

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE ABORTO EN CHILE. CRÍTICA DE SU FUNDAMENTACIÓN RACIONAL

*José E. Durand Mendioroz**

SUMARIO: 1. Introducción acerca del proyecto de ley de aborto en Chile. 2. Incoherencia interna del proyecto y crisis de constitucionalidad. 3. Inconsistencias con el sistema normativo chileno. 4. Defectos en la deliberación, por error en el análisis de cuestiones de gran relevancia. 5. Desproporción de los medios previstos en la parte dispositiva del proyecto con relación a los fines que sostiene. 6. Apéndice.

1. INTRODUCCIÓN ACERCA DEL PROYECTO DE LEY DE ABORTO EN CHILE

1. En la República de Chile se ha mantenido durante cinco décadas una exitosa política de Estado ordenada a la promoción de la salud materna y a la educación de la mujer, en el contexto de un sistema jurídico que desde 1989 no contempla causal alguna de despenalización o permisión del aborto. Como resultado de esta política Chile ostenta la menor tasa de mortalidad materna de la región y una de las menores del mundo, realidad ésta que desmiente el argumento consistente en que en aquellos países donde no existe aborto legal aumenta la mortalidad materna.

Una investigación epidemiológica describe con claridad este fenómeno al que el Dr. Elard Koch¹, su director, denomina 'el experimento natural chileno'. "La mortalidad por aborto ha experimentado una reducción continua en los últimos 50 años, al punto que la muerte por aborto provocado ha llegado a ser un fenómeno excepcional en términos epidemiológicos (riesgo de 1 en 4 millones de mujeres en edad fértil o 0,4 por 100.000 nacidos vivos para cualquier tipo de aborto excluyendo embarazo ectópico).

*Abogado por la Universidad de Buenos Aires, profesor en el Departamento de Fundamentos del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta desde 1979, exprofesor adjunto a cargo de Filosofía del Derecho; actualmente profesor titular interino de Introducción al Derecho y extraordinario de Deontología Jurídica.

¹Koch, Elard, *Epidemiología del aborto y su prevención en Chile*. Recomendando la lectura completa, en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-75262014000500001&script=sci_art-text. También el excelente sitio <http://www.melisainstitute.org/>

Luego del cambio de ley en 1989², las muertes por aborto continuaron disminuyendo, desde 10,8 hasta 0,39 por 100.000 nacidos vivos, *lo cual, como materia de hecho científico, desafía la noción que una legislación menos permisiva conduce a mayor mortalidad por aborto*³. Es decir, luego de la derogación del código sanitario que autorizaba el “aborto terapéutico”, hasta 2009 (transcurridas dos décadas) la mortalidad materna disminuyó el 96% (!).

A pesar de la notable experiencia chilena, el 31 de enero de 2015 la Presidenta Bachelet envió a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que regula la “despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” que, a la fecha de conclusión de este trabajo⁴, aún se encuentra en trámite parlamentario en el ámbito de dicha Cámara. Lo medular de su contenido consiste en la modificación al art. 119 del Código Sanitario de Chile⁵, cuya actual redacción reza: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

El proyecto postula autorizar la interrupción de un embarazo cuando:

- “1) *La mujer se encuentre en riesgo vital, presente o futuro, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida*” (causal de peligro de vida de la madre).
- “2) *El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina*” (causal de inviabilidad del nasciturus).
- “3) *Es resultado de una violación, en los términos del inciso segundo del artículo siguiente, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho semanas de gestación*” (causal de violación).

Propone además la agregación al Art. 119 del Código Sanitario, el 119 bis y el 119 ter, y modificación de los Códigos Penal y Procesal Penal en lo que se relaciona con el objeto principal.

Desde el punto de vista metodológico se analizará si el proyecto cumple con los requerimientos propios del razonamiento prudencial, considerando: i) la coherencia interna de los fundamentos y los fines tal como están

²Norma que estableció entonces, en el art 119 del Código Sanitario, la prohibición de “ejecutar acción alguna destinada a producir la interrupción del proceso de gestación de un ser humano” junto con las correspondientes modificaciones al Código Penal. Cfr. http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=1989

³Énfasis añadido. En lo sucesivo el principio es que todos los énfasis son añadidos, señalándose solamente cuando el énfasis provenga de la cita original.

⁴Noviembre de 2015.

⁵Se ha utilizado el texto oficial que puede consultarse en el sitio: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10315&prmBL=9895-11.

expresados en el Mensaje presidencial; *ii*) algunas cuestiones relativas a la inserción de la norma propuesta en el sistema normativo formal chileno; *iii*) la coherencia entre los fines que se propone alcanzar el proyecto de ley y los medios previstos en su parte dispositiva. Cualquier inconsistencia en estos aspectos pondría de manifiesto un defecto de técnica legislativa o una aparente o falsa fundamentación⁶.

2. *El razonamiento prudencial en la formulación de la ley concreta*⁷. La moderna ciencia jurídica ha relegado al olvido el estudio del “razonamiento prudencial” que debiera efectuar todo aquel que, desde alguna función, debe adoptar alguna decisión concreta en materia jurídica; sea el juez, el magistrado, el abogado en su ejercicio profesional, etc.

También el legislador, ciertamente, deberá razonar prudencialmente en orden a la formulación una ley que sea justa (es decir, que reconozca a cada uno lo que es suyo) y que además sea la más adecuada a la realidad histórica sobre la que va a regir. El razonamiento prudencial tendrá que partir del análisis de la realidad (“deliberación”), en un segundo momento juzgar y optar por los medios más adecuados para arribar a los fines procurados (“juicio”) y finalmente, llevar a cabo la conducta debida (“mandato”).

Por razones de método, remitimos a una síntesis de este tema, que se incluye como apéndice del presente artículo.

2. INCOHERENCIA INTERNA DEL PROYECTO Y CRISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

3. *El cumplimiento de la Constitución como primera finalidad explícita: el equilibrio entre mandatos*. El proyecto expresa *ab initio* la voluntad de cumplir con el mandato constitucional:

“(...) nuestra Constitución Política se ocupa de consagrar 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” (cfr. Antecedentes del Mensaje).

⁶No se realiza en este artículo un análisis jurídico exhaustivo del proyecto de ley, sino principalmente de su fundamentación lógica. El trabajo omite toda valoración de índole política; pero sí contiene consideraciones de naturaleza ética dado que la propuesta de ley implica aspectos que innegablemente hacen a esta dimensión humana, tales como la despenalización de la muerte provocada de seres humanos en el estado inicial de su existencia, como asimismo aspectos relacionados con la dignidad y la salud de la mujer.

⁷Seguimos en este acápite la excelente obra, de Carlos Ignacio Massini, *La Prudencia Jurídica*, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1983.

“Junto con ello, el Estado debe equilibrar esos mandatos con aquellas situaciones que pueden afectar la vida, la salud, los derechos y, en definitiva, la dignidad de las mujeres en ciertas situaciones que conllevan la obligación de regular la interrupción del embarazo”.

En el último párrafo transcrito se desagregan, por un lado, “esos mandatos” y por el otro, “aquellas situaciones” relacionadas con la gestación, las que conllevarían –en los términos del mensaje– “la obligación de regular la interrupción del embarazo”. Resulta de toda necesidad, en primer lugar, hacer referencia a las previsiones de la Constitución Política de Chile sobre esta materia.

Su artículo 19 prescribe:

“La Constitución asegura a todas las personas:

1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer (...)
(....)

Cabe interrogarse si para el Proyecto, la protección a la vida y a la integridad, que alcanza a “toda persona” y que, obviamente, incluye a la madre gestante ¿no lo incluye acaso al nasciturus? ¿Es que no es obvio también que “el que está por nacer” es titular de la garantía constitucional? Por de pronto, el encabezamiento del artículo se refiere: “(...) a todas las *personas...*” por ende, lo incluye; luego, la referencia al nasciturus se encuentra en el mismo ordinal o apartado (el 1°) que hace referencia al concepto universal “persona”. ¿Qué puede hacer pensar que el constituyente haya querido excluir al nonato de la garantía de la integridad?

No obstante, a modo de ejercicio dialéctico, se plantea a continuación la siguiente alternativa:

- 1) Negacionista: el nasciturus no está incluido en la categoría “toda persona” establecida por la Constitución y, en definitiva, su estatus sería definido por la ley que, si bien tendría la “orientación general” de proteger su vida, ello llevaría implícita la posibilidad de establecer algunas excepciones como, por ejemplo, autorizar la muerte del gestado mediante la interrupción del embarazo en situaciones consideradas de suficiente gravedad por el legislador ordinario.
- 2) Inclusiva: el que está por nacer está incluido en la categoría de persona y, por ende, tiene derecho a la integridad física y psíquica. La específica disposición a su respecto, no solamente no excluye a la persona antes de su nacimiento de la garantía consagrada por la carta fundamental, sino que, por el contrario, la refuerza (argumento *a fortiori*⁸).

⁸No constituye el objeto de este trabajo profundizar en las técnicas de interpretación normativa (argumentos sistemático, teleológico, histórico, etc.) en orden a explicar que “el

Esta última solución es la que surge de una correcta interpretación literal, histórica, teleológica y sistemática de la norma constitucional, tal como lo han puesto de manifiesto la jurisprudencia de la Corte Suprema y la más calificada doctrina chilena⁹. El mensaje presidencial, empero, parece adherir implícitamente a la alternativa Negacionista, lo que constituye un error basal en la inteligencia de la Constitución.

La ciencia jurídica distingue las reglas jurídicas permisivas, que establecen una permisión bilateral (la posibilidad de realizar o no una determinada acción) de aquellas reglas imperativas o prohibitivas, donde la permisión es unilateral, en orden a la licitud a hacer únicamente lo que la norma impera, o no hacer lo que prohíbe¹⁰.

Dado los términos imperativos de la norma constitucional el legislador tiene un mandato unilateral, en orden a “proteger” al nasciturus y, en consecuencia, ni puede “no hacerlo” ni, mucho menos, está facultado a establecer excepciones que impliquen la permisión de la conducta diametralmente opuesta a la preceptuada, tal como lo sería la legislación que habilita el aborto en “tres causales”.

El recurso al eufemismo de la “interrupción del embarazo” no puede ocultar que cualquier procedimiento quirúrgico o químico que se utilice para hacer tal cosa, implica la muerte del ser humano en gestación. La proyectada permisión al Estado de privar, a requerimiento de la gestante y de un modo deliberado la vida del que está por nacer (proyecto de ley) y el deber de protegerla (Constitución Política) ocasiona una evidente antinomia, que deberá ser resuelta por la Justicia, haciendo preponderar –naturalmente– la norma de mayor jerarquía.

4. *Jerarquía normativa y principio de validez.* Siendo la Constitución Política la norma de jerarquía superior en Chile, de conformidad al principio de validez normativa todas las normas positivas, incluidas las leyes, para tener validez deben adecuarse material y formalmente a la Constitución. Desde el punto de vista de su “materialidad”, es decir, de su contenido concreto, las leyes no pueden contradecir los mandatos de la Constitución.

que está por nacer” es una persona, titular de la máxima protección, en función de su estado de absoluta indefensión.

⁹Cfr. <http://centrodebioetica.org/2015/03/analisis-del-proyecto-de-ley-de-aborto-en-chile/>; Vivanco Martínez, Ángela, El Derecho a la Vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional, en *Revista Chilena de Derecho (RCHD)*, vol. 28 N° 2, 467-480, Sección Estudios, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/404/10.pdf>; Corral Talciani, Hernán, El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida, en *Revista Ius et Praxis*, 11, versión on Line, donde realiza una brillante síntesis de los aspectos constitucionales. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122005000100003&script=sci_arttext; Ossandón Widow María Magdalena, Aborto y Justificación, en *RCHD*, vol. 39 N° 2, 2012 http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000200006

¹⁰Kalinowski, Georges, *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1982. Cfr. *Lógica y filosofía del derecho subjetivo* (27 ss.).

Así, resulta contradictorio con el mandato constitucional: “La ley protege la vida del que está por nacer”, una ley de despenalización del aborto donde el Estado consagre un desequilibrio y desproporcionalidad enormes, en detrimento de un niño por nacer, real y concreto, que encuadre en determinadas categorías de sujetos.

En el caso de las normas imperativas, como lo es la del art. 19 de la Constitución, se establece una conducta obligatoria para los funcionarios públicos y magistrados de todos los ámbitos del Estado, en orden a la protección del que está por nacer. La vida, pues, del que está por nacer es un bien digno de tutela constitucional y legal, que le reconocen al nasciturus un derecho personalísimo e irrevocable a no ser muerto en forma deliberada.

El jurista italiano Norberto Bobbio, de orientación laicista, se expresaba en los siguientes términos acerca de la complejidad de los derechos involucrados en la cuestión y de la necesidad de darles su debida jerarquía: *“He hablado de tres derechos. El primero, el del concebido, es el fundamental; los otros, el de la mujer y el de la sociedad, son derechos derivados. Por otro lado, y para mí este es el punto central, el derecho de la mujer y el de la sociedad, que suelen esgrimirse para justificar el aborto, pueden ser satisfechos sin necesidad de recurrir al aborto, evitando la concepción. Pero una vez hay concepción, el derecho del concebido sólo puede ser satisfecho dejándole nacer”*¹¹.

Una falacia lógica. Cabe recordar aquella alegada búsqueda de un equilibrio entre “esos mandatos” de la Constitución y “aquellas situaciones” (propias de la realidad de la gestación), las cuales, para el proyecto “conllevan la obligación de regular la interrupción del embarazo” (sic). Ahora bien, ¿en qué parte del discurso nos hemos perdido? ¿De dónde salió esta “obligación” de “regular la interrupción del embarazo”? No por cierto de la Constitución Política chilena, ni del razonamiento que se venía llevando en el Mensaje; sino que “de pronto” se introdujo una afirmación dogmática, del todo ajena al argumento del equilibrio entre mandatos ¿A qué se redujo, entonces, el mandato de proteger la vida del “que está por nacer”?

Nos encontramos, de este modo, ante la utilización de la falacia lógica denominada “petición de principio”, también conocida como razonamiento circular, la que se demuestra de este modo “el proyecto de ley regula ciertas situaciones de interrupción del embarazo, porque hay situaciones que ‘conllevan la obligación de regular la interrupción del embarazo’”.

¹¹Bobbio, Norberto (1909-2004) en entrevista publicada por *Il Corriere della Sera* el 8 mayo de 1981, cuando se planteó en Italia una eventual legalización del aborto. Ante la extrañeza del reportero, Bobbio expresó: “No veo qué sorpresa puede haber en el hecho de que un laico considere como válido en sentido absoluto, como un imperativo categórico, el ‘no matar’. Y a mi vez me sorprende que los laicos dejen a los creyentes el privilegio y el honor de afirmar que no se debe matar”.

Lo señalado constituye una falla lógica en el propio raciocinio que afecta los mismos cimientos del discurso racional del Mensaje.

5. *La finalidad de la “autonomía de la mujer”*. El análisis de una segunda finalidad contenida en el Proyecto profundiza los defectos de fundamentación antes señalados. En efecto, el Mensaje atribuye al Estado el deber de “proteger y respetar la vida y la salud de las mujeres, reconociendo su autonomía”. Tal reconocimiento de “autonomía” no solamente se encuentra en colisión directa con la anterior finalidad del “equilibrio entre derechos” sino que, de obtener sanción legislativa, proyectaría sus tensiones a todo el ámbito del derecho positivo chileno.

La idea de “autonomía de la mujer” es en su origen una bandera política propia del feminismo radical y se relaciona con la bandera, ideológico-política del “empoderamiento” de la mujer, particularmente en el ámbito de la gestación, en orden a constituirse en el árbitro absoluto y, por ende, ilimitado, de dar o no a luz¹².

El término “autonomía”, etimológicamente “autorregulación” alude primariamente a la capacidad de las sociedades políticas de dictar sus propias normas jurídicas y, derivadamente, a la capacidad –reconocida por el ordenamiento legal– de las personas y de ciertos entes asociativos de desenvolverse dentro de ciertos límites. En lo que respecta a la relación entre el ordenamiento jurídico de un Estado y los particulares que están sujetos al mismo, lo que normalmente se da es precisamente lo contrario de la autonomía; o sea, la “heteronomía”. El ordenamiento jurídico es heterónimo respecto de las personas que le están sujetas, pues está constituido por normas que “ordenan y subordinan” la convivencia, siendo en consecuencia obligatorias e indisponibles para aquellas personas¹³.

El reconocimiento de la “autonomía” de la mujer, pues, realizado no en virtud de ser la mujer una persona en el marco de un sistema jurídico donde impera el principio de igualdad ante la ley, sino en virtud de su propia definición de sexo, acarrearía una crisis en el sistema jurídico vigente, porque introduciría un concepto de contornos imprecisos, con capacidad de desafiar y, eventualmente, derogar normas de orden público y de jerarquía constitucional tal como, en este caso, el deber de proteger la vida de la persona en gestación.

¹²Ello sin perjuicio de que el ordenamiento legal establece normas “permisivas” que reconocen un margen de libertad personal, y que son el fundamento de los derechos subjetivos que permiten al titular realizar o no realizar determinadas acciones *ad libitum*. Pero a la esencia de la organización jurídica de una sociedad pertenece el imponer normas imperativas o prohibitivas para asegurar conductas debidas a las personas en las relaciones de alteridad, tal como ocurre en el caso de las personas antes de nacer, las que claramente se encuentran en alteridad respecto de la madre.

¹³Casares, Tomás Darío, *La Justicia y el Derecho*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

Autonomía en la teoría y dependencia en la realidad. Resulta una paradoja que la invocación de la autonomía de la mujer enmascare la realidad de la vulnerabilidad de la mayoría de las mujeres que considera en algún momento que el aborto puede ser la solución a su problema. Consideración análoga puede hacerse del conocido eslogan “*pro choice*” (pro opción) dado que la mayoría de las mujeres, como se verá, podrían afirmar que buscan un aborto porque “no tienen opción”.

Elard Koch (*op. cit.*) hace referencia a estadísticas de la Fundación Chile Unido señalando que “En el diseño de estrategias preventivas, la investigación para identificar situaciones de vulnerabilidad específica parece ser clave (...) con 486 mujeres que declararon una intención de aborto en la línea basal, seis factores explicaron más de 92% de la motivación para abortar: *coerción de padres o pareja o de un tercero con o sin violencia doméstica (44,4%); interferencia con expectativas de vida (22,8%); ocultamiento del embarazo por temor a reacción de padres o pareja (20,4%); abuso sexual reiterado, violación e incesto (2,1%); abandono de la pareja (1,9%); y problemas de tipo psicológico o emocional (1,9%)*. Sin aspirar a que esta muestra de alto riesgo –probablemente sesgada por autoselección– represente la realidad nacional, los resultados sugieren que *la situación de vulnerabilidad específica para abortar se relaciona con una problemática social que escapa al espectro de las acciones médicas habituales y que precisamente los programas preventivos de la sociedad civil organizada parecen alcanzar más eficazmente*”.

6. *La finalidad de la disminución de la mortalidad materna.* Otro de los fines expresados en el Proyecto es la disminución del índice de mortalidad materna, en orden a justificar la habilitación del llamado “aborto terapéutico”. Lo afirmado al comienzo de este trabajo muestra que no existen fundamentos científicos para esperar dicha disminución en el caso de que realmente se aprobara esta causal de despenalización. Autorizadas voces de la ciencia médica niegan que sea necesaria tal aprobación para un oportuno tratamiento clínico de la mujer embarazada, cuestión que se tratará luego. De momento se analizará si esta acción resulta contradictoria con el fin de equilibrio de derechos entre la madre y el nasciturus.

Cabe enfatizar que de ninguna manera sostenemos que una mujer gestante con una patología capaz de generar riesgo de vida no deba tratarse clínicamente con los medios proporcionales para revertir esa amenaza. Debidamente acreditado el riesgo y no habiendo otras alternativas terapéuticas la madre, debidamente informada, puede decidir la aceptación de un tratamiento, aún a sabiendas de que “(...) *el embrión morirá, (en tal caso) se trataría de un efecto no deseado, no intentado y no constituiría una muerte directa. Se podría decir que, si se muere el embrión o feto, la paciente no se cura porque el embrión o feto muere,*

sino que el embrión o feto muere al curar el médico la enfermedad”¹⁴. Dicho obrar no sería contradictorio ni con la ley y la práctica vigentes en Chile, ni con el principio moral de que el fin (curar a la madre) no justifica un medio intrínsecamente malo (cual es privar de la existencia a un ser humano inocente).

Joaquín Ugarte Godoy¹⁵ explica con claridad el principio moral “del doble efecto” (el cual debe entenderse como subordinado a vinculado a de que el fin no justifica los medios):

“Es lícito realizar un acto no malo en sí mismo, sino bueno o indiferente, que ha de producir dos efectos: uno bueno y otro malo, con tal de que: Iº) el efecto bueno no sea consecuencia del malo, no se logre por medio de él, sino que ambos deriven independientemente, en forma paralela, del acto inicial; IIº) no haya otra forma de conseguir el efecto bueno; IIIº) el efecto bueno sea de importancia suficiente como para permitir o tolerar el efecto malo, y IVº) el efecto malo no se quiera, sino solo se tolere”.

“Por aplicación de este principio (...) se puede aplicar a la madre embarazada un remedio o tratamiento para una enfermedad de ella, que le evite la muerte, aunque ese remedio o tratamiento acarree la muerte del feto o embrión. En este caso, el fin intrínseco del remedio o tratamiento es atacar la dolencia de la madre, y se le habría aplicado igual si no estuviera embarazada. No es, entonces, la intención de la madre o del médico –su fin subjetivo o fin del agente– lo que hace lícito el acto, sino el fin intrínseco de este: que de por sí contrarreste el mal o enfermedad de la madre”.

No se trata pues, de abandonar a la madre privándola de los tratamientos requeridos, aunque de resultados del tratamiento la persona en gestación pueda morir. Es que sería contrario a la ley y a la ética médica no curar a la madre en riesgo vital con medios, claro está, razonables y proporcionados. Con la recta aplicación del principio expuesto se mantiene el equilibrio de mandatos que exige la Constitución. En cambio entraría en directa colisión con el mandato constitucional de proteger la vida del que está por nacer, el procurar el aborto como objeto directo del acto médico tal como lo propone el proyecto en análisis.

3. INCONSISTENCIAS CON EL SISTEMA NORMATIVO CHILENO

7. *Dinamismo de convalidación de conductas ilícitas.* Dado la interrelación propia de esta materia, ya se anticiparon serias dificultades en lo referente a la contradicción del mandato constitucional y a la heterogeneidad del

¹⁴Besio Rollero, Mauricio; Análisis ético sobre las interrupciones del embarazo, el aborto provocado y el aborto terapéutico, en *Rev. Ars Medica*, <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/arsmedica6/Art08.html>

¹⁵Ugarte Godoy, José Joaquín; *Aborto terapéutico y el principio de doble efecto*.

concepto jurídico de “autonomía de la mujer” en un sistema fundado en el principio de supremacía de la Constitución y de igualdad ante la ley. Pero existen otros aspectos del Proyecto susceptibles de ser señalados como incoherentes respecto de la sistemática de un Estado de Derecho.

Aquel ideal de equilibrio entre los mandatos de proteger la vida de la madre gestante y la del hijo en gestación, contenido en el Mensaje sufre otro embate mortal pocas líneas después de ser expresado; en efecto, al mencionarse en los Antecedentes la realidad de la práctica del aborto ilegal en la sociedad, pareciera convalidársela, dándosele valor jurídico aceptable a lo que en el ordenamiento legal chileno está tipificado como un delito. Dice textualmente: *“Los hechos han demostrado que la prohibición absoluta y la criminalización de toda forma de interrupción del embarazo no han impedido ni impiden su práctica en condiciones de riesgo para la vida y salud de las mujeres, y, por el contrario, se traducen en una vulneración de sus derechos”*.

Este razonamiento se apoya implícitamente en el ya tratado concepto de “autonomía” y carece de coherencia en el marco de un sistema normativo formal. Linealmente expresa que la comisión del delito de aborto por parte de la madre se traduce en la “vulneración de los derechos de la mujer que aborta”¹⁶. Si cambiamos el orden del párrafo tenemos que, lo que vulnera los derechos de la mujer son las previsiones de la ley vigente. Consideración esta que carece de todo asidero en un Estado de Derecho¹⁷.

Lo cierto es que la práctica del aborto clandestino, como es obvio, no se limita a los tres supuestos que el Proyecto propone. Por el contrario, esta acción tipificada penalmente se realiza por encargo de quien la paga (que no es necesariamente la gestante) y su único requisito es, precisamente, el pago del precio¹⁸. Por lo que es inimaginable que quien lucre con el aborto ilegal ponga el menor límite ético a esta práctica, vulnerándose de este modo, en forma sistemática, el derecho a la vida de seres humanos en gestación y al mismo tiempo, paradójicamente, sometiendo a la madre a la peor forma de violencia, cual es el hecho en sí del aborto, inducido por muy variadas formas de presión.

Siguiendo con la dinámica de aquella idea: aunque existiera una legislación muy permisiva, pero que pusiera el menor límite a la voluntad

¹⁶Simplemente se destaca la incoherencia del discurso, contrario al principio de que “nadie puede alegar su propia torpeza”, lo que no implica que quien esto escribe propugne la aplicación de sanciones severas contra la madre. Por el contrario, la represión penal debería dirigirse, con la mayor severidad, contra quienes que coaccionan o ejecutan, con penas agravadas a quienes lucran con esta práctica.

¹⁷Más allá de la gravedad de que un proyecto de ley le confiera valor a la costumbre “*contra legem*” en materia penal, lo más relevante es que la práctica del aborto ilegal o clandestino, como es obvio, no se limita a los tres casos que el proyecto en análisis propone.

¹⁸Se ha dicho con razón, en virtud de esta realidad, que el aborto es la máxima explotación de la mujer.

“autónoma” de abortar; por ejemplo, la prohibición de abortar en el tercer trimestre del embarazo. Pues aún así se producirían abortos clandestinos (precisamente, en razón de este límite), lo cual también “se traduciría” –en la línea argumental del proyecto– en la vulneración de los “derechos de la mujer”. Para el Proyecto, pues, estaría implícito, el que los derechos de la mujer deberían abarcar el de abortar *ab libitum*, sin ningún tipo de límite legal; caso contrario, la gestante podría recurrir válidamente al aborto clandestino. En conclusión, de sancionarse la ley propuesta, se estaría creando una dinámica de perpetua y progresiva convalidación del delito de aborto por imperio del principio de la “autonomía” de la mujer... ¿hasta llegar al infanticidio?

Raúl Madrid¹⁹ refiere el caso de una mujer acusada en los EE.UU. por matar a su hijo recién nacido, y ella “(...) A modo de justificación, sostuvo que consideró las acciones positivas destinadas a ejecutar los infanticidios como análogas a aquellas por las que se realiza un aborto (y, siendo el aborto legal en Estados Unidos, por analogía también legal el infanticidio cometido). (...) si se autoriza a eliminar al niño dentro de la madre, ¿por qué no se va a poder eliminar fuera? No hace falta ser muy inteligente ni muy erudito para advertir la lucidez de esta conclusión. Puede parecernos horrible –porque claro, del niño ya nacido tenemos experiencia sensible, y nos produce compasión–, pero es una consecuencia impecable de la premisa que permite abortar”.

“Iustitia est ad alterum”

8. *Desconocimiento del Derecho como conducta objetiva debida “al otro”.* El Mensaje reconoce nuevamente el derecho a la vida del nasciturus: “La presentación del proyecto de ley tiene como fundamento el respeto por la vida. Es esencial que el Estado promueva las condiciones para una vida digna, por lo que resulta indispensable la protección de la vida de la mujer, así como la del que está por nacer” (página 15).

Estas palabras retoman aquel principio del “equilibrio entre derechos”, pero además de las incoherencias que se vinieron señalando, en definitiva la parte dispositiva del proyecto contradice claramente dicho principio. Pues aquello de que el Estado promueve “*las condiciones para una vida digna, por lo que resulta indispensable la protección de la vida (...) del que está por nacer*” ¿cómo se compatibiliza con el establecimiento de categorías de seres humanos “que están por nacer”, para quienes su derecho a sobrevivir deviene condicionado a la voluntad de la madre y de

¹⁹Rev. Humanitas, *Aborto o infanticidio: ¿dónde radica la diferencia?*, Raúl Madrid (17 de agosto de 2015 http://www.humanitas.cl/web/index.php?option=com_content&view=article&id=3625:2015-08-24-22-45-27&catid=269:debate-sobre-el-aborto).

un médico? Así se viola la regla más elemental del razonamiento, cual es la de “no contradicción”.

Los derechos no son meras expresiones de ideales sino que, en sentido propio, consisten en el cumplimiento de determinadas conductas obligatorias adecuadas a los títulos de cada persona, en el ámbito de la sociedad política. En su ejercicio los derechos siempre involucran conductas concretas y las leyes que las regulan son heterónomas. En el proyecto se propone que la “autonomía” de la madre prevalezca sobre la heteronomía del ordenamiento jurídico, ya que sería el fundamento para incumplir una conducta obligatoria objetiva (no dañar) debida a “otro” (el que está por nacer).

Cada madre es única e irrepetible y se espera que a su respecto, toda otra persona o entidad cumpla con las conductas que la ley exige. Esto es tan obvio, como lo es el que todo ser humano en el vientre de su madre es único e irrepetible y, aunque no pueda defender por sí mismo su propia existencia, su entidad humana lo hace acreedor a una conducta objetiva de parte de los demás (incluida la madre) que consiste en su faz positiva, en “dejarlo nacer” (dar a cada uno “lo suyo”) y en su faz prohibitiva, en “no dañarle”²⁰. Es precisamente la indefensión del nasciturus lo que explica el mandato constitucional que *impone a la ley* el deber de proteger la vida del que está por nacer.

9. *La cuestión de la “personalidad” del nasciturus.* El texto del Mensaje omite mencionar al nasciturus como persona. Ya se dijo que de la lectura de la Carta Fundamental surge claramente que es persona; con mayor razón si se integran los tratados de Derechos Humanos en las condiciones de su vigencia y la sistemática del Código Civil y la jurisprudencia. Pero en el proyecto analizado, esta falta de mención resulta funcional a un deslizamiento de sentido tendiente a que la obligación de protección de la vida del que está por nacer quede en letra muerta.

Se ha sostenido en tal sentido que quien está por nacer no es titular del derecho constitucional “a la vida y a la integridad física y psíquica” porque “*Los derechos constitucionales se confieren a las personas y en ausencia de definición constitucional de persona, ha de aplicarse la legal, según la cual la existencia legal de la persona principia al nacer*”²¹. Pues, con el mismo argumento, dado que la constitución chilena no define qué es persona, ¿acaso una futura ley podría denegarle la personalidad a las mujeres gestantes, o a alguna otra categoría de seres humanos?

²⁰Tiene plena pertinencia la síntesis de Ulpiano, “*luris praecepta sunt honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo que es suyo).

²¹Figueroa García-Huidobro, Rodolfo; *Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto*, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200005

El autor citado (si bien no deja de reconocer que la mayor parte de la doctrina chilena es contraria a su tesis) incurre en una notable contradicción al sostener que proteger la vida del que está por nacer y permitir el aborto son actos compatibles. Más allá de la obvia transgresión del principio de no contradicción, cabe preguntarse ¿de qué sirven los derechos si no son operativos? Las normas jurídicas prescriben “conductas objetivas” y constituyen el fundamento de los “derechos subjetivos” por cuanto le confieren a un “sujeto de derecho” la posibilidad de una acción, sea que la ejerza por sí o por medio de un representante. La norma que consagra la protección “del que está por nacer”, le confieren pues a éste no sólo la titularidad del derecho a ser protegido, sino la titularidad de una acción que necesariamente deberá ser ejercida por un tercero en su nombre atento a su incapacidad de hecho absoluta.

Efectivamente, la mayoría de los autores chilenos se han pronunciado por el reconocimiento de la personalidad jurídica del nasciturus y del consecuente goce de los derechos humanos esenciales. De entre los notables estudios sobre esta materia, señalamos a Raúl Madrid en su trabajo sobre la personalidad del embrión²² donde denuncia “la imposición sistemática del modelo de la autonomía de la voluntad máxima”. Sostiene que “Decir que la defensa de la vida humana no nacida es exclusivamente un problema de conciencia (...) equivale a negar en general al derecho a la vida toda protección jurídica”.

Hernán Corral Talciani²³ reflexiona sobre la interrelación de los conceptos de “persona” y de “protección del derecho a la vida”. Muestra cómo el vocablo persona ha evolucionado desde un inicial sentido “atécnico”, a uno técnico-jurídico relacionado preponderantemente con los derechos de índole patrimonial (propio del Derecho Civil decimonónico que general el Código Civil chileno); hasta llegar a un concepto valórico o institucional de persona, desarrollado desde el ámbito constitucional e internacional y cuya influencia produce una reinterpretación de las normas del Código Civil (...) La nueva lectura que se propicia entiende que en los actuales modos argumentativos los conceptos de ser humano, persona y derecho a la vida están directamente implicados y, por ello, en el sistema jurídico chileno debe afirmarse que la tutela del derecho a la vida del concebido no nacido se sustenta en el reconocimiento de su personalidad en cuanto ser humano individual desde el mismo momento de la fecundación²⁴.

²²Raúl Madrid, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/404/10.pdf>; *Consideraciones sobre la personalidad del embrión*; Ángela Vivanco Martínez, *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, 467-480, Sección Estudios.

²³*El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida*, en *Revista Ius et Praxis*, 11, Vers. on line http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122005000100003&script=sci_arttext

²⁴Tomado del resumen del artículo, cuya lectura íntegra recomendamos.

De entre los numerosos precedentes jurisprudenciales tomamos el que sigue que, de acuerdo al último autor citado, es el pronunciamiento de mayor jerarquía y claridad sobre el carácter de persona del *nasciturus* y su inviolable derecho a la vida. La Corte Suprema de Chile en el recurso de protección presentado en contra del Instituto de Salud Pública por la autorización del fármaco llamado “píldora del día después”, entre cuyos mecanismos de acción (...) se encuentra el impedir la implantación del cigoto humano (es decir del óvulo ya fecundado) (...) explícitamente acoge el recurso y declara ilegal la resolución administrativa, *estimando que cualquiera sea la etapa en que se encuentre el desarrollo prenatal el que está por nacer tiene derecho a la vida*²⁵.

En conclusión, la calificación jurídica de persona tiene un sustrato antropológico, cual es ser una “sustancia individual de naturaleza racional” según la célebre definición de Boecio y con él, de Tomás de Aquino; y, desde el punto de vista biológico, constituir un individuo de la especie humana. Ignorar esto implicaría no saber a qué se refiere el Derecho cuando habla de persona. El tratamiento del *nasciturus* como “objeto” o como medio “útil” queda fuera del ámbito de cualquier posibilidad razonablemente justa en este debate²⁶.

10. *Inconsistencia entre la “legitimación” que surge de los fundamentos y la “despenalización” instrumentada en la parte dispositiva.* Corral Talciani ha llamado la atención sobre otras inconsistencias, de gravedad no menor²⁷. Recuerda este autor que

“Ante conductas que están tipificadas como delito, un legislador que quiera innovar tiene tres alternativas: la despenalización, la legalización y lo que llamaremos la legitimación. Se despenaliza una conducta cuando se suprime su tipificación como delito penal, pero ella continúa siendo antijurídica o contraria al ordenamiento jurídico (...). La segunda alternativa va un poco más allá de la despenalización, porque al excluir de las leyes penales una determinada

²⁵(C. Sup. 30 de agosto de 2001, *RDJ* t. XCVIII, sec. 5, p. 199, cons. 18) del autor citado: “La Corte se basa en los textos constitucionales e internacionales que ya hemos mencionado; pero además, por primera vez que sepamos, otorga operatividad jurídica a la definición de persona del art. 55 del Código Civil. Reproducimos el considerando íntegramente: “Que el artículo 55 del Código Civil dice que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca, conforme a lo que dispone el artículo 74 del mismo cuerpo legal”.

²⁶Besio, Mauricio, Chomali, Fernando *et al.* *Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*, http://www.iglesia.cl/portal_recursos/documentos/20090422_abortoterapeutico.pdf

²⁷*Aborto: un proyecto de ley peligrosamente inconsistente*, *Blog Derecho y Academia*, <https://corraltalciani.wordpress.com/2015/02/08/aborto-un-proyecto-de-ley-peligrosamente-inconsistente/>

conducta ya no se la considera ilícita o contraria al ordenamiento jurídico, sino que se la estima permitida o autorizada sin que procedan sanciones penales pero tampoco administrativas o civiles (...) En un tercer grado, el legislador no sólo despenaliza la conducta (le quita la sanción penal), ni la legaliza (permite que se realice) sino que la legitima al consagrar su realización como un derecho individual. En este caso, lo que pasa a ser antijurídico o ilícito es privar o perturbar el ejercicio de la conducta, porque se estará lesionando un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. La forma de ejercer el derecho puede ser diversa, pero si exige la prestación de otros, podrá ser proveída por los privados o, en subsidio, por el Estado”.

¿Cuál de estas tres alternativas es la elegida por el proyecto de ley que regula el aborto? Se pregunta Corral: “Si se lee el mensaje que explica el proyecto uno diría que se opta por la legitimación: el aborto no se despenalizaría ni se legalizaría sino que se convertiría en un derecho de la mujer. Así se deduce de frases como ‘Los derechos de las mujeres están en el centro de esta propuesta’; ‘la interrupción del embarazo, que el proyecto propone despenalizar en los tres casos indicados, debe consagrarse como una legítima prestación de salud. Si no se asegurara el que las mujeres puedan recurrir a establecimientos de salud, esta regulación será irrelevante’; ‘lo que se persigue es asegurar que la mujer cuente con toda la información que le permita tomar una decisión libre’ (...)”.

Empero, continúa este autor:

“Si se examina al texto del proyecto vemos que prevalece la primera alternativa; es decir, la despenalización. Por de pronto el proyecto lleva por título ‘Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales’. Luego el núcleo de la propuesta, el nuevo art. 119 del Código Sanitario señala que ‘mediando la voluntad de la mujer, un(a) médico(a) cirujano(a) se encuentra autorizado(a) para interrumpir el embarazo’ cuando concurren las tres causales. Como se ve lo que la ley ahora hace no es otorgar un derecho ni a la mujer ni al médico, sino cuando más se les permite –están ‘autorizados’ para– perpetrar un aborto. Esto resulta confirmado con el inciso que se añade a los arts. 344 y 345 del Código Penal: ‘No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario’. Parece claro, en consecuencia, que el proyecto de ley opera en el ámbito de la despenalización o, a lo más, en el de la legalización de la conducta tanto del médico que practica el aborto como de la mujer que consiente en su realización”.

Corral denuncia así esta inconsistencia entre los fundamentos y fines del mensaje y la parte dispositiva de la norma proyectada. Señala en consecuencia que dado que la opción legislativa en concreto es la de la despenalización

“(...) no corresponde que ningún médico, cualquiera sea la institución en la que atienda, esté obligado a practicar un aborto aunque lo requiera la mujer

y se encuentre en las causales definidas por el texto legal. El proyecto sólo autoriza, no considera punible, permite una conducta, pero no la impone”.

4. DEFECTOS EN LA DELIBERACIÓN, POR ERROR EN EL ANÁLISIS DE CUESTIONES DE GRAN RELEVANCIA

11. *La supuesta obligación del Estado chileno de despenalizar el aborto.* El Proyecto busca fundamentarse en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDDHH), asumiendo que *“La penalización del aborto sin excepciones en nuestro país constituye un incumplimiento inequívoco de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile (...) Es por ello que los organismos de Naciones Unidas, al hacer una revisión del cumplimiento de compromisos internacionales del Estado que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, han hecho numerosas recomendaciones al Estado de Chile”.*

Ahora bien, aquí la premisa lógica debe ser una previa y necesaria verificación de si existe en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDDHH) algún Tratado que establezca el “derecho al aborto” y la consiguiente obligación de los Estados de implementarlo. Ciertamente, no lo hay²⁸ y ello constituye una debilidad insalvable para los promotores del aborto, toda vez que los tratados de derechos humanos constituyen las normas de jerarquía superior en el DIDDHH. El Proyecto así pone de manifiesto esta debilidad al aludir tan solo a “recomendaciones” de “organismos” de las Naciones Unidas²⁹.

Por el contrario, el Estado chileno ha adherido formalmente al Pacto de San José de Costa Rica³⁰, como asimismo a la Convención sobre los Derechos del Niño, con vigor en Chile desde el 12 de septiembre de 1990³¹, por citar dos tratados internacionales de la mayor jerarquía³².

²⁸Cfr. <http://centrodebioetica.org/2011/07/informe-no-existe-un-derecho-al-aborto-en-el-sistema-internacional/>

²⁹Las “recomendaciones” y dictámenes pretenden reinterpretar el DIDDHH, en orden a promover la práctica del aborto presentándolo como una obligación, ora derivada de los derechos sexuales y reproductivos, ora de las formas de discriminación contra la mujer.

³⁰http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Chile: “Artículo 4. Derecho a la Vida: 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”.

³¹<http://www.alae.org/derechos/listf.html>

³²Por cierto que existen derechos de la persona antes de nacer, lo que ocurre es que no existen organismos internacionales que los hagan cumplir. Por lo que no es aventurado inducir que prevalece una intencionalidad ideológica en orden a la reducción de la población mundial, sobre todo en áreas geográficas del orbe que pueden fungir como reserva de recursos naturales.

12. *Notoria omisión de un grave problema de salud pública: las secuelas del aborto.* El Proyecto adolece de una absoluta falta de referencia a los *traumas psíquicos y físicos que provoca el aborto en la mujer.* Realidad esta, cuya ignorancia desmerece seriamente la fundamentación contenida en el Mensaje y resulta indicativa de una actitud refractaria a considerar la totalidad de la realidad implicada en el problema.

El saber experiencial del común de las gentes ha percibido el sufrimiento de las madres que han pasado por la experiencia del aborto, sobre todo en aquellos países donde se ha legalizado esta práctica³³. Esta realidad no es ajena a la sociedad chilena, desde donde se han generado diversas respuestas para brindar a la mujer contención para superar situaciones de sufrimiento que se expresan de las maneras más diversas³⁴.

La evidencia científica ha confirmado el saber experiencial y avalado las respuestas de la sociedad civil. Una reciente revisión publicada en el *British Journal of Psychiatry*³⁵, con datos procedentes de 22 estudios y una muestra de 877 mil mujeres (de las cuales, 163.831 habían abortado), nos proporciona "(...) la estimación cuantitativa más grande de los riesgos de salud mental asociados con el aborto disponible en la literatura mundial. Poniendo en duda las conclusiones de las revisiones tradicionales, los resultados revelaron un moderado a alto aumento del riesgo de problemas de salud mental después de un aborto. *En consonancia con los principios de la medicina basada en la evidencia, esta información debe informar a la prestación de servicios de aborto*" (cfr. "conclusiones" de la revisión).

³³Cfr. de Cathelineau, Philippe, *Les Lendemains-Douloureux - De L'avortement*, C.L.D. EDITIONS.

³⁴Cfr. <http://www.proyectoesperanza.cl>. El trabajo ya cit. de Koch destaca "(...) la emergencia y expansión gradual en nuestro país, de programas preventivos por parte de la sociedad civil (e.g. Fundación Chile Unido, Fundación San José, Proyecto Esperanza, Fundación Maternitas, ISFEM, etc.). Estos programas actúan identificando la situación de vulnerabilidad específica en embarazos no planificados en riesgo de aborto, brindando soporte y apoyo inmediato a la madre para resolverla.

³⁵*British Journal of Psychiatry, Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995-2009*, por Priscilla Coleman, (cfr. <http://bjp.rcpsych.org/content/199/3/180.full> Antecedentes. Dadas las limitaciones metodológicas del recientemente publicado 'revisiones cualitativas del aborto y la salud mental', se consideró necesaria una síntesis cuantitativa para representar con mayor precisión la literatura publicada y proporcionar claridad a los médicos. Objetivos. Para medir la asociación entre el aborto y los indicadores de salud mental adversa, con efectos de subgrupo estimado a partir de los grupos de comparación (no aborto, el embarazo no deseado entregado, embarazo entregado) y resultados particulares. Un objetivo secundario fue para calcular el riesgo (PAR) las estadísticas de población atribuible para cada resultado. Método. Después de la aplicación de criterios de selección basados metodológicamente y reglas de extracción para minimizar el sesgo, la muestra está compuesta por 22 estudios, 36 medidas de efecto y 877.181 participantes (163.831 experimentaron un aborto). Efectos aleatorios agrupados *odds ratio* se calcularon mediante *odds ratio* ajustado de los estudios originales y estadísticas PAR se derivaron de las *odds ratio* de conjunto.

Ello se traduce en esta realidad: el aborto aumenta un 81% el riesgo de padecer un trastorno psíquico y el 10% de los problemas psiquiátricos que se diagnostican pueden tener como causa el haberse sometido a un aborto. El 35% de los suicidios en mujeres están relacionados con un aborto previo. No es concebible que esta información no sea objeto de un debate puntual entre especialistas.

La Antropología Filosófica proporciona una explicación de los fundamentos de este fenómeno. La relación que se forma entre la madre y el hijo en gestación constituye el vínculo humano más fuerte que se conoce. Su ruptura, de modo deliberado y por lo general violento, no puede sino provocar secuelas que tarde o temprano incidirán en la psiquis materna.

La persona humana tiene la capacidad racional de intuir (es decir, conocer en forma directa e inmediata) lo que Viladrich califica como los “radicales antropológicos”, tales como qué es ser hombre, varón o mujer, padre y madre, hijo y hermano. “Cada persona humana, cada uno de nosotros, precisamente por ser persona, tiene como ‘lo suyo’ un origen personal. Bajo este sentido, *nuestra primera identidad es la filiación. Por ser personas, somos hijos de unos padres. Ser ‘hijo’ y ser ‘padres’ no es un nexo meramente biológico. La biología no tiene capacidad de dar todo su significado a las nociones de filiación y paternidad*”³⁶. Al tomarse conciencia (o “realizar”) en un arco de tiempo que es de lo más variable, de lo que significó realmente la acción de abortar, sus protagonistas (pero sobre todo la madre) no pueden sino sufrir un trauma, el que se expresa de muy diversas maneras.

En el Mensaje, por lo demás, se omite toda referencia al daño físico del aborto, sobre el cual no nos extenderemos aquí³⁷, pero más sorprendente aún es la omisión del análisis y consideración de las secuelas psíquicas del aborto provocado y su incidencia en la morbilidad y mortalidad materna.

En consecuencia esta realidad constituye un grave problema de salud pública, de infinita mayor gravedad que el de la morbilidad y mortalidad materna por abortos. Pero lejos de motivar leyes, el trauma postaborto ni siquiera se propone como objeto del debate social. El proyecto ni siquiera prevé que los servicios de salud proporcionen información objetiva a la madre ni a la familia de la persona en gestación en trance de ser eliminada. Ello implicaría el incumplimiento del deber legal de los efectores de la salud, en orden a posibilitar en el paciente “el consentimiento informado”³⁸, induciendo a decisiones que se lamentarán el resto de la vida por su irreversibilidad.

³⁶Pedro-Juan Viladrich, Universidad de Navarra, Intervención en “XV IFFD International Congress”. Roma, 11-13. Oct 2000».

³⁷Puede consultarse una síntesis autorizada en <http://vidahumana.org/temas-de-ayuda/temas-adicionales/item/2079-consecuencias-fisicas-y-psicologicas-del-aborto>

³⁸El consentimiento informado está regulado por Ley 20.584, publicada en el Diario Oficial el 24/04/2012.

5. DESPROPORCIÓN DE LOS MEDIOS PREVISTOS EN LA PARTE DISPOSITIVA DEL PROYECTO CON RELACIÓN A LOS FINES QUE SOSTIENE

13. *La erección de un (1) médico cirujano como juez supremo de la vida del que está por nacer.* El encabezamiento del artículo 119 del C. Sanitario, según el proyecto, expresa:

“Mediando la voluntad de la mujer, un(a) médico(a) cirujano(a) se encuentra autorizado(a) para interrumpir un embarazo (...).

Se destaca como una enormidad que un solo médico, a quien no se le exige siquiera especialidad, juzgue por sí mismo sobre la vida o la muerte de un ser humano indefenso sin control de ninguna especie. En ello se pone de manifiesto una clara transgresión al principio de equilibrio entre mandatos y, por ende, al precepto constitucional: ¿Un solo médico dictaminará si existe peligro de vida de la madre? ¿Y también si hay falta de viabilidad extrauterina del nasciturus? ¿Y en base a qué pautas objetivas considerará el cirujano que la persona en gestación es imputable de haber sido concebida mediante una violación?

Esta disposición es indicativa de que el proyecto de ley, lejos de ser restrictivo, facilita notablemente la práctica del aborto. Un médico partidario del aborto podría fungir perfectamente como perito médico, juez de instrucción, juez de sentencia y, por fin, verdugo del niño en gestación. Porque más allá de la injusticia esencial e insanable de la supresión de la existencia de un ser humano inocente, si existiese la idea de al menos una apariencia de equilibrio, en orden a que se cumpla estrictamente la norma propuesta, de mínima se consideraría la idea de un “defensor” del nasciturus, alguna suerte de control de legalidad, la participación obligatoria de especialistas, de comités de bioética, y la formación de un expediente que pudiese servir de base documental a la decisión que se adoptare. Pero, como se verá, no existe ninguna previsión para evitar ningún exceso ni interpretación extensiva, en ninguna de las causales.

14. *Causal de peligro de vida de la madre.* (Cuando...) *“La mujer se encuentre en riesgo vital, presente o futuro, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”.*

Conviene tener presente que el propio Mensaje expresa que esta causal es la única específicamente prevista para propender a la disminución de la tasa de mortalidad materna. Es la única donde puede decirse que hay dos vidas en juego³⁹ por lo que desde ya, las otras dos causales del proyecto,

³⁹Lo que implica que dentro de lo posible debe intentarse preservar ambas vidas, y en casos puntuales, curar a la madre, tal como se dijera al tratar el principio del doble efecto.

donde no está en riesgo la vida de la madre, de movida carecen de la menor proporcionalidad (y por ende de justificación). Ni un embarazo con un feto (real o supuestamente) “inviabile”, ni uno con una persona concebida (real o supuestamente) mediante violación, tienen de por sí capacidad de poner en riesgo la vida de la madre.

Desde la praxis de la medicina y con demoledor sentido común, Jorge Becker⁴⁰ acota: “El primer artículo del proyecto de ley dice que el aborto va a estar despenalizado cuando la mujer tenga riesgo vital en el presente o en el futuro, y eso es un chiste porque son todas las mujeres embarazadas de Chile, porque toda mujer que se embaraza tiene un potencial riesgo vital a futuro, y como la ley la interpreta un juez y no un médico, legalmente puede hacerse un aborto una mujer sana”⁴¹.

Ante lo que expresa el Mensaje “(...) sabemos que el año 2012 hubo 54 mujeres que murieron en su proceso de gestación⁴² (...) se pudo observar que el 40,0% de las defunciones maternas presentaban una patología médica concomitante (...) de las cuales un porcentaje significativo de mujeres pudo haberse tratado clínicamente con interrupción del embarazo, para resguardar sus vidas”; el citado especialista replica “El tema de la mortalidad por aborto clandestino es una falsedad absoluta. Chile ostenta el orgullo de tener una de las mortalidades maternas más bajas del mundo, y la segunda de toda América siendo superado sólo por Canadá. En Chile hay 250.000 partos al año, y mueren desgraciadamente alrededor de 40 mujeres de esas 250.000, por problemas del embarazo, parto y postparto. De esas 40 sólo una a dos mueren por aborto en general, es decir, estamos hablando de aborto espontáneo o provocado, por lo tanto epidemiológicamente el aborto provocado ilegal no tiene ningún peso en la mortalidad materna. En conclusión, el aprobar una ley de aborto no producirá una disminución de la mortalidad materna porque la inmensa

⁴⁰Becker Valdivieso, Jorge; médico cirujano, ginecólogo obstetra, especializado en Medicina Materno fetal y reconocido experto en Terapia Fetal invasiva. Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Regional de Talca (Chile) lugar donde formó con la Universidad Católica del Maule, el único centro del sistema público de salud de Chile para terapia fetal endoscópica.

⁴¹http://www.ucm.cl/noticia.html?&no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=2944&cHash=d9a14113cbadcd3732ac9cff945b0383

⁴²El párrafo completo es: “Tratándose de la primera causal que regula el presente proyecto, sabemos que el año 2012 hubo 54 mujeres que murieron en su proceso de gestación; 3 defunciones de 15-19 años: 5,6%; 6 defunciones de 20-24 años: 11,1%; 11 defunciones de 25-29 años: 20,4%; 15 defunciones de 30-34: 27,8%; 14 defunciones de 35-39 años: 25,9%; 3 defunciones de 40-44 años: 5,6%. Al realizar una auditoría de las muertes maternas en 2012 se pudo observar que el 40,0% de las defunciones maternas presentaban una patología médica concomitante (insuficiencia hepática, ductus arterioso persistente, hígado graso, tormenta tiroidea, insuficiencia respiratoria aguda, coriocarcinoma metastásico, cardiopatía) y el 22,5%, presentó condiciones clínicas como Pre eclampsia Severa, Eclampsia, HELLP, de las cuales un porcentaje significativo de mujeres pudo haberse tratado clínicamente con interrupción del embarazo, para resguardar sus vidas”.

mayoría de esas pocas mujeres que fallecen por embarazo lo hacen por otras causas muy diferentes del aborto ilegal. Así, repitiendo, falsas cifras de mortalidad materna pretenden justificar la ley de aborto como la solución a un problema de salud pública, que en realidad no existe⁴³.

15. *La causal de inviabilidad del nasciturus*. Puede interrumpirse el embarazo, dice el proyecto, cuando “*El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina*”.

Expresa Becker “en el caso de inviabilidad fetal nuevamente entramos en la discusión sobre qué enfermedades fetales cumplen realmente esa condición. En ambos casos no se menciona edad gestacional para abortar lo que implícitamente permite el feticidio”.

La medicina percibe, en esta situación, a la persona en gestación como un paciente, como un paciente *gravemente enfermo*. Perspectiva esta donde hay que descartar *a priori* la opción de eliminar al enfermo, por más que su pronóstico sea fatal. Los términos de la Constitución Política de Chile son suficientemente claros para descartar cualquier excepción al mandato de proteger al que está por nacer y, con mayor razón, el establecimiento de una categoría de seres humanos “defectuosos”, mediante delegación a un médico cirujano de la determinación de qué individuos pertenecen a dicha categoría.

El precepto propuesto parte del supuesto de que el embarazo de una persona sin esperanza de vida extrauterina le produciría a la madre un trauma psicológico, ya que riesgo de vida no presenta. Ahora bien, en el actual marco legislativo de proscripción de toda forma de aborto, no se han conocido estudios acerca de la magnitud del supuesto trauma, ni mucho menos, de la relación causa-efecto entre el aborto provocado y un esperado bienestar psíquico resultante de aquel acto.

Porque es absolutamente comprensible el dolor de la familia, especialmente de la madre, del concebido con un pronóstico de inviabilidad. Lo cual hace necesario la previsión de apoyo psicológico y contención afectiva y espiritual a quienes están pasando por una situación objetivamente crítica. Pero de allí a afirmar que la “solución” de este sufrimiento pase por provocar un aborto, media un largo trecho. Trecho en el que no se ha estudiado cuál es la motivación científica para sostener el supuesto beneficio y en cuenta de ello, se ha insertado un objetivo ideológico cual es la política antinatalista.

Por el contrario, sí está estudiada y fundada científicamente la realidad de que el aborto provocado es de por sí una causa de trauma psíquico para la mujer. Por lo que, al dolor que al conocer un diagnóstico que conlleve un pronóstico de inviabilidad de vida extrauterina, tan sólo se le sumaría

⁴³<http://www.portaluz.org/-lo-unico-cierto-es-que-en-un-aborto-provocado-ocurre-1072.htm>

el dolor de la muerte provocada del hijo durante la gestación. Sería como querer apagar un incendio con nafta.

En esta perspectiva cabe hacer referencia a la tendencia general a la ampliación de las patologías que encuadran en esta causal y al progresivo deslizamiento a la inclusión de toda patología o característica indeseada del nasciturus, potenciada desde la mayor accesibilidad al diagnóstico prenatal, sobre lo cual remitimos al importante trabajo de Jorge Nicolás Lafferriere⁴⁴.

16. *La causal de violación.* También puede suprimirse la vida de la persona en gestación cuando esta “*Es resultado de una violación, en los términos del inciso segundo del artículo siguiente, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho semanas de gestación.*”

Nunca queda más de manifiesto el estigma de la discriminación y del desequilibrio de derechos, que en el aborto por causa de violación. Ya se vio en la causal de “inviabilidad” una aparente motivación de piedad hacia el sufrimiento de la madre, para eliminar un ser humano “inútil” por estar tan enfermo. Ahora vemos un descenso en el estándar moral; en esta causal, el nasciturus es eliminado en calidad de cosa nefasta, culpable de producir la “revictimización” en la psiquis de la mujer gestante.

Tanto la violación ocasional como el sometimiento sexual permanente de una mujer constituyen una falta gravísima hacia la víctima y al mismo tiempo un baldón para la sociedad donde ello ocurre. Sería de esperar entonces que el proyecto de ley propiciara medidas drásticas contra los perpetradores y, asimismo, la prevención de sus causas. Pero el proyecto propone en definitiva, ante el trauma de la violación, sumarle el trauma del aborto. Porque ni siquiera se ha intentado demostrar que el trauma de la violación se “mejora” con el aborto provocado. Es que ocurre todo lo contrario.

Análogas consideraciones a la causal anteriormente tratada caben aquí, ante la falta de previsión de políticas destinadas a la contención, acompañamiento y promoción de la víctima del delito y el ofrecimiento de alternativas de adopción o de ayuda alimentaria.

Al no exigirse la denuncia penal contra el supuesto perpetrador del delito y posibilitar así el control judicial de la “materialidad” de la con-

⁴⁴Lafferriere, Jorge Nicolás, *Implicaciones Jurídicas del diagnóstico prenatal*, Editorial Universidad Católica Argentina. “La investigación sobre las condiciones jurídicas de licitud del diagnóstico prenatal nos condujo a la conclusión de la necesidad de respetar la vida de la madre y el concebido como requisito de procedencia del diagnóstico. Tal respeto se desprende tanto de la finalidad médica perseguida por el acto de diagnóstico como del necesario juicio de proporcionalidad que se debe efectuar al seleccionar los medios idóneos para realizar los estudios sobre el concebido.

ducta típica se abre, por un lado, la puerta a los casos “fabricados”⁴⁵ y, por el otro, la puerta de la impunidad del delincuente. Y, finalmente, la de reinsertar a la mujer víctima en su ambiente, sin importar si va a seguir siendo objeto de una verdadera revictimización. Para la ideología antinatalista subyacente, es importante no “judicializar” estos casos, lo que en la práctica se traduce en una remisión –fuera del control de la justicia y solamente para algunos desfavorecidos– a la oscura etapa de los sacrificios humanos.

Epílogo. En ningún caso se trata verdaderamente de la opción entre la madre y el hijo. Se trata de salvar las dos vidas allí donde sea humanamente posible. Siempre teniendo por objeto el reconocimiento de la dignidad de la madre y de su hijo en gestación, en su individualidad y en su concreta coexistencialidad.

De ninguna manera se ha agotado el análisis del proyecto de ley del ejecutivo chileno, solamente se han señalado algunas de sus graves falencias de fundamentación.

Este trabajo ha sido una oportunidad de conocer parte de la obra de algunos excelentes juristas y médicos chilenos y, asimismo, de poder constatar el compromiso de la sociedad civil con este ideal de optar por la vida digna de la madre y de su hijo. Les deseo el mayor de los éxitos.

Salta, República Argentina, noviembre de 2015.

6. APÉNDICE

NOCIÓN DE RAZONAMIENTO PRUDENCIAL EN LA FORMULACIÓN DE LA LEY CONCRETA

Tanto Aristóteles como Santo Tomás consideraron la elaboración de las leyes de la sociedad como objeto de la virtud de la prudencia, refiriéndose ambos, en su específica aplicación al arte de legislar, a la “Prudencia Legislativa”.

El legislador mediante el razonamiento prudencial está obligado a establecer lo “debido en concreto” en vistas a su realización práctica. Específicamente razonará para que el contenido de la ley sea el mejor

⁴⁵Posibilidad en definitiva aceptada por la Suprema Corte de Justicia argentina en el lamentable precedente F.A.L. s/ Medida Autosatisfactiva, cfr. <http://centrodebioetica.org/2012/03/f-a-l-smedida-autosatisfactiva-abortos-no-punibles/>

posible en función de los fines valiosos que se propone alcanzar, siempre teniendo en cuenta las reales posibilidades de concreción⁴⁶.

Si bien el positivismo jurídico ha querido reducir el tema de la validez de la ley a ser la mera expresión de voluntad política del legislador, la doctrina clásica del Derecho Natural siempre ha condicionado esta (necesaria) expresión de voluntad, a que la misma recaiga sobre “un ordenamiento de la recta razón” sin lo cual dicha voluntad sería, en definitiva, pura arbitrariedad. Además tal ordenamiento debe estar “dirigido al bien común”. Esta esencial adecuación al bien común es el primer fundamento de la obligatoriedad de toda norma jurídica.

El conocimiento propio de la prudencia, como casi todo el saber humano, se obtiene a través de un proceso cognoscitivo que requiere cierto discurso racional, conformado por varios pasos, a través de los cuales se va arribando a la “verdad de las cosas prácticas”⁴⁷.

Cualquier persona prudente, ¡y cuanto más si es “*iuris prudente*”! ante una realidad que requiera un juicio práctico concreto, deberá transitar las tres etapas del razonamiento prudencial, que son: la deliberación, el juicio y el mandato⁴⁸. Si se quiere, pues, que el juicio prudencial sea acertado, estas etapas deben cumplirse cabalmente y de manera coherente entre sí. La formulación y sanción de una ley es, obviamente, para el legislador, “la realidad que requiere un juicio práctico concreto” en orden a que la norma que genere sea lo más equitativa posible y al mismo tiempo eficaz en el contexto de la realidad social en la que ha de regir.

La primera etapa, pues, es la deliberación, también llamada consejo o *consilium*, analiza la contingencia, variabilidad y, a veces, indeterminación de la realidad práctica. En palabras del Aquinate “en lo particular y contingente, se deben tener en cuenta, para conocer una cosa con certeza, muchas condiciones o circunstancias, difícilmente observables por uno solo, y que pueden ser percibidas con más seguridad por varios, pues lo que uno no advierte, puede considerarlo el otro (...)”⁴⁹.

La deliberación está dominada por lo analítico; busca comprender en profundidad la materia que se debate, recaba información, indaga, busca

⁴⁶Este juicio, o razonamiento, prudencial debe adecuarse a lo posible concreto, caso contrario incurriría en los defectos del voluntarismo o del utopismo. Pero siempre procurando *lo mejor posible*, nada menos.

⁴⁷Cfr. Massini, *op. cit.*, 47, “No de otro modo ocurren las cosas en el conocimiento teórico; ya sea éste obtenido por inducción, por deducción, por síntesis o por análisis, la inteligencia se encuentra necesitada de cumplir con un proceso que la va acercando paulatinamente a la aprehensión intencional de la realidad”.

⁴⁸Massini, Carlos Ignacio, *op. cit.*

⁴⁹Para Santo Tomás la deliberación es objeto de una virtud anexa a la Prudencia: la Eubulia o Buen Consejo (cita de Massini a Santo Tomás, 51). La etimología según Santo Tomás hace referencia a una conferencia o intercambio de opiniones entre “quienes se han sentado juntos”. Diálogo, cambio de pareceres, análisis conjunto y compartido, de cierta situación práctica, que exige tomar una decisión (*ibíd.*).

el consejo, se aproxima al problema desde diversos ángulos... ¡Es justamente lo que todo Parlamento, por naturaleza, está destinado a hacer! El defecto de una correcta deliberación se llama “precipitación”. Los errores y la insuficiencia en esta etapa, acarrearán indefectiblemente una decisión prudencial inadecuada.

Una vez realizada una “deliberación” en debida forma, deberá elegirse (o, más propiamente, “juzgarse”) sobre los medios hallados, en función de cuáles son los más adecuados para arribar al fin propuesto. Estamos ya en la siguiente etapa del razonamiento prudencial, la del “juicio”. En ella, teniendo presente lo más importante, se lo valora y, en función de ello, se realizan las opciones correspondientes. El defecto propio de esta etapa es el de la “inconsideración”, la que puede fincar en el dejar de lado aspectos necesarios para la resolución del razonamiento práctico; o bien en hacer valoraciones erróneas que lleven a adoptar decisiones equivocadas.

Finalmente tenemos el último momento, que es el del “mandato”. Si las dos primeras etapas fueron cognoscitivas, la presente corresponde a lo volitivo; la voluntad ordenada a aplicar el juicio (ya efectuado) a la operación concreta, venciendo temores, vacilaciones, perezas. El defecto de esta etapa, es el de la “inconstancia”.

Por la naturaleza de este trabajo, no hemos de explayarnos en esta (buena) “*theoría*” del razonamiento prudencial, bástenos señalar la influencia benéfica que su profundización y difusión tendría en toda praxis humana; y en forma superlativa, en la práctica del derecho y de la política. No obstante, valiéndonos de los elementos conceptuales sintéticamente expuestos, hemos de apreciar si el Proyecto de ley en consideración cumple en alguna medida con los referidos preceptos de la razón práctica cuando esta se aplica a lo concreto.