una vez que el poder legislativo definía un modelo de regulación permisivo, las competencias regulatorias para su implementación podían ser ejecutadas por organismos del poder ejecutivo y, en el caso de los países federales, por administraciones o legislaturas subnacionales³⁵. En segundo lugar se instaló en el debate la idea de que la tensión entre derechos, intereses o valores en conflicto exigía un ejercicio de ponderación o, en tradiciones como la colombiana, la aplicación de un test de proporcionalidad.

33 Véase Iniciativas Sanitarias, *Guía para el cambio en la relación sanitaria: Modelo uruguayo de reducción de riesgo y daño del aborto inseguro*, Mejores prácticas en género, etnia y salud (Organización Panamericana de la Salud), 2012.

34 Véase Mines, Ana, Díaz Villa, Gabi, Rueda, Roxana y Marzano, Verónica, "El aborto lesbiano que se hace con la mano: Continuidades y rupturas de la militancia por el derecho al aborto en Argentina (2009-2012)", op. cit.

35 Así ocurrió en instancias legislativas como las de las provincias de Chubut, La Pampa, Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, donde se aprobaron o debatieron proyectos de legislación sobre los procedimientos para la provisión de los abortos en los sistemas locales de salud.

La puesta en práctica de esos ejercicios llevó rápidamente a la conclusión de que en el marco de los mandatos constitucionales y convencionales, el aborto no podía penalizarse totalmente³⁶. También se hizo necesario establecer distinciones en relación al estatus de la vida gestacional, vida que se interpretó que el sistema jurídico podía proteger de forma incremental a través del embarazo, a veces como un valor objetivo, otras como un derecho³⁷. Además, los ejercicios de ponderación permitieron concluir que las causales debían ser leídas como causas de justificación, por lo que tribunales como la Corte Constitucional colombiana, la Corte Suprema argentina o el Tribunal Plurinacional de Bolivia³⁸ reconocieron el derecho a los abortos previstos en las indicaciones, creadas pretorianamente en Colombia, establecidas en 1921 por el legislador argentino y regladas en 2009 por el codificador boliviano. La Corte argentina, de su lado, aludió al derecho al aborto no punible, pero no se involucró explícitamente en la controversia sobre si se trataba de una causa de justificación o excusa absolutoria. También los órganos administrativos que aprobaron guías sanitarias en Argentina, Colombia y Perú terciaron de alguna manera en la cuestión, implícita o explícitamente, estableciendo los procedimientos para la realización de los abortos comprendidos en las causales.

Por otro lado, los debates interpretativos no se enfocaron sólo en la validez constitucional de los modelos regulatorios, sino que también discernieron la constitucionalidad de cuestiones más específicas de la regulación a la hora de proveer los abortos legales. Se discutió así la validez constitucional y convencional de las exigencias para la constatación de las causales, la improcedencia de la autorización judicial previa de las interrupciones, la exigencia de la investigación o denuncia penal previa de la violación, el consentimiento informado, el proceso de toma de decisiones para niñas y adolescentes o mujeres con discapacidad, los alcances de la regulación de la objeción de conciencia o el menú de insumos para abortar³⁹.

36 Undurraga, Verónica, "Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law", en Cook, Rebecca J., Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M., *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies* (University of Pennsylvania Press), 2014.

37 Undurraga, Verónica y Cook, Rebecca, "Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: the Colombian Court Decision C-355/2006", en Hoffman Williams, Susan (Editora), *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law* (Cambridge University Press), 2009.

38 Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0206/2014, 5 de febrero de 2014. Considerando I.1.1, párrafo 17.

39 La discusión de todos estos puntos se encuentra en las sentencias de tribunales constitucionales y altas cortes citadas en este trabajo. El detalle de cada decisión escapa a la consideración de este trabajo, pero en cada país hay estudios que analizan el contenido de la sentencia. Sobre el

Sobre todos estos temas se pronunciaron sentencias o regulaciones sanitarias de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia y Perú⁴⁰, y se articularon reivindicaciones desde el movimiento de mujeres⁴¹.

Esta transformación sustantiva de la interpretación de derechos evidencia la influencia de la concepción dworkiniana del derecho como interpretación y de los teóricos de la argumentación constitucional, en lo que varios autores han propuesto identificar como parte del neoconstitucionalismo latinoamericano⁴². Las influencias *aggiornadas* de estrategias interpretativas similares, registradas en las sentencias emblemáticas sobre aborto de las cortes supremas de Estados Unidos, Alemania y España, saltan a la vista en la decisión C-355⁴³ de la Corte Constitucional de Colombia y, en menos párrafos, en el fallo F., A.L.⁴⁴ de la Corte Suprema argentina. También la regulación modelo propuesta por la OMS⁴⁵ y el estudio de regulaciones sanitarias encargado por IPPF exhiben la influencia de la argumentación constitucional en la

caso colombiano de 2006, véase el estudio exhaustivo de Jaramillo Sierra, Isabel y Alfonso Sierra, Tatiana, *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto* (Siglo del Hombre Editores), 2008. Para un análisis de los casos más recientes, véase Guzmán, Diana E. y Chapparó González, Nina, *Los remedios que da el derecho: El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza*, Documento Justicia 24 (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, deJusticia), 2015. Para el caso argentino, ver, por ejemplo, González, Patricia, "Autonomía sexual de las mujeres: El aborto como espiral despatriarcalizadora del derecho", Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2016. Y sobre los litigios en particular, Gebruers, Cecilia y Gherardi, Natalia, "El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso F., A.L.", Documento 2 (REDAAS), 2015.

- 40 Ver las citas de las sentencias formuladas hasta aquí.
- 41 El documento *Interrupción legal del embarazo por la causal violación* ofrece un ejemplo del detalle de las discusiones legales sobre aspectos de implementación de la causal. González Vélez, Ana Cristina y Paola Bergallo, *Interrupción legal del embarazo por la causal violación: Enfoques de salud y jurídicos* (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, Alianza Nacional por el Derecho a Decidir, CLACAI y FLASOG), 2011.
- 42 Para una descripción ya clásica de este fenómeno, pueden consultarse los trabajos de Bernal Pulido, Carlos, "El Neoconstitucionalismo a debate", en *Temas de Derecho Público*, n° 76 (Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita), 2006; y Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Editores), *El canon neoconstitucional* (Universidad Externado de Colombia), 2010.
- 43 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, del 10 de mayo de 2006.
- 44 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva.", sentencia del 13 de marzo de 2012.
- 45 Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud* (OMS), eds. 2005 y 2014.

experiencia del giro hacia la interpretación, ocurrida en los países centrales a partir de la década de los setenta⁴⁶.

(b) La sensibilidad interpretativa frente al contexto del funcionamiento de las normas

El giro hacia la interpretación de derechos implicó una innovación argumental menos explorada, que sugiere una recepción vernácula de las históricas reivindicaciones del feminismo jurídico pragmático en el plano de la interpretación legal: el reclamo de una mayor sensibilidad hacia los contextos fácticos del funcionamiento del derecho. En efecto, en los cuatro países aquí estudiados, tanto los discursos judiciales como las propuestas regulatorias y las diversas iniciativas juridizadas que la sociedad civil puso en marcha han ido situando la argumentación constitucional y convencional sobre el aborto en el contexto del funcionamiento del modelo de indicaciones en la práctica, las obstrucciones por acción y omisión para la implementación de servicios de aborto legal y las limitaciones de acceso que enfrentan las mujeres.

Las feministas llamaron la atención sobre la necesidad de expandir los contextos considerados relevantes para la interpretación jurídica. Por ejemplo, en los años ochenta, Martha Minow y Elizabeth Spelman exploraron las diversas dimensiones del contexto en la interpretación jurídica estadounidense en su clásico artículo "In context". En su aporte al simposio sobre *Contexto*, convocado por la Universidad de Southern California, resaltaban distintos significados de la idea del "contexto" relevante en la interpretación de las normas⁴⁷. Según las autoras, la consideración del contexto podía aludir al entorno del autor y de quien concibe y redacta una norma, al contexto del intérprete, o a los hechos contextuales del caso y a los sujetos involucrados en él. En la interpretación jurídica más convencional se solía hacer hincapié en una versión acotada del contexto de la producción textual de la Constitución (obsesión de los originalistas de la interpretación constitucional), el contexto histórico y legislativo de la aprobación de una legislación en particular (obsesión de los defensores de la intención del legislador), y el contexto de la relación entre los tribunales y las legislaturas o la estructura federal (obsesión de

46 Véase *Iniciativas sanitarias, Guía para el cambio en la relación sanitaria: Modelo uruguayo de reducción de riesgo y daño del aborto inseguro*, Mejores prácticas en género, etnia y salud (Organización Panamericana de la Salud), 2012.

47 Minow, Martha, *Making all the difference: Inclusion, exclusion, and American law* (Cornell University Press), 1991, y Minow, Martha y Spelman, Elizabeth, "In context", en *Southern California Law Review*, 63 (University of Southern California), 1990.

los defensores de la separación de poderes). En cambio, menos frecuente era en el contexto estadounidense en el que escribían Minow y Spelman que la interpretación legal considerara central al ejercicio hermenéutico el contexto relativo del sujeto/objeto de un litigio o regulación en particular (en el caso estudiado por Minow y Spelman, el contexto de los niños; en los casos de aborto, el contexto de las mujeres) y el contexto de las políticas públicas concretas en el tema en cuestión.

La evaluación de los contextos a los que aludían Minow y Spelman en los años ochenta ocupa hoy un lugar más claro en la interpretación constitucional estadounidense. Diversas concepciones feministas del derecho han contribuido a ese giro pragmático sobre el contexto que ha generado a su vez nuevas controversias como, por ejemplo, la centrada en la selección de la evidencia sobre la que se caracteriza el entorno fáctico. Sin embargo, revisar los cambios de las prácticas interpretativas del norte no es el objetivo de este trabajo. He traído aquí la referencia a Minow y Spelman sólo para ilustrar, con la cita de ambas, las voces feministas que aludieron a la necesidad de incorporar la sensibilidad frente a otros contextos a los tradicionalmente considerados relevantes por la hermenéutica constitucional. Volvamos ahora a América Latina, donde todavía hay mucho por hacer para incorporar a la interpretación consideraciones contextuales como las reclamadas por el feminismo.

La transformación de la interpretación constitucional en nuestra región es un fenómeno sostenido en las últimas décadas. Los neoconstitucionalistas han caracterizado bien varios aspectos de esos cambios, por ejemplo, al resaltar la recepción de innovaciones hermenéuticas *a la* Dworkin, Alexy o Nino. Han hecho menos hincapié, en cambio, en la incorporación de consideraciones sobre el trasfondo fáctico de la praxis constitucional y las dimensiones del contexto empírico relacionadas con los y las sujetas de derechos o con la posición del intérprete. Esta ausencia parece especialmente llamativa si se tiene en cuenta la marcada diferencia que suele existir entre el contexto empírico en el que se formulan los argumentos legales y morales.

En el caso del aborto, el análisis de las sentencias, las regulaciones y las reivindicaciones juridizadas de la sociedad civil de los cuatro países estudiados aquí revelan una integración creciente del contexto del funcionamiento del derecho desde el punto de vista de las mujeres cuyos derechos están en juego, las políticas públicas y los actores con poder de dar acceso o negarlo (provenientes tanto de ámbitos jurídicos como sanitarios). Por ejemplo, en la movilización en torno a litigios judiciales, en la aprobación de guías sanitarias y en propuestas, como el modelo de reducción de riesgos y daños o las líneas de información para el aborto con medicamentos,

puede observarse una sensibilidad hacia el contexto de incertidumbre en el que operan las normas vigentes, las barreras individuales, colectivas e institucionales impuestas a las mujeres que buscan acceder a los abortos ahora interpretados como legales, la *subregulación* de las prácticas y la falta de garantía de cobertura de los servicios de aborto legal.

Esta identificación de aspectos de la praxis que obliteran el acceso a los abortos legales fue planteada originalmente como una instancia de vulneración de derechos en casos llevados ante los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Así ocurrió en *Paulina vs. México*⁴⁸, *K.L. vs. Perú*⁴⁹, *L.M.R. vs. Argentina*⁵⁰ y *L.C. vs. Perú*⁵¹. En la última década, esas apelaciones contextuales sobre los déficits de acceso al derecho al aborto legal en la práctica permearon también otros ámbitos de la deliberación jurisdicada que primero identificó las falencias y luego reaccionó a ellas activando otros mecanismos legales en la forma de innovaciones remediales en materia de sanciones, reparaciones y exhortaciones.

Si bien las dimensiones del entorno fáctico identificadas no son por ahora todas las relevantes y la evidencia empírica en la que se basan es incompleta –omiten, por ejemplo, fuentes como los testimonios de mujeres o investigaciones más sistemáticas desde las ciencias sociales–, tribunales como la Corte Constitucional colombiana y la Corte argentina y autoridades regulatorias de estos países más Perú y Bolivia han incorporado a sus análisis jurídicos varias referencias al contexto de la interpretación. Veamos algunos ejemplos de esta transformación:

(i) *El contexto de incertidumbre y desinformación sobre las normas vigentes.* El reconocimiento de la relevancia del contexto en el que funcionan las normas sobre aborto trajo entre sus primeras consecuencias la identificación de diversos problemas de información. La Corte Suprema argentina, por ejemplo, subrayó en F., A.L. el trasfondo de desconocimiento e incertidumbre que rodeaba a la regulación vigente. Ante el "grado de desinformación" que imperaba, el tribunal

48 Comisión IDH, caso "Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México", Informe N° 21/07, Solución amistosa, Petición 161-02, del 9 de marzo de 2007.

49 Comité de Derechos Humanos, caso "K.L. vs. Perú", Comunicación N° 1153/2003, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003, del 24 de octubre de 2005.

50 Comité de Derechos Humanos, caso "L.M.R. vs. Argentina", Comunicación No 1608/2007, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007, del 28 de abril de 2011.

51 Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, caso "L.C. vs. Perú", Comunicación N° 22/2009. U.N. Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009, del 25 de noviembre de 2011.

propuso esclarecer la "confusión reinante" respecto de los requisitos que podían exigirse para realizar un aborto legal⁵².

La Corte consideró indispensable, también, que "los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, (...) con especial foco en los sectores vulnerables", que "hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación"⁵³. El voto mayoritario hizo énfasis, además, en la necesidad de capacitar "a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual, brinden a las víctimas orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado" en el caso⁵⁴.

Tres años más tarde, el Ministerio de Salud de la Nación aprobó un protocolo sanitario para la interrupción del embarazo⁵⁵. Aludiendo también al contexto de desinformación e incertidumbre, el nuevo protocolo recibió el deber de transparencia activa que recae sobre los profesionales de la salud y que implica el mandato de ofrecerles a las mujeres información actualizada, completa, comprensible y en lenguaje entendible⁵⁶.

(ii) *Barreras individuales, colectivas e institucionales*. Los tribunales, la administración pública y diversos actores de la sociedad civil también llamaron la atención sobre las barreras que obstruyen el acceso a los servicios médicos para la interrupción del embarazo cuando la práctica se considera legal. Algunos de los tribunales

52 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva.", sentencia del 13 de marzo de 2012.

53 *Ibid.*, considerando 31.

54 *Ibid.*

55 Ministerio de Salud de la Nación, Argentina, *Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo* (Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable), 2ª edición revisada y actualizada, 2015. Según la norma, los profesionales de la salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar toda la información disponible de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita. Dicha información debe ser actualizada, completa, comprensible y brindada en lenguaje accesible.

56 También la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Americana de Derechos Humanos identificó tempranamente el impacto de los déficits de información en cuestiones de salud reproductiva, en un informe especial publicado en 2011, en el que se alude claramente al principio de transparencia activa. Véase al respecto, Comisión Americana de Derechos Humanos, en el informe *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos* (OEA), 2011.

de la región que han tenido la oportunidad de interpretar normas sobre aborto han reconocido la existencia de prácticas obstructivas, impuestas tanto por los prestadores individuales e institucionales de salud como por funcionarios públicos, operadores judiciales y actores sociales comprometidos activamente con la restricción del acceso al aborto legal.

En este sentido, luego de la renombrada sentencia C-355 de 2006⁵⁷, la Corte Constitucional colombiana se manifestó en varias oportunidades sobre los vallados. Por ejemplo, en la decisión T-988/07 sobre el caso de una mujer de Villavicencio que gestaba un feto anencefálico, el tribunal consideró que las autoridades públicas y los particulares que obraron como prestadores tenían el deber de "remover los obstáculos que impidan a la mujer gestante acceder a los servicios de salud en condiciones de calidad y seguridad, de modo que se protejan en debida forma sus derechos sexuales y reproductivos"⁵⁸. En otro caso ocurrido en la localidad de Cúcuta, que dio lugar a la decisión T-209/08, la misma Corte afirmó que "(l)os profesionales de la salud deben atender las solicitudes de interrupción de embarazo en forma oportuna, de conformidad con la sentencia C-355 de 2006, y es su obligación remitir inmediateamente a la mujer embarazada a un profesional de la salud que pueda practicar dicho procedimiento"⁵⁹, si ellos eligieran ejercer su derecho como objetores de conciencia. Además, el tribunal consideró que ese derecho sólo podía ser ejercido de manera individual y no institucionalmente. Para los magistrados colombianos, "si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, absteniéndose de remitir de forma inmediata a la madre gestante a otro médico que esté en disposición de llevarlo a cabo; y las entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud no pueden abusar de su posición dominante imponiendo a su *staff* de médicos la orden de no prestar el servicio de salud que legalmente corresponde a las mujeres para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo"⁶⁰.

57 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, del 10 de mayo de 2006.

58 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de constitucionalidad T-988/07, del 20 de noviembre de 2007.

59 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de constitucionalidad T-209/08, del 28 de febrero de 2008.

60 *Ibid.*

A propósito de un caso en Manizales, que dio lugar a la decisión T-946/08, la Corte se expresó sobre la improcedencia de los requerimientos adicionales que exigían las prestadoras como condición para realizar un aborto legal. Según los jueces, "basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto en las condiciones mencionadas en la parte considerativa de la sentencia (C-355). La solicitud de cualquier otro requisito, en el evento descrito, constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres".

Por su parte, en el fallo F., A.L.⁶¹, la Corte Suprema argentina también tuvo en cuenta los obstáculos impuestos a las mujeres que requerían un aborto legal. En la segunda parte de la opinión de la mayoría, en particular, el máximo tribunal fue consciente de las trabas prácticas e institucionales que habían dificultado hasta entonces el acceso a los abortos previstos en el artículo 86 del CPN. La Corte demostró su comprensión de las múltiples barreras que habían surgido de la práctica informal del aborto en el país y que habían terminado por instaurar su prohibición total. Estas barreras incluían el contexto de incertidumbre y desinformación que rodeaba a la normativa sobre aborto, pero también la conducta de prestadores sanitarios y funcionarios judiciales que restringían el acceso a los abortos, y la falta de normas procedimentales y de servicios para el suministro de abortos legales. En ese sentido, la Corte comenzó explicando el deber del Estado de eliminar todas las barreras burocráticas médico-judiciales que pueden poner en peligro la vida o la salud de las mujeres. La Corte exhortó al Estado a proveer "las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevar a cabo [los abortos] de manera rápida, accesible y segura"⁶², sin imponer cargas desproporcionadas a las mujeres.

Los magistrados no sólo concentraron su atención en los obstáculos impuestos por los profesionales de la salud, sino que también hicieron referencia a los generados por los operadores de los poderes judiciales del país y a su deber de no intervenir en contra de lo previsto por las normas aplicables⁶³. Para el tribunal argentino "se sigue manteniendo una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales tanto nacionales

61 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012.

62 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012, considerando 25.

63 *Ibid.*, considerandos 19, 20 y 23.

como provinciales"⁶⁴. Por último, como veremos más adelante, la Corte argentina, en su rápida intervención en el caso *Profamilia*⁶⁵, identificó también la potencial obstrucción ejercida por el abuso de la personería jurídica de una organización pro vida y la violación de los deberes profesionales de su abogado, cuando intentaron impedir la realización de un aborto legal solicitado por una víctima de trata de personas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶⁶.

Si bien en ninguno de estos casos los jueces presentaron evidencia empírica sistemática sobre el funcionamiento de estas barreras, su identificación constituyó un aspecto relevante de la argumentación jurídica que los llevó a exhortar la adopción de regulaciones y el desarrollo de políticas públicas orientadas a la remoción de los obstáculos. Además, esta referencia al contexto de vallados en torno al aborto legal también fue empleada en otros ámbitos de la argumentación en pos de la liberalización. Varios documentos de organizaciones de mujeres y organismos técnicos señalaron una diversidad de barreras que categorizaron distinguiendo entre barreras de acceso y de demanda, barreras sanitarias y legales y barreras presupuestarias, entre otras tipologías posibles. En este sentido pueden consultarse las extensas enumeraciones de barreras al aborto formuladas en las investigaciones de Human Rights Watch o CLACA⁶⁷. También se encuentran disponibles documentos sobre aborto que ofrecen taxonomías de las obstrucciones y que fueron elaborados por

64 *Ibid.*, considerando 19.

65 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "Pro Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación de actos administrativos", sentencia del 11 de octubre de 2012.

66 Para una descripción más completa, véase Gebruers, Cecilia y Gherardi, Natalia, "El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso F., A.L.", Documento 2 (REDAAS), 2015.

67 Sobre los principales obstáculos al aborto terapéutico en el Perú, el informe de Human Rights Watch de 2010 señala: "1) normas legales y políticas públicas imprecisas y restrictivas que, entre otras, no aclaran si el daño a la salud mental justifica también un aborto legal; 2) falta de un protocolo nacional sobre criterios de selección o procedimientos administrativos a seguir; 3) procedimientos de aprobación e interconsulta caso por caso y falta de rendición de cuentas en casos de denegación de aborto legal; 4) el temor de los prestadores de servicios a ser procesados o demandados; 5) el costo del procedimiento y la falta de cobertura para el aborto terapéutico en el sistema de previsión social, y 6) desconocimiento sobre el aborto no punible entre mujeres y profesionales de la salud". Citado en PROMSEX, *Aborto terapéutico: El camino recorrido por el acceso a un derecho* (2007-2011) (Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos), 2012.

la Organización Mundial de la Salud (OMS), por las regulaciones sanitarias IPPF y por las iniciativas Causal Salud⁶⁸ y Causal Violación.

(iii) *La exhortación a regular.* La exhortación a remover los obstáculos para la provisión y el acceso a los abortos legales fue una de las consecuencias de la identificación de las praxis de obstrucciones mencionadas en el punto anterior. Los distintos actores involucrados en la interpretación han asumido con frecuencia que los vallados existentes pueden enfrentarse adoptando regulaciones sanitarias que establezcan los requisitos y procedimientos para realizar los abortos legales. Este reclamo fue articulado por organizaciones de mujeres y profesionales de la salud que en los cuatro países estudiados abogaron por la sanción de protocolos sanitarios para garantizar la provisión de los servicios de aborto legal.

La experiencia peruana ilustra el recorrido cronológico de las múltiples instancias en las que activistas y profesionales de la salud reclamaron la aprobación de regulaciones sanitarias para la provisión de los servicios de aborto legal⁶⁹. Según un trabajo de Promsex, catorce hospitales de Perú aprobaron protocolos de aborto terapéutico entre 2005 y 2009. Incluso en más de un informe anual, la Defensoría del Pueblo de ese país reconocía como una tarea pendiente del Ministerio de Salud "la aprobación del protocolo para la atención del aborto terapéutico, para brindar una atención apropiada y oportuna a mujeres que lo necesiten para salvar su vida o evitar un mal grave y permanente en su salud"⁷⁰. Finalmente, durante 2014, el Ministerio de Salud aprobó la guía técnica para regular los abortos legales⁷¹.

En diversas oportunidades, la Corte Constitucional colombiana exhortó también a las autoridades a regular la prestación de las interrupciones legales del embarazo. El primer requerimiento en ese sentido surgió de la sentencia C-355. En varios de los casos resueltos con posterioridad se volvió a exhortar la creación de reglas. En

68 Para una descripción de esta iniciativa, véase González Vélez, Ana C., "The health exception": A means of expanding access to legal abortion", en *Reproductive Health Matters*, Vol. 20, Núm. 40 (Elsevier), 2012.

69 PROMSEX, *Aborto terapéutico: El camino recorrido por el acceso a un derecho (2007-2011)* (Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos), 2012.

70 *Ibid.*, p. 27.

71 Véase Ministerio de Salud de la República del Perú, Resolución ministerial N° 486-2014/MINSA, "Guía técnica nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria, por indicación terapéutica, del embarazo menor de 22 semanas, con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal", aprobado el 27 de junio de 2014.

la última decisión del tribunal sobre el aborto, adoptada en 2014, la Corte concluyó su decisorio instando a lidiar con cuestiones específicas como los plazos máximos para el trámite. Al respecto, el tribunal exigió al "Congreso de la República que expida la regulación referente a: (i) el establecimiento de un término máximo para el trámite de estudio y aprobación de las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se formulen ante las empresas promotoras de servicios de salud, y (ii) la definición de si hay lugar a prever la existencia de una limitación temporal para la práctica de este tipo de procedimientos"⁷².

Diversas organizaciones en Argentina, entre ellas la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, reclamaron durante años la aprobación de un protocolo que regulara la provisión de los abortos no punibles. Los pedidos de la sociedad civil fueron acompañados en 2007 por un dictamen del Instituto Nacional contra la Discriminación y la Xenofobia (INADI), que exhortaba a los ministerios de salud del país a que aprobaran un protocolo y ofrecía una norma modelo⁷³. Ese mismo año, algunos distritos provinciales comenzaron a aprobar las primeras normativas que más tarde serían reemplazadas por regulaciones más exhaustivas, como consecuencia de la exhortación formulada por la Corte Suprema en su decisión de 2012 en el caso F, A.L. En esa oportunidad, el tribunal convocó a la aprobación de protocolos sanitarios y ya para 2015 la mayoría de las provincias argentinas habían incorporado guías de atención del aborto legal⁷⁴. Finalmente, luego de varios intentos fallidos, en junio de 2015 el mismo gobierno federal publicó un protocolo sanitario⁷⁵.

El Tribunal Plurinacional boliviano también se pronunció sobre la necesidad de regular los procesos para realizar las interrupciones de embarazo permitidas por la legislación de ese país. Los jueces resolvieron: "(e)xhortar a la Asamblea Legislativa Plurinacional, para que atendiendo a la interpretación efectuada en el fundamento jurídico III.8.7 de esta Sentencia Constitucional Plurinacional, en el ámbito de sus competencias y las recomendaciones de los organismos internacionales

72 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, del 10 de mayo de 2006.

73 Instituto Nacional contra la Discriminación y la Xenofobia, Recomendación general 02/07, "Discriminación en la atención sanitaria de casos de abortos legales y tratamiento postaborto", emitida el 23 de mayo de 2007.

74 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "F, A. L. s/ Medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012.

75 Ministerio de Salud de la Nación, Argentina, *Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo* (Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable), 2ª edición revisada y actualizada, 2015.

en el marco de la progresividad de los derechos de la mujer, desarrollen normas que garanticen el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos conforme a lo establecido en el art. 66 de la CPE, y que las mismas coadyuven a resolver los abortos clandestinos”⁷⁶.

En algunos países como Argentina y Colombia, el debate sobre el estatus y el contenido de estas regulaciones dio lugar a nuevos conflictos interpretativos que también se han llevado a los tribunales y aguardan resolución. En Colombia, la norma sancionada por el Presidente Uribe en 2006 fue observada y posteriormente declarada nula por el Consejo de Estado en 2013⁷⁷. Otros casos se plantearon judicialmente en Argentina y continúan abiertos hasta hoy⁷⁸. En tanto, algunos grupos conservadores estiman que las normas sancionadas permiten más de lo autorizado por la Constitución y los tratados de derechos humanos. Por su parte, diversos grupos y organizaciones de mujeres consideran que las nuevas regulaciones imponen restricciones desproporcionadas que vulneran los derechos de las mujeres a acceder a los abortos legales. Los casos siguen tramitándose en Argentina, Colombia y Perú, e ilustran bien las dinámicas recursivas de los conflictos en torno a las regulaciones. También en estos casos los tribunales comienzan a considerar el contexto en el que operan las regulaciones. Si bien todavía es mucho el trabajo pendiente para producir información sistemática sobre esas nuevas situaciones, la contextualización es parte del trabajo de las organizaciones que producen datos sobre la persistencia de múltiples vallados en el acceso al aborto legal.

(iv) *El deber de garantizar la provisión de los abortos en el sistema de salud.* Otra dimensión de la nueva sensibilidad frente al contexto de funcionamiento de la normativa es la referencia al deber de garantizar la oferta de servicios de aborto legal que, en especial, pueden encontrarse en decisiones de Colombia y Argentina. Así, en la T-858/10, correspondiente al caso de la localidad de Villavicencio, el tribunal colombiano afirmó que “el derecho al acceso a los servicios de la IVE

76 Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0206/2014, del 5 de febrero de 2014.

77 Ruibal, Alba, “Movement and Counter-Movement: A History of Abortion Law Reform and the Backlash in Colombia 2006-2014”, en *Reproductive Health Matters*, Vol. 22, Núm. 44 (Elsevier), 2014. Y Dalén, Annika, Guzmán, Diana Esther y Molano, Paola, *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*, Documentos DeJusticia 8 (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia), 2013.

78 Gebruers, Cecilia y Gherardi, Natalia, “El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso F., A.L.”, Documento 2 (REDAAS), 2015.

surge de la correlativa obligación de garantizarla⁷⁹. También en el último caso resuelto por la Corte colombiana en 2014, ésta concluyó su decisión con la orden de prevenir a Famisanar EPS "para que, en adelante, responda con la celeridad requerida a las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se le formulen"⁸⁰.

Por su parte, la Corte argentina, en el fallo F, A.L., entendió que "(c)uando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarla a cabo de manera rápida, accesible y segura"⁸¹.

(v) *Nuevas responsabilidades.* Otra de las consecuencias de la nueva percepción de la relevancia del contexto fáctico de inoperancia de las normas sobre aborto en la tarea hermenéutica ha sido la identificación de las distintas responsabilidades individuales y colectivas que generan las situaciones de obstrucción o denegación de los abortos legales. En ese aspecto, las organizaciones de mujeres, y a veces las mujeres que atravesaron diversos obstáculos en la búsqueda de un aborto legal, han comenzado a reclamar la imposición de sanciones y reparaciones contra distintos actores responsables de vulnerar sus derechos. Por su parte, las cortes de Colombia y Argentina han empezado a vincular la identificación de las obstrucciones y el déficit en el acceso al aborto con la potencial generación de responsabilidades penales, civiles y administrativas. En algunos casos, tanto los tribunales como algunos ámbitos disciplinarios han comenzado a mostrar su voluntad de investigar e imponer sanciones y reparaciones concretas. Cuando sus competencias no lo permiten, han exhortado a que los ámbitos que las tienen prevengan y lleven adelante las investigaciones necesarias para evaluar los incumplimientos. Veamos algunas de las medidas en este sentido:

(a) *Advertencias y medidas de prevención y no repetición.* En F., A.L., los magistrados argentinos alertaron sobre las responsabilidades potenciales

79 Guzmán, Diana E. y Chapparo González, Nina, *Los remedios que da el derecho: El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza*, Documento DeJusticia 24 (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia), 2015.

80 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de constitucionalidad T-532/14, del 18 de julio de 2014.

81 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012, considerando 25.

ante el incumplimiento de los deberes profesionales. Acerca del deber de realizar los abortos permitidos, el tribunal "se v(io) en la necesidad de advertir (...) a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada" en el artículo 86 del código penal⁸². Los jueces destacaron también que las prácticas de obstrucción y dilación o la generación de barreras de acceso a los servicios de salud darían lugar al deber de sus autores de "responder (...) por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar"⁸³.

La Corte Constitucional de Colombia también ha buscado prevenir la repetición de situaciones de obstrucción. Así, en las providencias T-988 de 2007 y T-585 de 2010, además de ordenar revocar los fallos de primera instancia, el tribunal advirtió y previno a las prestadoras públicas y privadas de salud que se abstuvieran de interponer obstáculos, que implementaran diagnósticos rápidos y, una vez más, que protegieran el derecho a la intimidad de la actora tomando las medidas necesarias para guardar estricta reserva y confidencialidad con el expediente y la identidad de la peticionaria⁸⁴.

Más recientemente⁸⁵, la misma Corte alertó en particular a los profesionales de la salud involucrados en casos de interrupción legal del embarazo. Para los jueces, "al margen de las consideraciones a las que haya lugar sobre la ocurrencia o no de la causal que se alega como fundamento del procedimiento", a los profesionales "no les es dable descalificar o censurar la situación de la mujer que se acerca a solicitar el servicio, so pena de incurrir en las sanciones correspondientes por faltas al ejercicio profesional". Los jueces advirtieron también que la violación del deber de guardar reserva sobre la identidad de la demandante podía dar lugar a la sanción por desacato de la orden judicial.

(b) *Sanciones*. En algunos casos concretos, las denuncias han buscado sancionar las obstrucciones impuestas por el propio poder judicial. Un primer avance

82 *Ibid.*, 22.

83 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012, considerando 24.

84 Véase Guzmán, Diana E. y Chapparo González, Nina, *Los remedios que da el derecho: El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza*, Documento DeJusticia 24 (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia), 2015.

85 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de constitucionalidad T-532/14, sentencia del 18 de julio de 2014.

en este sentido lo constituye el episodio ocurrido en la provincia de Chubut, Argentina, a raíz de una denuncia contra el juez penal Colabelli de la localidad de Esquel. Frente a las obstrucciones impuestas por el juez en un caso de aborto legal, la Fundación Ñuque Cuyen, junto a la Casa de la Mujer de Puerto Madryn y CLADEM, denunciaron al juez ante el Consejo de la Magistratura provincial. En 2013, el tribunal superior de la provincia responsabilizó al magistrado y le impuso una multa de \$1.500⁸⁶. Si bien el monto de la condena es irrisorio, en todo caso es un precedente de la voluntad judicial de prevenir intervenciones judiciales injustificadas, sancionando "su comportamiento en el proceso de toma de decisiones".

También en Argentina, las cinco denuncias presentadas ante la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo de la Magistratura de la Nación contra la jueza Rustán de Estrada, para pedir su enjuiciamiento por su intervención irregular en el caso *Profamilia*, ofrecen otro ejemplo del avance hacia la responsabilización por las obstrucciones al acceso a los abortos legales. En este caso, si bien la jueza se jubiló al poco tiempo de su intervención en el caso, en diciembre de 2014, el Consejo de la Magistratura emitió una resolución en la que encontró que su conducta pudo configurar una instancia de mal desempeño en el cargo debido a su desconocimiento inexcusable del derecho, negligencia grave y manifiesta arbitrariedad, vulnerando los incisos 1, 3 y 4 del artículo 25 de la Ley 24.937. En su decisión, el Consejo de la Magistratura reconoció que los vallados interpuestos en el caso *Profamilia* eran parte de una conducta "fomentada por operadores de la salud y convalidada por distintos operadores de poderes judiciales tanto nacionales como provinciales". El consejo reconoció especialmente el carácter extendido de las obstrucciones, cuando afirmó que "(l)a judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras"⁸⁷.

86 Equivalente a aproximadamente USD300 al momento de la sanción. Resolución de la Superintendencia Administrativa, N° 8555/13, S.L. del 7 de octubre de 2013, en la causa caratulada "Sumario N° 113/13 Consejo de la Magistratura en autos: Guerrero, A. y otras s/ denuncia contra el juez penal de Esquel Dr. José Oscar Colabelli", Exp. 1123-S-2013-S.T.J.

87 Consejo de la Magistratura de la Nación, Argentina, Resolución N° 334/2014, "Mas, María Mariel y Flavia Massenzio c/ Dra. Myriam Rustán de Estrada", 18 de diciembre de 2014, considerando 2.

(c) *Reparaciones*. Un estudio reciente de la justicia colombiana muestra que a partir del dictado de la sentencia C-355, los tribunales de ese país comenzaron a recibir varios reclamos de acceso a los abortos legales. Algunos de esos casos llegaron a los estrados de la Corte Constitucional después de 2008. En estas decisiones, que incluyen la T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-841 de 2011, las mujeres habían llevado a término su embarazo y los jueces de la Corte ordenaron medidas de reparación indemnizatorias y de atención médica, así como de protección a la intimidad de la titular, de sus familiares y del expediente. En cambio, en otro grupo de casos también recibidos por la Corte, en los que las mujeres habían enfrentado obstrucciones que las llevaron a presentar tutelas pero en los cuales finalmente tuvieron acceso a abortos legales, la Corte Constitucional evitó ordenar reparaciones y se enfocó en algunas medidas de prevención, como veremos a continuación. Sin embargo, tras su última decisión frente a un caso de este tipo, adoptada en 2014, el tribunal ordenó indemnizar el daño provocado por la obstrucción del acceso a un aborto, además de otras medidas⁸⁸. Y lo hizo sin tener en cuenta que la mujer había podido terminar su embarazo.

En el caso *Acevedo*, ocurrido en la provincia de Santa Fe, en Argentina, se avanzó recientemente en la determinación de una reparación integral por parte del estado provincial. En este caso, una mujer con cáncer terminal solicitó un aborto y le fue denegado. Además se le suspendió el tratamiento del dolor para hacerla sostener el embarazo, que terminó en la semana con la inducción del parto, la muerte del feto y al poco tiempo la muerte de la mujer⁸⁹.

88 En ese sentido se afirmó: "(e)n tales eventos lo que se define como daño no es el hecho mismo del nacimiento, ya que, a la luz de los principios y valores de la Carta Política de 1991, el alumbramiento de una criatura, así sea en circunstancias adversas o indeseadas, no puede ser calificado, bajo ningún supuesto, como el acaecimiento de un daño. Aducir lo contrario constituiría una grave lesión del derecho a la dignidad del menor, reduciendo su existencia a las cargas personales y económicas que su crianza puede generar, y desconociendo que el ordenamiento constitucional identifica la vida como un derecho y un valor fundamentalmente protegidos. En realidad, en estos casos el daño vendría dado por la circunstancia de que la mujer no tuvo la posibilidad de acceder a un servicio que debía serle prestado en un espacio de tiempo determinado, agotado el cual, este resulta de imposible satisfacción. A esto se refiere precisamente la doctrina alemana, la cual, a través de la teoría de la separación o *trennungslehre*, ha planteado que en estos casos el daño se encuentra precisamente en la lesión de la libertad de procreación que se reconoce en determinadas circunstancias". Corte Constitucional colombiana, sentencia T- 532 de 2014, considerando 3.3.

89 Poder Judicial de Santa Fe. Requerimiento de instrucción por la muerte de A.M.C., Expte. N° 2165, año 2007, Juzgado Correccional de la 5° Nominación de Santa Fe, Argentina. Sobre la reparación

(d) *Exhortaciones a investigar responsabilidades.* Las cortes de Argentina y Colombia han instado también a que otros organismos ejerzan sus competencias de investigación sobre las responsabilidades de quienes han obstruido el acceso a abortos legales. Con ese propósito, la Corte Constitucional de Colombia ordenó la remisión de copias de los casos a distintas entidades administrativas, disciplinarias y penales, con el fin de que investigaran y eventualmente sancionaran "a los responsables de la vulneración del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo"⁹⁰.

Por ejemplo, en la T-532 de 2014, el tribunal exigió el envío de copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, "para que, en ejercicio de sus competencias, investigue las posibles faltas en las que pudo incurrir Famisanar EPS", y al Tribunal de Ética Médica de Bogotá, "a fin de que, en ejercicio de sus competencias, indague si los médicos que atendieron a la accionante durante el trámite de la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, incurrieron en alguna falta a la ética profesional".

A su vez, la Corte Suprema argentina reaccionó ante los vallados impuestos por distintos actores del derecho en el caso *Profamilia*, planteado en octubre de 2012, cuando una organización conservadora intentó obstruir el acceso al aborto de una víctima de trata de personas⁹¹. Luego de que la medida cautelar solicitada por *Profamilia* fuera rechazada por un juez de la Ciudad de Buenos Aires, la organización se dirigió a la jueza Myriam Rustán de Estrada, con jurisdicción nacional en la Ciudad, para obtener la orden de no innovar. Sin justificar su resolución, la jueza concedió la medida que un par de días más tarde fue revocada por la Corte Suprema. Al año siguiente, en septiembre de 2013, la Corte emitió su breve sentencia en la causa, confirmando la obligación de todos los niveles del Estado de garantizar el acceso a los abortos no punibles y disponiendo la investigación de los involucrados en la obstrucción al acceso a un aborto legal.

véase diario *El Litoral*, "El gobierno provincial pidió disculpas a la familia de María Acevedo", 27 de octubre de 2015.

90 Para ello se resolvió enviar copias a distintas autoridades, incluyendo la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público, los tribunales de Ética Médica y el Consejo Superior de la Judicatura, seccional disciplinaria, para que investigaran a las personas responsables de la vulneración del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Véase Guzmán, Diana E. y Chapparó González, Nina, *Los remedios que da el derecho: El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza*, Documento DeJusticia 24 (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia), 2015.

91 Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "Pro Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación de actos administrativos", sentencia del 11 de octubre de 2012.

Aunque el aborto ya se había practicado, el tribunal consideró necesario pronunciarse con miras a "tomar (las) medidas necesarias para dismantelar toda posible consecuencia que pretenda derivarse de esas actuaciones judiciales deformadas". Con ese propósito, los jueces exhortaron a: (a) investigar judicialmente la conducta de la organización peticionaria, (b) revisar el comportamiento del letrado independiente que actuaba como apoderado de "la persona por nacer", y (c) dar intervención al Consejo de la Magistratura para que investigara el desempeño de la jueza Rustán de Estrada.

En otro caso en la provincia de Salta, ante los obstáculos impuestos por la Asesoría de Incapaces N° 2 a una mujer que buscaba acceso a un aborto legal, la Corte Suprema de Salta reclamó que se examinara la conducta del juez Soria y, en el voto de la jueza Kauffman, se solicitó también indagar la intervención de la Asesoría de Incapaces⁹².

A modo de conclusión

Los debates latinoamericanos en torno al aborto han experimentado una legalización creciente. Ésta puede observarse en la eclosión de fuentes normativas que regulan el aborto y que lo han hecho con cambios en distintos sentidos en el eje restricción/permisión en las últimas décadas y cada vez más hacia la liberalización en el último lustro. Así lo muestra claramente el ejercicio de revisión de las trayectorias de las normas penales sobre el aborto, incluido en el primer apartado. Esta dimensión del proceso de juridización ha implicado que los argumentos fundados en fuentes legales se expandan e infundan un sustrato legal a lo que antaño eran reivindicaciones puramente políticas y morales.

Por otro lado, la legalización del debate sobre el aborto también ha implicado un giro hacia la interpretación de derechos con las características descritas en la segunda sección del capítulo: una ampliación del rol de los argumentos constitucionales y convencionales en la forma de balances o análisis de proporcionalidad fundados en el texto constitucional y de tratados de derechos humanos, por un lado; y de otro, una nueva sensibilidad hacia el contexto en el que operan las normas, lo que ha implicado, a su vez, incorporar a la interpretación de las normas sobre aborto referencias a los contextos de desinformación e incertidumbre en el que funcionan, las barreras que obstruyen el acceso al aborto legal, los déficit de implementación, exhortaciones

92 Véase Gebruers, Cecilia y Gherardi, Natalia, "El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso F., A.L.", Documento 2 (REDAAS), 2015.

regulatorias y la identificación de un conjunto diverso de responsabilidades y los deberes de sanción, reparación o investigación derivados de ellas.

Este giro hacia la interpretación de los derechos refleja la influencia de las concepciones dworkinianas de la interpretación constitucional o del neoconstitucionalismo que ha ganado presencia en la región. Pero en los debates sobre aborto, como lo resalta el apartado anterior, el giro interpretativo ha implicado también un abordaje más sensible al contexto de la aplicación de las normas a interpretar y las conductas de los actores por ellas obligados, más en la línea con los reclamos del feminismo jurídico pragmático y poco típicas de la praxis hermenéutica de la región.

Antes de concluir, vale la pena llamar la atención sobre un tercer aspecto de la legalización del aborto sobre el que todavía hay mucho por estudiar: la expansión de los foros de las disputas legales a nuevos espacios jurispáticos y jurisgenésicos antes ausentes. Esa expansión del *locus* de la interpretación jurídica se ha dado hacia dos ámbitos diferentes. En primer lugar, en las últimas dos décadas, se han expandido los órganos formales partícipes de la interpretación legal formal. Así, lo que hasta entonces habían sido disputas limitadas al terreno casi exclusivo del legislador en materia penal y algún que otro juez, han pasado ahora a incluir como foro para dirimir interpretaciones de derechos nuevos ámbitos jurisdiccionales del poder judicial como los tribunales constitucionales y organismos de la administración pública sanitaria en las que se emiten regulaciones administrativas sobre la provisión de abortos. Esto puede observarse en la gran cantidad de litigios y regulaciones clasificadas en el gráfico I, en la tabla fuente del apéndice y en la consideración de las decisiones judiciales citadas al estudiar el viraje interpretativo en la sección anterior.

En segundo lugar, los foros en los que discurren las pujas de la hermenéutica jurídica en torno a los derechos en juego respecto del aborto se han ampliado también para incluir a comunidades interpretativas de la sociedad civil. Estos nuevos actores que generan derecho con sus interpretaciones –“actores jurisgenéticos”, como proponía llamarlos Robert Cover en su clásico *Nomos and Narrative*– son bien diversos. Si bien una revisión sistemática de estos actores y foros excedería el alcance de este trabajo, sí podemos repasar a título ilustrativo algunos ejercicios de interpretación legal que ha desarrollado la sociedad civil en relación con el aborto.

Estas ampliaciones pueden verse, por ejemplo, en la interpretación legal generada por comunidades profesionales de la salud, como la red involucrada en los proyectos de expansión de la interpretación y aplicación de la Causal Salud y la Causal Violación.

En el marco de estos dos proyectos, un grupo interdisciplinario de individuos e instituciones de la región trabajó para desarrollar una interpretación sanitaria y legal de las dos causales del modelo de indicaciones. Además de dos documentos centrales en la generación de argumentos de distinto tipo, y también jurídicos, este grupo, liderado por dos redes de organizaciones de Colombia y México, montó un conjunto de iniciativas de capacitación que buscan garantizar la ampliación del acceso a los abortos legales en América Latina, mediante una reinterpretación de las dos causales del modelo de indicaciones para el aborto⁹³.

En Perú, los profesionales de la salud ofrecen otro buen ejemplo de la capacidad de interpretación del derecho que, antes de que el poder ejecutivo finalmente sancionara un protocolo sanitario para la interrupción legal del embarazo en 2015, produjo regulaciones hospitalarias en catorce instituciones del país⁹⁴. Otra instancia interesante es la iniciativa de autorregulación y apoyo para la generación de datos y conocimiento sobre el aborto legal, creada por la Red de Acceso al Aborto Seguro de Argentina (REDAAS), una red de profesionales que creó un protocolo para la producción de estadísticas sobre su práctica ante la ausencia de respuestas institucionales para el registro de los abortos legales en el país⁹⁵.

El despliegue de ejercicios de interpretación jurídica por comunidades de la sociedad civil puede verse también en la argumentación legal que provee el sustrato del modelo de reducción de riesgos y daños diseñado para enfrentar el aborto ilegal mediante consejerías pre y postaborto. En este proyecto, a partir de la interpretación de derechos como el de la información, los deberes médicos emergentes de los derechos a la salud, a la vida y a gozar de los avances del conocimiento científico, redes de profesionales de la salud, primero en Montevideo bajo la conducción de la organización Iniciativas Sanitarias, y luego en varios otros países de la región, elaboraron documentos-guía con los que capacitaron a cientos de profesionales. Esos documentos justifican ética y legalmente el suministro de información a las mujeres que planean realizarse un aborto y que pueden hacerlo seguras a partir de los datos sobre el uso de pastillas de misoprostol.

93 Véase González Vélez, Ana C., "The health exception': a means of expanding access to legal abortion", en *Reproductive Health Matters*, Vol. 20, Núm. 40 (Elsevier), 2012.

94 PROMSEX, *Aborto terapéutico: El camino recorrido por el acceso a un derecho (2007-2011)* (Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos), 2012.

95 Los detalles de la iniciativa pueden consultarse en www.redaas.org.ar

Otras iniciativas lideradas por organizaciones de mujeres también muestran ejercicios jurisprudenciales en torno al aborto y los derechos humanos. Un buen ejemplo de ellas son las líneas telefónicas en las que redes de activistas feministas y lesbianas ofrecen información sobre el aborto con pastillas. En este caso, la interpretación de derechos ha implicado la promoción de la autonomía y la igualdad a partir de instancias del derecho de acceso a información sobre el misoprostol y, en ocasiones, la provisión o prescripción del fármaco. En el mismo sentido, otro ejercicio jurisprudencial puede verse en las campañas de elaboración participativa de proyectos de legislación sobre aborto llevadas a cabo en distintos países de la región. El caso argentino, en el que la Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito elaboró un proyecto de ley que presentó anualmente al Congreso de la Nación para promover la liberalización del aborto en los últimos diez años, es un ejemplo de este tipo de esfuerzos de la sociedad civil. En la misma línea se encuentra la Campaña Regional por una Convención de Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos que, desde comienzos del milenio, ha elaborado participativamente más de un proyecto de convención⁹⁶.

En todas estas iniciativas, distintos grupos, redes y organizaciones se han involucrado en ejercicios de interpretación legal, ofreciendo argumentos que en muchos casos compiten con las interpretaciones aceptadas por los ámbitos jurisprudenciales. Estas interpretaciones alternativas de los derechos entran en tensión con las de los órganos jurisprudenciales, y en un futuro no lejano podrían llegar a sustituirlas. Más allá de los resultados obtenidos en la práctica por los distintos proyectos, cuestión que escapa al interés de este artículo, todos ellos muestran un involucramiento creciente en la interpretación de derechos en relación con el aborto y una ampliación de los foros en los que discurría la discusión en décadas anteriores. Con el tiempo, esta legalización del aborto podría proveer las bases para la legalización que supone el abandono o la reducción del empleo del derecho penal.

Finalmente, las dinámicas de cambio que caracterizan el proceso de legalización estudiado aquí resultan claves para pensar nuevos ejes de trabajo desde el feminismo jurídico de la región. En los países donde se ha avanzado poco en la senda de la liberación hay un trabajo más profundo que hacer para transformar las prácticas hermenéuticas o para que éstas logren permear el debate legal sobre el aborto. La expansión del rol del derecho en la deliberación puede reducir el margen de las opciones políticas consideradas legales para regular la interrupción del embarazo.

96 La última versión de la propuesta de la Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos se encuentra disponible en: <http://www.derechossexualesyreproductivos.com/prop2010-lima-esp.pdf>.

Claro que allí donde los procesos de reforma jurídica más amplia todavía no se han arraigado, los desafíos son más profundos.

La transformación de las prácticas interpretativas que implican la adopción de una argumentación constitucional y convencional más compleja y la sensibilidad hacia el contexto de funcionamiento de las normas, ilustrado en la segunda parte de este capítulo, son el resultado de importantes cambios en la producción de conocimiento jurídico y de la formación sobre el derecho de los operadores jurídicos, los profesionales de la salud y los movimientos sociales involucrados en el debate sobre el aborto. Profundizar los cambios en los países estudiados o replicar las experiencias en otros implicará, como mínimo, poner mucha atención a los ámbitos de la educación legal para los profesionales del derecho, la salud y la sociedad civil en general.

En Argentina, Bolivia, Colombia y Perú, en cambio, las experiencias de juridización estudiadas aquí muestran el trabajo pendiente para avanzar en el sendero de la implementación o la articulación de nuevos reclamos por las vulneraciones de derechos que implican las deudas de implementación. Éstas además podrían identificarse ahora como violaciones sistemáticas al deber de proveer abortos legales, según se ha comenzado a plantear en casos individuales en los organismos internacionales. Así, nuevos reclamos podrían plantear en términos nacionales o regionales el carácter sistemático de los incumplimientos y acompañar la denuncia con datos de contextos más amplios y sistemáticamente recogidos. Es decir, la apelación al contexto de la interpretación de derechos puede llevarse mucho más allá de donde ha llegado hoy, incluso para mostrar lo inevitable de la legalización, como ha ocurrido en los debates europeos o en el caso canadiense.

Finalmente, otros aprendizajes del proceso de juridización descrito aquí incluyen la necesidad de mirar ampliamente los foros jurispáticos, incorporando, por ejemplo, los foros de la interpretación administrativa, donde se puede adelantar un considerable trabajo regulatorio y de exigibilidad. Lo mismo puede decirse de los espacios de la interpretación jurisgenética, que pueden ser el foco del trabajo legal creativo desde el cual encarar reformas hacia arriba. Los ejemplos de los protocolos hospitalarios en Perú, los documentos Causal Salud y Causal Violación, las regulaciones de redes de proveedores como REDAAS en Argentina o el trabajo creativo desarrollado en su época por Iniciativas Sanitarias muestran el enorme potencial de estos ejercicios jurisgenéticos encabezados por profesionales de la salud. Lo mismo puede decirse de las iniciativas de las organizaciones de mujeres sobre el derecho a la educación.

Tabla I. Variables de cambio legal en el régimen jurídico del aborto de América Latina (1970–2015).

País	1970-1984						1985-2000						2001-2010						2011-2015					
	CC	CL	DJ	CP	LI		CC	CL	DJ	CP	LI		CC	CL	DJ	CP	LI		CC	CL	DJ	CP	LI	
1 Argentina	1853/ 60	1821 /68					1994									2010						2012	2015 X*	2011 ⁹⁷ 2015
2 Bolivia	1967	1973				2002					2009											2014	2015	
3 Brasil	1967	1940; 1984				1988				2003											2012	2012	2012	
4 Chile	1980	1874		1931; 1984						1989	2005													
5 Colombia	1886	1936; 1980				1991	2000								2001; 2006	2006 2009								
6 Costa Rica	1949	1970										2002												2012 ⁹⁸
7 Cuba	1976	1936 /1979		1961																				
8 Ecuador	1830	1971				1996; 1998					2008				2006	2006								
9 El Salvador	1952; 1983	1956 /1973				1999	1998											2013 ⁹⁹						2013 ¹⁰⁰
10 Guatemala	1965	1973				1985																		
12 Haití		1810				1987																		

97 Comité de Derechos Humanos. Caso L.M.R. vs. Argentina. Comunicación Nº 1608/2007, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007. 28 de abril de 2011.

98 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012.

99 Corte Interamericana de Derechos Humanos. MC 114/13 – B, El Salvador.

100 Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 29 de mayo de 2013.

Pais	1970-1984				1985-2000				2001-2010				2011-2015								
	CC	CL	DJ	CP	LI	CC	CL	DJ	CP	U	CC	CL	DJ	CP	U	CC	CL	DJ	CP	U	
11	Guyana	1966 1929/ 70; 1980	39						1995												
13	Honduras	1982	1906; 1983				1985						2009								
14	México DF	1917 74; 1983	1931			1995; 2000	2000				2002; 2004; 2007	2002; 2006*; 2007*							2011; 2011; 2012		
15	México y Estados Unidos					1996						2009	2007 ^(o1)	2011							
16	Nicaragua	1948	1893			1987					2007										2010 ^(o2)
17	Panamá	1972	1922; 1982						1989				2003; 2005								
18	Paraguay	1967	1914	1980	1937	1992	1997				2008										2015 ^(o3)
19	Perú	1979	1924		1968; 1970	1993	1991		1997				2005 ^(o4)						2014		2011 ^(o5)
20	Puerto Rico	1952	1974	1973; 1979; 1980; 1981	1976		2005	1992	1999			2005					2012				

101 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 21/07. Solución amistosa. Petición 161-02, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México. 9 de marzo de 2007.

102 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Amelia", Nicaragua. Medida cautelar. 26 de febrero de 2010.

103 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Medidas cautelares respecto al N° 178/2015. Asunto niña Mainumby respecto de Paraguay. 8 de junio de 2015.

104 Comité de Derechos Humanos. Caso K.L. vs. Perú. Comunicación N° 1153/2003, U.N. Doc. CCRP/C/85/D/1153/2003. 24 de octubre de 2005.

105 Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Caso L.C. vs. Perú. Comunicación N° 22/2009. U.N. Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009. 25 de noviembre de 2011.

	Pais	1970-1984					1985-2000					2001-2010					2011-2015					
		CC	CL	DJ	CP	LI	CC	CL	DJ	CP	LI	CC	CL	DJ	CP	LI	CC	CL	DJ	CP	LI	
21	República Dominicana	1844	1948				1994	1990														
22	Surinam		1910				1987															
23	Uruguay	1967	1938																			
24	Venezuela	1961	1926 /64				1999	=/ 2000														

106 En diciembre de 2014, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 550-14 de reforma del Código Penal, que contenía un modelo con indicaciones. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de República Dominicana declaró inconstitucional la reforma en lo referente a las causales de interrupción legal del embarazo, en diciembre de 2015.

REFERENCIAS:

- CC: Cambio Constitucional (textual y de normas específicas sobre derechos reproductivos o derecho a la vida).
- CL: Cambio Legislativo (textual – códigos penales).
- DJ: Decisión de Jurisprudencia (de tribunales superiores o constitucionales sobre la validez de la normativa penal de aborto).
- CP: Cambio Procedimental (regulación administrativa o legal procedimental o guías de atención médica producidas por instituciones públicas).
- LI: Litigio Internacional. Resolución / Decisión de un tribunal internacional.

Hace algo más de un año, abril de 2015, el Centro de Derechos Humanos de nuestra Facultad identificó la necesidad de promover un debate académico en torno a la despenalización del aborto en Chile en las tres causales que ha propuesto el Poder Ejecutivo. A pesar de nuestras posturas personales sobre el tema, y sobre lo que el aborto significa para la plena autonomía de la mujer y sus derechos, los y las integrantes del equipo coincidimos en la importancia de generar un espacio de diálogo respetuoso entre personas que sostienen ideas distintas.

La publicación constituye, entonces, una materialización de dicha visión. Este libro recopila artículos académicos con puntos de vista contrapuestos y presenta a los lectores una mirada plural que pocas veces podrían encontrar en una sola obra, dejando testimonio de que este debate no concierne solamente a las mujeres, aunque ellas son las principales implicadas.

Algunas de las líneas argumentales desarrolladas en esta publicación fueron presentadas en dos coloquios realizados en octubre y noviembre de 2015 en la Facultad de Derecho. En ellos, los profesores Rodolfo Figueroa y Ángela Vivanco expusieron sus argumentos en torno a la objeción de conciencia, y el profesor Héctor Hernández y la profesora María Magdalena Ossandón sobre el uso del derecho penal y el aborto.

Creemos que la universidad tiene el deber de generar espacios de conversación y de promover la convivencia de diferentes opiniones, aunque ello pueda incomodar. A su vez, debe asegurar que otros actores, como las organizaciones sociales con menor impacto en los medios o con menor disponibilidad de redes, puedan contar con espacios para enriquecer la deliberación política en Chile.

Por lo anterior, es que esperamos que esta publicación sea una contribución desde la academia al debate de temas contingentes y de interés para toda la sociedad.

Lidia Casas Becerra (Mayo 2016)

