



La amenaza del proyecto de aborto: razones para no legalizarlo

I. Introducción

El día cuatro de agosto se aprobó la idea de legislar el proyecto que legaliza el aborto en tres causales. Después de muchos intentos fallidos de promover una legislación de esta naturaleza parece que, esta vez, la izquierda y los sectores liberales de gobierno sí tienen los votos y la voluntad política para aprobarla. Curiosamente, entre los fundamentos que se dan en el mensaje presidencial para sostener la iniciativa, se alude a la evidente dignidad y derechos de la madre, pero en ningún caso se considera la igualmente indudable dignidad y derecho del hijo.

Aunque se ha señalado que se trata de una “despenalización”, en los hechos constituye una legalización pues implica otorgar una prestación de parte del sistema de salud. La despenalización consiste en

RESUMEN EJECUTIVO

La primera semana de agosto se aprobó en la comisión de salud la idea de legislar en relación al proyecto de aborto terapéutico para las causales de riesgo de la madre inviabilidad fetal y violación. El presente trabajo da cuenta de la incompatibilidad de la iniciativa con la protección que la legislación chilena brinda al no nacido, y de las razones por las cuales aprobarlo constituiría una flagrante injusticia.

no atribuirle sanción a una conducta. Cosa distinta, es cuando una situación traerá aparejada el compromiso del Estado de entregar acceso oportuno y seguro a una acción médica. En ese caso es una legalización.

II. Contenido del proyecto

La propuesta del ejecutivo considera tres causales en las cuales se propone despenalizar el aborto. En todas, se requiere que la mujer, previo a someterse al aborto, exprese libremente su voluntad de manera escrita. Las causales son:

- a) Peligro de la vida de la mujer embarazada;
- b) Embrión o feto que padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina (feto “inviabile”);
- c) Embarazo producto de una violación.

III. Protección de la vida en el ordenamiento chileno

Nuestra legislación no es neutra en relación con el reconocimiento y protección del derecho a la vida. Los siguientes son algunos ejemplos concretos:

3.1 Ley de investigación científica en humanos. La ley 19.120 sobre investigación científica en seres humanos prohíbe la clonación humana, y establece en su artículo 1º que dicha ley tiene por objeto proteger la vida desde el momento de su concepción. El Artículo 6º de dicha norma señala que en ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener células troncales que den origen a tejidos y órganos.

3.2 Código de ética del colegio médico. Establece en su artículo 8º que “el respeto a la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico. El mismo artículo señala que toda intervención médica realizada durante los 9 meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo.

3.3 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un fallo sobre de la píldora del día después del 18 de abril del año 2008, dice: “La singularidad que protege el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado,

sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona” [...] “el que está por nacer –cualquiera sea la etapa de su desarrollo prenatal, pues la norma constitucional no distingue- tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación”.

IV. Razones para oponerse a cada una de estas causales

4.1 Riesgo de la vida de la madre

Lo que sanciona el derecho penal chileno es el “aborto malicioso”, lo cual, jurídicamente, no es lo mismo que “interrupción del embarazo”. En efecto, las situaciones como el riesgo de la vida de la madre están hoy resueltas sin necesidad de legislar sobre el aborto. La interrupción del embarazo como efecto no querido de un acto terapéutico que salva directamente la vida de la madre, no se encuentra sancionado hoy, porque eso no es propiamente un aborto. Por lo tanto, no es efectivo, tal como se dice en el mensaje, que en Chile exista prohibición absoluta y criminalizante de toda forma de interrupción del embarazo. Por lo tanto, tal como está redactado el proyecto, éste contiene una situación de vulnerabilidad jurídica pues habla de riesgo presente o “futuro” de la madre. Es de sentido común que todo embarazo puede significar un riesgo futuro de la madre.

Asimismo, nunca se ha sancionado por el ordenamiento jurídico, ni siquiera cuando existía el supuesto “aborto terapéutico” este tipo de embarazo. El riesgo materno tiene solución con la aplicación del principio del doble efecto, el cual se encuentra en la “lex arti” de los médicos. Por este principio es legítimo realizar una acción buena de la cual emanen dos efectos –uno bueno y uno malo– siempre que lo buscado directamente por la intención del agente sea el efecto bueno, y el malo sea sólo tolerado como efecto secundario e inevitable –previsto, pero no querido– de la acción en sí buena. Además de lo anterior, se exige que el efecto bueno sea al menos equivalente o superior al efecto malo y que éste último no sea medio de la obtención de aquel. Lo que ocurre, entonces, es que al hacer algo bueno con un resultado directo bueno, también se asume un efecto malo no querido directamente. Es lo que contempla la práctica médica habitual para situaciones como la preeclampsia, embarazo ectópico, mola hidatiforme, cáncer de cuello uterino, etc.

Ciertamente, la situación anterior no es equivalente a matar a un hijo para salvar a la madre como suele sostenerse. La diferencia ética fundamental es que mientras en el aborto directo hay homicidio derechamente buscado, en este caso lo que se quiere verdaderamente es una práctica terapéutica que salva a una persona, aunque además, tenga como consecuencia la muerte de otra. Por lo anterior, nunca se ha sabido de médicos que puedan decir que se vieron imposibilitados de aplicar un tratamiento cuyo resultado no querido, pero que se asume como inevitable, sea la muerte del no nacido por la posibilidad de ser denunciados por las normas del código penal, ni que estén condenados.

4.2 Inviabilidad del embrión o feto

En primer lugar, cabe señalar que no corresponde hablar de “seres humanos inviables”, expresión equívoca que puede dar a entender que, en virtud de esa supuesta inviabilidad, sería lícito prescindir de ellos. Esa no es una categoría jurídica admisible.

En segundo lugar, se debe considerar que hay enfermedades congénitas o genéticas que no tienen tratamiento y se consideran incompatibles con la vida, pero la realidad es que tienen una supervivencia variable: habitualmente es corta (horas o días) pero también puede ser de años. Por lo tanto, cabría, bajo esta causal, eliminar a seres humanos portadores de enfermedades crónicas o terminales dentro de un lapso mucho mayor al nacimiento. En consecuencia ¿quién va a calificar cuáles son los catálogos de enfermedades que a priori, son incompatibles con la vida?

Finalmente, no tiene lógica desde el punto de vista médico que el feto se considere como paciente cuando está sano o con enfermedad tratable, pero pierda esa calidad cuando tiene una malformación no tratable y la ley permita matarlo.

4.3 Causal de violación

Con relación a esta causal, se reconoce que no existen registros estadísticos integrados que acredite el número de embarazos por causa de violación. No obstante se sabe que la probabilidad de que una mujer se embarace frente a un acto de violencia es sólo de un 10%. En consecuencia, esta causal sólo se fundamenta en los sondeos de opinión pública que resultan favorables a ella.

Por otro lado, y respetando el dolor de la mujer, no hay justificación médica para interrumpir ese embarazo. Ello no quita que esa mujer deba recibir una especial atención desde un punto de vista psicológico y emocional, porque es evidente la posibilidad de presentar estrés post traumático. A pesar de lo anterior, para el caso de esta causal, no se obliga a la mujer a someterse a un proceso penal que se avoque a perseguir el delito –como condición para interrumpir el embarazo– y se prevé en forma expresa en el proyecto que el equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, “evaluará e informará la concurrencia de los hechos que la constituyen”. Por lo mismo, la causal de violación puede dar lugar a una infracción flagrante al principio de inocencia y al debido proceso. El plazo de doce semanas hace inviable cualquier intento de proceso investigativo que permita esclarecer la configuración de los presupuestos del delito.

Los casos de embarazos producto de una violación generan una discusión distinta. En estos casos, la madre ha sufrido una grave injusticia: la violación. Por lo tanto, la gran pregunta es: ¿Cómo ayudar a esa mujer a aliviar el trauma sufrido? ¿Constituye el aborto una terapia para ese mal, o por el contrario, es una carga más a la mujer que sufre? Al respecto, la investigación poblacional cuantitativa revela que

el aborto estaba asociado con un aumento de riesgo en un 34% en desórdenes de ansiedad; un mayor riesgo de depresión en un 37%, un mayor riesgo de abuso de alcohol en un 110%, y un mayor riesgo de uso y abuso de marihuana en un 220%. El aborto también estaba vinculado con un mayor riesgo de intento de suicidio en un 155%¹.

Para el caso de niñas y adolescentes, se contemplan ciertas reglas especiales, en coherencia con el resto del ordenamiento jurídico. Concretamente en las mujeres menores de 18 y mayores de 14 años, se da un reconocimiento de su autonomía limitada, cautelándose el conocimiento de sus representantes legales, o a falta de estos, otro adulto. En el caso de las menores de 14 años, éstas deberán actuar con autorización de alguno de sus padres, u otro adulto responsable. Además, en el caso de que los padres no autoricen y la menor insista, junto a un equipo médico de salud se establece la posibilidad de que un juez de familia otorgue la autorización, en subsidio de quien sea su representante legal. Finalmente, la ley considera que en muchos casos de violencia sexual, ésta ocurre al interior de sus hogares, por lo tanto, existiendo antecedentes de que permitan al médico prever que la solicitud de la autorización del representante legal expondrá a la niña u adolescente a un riesgo de violencia intrafamiliar, podrá este médico prescindir de la autorización acudiendo a un juez de familia.

Respecto al rol de los centros de salud, el proyecto otorga ciertas responsabilidades. En primer lugar, cualquiera sea la causal indicada, el prestador deberá entregar información veraz y toda la necesaria para que la mujer libremente tome su decisión. Esto incluye el deber de entregar por escrito, información sobre alternativas a la interrupción del embarazo. En segundo lugar, para constatar las causales, se requieren el diagnóstico de un médico cirujano, ratificado por el de otro profesional. Esta ratificación no se exigirá en los casos en que la intervención médica deba ser inmediata e impostergable. Además en el caso de la violación, considera que no se puede imponer a la mujer a someterse a un proceso penal como condición para interrumpir su embarazo.

El proyecto considera la posibilidad, de que el médico cirujano manifieste previamente y de forma escrita, su objeción de conciencia. A pesar de eso, el médico igualmente tendrá el deber de informar a la paciente por cual de las 3 causales está afectada. En este caso además, el prestador del servicio de salud deberá derivar a la paciente a otro profesional que no esté afecto a la objeción de conciencia. Este derecho, no obstante, se relativiza toda vez que 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.

Finalmente, el proyecto busca prevenir que la mujer deje de entregar información de su estado de salud por miedo a recibir una sanción penal. Para ello, se busca fomentar el privilegio de confidencialidad por sobre el deber de denuncia ante una interrupción del embarazo.

1. Véase “Violación, embarazo y trauma ¿Es el aborto una solución?” I&P N° 136. En <http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/l-y-P-no136.pdf>

Un caso paradigmático a mencionar es la situación de España, donde luego de once años de aborto legal restrictivo por tres causales, el año 2007 se llega a una cifra cercana a 110.000 abortos legales anuales (un 20% del total de embarazos) y eso se mantiene estable hasta la actualidad. Lo notable es que el año 2010 la ley cambia permitiendo el aborto libre hasta las 14 semanas, ampliando la restricción de las tres causales sobre esa edad gestacional, pero no aumenta el número total de abortos legales, manteniéndose también en alrededor de 110.000 por año. Lo que cambia es el motivo del aborto: antes del 2010, el 97% eran por causa de salud materna, luego del cambio de la ley, esta causal baja a 6,6% pero el 90% pasa a ser por petición de la madre (libre) antes de las 14 semanas. Conclusión obvia: la ley restrictiva no lo era y permitía el aborto libre bajo el resquicio de salud materna.

V. Reserva de constitucionalidad

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece que las inconstitucionalidades deben hacerse ver en cada una de las fases de la tramitación de un proyecto de ley, y que si el legislador pretende despenalizar en ciertas causales el aborto, debe hacerse cargo del marco constitucional existente y justificar su decisión dentro de él.

La pregunta, entonces, es si el “nasciturus” –concepto jurídico “del que está por nacer”- es o no titular de derechos fundamentales. ¿Es o no un miembro de la especie humana? Si lo es, se concluye que es plenamente titular de derechos fundamentales. Y sólo en virtud de esta consideración es que se da lo que algunos llaman “colisión de derechos”. Si no lo fuera esta situación no podría darse.

La Constitución mandata al legislador proteger la vida del que está por nacer. No hace ninguna distinción referida a que la vida pueda tener grados de protección distintas en virtud del grado de desarrollo embrionario o fetal. Además, el constituyente no mandata al legislador a una protección condicionada de la vida del que está por nacer. Introducir una categoría “no proteger” implicaría una discriminación arbitraria en los términos del artículo 19 N° 2 de Constitución Política de la República. En este proyecto, se prefiere cuidar “una dignidad” –la de madre- por sobre la del hijo. Eso es arbitrario a la luz del bien jurídico que se está disponible a tutelar.

Por otro lado, atentar directamente contra la vida de un ser en gestación no es lo mismo que aplicar el principio en cuya virtud es lícito curar a la madre, asumiendo como consecuencia no querida la muerte feto. Si la Constitución mandata la ley a proteger, eliminar directamente al nasciturus no puede, bajo ningún respecto, ser compatible con el estándar constitucional del artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental pues no se cumple un estándar de protección.

Además, el artículo 19 N° 26 de la Constitución establece que ésta asegura a todas las personas “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen

las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. En definitiva, esta norma introduce un criterio que hará que algunas personas que merecen protección jurídica, simplemente no tendrán derecho a gozar de ningún derecho.

Finalmente, especial consideración merece la 3ª causal, que presenta graves problemas de constitucionalidad, pues es incompatible con lo que dispone el Art. 83 de la Constitución, el que le encomienda al Ministerio Público “en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito”. Acá simplemente se dará como cierto lo que digan personas naturales sin que eso sea asunto jurisdiccional.

Es por esto, que en virtud de los artículos 19 N° 1, 2 y 26 de la Constitución política, es necesario formular la respectiva reserva de constitucionalidad.

VI. Conclusiones

Tal como se ha dicho en este trabajo, y en otras ocasiones en esta misma publicación², el llamado aborto terapéutico no existe, pues cada vez que en un embarazo se pone en riesgo la vida de la madre, la práctica médica contempla tratamientos específicos que –sin constituir aborto, porque no eliminan directamente al feto– velan por la salud de la madre. En consecuencia es falso que los gineco-obstetras necesiten esta legislación para poder hacer su trabajo, nunca han tenido problemas en aplicar un tratamiento a la madre que se encuentra en peligro de muerte, aunque ello conlleve la muerte del feto.

No obstante, detrás de las otras dos causales (embarazos de niños cuya vida extrauterina no será posible o una violación) por las cuales se desea legalizar el aborto suelen existir dramas humanos muy comprensibles que necesitan el apoyo y solidaridad de terceros, especialmente del Estado.

En el caso de inviabilidad, ese apoyo no debiera consistir en facilitar el término de esa vida, sino de acogerla con la mayor asistencia física y psicológica posible. De ahí que sea necesario, antes de plantear cualquier legislación abortiva, aumentar las ayudas a las embarazadas con situaciones de inviabilidad fetal. Esas ayudas debieran ser, tanto ginecológicas como psicológicas, pues es imprescindibles no dejarlas solas en esas difíciles situaciones.

En relación con la causal de violación, es natural que la mujer se sienta abrumada, asustada y sola cuando no encuentra el apoyo necesario por parte de su familia, del Estado, ni del varón que es padre del hijo o hija que lleva en su vientre. En cualquier caso, el trauma de una violación no se supera

2. Véase I&P n° 90 y 136 en http://www.jaimeguzman.cl/ideas-propuestas/?busca_ideas=Aborto+&x=7&y=10

con un aborto, pues la evidencia científica indica lo contrario. En efecto, estudios epidemiológicos cuantitativos muestran un riesgo entre moderado y muy alto de trastornos psiquiátricos tras el aborto inducido, especialmente trastornos de estrés post traumático, conductas adictivas e, incluso, ideación o intento de suicidio .

El embarazo no deseado no provoca trastornos y no se ha encontrado que el aborto inducido se asocie a mejor evolución de la salud mental, por lo que no puedan invocarse, sobre bases empíricas, razones de salud mental de la embarazada para inducir un aborto. Si lo que se pretende, verdaderamente, es ayudar a las mujeres –especialmente menores de edad– de los traumas que producen los embarazos originados en abusos, no es posible recurrir al aborto porque sería éste, el segundo acto de violencia brutal a la que se sometería la madre. Toda la ayuda psicológica que se pueda brindar a las madres víctimas de abuso, sólo irán en beneficio de ella y de su hijo. La evidencia científica indica, por el contrario, que la práctica del aborto lejos de favorecer los índices de salud mental, es una de las principales causas de su destrucción.