

1. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO (1996)
2. LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES EN CHILE (1998)
3. DERECHO DEL CONSUMO Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (1999)
4. DERECHO SUCESORIO ACTUAL Y ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR (2000)
5. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA (2001)
6. DERECHO DE LOS CONTRATOS (2002)
7. RESPONSABILIDAD CIVIL DE ENTIDADES CORPORATIVAS (2003)
8. LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (2004)
9. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804 Y EL CÓDIGO CIVIL CHILENO DE 1855 (2004)
10. LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DEL TRABAJO (2005)
11. MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO (2005)
12. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN CHILE (2006)
13. LA LUCHA POR EL DERECHO NATURAL (2006)
14. COMPETENCIA DESLEAL (2007)
15. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD (2008)
16. LA REFORMA PROCESAL CIVIL EN CHILE (2009)
17. Lo JURÍDICO Y Lo POLÍTICO (2009)
18. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM (2010)
19. REGULACIONES EN EL MERCADO DE VALORES (2010)
20. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES (2011)
21. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA (2011)
22. SOCIEDADES DE CAPITAL. NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO CHILENO DE SOCIEDADES (2012)
23. JUSTICIA CIVIL: PERSPECTIVAS PARA UNA REFORMA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA (2012)
24. ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO: PRINCIPIOS GENERALES Y COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE (2013)
25. DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES. ESTUDIOS Y TEXTOS LEGALES Y REGLAMENTARIOS (2014)
26. EL IMPACTO TRIBUTARIO EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS ENTRE CHILE Y ESPAÑA. DE LA GLOBALIZACIÓN A LA REFORMA (2015)

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA

27

El aborto

Perspectivas filosófica, jurídica y médica

I. FILOSOFÍA

EL PROBLEMA POLÍTICO DEL ABORTO

LA INJUSTICIA DEL ABORTO PROCURADO

ABORTO, EMBARAZO ECTÓPICO Y ÉTICA DE LA LEY NATURAL

LA INDIVIDUALIDAD ONTOLÓGICA DE LA PERSONA HUMANA

II. DERECHO

EL EMBRIÓN HUMANO: CONSIDERACIONES SOBRE SU ESTATUS JURÍDICO A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE “DESPENALIZACIÓN” DEL ABORTO

REGULACIÓN PENAL DEL ABORTO CONSENTIDO Y DIGNIDAD HUMANA

¿QUÉ VAMOS A HACER CON ALGUNOS DE NOSOTROS? EL PROBLEMA DEL ABORTO DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y PROGRESISTA

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y EL ESTATUTO DEL NO NACIDO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

EL ESTADO ACTUAL DEL ABORTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y ALGUNAS AFIRMACIONES ERRADAS DEL PROYECTO DE LEY CHILENO

INFORME SOBRE LA NECESIDAD DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO Y EL MODELO DE CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO CONSENTIDO EN CHILE

III. MEDICINA

ABORTO: ANÁLISIS CRÍTICO DEL NUEVO PROYECTO DE LEY DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MEDICINA

ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA DE SALUD

“ABORTO INDUCIDO: UN DAÑO PARA LA SALUD MATERNA Y PARA LA SOCIEDAD”

¿ES EL ABORTO BENEFICIOSO PARA LA SALUD MENTAL DE LA MUJER? DISCUSIÓN Y EVIDENCIA EN LA RELACIÓN ENTRE ABORTO Y SALUD MENTAL



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho



Universidad de los Andes | Facultad de Derecho

El aborto

Perspectivas filosófica, jurídica y médica

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO CORREA
 JORGE MARTÍNEZ BARRERA
 ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS
 SEBASTIÁN CONTRERAS AGUIRRE
 DENNISE VERGARA LARENAS
 ÁLVARO FERRER DEL VALLE
 HERNÁN CORRAL TALCIANI
 MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW
 JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY
 SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI
 GONZALO GARCÍA PALOMINOS
 ÁLVARO PAÚL DÍAZ
 SEBASTIÁN ILLANES LÓPEZ
 ELARD KOCH CABEZAS
 MARÍA TERESA VALENZUELA BRAVO
 GABRIEL CAVADA CHACÓN
 MARIARITA BERTUZZI BERTAGNOLIO
 CRISTIÁN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
 MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN
 SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI
 EDITORAS

AUTORES

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO CORREA
 Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra
 Profesor de Ética y Derecho Natural
 Universidad de los Andes

JORGE MARTÍNEZ BARRERA
 Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina
 Profesor de Filosofía política
 Pontificia Universidad Católica de Chile

ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS
 Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes
 Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural
 Universidad de los Andes

SEBASTIÁN CONTRERAS AGUIRRE
 Doctor en Filosofía por la Universidad de los Andes
 Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural
 Universidad de los Andes

DENNISE VERGARA LARENAS
 Enfermera-Matrona
 Maternidad Hospital de la Florida

ÁLVARO FERRER DEL VALLE
 Doctor en Derecho (c) por la Pontificia Universidad Católica de Chile
 Profesor de Fundamentos Filosóficos del Derecho y Derecho Natural
 Pontificia Universidad Católica de Chile

HERNÁN CORRAL TALCIANI
 Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra
 Profesor de Derecho Civil
 Universidad de los Andes

MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW
 Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra
 Profesora de Derecho Penal
 Pontificia Universidad Católica de Chile

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY
 Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela
 Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo
 Universidad de los Andes

SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI
 Doctora en International Human Rights por la Universidad de Notre Dame
 Profesora de Derecho Constitucional
 Universidad de los Andes

GONZALO GARCÍA PALOMINOS
 Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Friburgo
 Profesor de Derecho Penal
 Universidad de los Andes

ÁLVARO PAÚL DÍAZ
 Doctor en Derecho por Trinity College Dublin
 Profesor de Derecho Internacional y de Derechos Humanos
 Pontificia Universidad Católica de Chile

SEBASTIÁN ILLANES LÓPEZ
 Magíster en Ciencias Médicas por la Universidad de Chile
 Profesor de Gineco-Obstetricia
 Universidad de los Andes

ELARD KOCH CABEZAS
 Director of Research
 MELISA Institute

MARÍA TERESA VALENZUELA BRAVO
 Magíster en Salud Pública y Microbiología por la Universidad de Chile
 Profesora de Epidemiología y Salud Pública
 Universidad de los Andes

GABRIEL CAVADA CHACÓN
 Doctor en Biometría y Estadística por la Universidad de Barcelona
 Profesor de Bioestadística, Epidemiología y Medicina Social
 Universidad de los Andes

MARIARITA BERTUZZI BERTAGNOLIO
 Psicóloga Universidad de la Sapienza, Roma
 Magíster en Psicología Clínica por la Universidad de los Andes
 Profesora de Matrimonio y Familia; y Teoría sistémica familiar
 Universidad de los Andes

CRISTIÁN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
 Licenciado en Psicología y Filosofía por la Pontificia Universidad Católica de Chile
 Profesor de Psicología Social
 Universidad de los Andes

27



2015

El aborto: Perspectivas filosófica, jurídica y médica



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

El aborto

Perspectivas filosófica, jurídica y
médica

Joaquín García-Huidobro Correa
Jorge Martínez Barrera
Alejandro Miranda Montecinos
Sebastián Contreras Aguirre
Dennisse Vergara Larenas
Álvaro Ferrer del Valle
Hernán Corral Talciani
Magdalena Ossandón Widow
José Ignacio Martínez Estay
Soledad Bertelsen Simonetti
Gonzalo García Palominos
Álvaro Paúl Díaz
Sebastián Illanes López
Elard Koch Cabezas
María Teresa Valenzuela Bravo
Gabriel Cavada Chacón
Mariarita Bertuzzi
Cristián Rodríguez Rodríguez

Maite Aguirrezabal Grünstein
Soledad Bertelsen Simonetti
Editoras

Cuadernos de Extensión Jurídica 27 (2015)
El aborto: perspectivas filosófica, jurídica y médica

CIP - Universidad de los Andes. Facultad de Derecho

EL aborto : perspectivas filosófica, jurídica y médica / Joaquín
García-Huidobro ... [et al. ; Maite Aguirrezabal
Grünstein, Soledad Bertelsen Simonetti (Editoras).
p. : cm. - (Cuaderno de extensión jurídica ; 27)

Incluye notas bibliográficas.

1.- Aborto. I.- García-Huidobro Correa, Joaquín, 1959-.
II.- Aguirrezabal Grünstein, Maite, ed. III.- Bertelsen Simonetti, Soledad, ed.

CDD 23
179.76

2015

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Alejandro Romero Seguel

Comité Editorial: Alejandro Romero, Enrique Brahm, María de los Ángeles Soza, Joaquín García-Huidobro, José Ignacio Martínez, Alejandro Miranda, Sebastián Contreras.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-91-4

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 257.350

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2015 Universidad de los Andes Impresión: Andros Impresores
Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO CORREA

Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra

Profesor de Ética y Derecho Natural

Universidad de los Andes

JORGE MARTÍNEZ BARRERA

Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina

Profesor de Filosofía política

Pontificia Universidad Católica de Chile

ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS

Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes

Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural

Universidad de los Andes

SEBASTIÁN CONTRERAS AGUIRRE

Doctor en Filosofía por la Universidad de los Andes

Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural

Universidad de los Andes

DENNISSE VERGARA LARENAS

Enfermera-Matrona

Maternidad Hospital de la Florida

ÁLVARO FERRER DEL VALLE

Doctor en Derecho (c) por la Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesor de Fundamentos Filosóficos del Derecho y Derecho Natural

Pontificia Universidad Católica de Chile

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW

*Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra
Profesora de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Chile*

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY

*Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela
Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo
Universidad de los Andes*

SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI

*Doctora en International Human Rights por la Universidad de Notre Dame
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de los Andes*

GONZALO GARCÍA PALOMINOS

*Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Friburgo
Profesor de Derecho Penal
Universidad de los Andes*

ÁLVARO PAÚL DÍAZ

*Doctor en Derecho por Trinity College Dublin
Profesor de Derecho Internacional y de Derechos Humanos
Pontificia Universidad Católica de Chile*

SEBASTIÁN ILLANES LÓPEZ

*Magíster en Ciencias Médicas por la Universidad de Chile
Profesor de Gineco-Obstetricia
Universidad de los Andes*

ELARD KOCH CABEZAS

*Director of Research
MELISA Institute*

MARÍA TERESA VALENZUELA BRAVO

*Magister en Salud Pública y Microbiología por la Universidad de Chile
Profesora de Epidemiología y Salud Pública
Universidad de los Andes*

GABRIEL CAVADA CHACÓN

*Doctor en Biometría y Estadística por la Universidad de Barcelona
Profesor de Bioestadística, Epidemiología y Medicina Social
Universidad de los Andes*

MARIARITA BERTUZZI BERTAGNOLIO

*Psicóloga Universidad de la Sapienza, Roma
Magíster en Psicología Clínica por la Universidad de los Andes
Profesora de Matrimonio y Familia; y Teoría sistémica familiar
Universidad de los Andes*

CRISTIÁN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

*Licenciado en Psicología y Filosofía por la Pontificia Universidad
Católica de Chile
Profesor de Psicología Social
Universidad de los Andes*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	17
I. FILOSOFÍA	21
EL PROBLEMA POLÍTICO DEL ABORTO	
<i>Joaquín García-Huidobro, Jorge Martínez Barrera</i>	
I. La negación de un derecho elemental.....	24
II. La natalidad como problema político	25
III. ¿Seguir la huella de los grandes?	27
LA INJUSTICIA DEL ABORTO PROCURADO	
<i>Alejandro Miranda Montecinos</i>	
I. Fundamentos d la injusticia del aborto procurado	29
1. Una persona es un ser con capacidad para el conocimiento conceptual.....	29
a) Una persona es un ser que tiene la condición de fin en sí mismo	30
b) La condición de fin en sí mismo deriva del libre albedrío	31
c) El libre albedrío deriva de la racionalidad	31
2. Los animales no humanos no son personas	32
3. El individuo humano no nacido tiene capacidad básica para el conocimiento conceptual	33
4. El nacimiento no es un requisito para adquirir la condición de persona.....	36
5. El no nacido es siempre inocente	38
6. Es siempre injusto matar intencionalmente a una persona inocente.....	39
II. Análisis crítico de algunos argumentos favorables al aborto	41
1. Aborto en caso de riesgo para la vida de la madre	41
2. Aborto en caso de embarazo por violación	44
3. Aborto en caso de incompatibilidad del feto con la vida extrauterina.....	45
4. Aborto, derecho y conductas heroicas.....	46

ABORTO, EMBARAZO ECTÓPICO Y ÉTICA DE LA LEY NATURAL	
<i>Sebastián Contreras, Dennisse Vergara</i>	
I. El embarazo ectópico como problema ético.....	50
II. Alcance de la prohibición absoluta del aborto	55
III. Tratamientos disponibles: metotrexato, salpingectomía, salpingostomía, espera activa, operación Wallace.....	59
1. Metotrexato	59
2. Salpingectomía y salpingostomía.....	61
3. Espera activa y operación Wallace	63
IV. Conclusión	65
LA INDIVIDUALIDAD ONTOLÓGICA DE LA PERSONA HUMANA	
<i>Álvaro Ferrer Del Valle</i>	
I. Los datos relevantes aportados por las ciencias biológicas.....	70
II. El cigoto a la luz de los principios fundamentales de la filosofía de la naturaleza y la metafísica....	70
1. La estructura de los seres substanciales y accidentales.....	71
2. La estructura del ser accidental.....	75
3. La generación del ser substancial.....	76
4. La generación del ser accidental.....	76
5. Los principios de la generación.....	77
6. Corrupción y cambio accidental en el ser substancial.....	79
7. Los accidentes en acto y la potencialidad <i>ab initio</i>	84
8. La individuación del ser substancial y el instante de la individuación.....	90
III. El problema de la individuación del cigoto frente a la gemelación monocigótica.....	92
IV. Conclusiones	97
V. Bibliografía	99
II. DERECHO	105
EL EMBRIÓN HUMANO: CONSIDERACIONES SOBRE SU ESTATUS JURÍDICO A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE “DESPENALIZACIÓN” DEL ABORTO	
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
I. Introducción	107
1. ¿Despenalización, legalización o legitimación?	107

2.	Interés en la determinación del estatus jurídico del embrión humano	110
II.	Una breve reseña histórica	111
1.	Una cuestión a la vez vieja y actual	111
2.	El problema de la titularidad patrimonial ...	111
a)	El concebido como persona anticipada	112
b)	El concebido como titular con capacidad limitada	113
c)	El concebido como futuro beneficiario de derechos sin sujeto actual	113
d)	El concebido como beneficiario de una ficción de nacimiento	113
e)	El concebido como persona jurídica técnica.....	114
III.	Más allá de la titularidad patrimonial.....	114
1.	Los descubrimientos de la biología reproductiva: vida humana o vida personalizada	114
2.	Una fórmula de compromiso: el concepto de “preembrión”.....	115
3.	El problema de la individualidad: división y fusión gemelar	116
4.	¿Y el espíritu? El problema de la infusión del alma	116
5.	La “singamia” como momento relevante.....	117
IV.	Propuestas alternativas a la admisión de personalidad del embrión.....	118
1.	El embrión como “bien jurídico”	118
2.	El embrión como bien jurídico de protección gradual o incremental.....	119
3.	El embrión como sujeto de derecho no personalizado	121
V.	La personalidad del embrión humano en el ordenamiento jurídico chileno.....	122
1.	Reconocimiento legal	122
2.	El problema del art. 74 del Código Civil: “la existencia legal principia al nacer...”.....	124
3.	La personalidad del embrión en la Constitución	125
4.	Relevancia de la reforma constitucional de 1999: el verbo “nacén” del art. 1º de la Constitución	128
5.	La cuestión en los tratados internacionales y el caso “Artavia Murillo”	130

6.	La personalidad del concebido en la jurisprudencia judicial y administrativa.....	132
7.	Reafirmaciones legislativas: las leyes sobre genoma humano y de regulación de la fertilidad.....	136
VI.	Estatus del embrión humano en el proyecto de ley de “despenalización” del aborto.....	137
1.	El estatus del embrión en el Mensaje.....	137
2.	El estatus del embrión en el articulado del proyecto	139
3.	Consecuencias del desconocimiento de la personalidad del embrión	141
VII.	Para concluir: sentido del Derecho y personalidad del embrión humano	142
REGULACIÓN PENAL DEL ABORTO CONSENTIDO Y DIGNIDAD HUMANA		
<i>M. Magdalena Ossandón Widow</i>		
I.	Situación de conflicto de intereses.....	145
II.	Proyecto de “despenalización” en situaciones extremas de conflicto.....	147
III.	Valoración constitucional de los intereses en conflicto	148
IV.	Valoración penal de los intereses en conflicto...	150
V.	No es solo un problema de exigibilidad.....	152
VI.	Respeto por la dignidad y los derechos humanos en situación de conflicto de intereses.....	155
VII.	Situaciones extremas de conflicto: no procede sanción penal	158
1.	Aborto por razones terapéuticas.....	158
1.1.	Atipicidad por riesgo permitido.....	159
1.2.	Atipicidad subjetiva	160
1.3.	Causas de justificación (improcedentes)	160
1.4.	Inexigibilidad de otra conducta.....	161
2.	Aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación o en situaciones de inviabilidad fetal extrauterina	163
VIII.	Conclusiones	164
IX.	Bibliografía	165

¿QUÉ VAMOS A HACER CON ALGUNOS DE NOSOTROS? EL PROBLEMA DEL ABORTO DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y PROGRESISTA

José Ignacio Martínez Estay

I. Introducción	169
II. Aclaraciones jurídicas previas.....	169
III. El aborto y el problema de la titularidad de los derechos inherentes al ser humano	171
IV. El aborto y la protección del más débil. Una perspectiva auténticamente progresista	172

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y EL ESTATUTO DEL NO NACIDO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Soledad Bertelsen Simonetti, Gonzalo García Palominos

I. Introducción	177
II. La tesis problemática.....	179
1. Interpretación sistemática del artículo 4.1 de la Convención Americana	185
2. Interpretación histórica del artículo 4.1.....	189
III. Carácter absoluto del derecho a la vida	197
IV. Conclusiones	200

EL ESTADO ACTUAL DEL ABORTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y ALGUNAS AFIRMACIONES ERRADAS DEL PROYECTO DE LEY CHILENO

Álvaro Paúl Díaz

Introducción.....	203
I. El aborto a nivel de tratados internacionales	205
II. El aborto a nivel de costumbre internacional.....	207
III. Instrumentos y recomendaciones no vinculantes	209
1. Conferencias de El Cairo y Beijing	209
2. Resoluciones de comités de monitoreo de los tratados, y de organismos de N.U.	211
IV. El sistema interamericano	213
1. Interpretación judicial del artículo 4.1 en el caso <i>Artavia Murillo</i>	213
1.1. Cuestión preliminar	213
1.2. Detalle del caso <i>Artavia</i>	215
2. La inexistente referencia al aborto en el asunto judicial <i>B contra El Salvador</i>	217
3. La Comisión Interamericana.....	217
V. Los llamados “estándares internacionales”.....	218

VI. Conclusión.....	219
VII. Bibliografía	220

INFORME SOBRE LA NECESIDAD DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO Y EL MODELO DE CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO CONSENTIDO EN CHILE

Gonzalo García Palominos

I. Presentación del problema	225
II. Cuestiones generales y sistemáticas del delito de aborto en el Código Penal chileno.....	226
1. Sistemática normativa del delito de aborto	226
2. La configuración del injusto del delito de aborto consentido.....	228
III. Las dificultades terapéuticas y la situación especial del aborto del facultativo, consentido por la madre (art. 345).....	232
1. Configuración del tipo penal de Aborto consentido realizado por el facultativo (art. 345)	233
2. Aborto e imputación objetiva	234
IV. Aborto consentido y doble efecto: <i>aborto directo (perseguido) como límite a la tensión de derechos</i>	236
V. Conclusión.....	245

III. MEDICINA

ABORTO: ANÁLISIS CRÍTICO DEL NUEVO PROYECTO DE LEY DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MEDICINA

Sebastián Illanes, Elard Koch

I. El embrión humano, individuo de nuestra especie	251
II. Definiciones de aborto, qué debemos entender cuando se habla de aborto.....	253
III. ¿Es necesario tener una ley de aborto en Chile?	255
1. Mortalidad materna.....	255
2. Aborto clandestino	256
3. Aborto en caso de malformaciones.....	258
4. Aborto en casos de violación: perpetuado en un ciclo de violencia.....	259
IV. Bibliografía	260

ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA DE SALUD. “ABORTO INDUCIDO: UN DAÑO PARA LA SALUD MATERNA Y PARA LA SOCIEDAD”

María Teresa Valenzuela B., Gabriel Cavada Chacón

I. Antecedentes	263
1. ¿Qué es lo que nos lleva a revisar el tema del aborto?.....	264

II. ¿Cómo se priorizan los problemas de salud pública?	264
III. Entonces la siguiente pregunta es: ¿Es el aborto un problema prioritario de salud en Chile?	265
1. Egresos hospitalarios por causa de aborto (CIE-10 O00-O08) y por aborto no especificado (CIE-10 O06).....	267
2. Análisis de la tendencia de la mortalidad neonatal precoz Chile 2000-2010.....	269
IV. Factores de riesgo	270
V. Cuáles son las complicaciones a las que conduce el aborto.....	271
VI. ¿Qué evidencia existe respecto del impacto que tienen las leyes de aborto en la mortalidad materna?	272
VII. Reflexiones	273
VIII. Bibliografía	274

¿ES EL ABORTO BENEFICIOSO PARA LA SALUD MENTAL DE LA MUJER? DISCUSIÓN Y EVIDENCIA EN LA RELACIÓN ENTRE ABORTO Y SALUD MENTAL

Mariarita Bertuzzi Bertagnolio, Cristián Rodríguez Rodríguez

I. Introducción	277
1. Consideraciones preliminares	278
II. Camino al aborto: factores de riesgo psicológicos	279
III. ¿Callejón sin salida? Medidas alternativas para cambiar la intención de abortar	280
1. Consentimiento parental, tiempos de espera y consejería obligatoria	281
2. Ecografía obligatoria: discusión y evidencia	282
3. Conclusiones.....	284
IV. Discusión y evidencia acerca de Síndrome Postaborto y el aborto como causa de problemas de salud mental.....	284
1. El concepto de Síndrome Postaborto	285
2. Desplazamiento de la discusión: asociación entre aborto y problemas de salud mental	287
3. Pruebas indirectas de causalidad: estudios longitudinales y metaanálisis	289
3.1. Estudios longitudinales	289
3.2. Metaanálisis: integración estadística de resultados	291
V. Más allá de las cifras: la vivencia del aborto	294
1. El aborto como vivencia traumática	294

2. Vivir después de un aborto: narrativa vital de las mujeres que han abortado	296
VI. Conclusiones y propuestas	297
VII. Bibliografía	299

PRESENTACIÓN

La presidenta Michelle Bachelet, por medio del Mensaje N° 1230-362, de 31 de enero de 2015, concretó lo que fuera su promesa de campaña de presentar un proyecto de ley que llamó de “despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales”. Pero de la justificación contenida en el Mensaje y de su articulado surgen cuestiones que necesitan clarificación: ¿se trata de un proyecto por el que el Estado de Chile renuncia solamente a la pretensión de imponer una pena por “interrumpir el embarazo”? ¿Se trata de una despenalización del aborto, o más bien de legalizar y promover dicha acción?

Este proyecto no solamente contempla modificaciones al Código Penal, sino que también incorpora modificaciones sustantivas al Código Sanitario, regulando distintas materias como los requisitos que se deberán cumplir para practicar los abortos; la posibilidad de acceso a menores de 14 años con la autorización de su representante legal o la del tribunal de familia en subsidio; los posibles casos de objeción de conciencia; y los deberes de información del prestador de salud para quienes soliciten la medida.

La modificación que introduce el proyecto en el artículo 119 del Código Sanitario autorizaría la interrupción del embarazo en tres hipótesis (conocidas como “causales”), lo que tiene serios impactos en nuestra sociedad, en la forma en que entendemos la protección de los más desamparados y el modo en que comprendemos la libertad de la mujer. Aunque este tema ha estado presente en la discusión nacional a propósito de proyectos de ley anteriores, nunca antes se había llevado adelante el debate con miras a un proyecto de ley enviado por un gobierno con sus opciones político-ideológicas y modelos regulatorios expresados de manera tan manifiesta. En este sentido, nos encontramos en un momento privilegiado para discutir este tema con todos los argumentos sobre la mesa.

Frente a esta situación, por el particular aporte que una institución universitaria está llamada a hacer al bien común, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes ha querido reunir en este nuevo número de la serie Cuadernos de Extensión Jurídica, normalmente dedicado a la reflexión

de temas desde la exclusiva mirada del Derecho, trabajos relacionados con la temática del aborto no solamente en perspectiva jurídica, sino que también filosófica y médica. El punto de vista médico es entendido en un sentido lato, como ciencias de la salud, comprendiéndose también en este los trabajos de psicólogos que analizan el tema de esta publicación. Pensamos que ello es del todo pertinente, ya que las repercusiones que tiene el aborto en la salud mental son una parte muy relevante de la discusión que nos convoca.

Esta interdisciplinariedad es indispensable en esta materia: da cuenta de la profundidad y variedad de aristas involucradas en la protección de la vida naciente; conduce a un debate verdaderamente basado en la razón y la evidencia científica, abandonando la “discusión de trincheras” que suele basarse en imágenes discursivas más que en argumentos racionales. Es por esto que esta publicación reúne los aportes de distintos investigadores, quienes, desde sus conocimientos filosóficos, jurídicos y médicos, ofrecen un trabajo científicamente riguroso que aporta a la discusión que se está realizando en el país.

Los profesores García-Huidobro y Martínez ofrecen un artículo que aborda el aborto desde la perspectiva de la filosofía política. Destacan que en Chile todavía no se ha llegado a un “endurecimiento de los frentes”, en terminología de Robert Spaemann, que haga imposible el debate. En ese sentido, tratan el aborto desde el punto de vista del derecho a la vida, desde la natalidad como problema político y desde la óptica político-partidista.

En “La injusticia del aborto procurado” el profesor Miranda trata el por qué esta conducta constituye siempre un injusto, independientemente de las circunstancias. En ese sentido, analiza los fundamentos generales de tal afirmación, como algunas razones que defienden la justicia de tal cometido.

El profesor Contreras, y Dennisse Vergara, enfermera-matrona del área de maternidad del Hospital de La Florida, abordan el caso del embarazo ectópico. Se analizan los distintos métodos disponibles para tratar los embarazos extrauterinos y concluir que no todos ellos son compatibles con la protección de la dignidad de la persona y la afirmación del hombre como un fin en sí mismo.

En “La individualidad ontológica de la persona humana” el profesor Ferrer hace una reflexión eminentemente filosófica destinada a refutar la idea de que el embrión no sería persona humana ante la posibilidad de la gemelación monocigótica antes de la implantación, señalando que existe un individuo en el sentido ontológico, incluso antes de dicha gemelación.

Ya desde el punto de vista jurídico, el profesor Corral analiza la problemática calificación que se ha dado al proyecto de ley, llamándolo de “despenalización”. ¿Se trata de una verdadera despenalización? El artículo discurre en el sentido de afirmar que el proyecto va más allá, tratándose de una legitimación del aborto.

En “Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana” la profesora Ossandón hace un contrapunto entre la legislación actualmente vigente en Chile y el proyecto de despenalización del aborto en tres causales. Este estudio busca dilucidar cuál de las legislaciones es más adecuada en función de un verdadero y radical respeto por la dignidad y los derechos humanos en una situación de conflicto de intereses entre la madre y el que está por nacer.

Ante la pregunta “¿Qué vamos a hacer con algunos de nosotros?” el profesor Martínez afirma que esa pregunta sí tiene respuestas desde la perspectiva del Derecho Constitucional. El autor explica que estas respuestas se vinculan estrechamente a los fundamentos de la visión progresista de la comunidad política, mostrando que un verdadero progresismo es incompatible con las posturas favorables al aborto.

Dentro del contexto del sistema interamericano de derechos humanos la profesora Bertelsen y el profesor García analizan el compromiso de protección de los derechos humanos basado en las cualidades intrínsecas del ser humano, y no en cualidades accidentales como raza, edad, color o sexo. Así, se explica que el proyecto de ley en comento significa un deterioro del sistema de protección de los derechos humanos. Se reflexiona acerca de la interpretación del artículo 4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos como criterio orientador para el fortalecimiento de la protección de la dignidad humana y la no discriminación.

¿Existe una obligación internacional del Estado de Chile de aprobar el aborto? El tema es analizado por el profesor Paúl, quien afirma que no existe tal obligación. Para ello se analizan las normas internacionales vigentes y ciertos instrumentos internacionales no vinculantes que suelen utilizarse como argumentos para liberalizar el aborto en Chile, lo que incluye análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En su artículo, el profesor García hace un análisis del modelo de penalización del aborto vigente en Chile. Al respecto, se pregunta si el ordenamiento jurídico chileno provee una solución frente a aquellas intervenciones médicas cuando existe riesgo para la vida de la madre. En su opinión, muchas

de estas conductas no pueden llegar a configurar el tipo penal de aborto existente en nuestro país.

Desde el punto de vista de la medicina, el artículo “Aborto: análisis crítico del nuevo proyecto de ley desde la perspectiva de la medicina”, de los doctores Illanes y Koch, analiza si el embrión que está por nacer puede ser considerado como un individuo de la especie humana. Luego se aboca a definir qué entendemos por un aborto desde el punto de vista médico. Finalmente se hace un estudio en orden a cuestionar algunos pilares del proyecto de ley de aborto: las cifras respecto de mortalidad materna, los abortos clandestinos y los casos de malformaciones del feto.

En el artículo “El aborto inducido: Un daño para la salud materna y la sociedad” la profesora Valenzuela y el profesor Cavada estudian el aborto desde la perspectiva de la salud pública. Al respecto se analizan diversos indicadores epidemiológicos, para catalogar su relevancia como problema de salud pública, reflexionando en torno a si el aborto provocado constituye algo positivo o negativo en el plano de la salud sexual y reproductiva de la mujer.

Finalmente, la profesora Bertuzzi y el profesor Rodríguez, desde el punto de vista de la psicología, profundizan en la relación entre salud mental de la mujer y aborto. ¿Puede el aborto ser considerado como una medida terapéutica en vistas a la salud mental de la mujer? El artículo busca dar una respuesta integral a dicha pregunta analizando múltiples elementos: factores de riesgo en mujeres que concurren a practicarse un aborto; alternativas frente a la posibilidad de un aborto; los efectos negativos del Síndrome Postaborto; y la forma en que las mujeres reportan la vivencia de un aborto. Así, el estudio busca una comprensión global de la dimensión psicológica del aborto.

Esperamos que la lectura de estos trabajos pueda contribuir a esclarecer el debate relativo a la protección de la vida y los derechos de la mujer embarazada, para que los legisladores puedan adoptar una decisión que obedezca a un discernimiento razonado y fundado sobre el bien de las personas y de toda la comunidad.

*Maite Aguirrezabal Grünsterin
Soledad Bertelsen Simonetti
Editoras*

I. FILOSOFÍA

EL PROBLEMA POLÍTICO DEL ABORTO

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO

*Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra
Profesor de Ética y Derecho Natural
Universidad de los Andes, Chile*

JORGE MARTÍNEZ BARRERA

*Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina
Profesor de Filosofía Política
Pontificia Universidad Católica de Chile*

En un artículo publicado en 1988, el filósofo alemán Robert Spaemann constataba un hecho sorprendente a propósito de la discusión sobre el aborto:

“A decir verdad, el debate acerca del problema que aquí nos ocupa está acabado desde hace mucho. Se han agotado los argumentos. El resultado es inequívoco. El debate ha terminado a favor de los adversarios del aborto. La debilidad argumentativa de la otra parte es extrema. Pero precisamente eso ha llevado a un cierto endurecimiento de los frentes. En el fondo, apenas tiene lugar ya un intercambio real de argumentos”¹.

El resultado de una situación semejante es, según él, previsible. Acabados los argumentos, lo que queda es la descalificación personal.

Pensamos que en Chile no hemos llegado a una situación exactamente igual a la descrita por Spaemann, de modo que todavía tiene sentido entregar argumentos a la discusión acerca del aborto. En lo que sigue expondremos tres de ellos: uno jurídico, otro político y otro que podríamos calificar de político-partidista, en el mejor sentido de esta expresión, pues atiende al singular papel del Partido Demócrata Cristiano en ciertos momentos de la historia nacional.

¹ Robert Spaemann, *Límites: Acerca de la dimensión ética del actuar* (Ediciones Internacionales Universitarias, 2003), 353.

I. LA NEGACIÓN DE UN DERECHO ELEMENTAL

Salvo algunos grupos extremos, en la discusión chilena en torno al aborto ambas partes reconocen que el no nacido es una persona humana. Pueden tener algunas diferencias de días (es decir, discrepar acerca de si hay individuo humano en el instante mismo de la unión del óvulo y el espermatozoide, o desde la anidación o mantener alguna otra divergencia semejante), pero en lo fundamental existe una coincidencia. Si esto es así, no cabe poner en duda que en el acto abortivo se está dando muerte a una persona humana. Podrá decirse que, por razones excepcionales, ese acto resulta justificado, pero nuevamente tenemos aquí una coincidencia entre los dos bandos en pugna. Por la parte que propone la legalización o despenalización del aborto se considera que es necesario terminar con la vida del que no ha nacido porque su gestación es fruto de una violación, o porque va a morir de todas maneras a causa de ciertas carencias físicas indispensables para la mantención de la vida, o porque su existencia amenaza la vida o salud de la madre. Pero no se discute que allí hay un ser tan humano como la madre o quienes están participando en esta difícil discusión y que de lo que se trata es de terminar con su vida.

Ahora bien, la legalización o despenalización del aborto significa permitir que, atendida la concurrencia de algunos de estos supuestos, la consecuencia sea la muerte directa del ser humano que no ha nacido. Estamos, ciertamente, ante una consecuencia grave, la más grave que quepa imaginar. De más está decir que no nos hallamos ante una completa novedad. Durante siglos, los ordenamientos jurídicos han establecido que la realización de determinadas conductas particularmente graves tendrá como consecuencia la aplicación de la pena de muerte al sujeto que las lleve a cabo. Solo en fecha relativamente reciente un número significativo de países, incluido el nuestro, ha decidido abolir la pena capital, pero no hay que perder de vista que todavía está vigente en muchas naciones. En estos casos, sin embargo, por muchos reparos que nos merezca la pena de muerte, ella no se aplica de manera arbitraria o unilateral. En efecto, todo individuo acusado de haber incurrido en alguno de los supuestos que permiten su aplicación, tiene la posibilidad de defenderse: puede recurrir a un abogado, incluso en los casos en que no pueda pagarlo, ya que su derecho a defensa se considera tan importante que se ponen los medios para que la reciba de modo gratuito; puede presentar pruebas que hagan ver que no se dan los supuestos que permiten aplicarle la pena de muerte; se le permite aducir circunstancias que atenúan su responsabilidad y, en definitiva, está en condiciones de ser oído por la instancia que está encargada de determinar si se justifica aplicar en su caso la pena capital.

Ahora bien, en caso de aprobarse el aborto se estaría aplicando la consecuencia jurídica más grave que puede contemplar un ordenamiento, pero sin ninguna de las garantías que contempla el debido proceso. Y no vale decir que no es una pena, sino una autorización legal para que el

médico actúe, porque en ese caso podríamos decir que “la excusa agrava la falta”, ya que se está tratando al no nacido, cuya inocencia no merece duda a nadie, de una manera todavía peor que a un delincuente que ha incurrido en conductas especialmente graves. La diferencia entre uno y otro puede valer para exigir un mejor trato, pero jamás puede constituir una excusa para tratar al no nacido inocente de peor manera que a un adulto culpable.

Dicho esto, podemos pasar al segundo argumento.

II. LA NATALIDAD COMO PROBLEMA POLÍTICO

La actual discusión en Chile acerca de la despenalización del aborto presenta una paradoja. Se ha hecho de esto un asunto político de la mayor importancia, pero los términos de la discusión son prioritariamente éticos, dejando de lado sus implicancias políticas. Esta maniobra argumentativa oculta una concepción de la ética que hace de ella una mera destreza para la resolución de conflictos, en la cual la conciencia personal se erige como la máxima instancia de legitimación en la toma de decisiones. Sería absurdo negar la importancia de la conciencia, pero hay que advertir que este modo de encarar la ética obscurece su dimensión más plena, que es la de su expresión política. El viviente humano es naturalmente con-viviente, y es oportuno subrayar que esta condición no es opcional; no está en nuestras manos decidir acerca de nuestra naturaleza social y política. Toda decisión personal tiene así, inevitablemente, una capacidad de influir en menor o mayor grado sobre las comunidades donde estamos insertos. Si el aborto es un problema ético, forzosamente será también un asunto político.

Con todo, la natural politicidad humana debe hacerse cargo de que las comunidades no son solo una sumatoria de individuos; una ciudad no es lo mismo que un hombre. Esta diferencia posibilita sin embargo las condiciones de una retroalimentación entre ambas entidades, la persona y su comunidad, en la cual se requiere una vigilia permanente para evitar excesos. Una prelación total de la persona engendra una pseudo comunidad cuya nota distintiva es el individualismo a ultranza. A esto podría llamarse la desmesura neoliberal, en donde el prefijo “neo” señala que estamos ante algo más que una ideología económica. No podríamos señalar una obra que constituya por sí sola el canon de la ideología neoliberal, ya que contamos con una multitud de escritos en ese sentido. A su vez, el predominio de la comunidad sobre la persona tiende a disolver esta última en un *cuerpo* político cuya realidad y dignidad es superior a los individuos. El *cuerpo* político substancializado acude en este caso a mecanismos autoinmunitarios que le aseguran su supervivencia. La expresión ideológica de este último despropósito es el trabajo de dos autores alemanes que ofrecen las bases de la justificación del régimen nazi: Karl Binding y

Alfred Hoche: *Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens (La liberalización del exterminio de la vida indigna de ser vivida)* (1920)².

En ambas desmesuras, la neoliberal o la nazi (no necesariamente antagónicas), hay un evidente oscurecimiento antropológico-político con la consiguiente distorsión de la relación entre la persona y la comunidad. Por el contrario, una visión más equilibrada en la concepción del hombre y la sociedad se revela como el requisito indispensable para la restauración teórico-práctica de la persona como viviente político. Esta reparación de lo humano conecta directamente con el concepto de *bien común*, definido por Santo Tomás de Aquino como “el bien de las personas singulares que viven en comunidad”³.

Una biopolítica “afirmativa”, para emplear la expresión de Roberto Esposito, esto es, una biopolítica opuesta a la tanatopolítica, que es el punto de llegada tanto de la ideología neoliberal como de la nazi (esta última en cualquiera de sus modulaciones contemporáneas), asume como presupuesto que “la supresión anticipada del nacimiento como forma de cancelación de la vida desde el momento de su surgimiento”⁴, necesita pronunciarse en favor del nacimiento como condición *sine qua non* de la pluralidad y como “producción continua de la diferencia respecto de toda práctica identitaria”⁵.

En este sentido, es pertinente rescatar la actualidad de la filósofa judía Hannah Arendt, para quien la *natalidad* es la categoría política más importante de todas. En efecto, cada nuevo nacimiento es una promesa de renovación del mundo humano en donde nos toca vivir. El primer deber de una comunidad políticamente constituida es el de tutelar su origen más elemental. No es casual que Arendt escriba estas cosas en el gran contexto de la preocupación que es el *Leitmotiv* de su pensamiento: el

² Citamos dos pasajes, uno de Binding y otro de Hoche. Binding: “Imaginemos un campo de batalla cubierto de millares de jóvenes muertos, o una mina donde son sepultados cientos de obreros eficaces. Y ahora imaginemos las instituciones para retardados y los cuidados que demandan sus pensionarios. Realmente conmueve la desproporción escandalosa que existe entre, por una parte, el sacrificio a gran escala del bien más precioso de la humanidad, y por otra parte todos los cuidados importantes prestados a existencias que no solamente no tienen absolutamente ningún valor, sino que además tienen un valor negativo.” Hoche: “Hay casos en que el médico está prácticamente obligado a destruir la vida (homicidio de un niño viviente en el momento del nacimiento en el interés de la sobrevivencia de la madre o interrupción del embarazo por las mismas razones)...” El objeto principal de mi toma de posición médica relativa a la exposición jurídica precedente (¿Hay vidas humanas que han perdido su calidad de bien jurídico hasta tal punto que su prolongación ha perdido definitivamente todo valor para los portadores mismos y para la sociedad?), es que se debe responder en general positivamente y con determinación... Desde el punto de vista de una moral estatal superior, no se puede dudar en absoluto de que los esfuerzos tendientes a conservar las vidas indignas de ser vividas han sido exagerados... Tener compasión de una vida indigna de ser vivida es el resultado de un error inextirpable del razonamiento”.

³ *Summa Theologiae*, IIa-IIae, c.58, a. 9 ad 3.

⁴ Roberto Esposito: *Biopolítica y Filosofía*. Buenos Aires. Grama Ediciones. 2006, p. 18.

⁵ *Ibid.* Una práctica “identitaria”, en el lenguaje de Esposito, no es solo la afirmación de la identidad nacional, sino su expresión más mortífera, negadora de la identidad de “los otros”.

totalitarismo en su versión nazi. El nazismo sí comprendió –de modo negativo– la importancia política de la vida y de la vida por venir, pero puso en funcionamiento la maquinaria constitucional más aberrante y criminal de la que se tenga memoria. Así entonces, la supresión de una vida inocente por venir, apoyada en argumentaciones donde lo último a considerar es, precisamente, esa vida, sigue siendo una nota de pie de página a las posibles reconfiguraciones del totalitarismo biopolítico, el cual, a estas alturas, no aparece como incompatible con un proyecto neoliberal. El aborto atenta gravemente contra la promesa de la pluralidad permanentemente renovada con cada nacimiento. El resguardo más radical con que contamos para prevenir el afianzamiento del espíritu totalitario (aún en sus modulaciones neoliberales), es permitir la llegada de nuevos miembros al mundo. No estamos entonces ante un asunto solamente ético, si es que entendemos la ética como una cuestión individual; es político en la más importante de sus dimensiones. Y a su vez, es político porque la persona misma, en su radical apertura a los demás, se muestra como la garantía de lo político. Como se ve, se trata de un asunto de delicados equilibrios cuyo mayor obstáculo es la desmesura de la época. Por eso no es casual que Hannah Arendt encuentre en la pequeña y gloriosa frase de los evangelios, tal como ella la describe, un motivo de enorme celebración política de la vida: “un niño ha nacido”.

El debate sobre el aborto no solo nos pone a los ciudadanos ante cuestiones políticas fundamentales, sino que también afecta a los partidos políticos, poniéndolos de cara a su historia y ayudándolos a definir su propia identidad. Tal es el caso de la Democracia Cristiana chilena, que se ve enfrentada a una situación muy singular, cuyo dramatismo se acentúa por el hecho de que constituye el árbitro que decidirá el destino final de esta discusión.

III. ¿SEGUIR LA HUELLA DE LOS GRANDES?

Como cualquier otro partido político, en la historia de la Democracia Cristiana chilena podemos encontrar errores y desaciertos, pero hay algo que nadie le desconoce: la sabiduría y el valor con que defendió la causa de los derechos humanos durante los años del gobierno militar. Su defensa del derecho a la vida y la integridad física no era interesada, pues, en términos generales, las víctimas de los abusos más graves en la materia no pertenecían a su tienda política, sino a otras con las que había estado enfrentada en los años precedentes.

Por otra parte, la suya no era una defensa ingenua: antes del 11 de septiembre de 1973 la Democracia Cristiana se había opuesto con claridad a un proyecto político, el de la Unidad Popular, que con el correr del tiempo fue adoptando un talante claramente antidemocrático, no obstante el compromiso que había adquirido con el “Estatuto de Garantías”

de 1970. Tampoco ignoraba que un número importante de las víctimas de desapariciones o torturas eran personas que creían en la legitimidad de la lucha armada tanto para acceder y consolidar el socialismo como, después, para oponerse al gobierno *de facto*, todo esto en el confuso contexto de la Guerra Fría. Pero la conciencia de esos factores no llevó a los líderes de la DC de entonces a pensar que ellos legitimaban cualquier cosa. Desde el primer momento les quedó claro que la defensa de la sociedad occidental, la seguridad nacional o cualquier otro valor jamás podrían justificar la transgresión de ciertos límites, representados, por ejemplo, por el derecho de la vida, cuyo valor no dependía de culpas o inocencias, o de circunstancias externas más o menos dramáticas, sino que se asentaba en la dignidad humana, que, como dice la Ley Fundamental alemana, tiene un carácter “intangible”, lo que es tanto como decir, que no se puede poner al servicio de consideraciones ulteriores.

La gran pregunta hoy es: ¿seguirán las nuevas generaciones de la Democracia Cristiana el ejemplo de quienes las antecedieron? ¿Tendrán la claridad mental como para darse cuenta de que hay conductas que no resultan justificadas ni aún a pretexto de circunstancias particularmente graves o singulares, como puede ser algo tan terrible como una violación? No se trata de unas preguntas como cualesquiera otras. Ellas apuntan a la razón misma de ser de un partido como ese.

De más está decir que el rechazo al aborto es tan solo un punto de partida. Ninguna persona honesta puede quedarse tranquila por haberse opuesto al aborto si no manifiesta, con palabras y con hechos, su preocupación por la vida ya nacida, que muchas veces se desarrolla en condiciones indignas del hombre. En esta materia también constituyen un ejemplo las primeras generaciones de políticos de la DC, que no solo defendieron el derecho a la vida, sino también buscaron, con mayor o menor acierto, dar origen a un sistema económico y político donde los chilenos fueran actores de su propio desarrollo y no simples espectadores de un sistema que dispone de ellos como un recurso económico más. Pero tal como una actitud pro vida sería falsa si se limitara solo a los no nacidos, ignorando el clamor de grandes masas desposeídas de lo más elemental para llevar una vida genuinamente humana, cualquier sensibilidad social sería solo una máscara engañosa si no es capaz de incluir en su preocupación a los más débiles de los débiles, que son aquellos que aún no han nacido.

En este contexto de auténtica preocupación por el débil, no resulta legítimo pensar que, en el caso chileno, se trataría tan solo de una “despenalización” y no de una legalización del aborto. A nadie se le ocurriría, por ejemplo, decir que habría que despenalizar la tortura en ciertos casos excepcionales. Cuando se trata de algo tan fundamental como el derecho a la vida, el hecho de otorgar a unos individuos la facultad de disponer sobre la existencia de otros es la negación misma de la idea de dignidad humana, y distinciones como esa no pasan de ser una justificación que busca evitar la mala conciencia.

LA INJUSTICIA DEL ABORTO PROCURADO

ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS

*Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes
Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural
Universidad de los Andes, Chile*

En este trabajo se presentan argumentos filosóficos para demostrar que el aborto procurado, esto es, aquella acción por medio de la cual se da muerte *intencionalmente* a un individuo humano no nacido, es una acción siempre injusta. El modo en el que se procede es el siguiente: en la primera parte se desarrollan los fundamentos generales de la injusticia del aborto procurado; en la segunda parte se contestan algunas de las razones que se invocan para defender el aborto.

I. FUNDAMENTOS DE LA INJUSTICIA DEL ABORTO PROCURADO

El aborto procurado es un acto injusto porque en él se da muerte intencionalmente a una persona inocente. Esta proposición lleva implícitas varias otras. En esta sección expondré cuáles son ellas e intentaré demostrarlas.

1. UNA PERSONA ES UN SER CON CAPACIDAD PARA EL CONOCIMIENTO CONCEPTUAL

Hoy se acepta de modo casi universal que los seres humanos son iguales en dignidad y derechos. Con esto se quiere decir que los seres humanos están dotados de valor intrínseco, o sea, que ninguno de ellos es un mero instrumento ordenado al bien de otros. Para referirnos a esta condición usamos el término *persona*. Las personas –decimos– son sujetos o titulares de derechos, y deben, por tanto, ser tratadas de acuerdo con

principios de justicia (por ejemplo, que no es justo que sean objetos de dominio ni que sean discriminadas arbitrariamente). La pregunta que se ha de responder en primer lugar es, entonces, la siguiente: ¿qué característica debe poseer un ser para que podamos considerarlo persona? Una vez resuelta esta cuestión debemos preguntarnos si esta característica se da también en los individuos humanos no nacidos. Partamos por lo primero.

La característica que constituye a un ser como *persona* es la *capacidad para el conocimiento conceptual*, es decir, la *racionalidad*. El argumento que permite demostrar esta proposición puede formalizarse así:

Primera premisa: una persona es un ser que tiene la condición de fin en sí mismo

Segunda premisa: la condición de fin en sí mismo deriva del libre albedrío

Tercera premisa: el libre albedrío deriva de la racionalidad

Conclusión: la condición de persona o de fin en sí mismo deriva de la racionalidad

Desarrollaré ahora, brevemente, la prueba de cada una de las premisas.

a) Una persona es un ser que tiene la condición de fin en sí mismo

Un ser es persona y está dotado de dignidad y derechos fundamentales cuando tiene la condición de fin en sí mismo. Que algo sea un fin en sí mismo significa que posee valor intrínseco, es decir, que es un bien en sí y no solo en la medida en que se ordene a otro fin. La persona existe para su propio bien, y no para el bien de otro. Ahora bien, si la persona es un fin en sí mismo entonces nunca es lícito tratarla como mero medio o instrumento¹. Cada vez que se reduce a una persona a la condición de mero instrumento se la degrada y, en esa medida, se actúa injustamente con ella, porque no se le da el trato que le corresponde: no se le da el *ius suum* que la justicia requiere. Esta es también la razón de que las personas sean siempre sujetos o titulares de derechos, y no objetos del derecho: un objeto de derecho –una cosa– es algo que se ordena al bien de otro.

¹ Este sentido de la dignidad se relaciona directamente con una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano: “obra de modo tal que te valgas de la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin, y nunca meramente como medio” (IMMANUEL KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe IV, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, 429, 10-24). Con todo, es el mismo sentido que puede encontrarse en un autor como Tomás de Aquino: cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Contra Gentiles*, III, 112; *Summa Theologiae*, II-II, q. 64, a. 2, ad 3; *In II Sententiarum*, d. 44, q. 1, a. 3, ad 1.

b) La condición de fin en sí mismo deriva del libre albedrío

El libre albedrío es el poder de autodeterminarse a la acción. En virtud de este poder un ser tiene dominio de sus actos, esto es, de modo último depende de él mismo si actúa o no actúa, y si actúa de esta manera o de aquella. Un ser que carece de libre albedrío no se autodetermina a la acción, y por eso se puede decir que es, más bien, movido a actuar. Ahora bien, lo que es movido a actuar tiene condición o naturaleza de instrumento; en cambio, lo que actúa por sí tiene condición o naturaleza de agente principal. Mas el instrumento se ordena al bien del agente principal, pues sirve para que el agente principal use de él. “De donde resulta que todo el cuidado que se pone en la acción del instrumento se debe referir al agente principal como a su fin; mientras que la atención que se pone sobre el agente principal, por él mismo o por otro, en cuanto es agente principal, es por él mismo”². En síntesis, los seres carentes de libre albedrío tienen condición o naturaleza de instrumento; los que lo poseen, por el contrario, tienen naturaleza de agente principal, de aquello para cuyo bien se actúa, *i. e.*, de fin en sí mismo.

c) El libre albedrío deriva de la racionalidad

Solo puede autodeterminarse a la acción un ser racional, pues la autodeterminación supone el conocimiento conceptual. Para que un ser pueda elegir libremente entre las distintas opciones que se le presentan como buenas o convenientes es necesario que sea capaz de concebir la idea universal de bien. En efecto, solo un ser que posee la noción universal de bien es capaz de constatar que las distintas opciones disponibles no son todo el bien, y por tanto puede elegir las por lo que tienen de bondad o no elegir las por lo que les falta de bondad³. Como todos los bienes que se nos presentan a la experiencia son bienes limitados, que no agotan la idea universal de bien, nuestro querer no está necesariamente determinado a ninguno de ellos. Así, la indeterminación de nuestro querer respecto de los bienes particulares deriva de nuestra capacidad de conocer la noción universal de bien. Pero la noción universal de bien solo la posee un ser capaz de formar conceptos universales y abstractos, o sea, un ser racional; de ahí que se pueda decir que “la razón es la causa de la libertad”⁴ o que “dondequiera que haya intelecto, allí hay libre albedrío”⁵.

² TOMÁS DE AQUINO, *Summa Contra Gentiles*, III, 112.

³ Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 10, a. 2, c.

⁴ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 17, a. 1, ad 2.

⁵ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I, q. 59, a. 3, c.

2. LOS ANIMALES NO HUMANOS NO SON PERSONAS

Puesto que los animales no humanos carecen de conocimiento conceptual, no poseen libre albedrío o libertad de elegir. Esta es una verdad universalmente reconocida en la práctica. En efecto, a los animales no humanos no se les atribuye responsabilidad moral por sus actos, que es la consecuencia propia del libre albedrío. A todos nos parecería absurdo acusar de homicidio al león que devora al guardaparques, precisamente porque entendemos que el león no tiene dominio de sus actos, sino que actúa movido necesariamente por el impulso de su instinto. Como los animales no humanos no tienen libre albedrío, no son fines en sí mismos o personas.

Algunos autores, sin embargo, sostienen que la condición de persona le corresponde a aquellos seres que tienen consciencia de la propia identidad a lo largo del tiempo. Esos autores afirman, por consiguiente, que algunos animales no humanos también son personas. Pero quienes suscriben una teoría de este tipo, como Michael Tooley o Peter Singer⁶, no entienden por *persona* un ser que es fin en sí mismo, sino únicamente un ser que tiene un derecho *prima facie* a la vida, o sea, un ser que otros tienen una obligación *prima facie* de abstenerse de matar⁷. Esto quiere decir que el derecho y la obligación correlativa a que tales teorías se refieren no son absolutos o incondicionados, sino que pueden ser derrotados por derechos o deberes superiores. Con este presupuesto, es posible dejar de lado esos planteamientos sin necesidad de pronunciarse sobre su validez. Porque, incluso si concediéramos que logran demostrar la existencia de una obligación *prima facie* de abstenerse de matar algunos animales no humanos, dejan abierta –hasta este punto– la cuestión de si existen razones para afirmar que ciertos seres son titulares de derechos *absolutos*. La argumentación desarrollada en los párrafos precedentes permite demostrar precisamente que los seres racionales tienen algunos derechos absolutos. En efecto, si un ser racional es, por su naturaleza,

⁶ Cf. TOOLEY, MICHAEL, “Abortion and Infanticide”, *Philosophy and Public Affairs* 2.1 (1972), pp. 37-65 [65]; SINGER, PETER, *Practical Ethics*, 3.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 94-100.

⁷ El argumento original de Tooley es el siguiente: (i) un individuo tiene un derecho a X cuando, si él desea X, otros tienen una obligación *prima facie* de abstenerse de aquellas acciones que lo privarían de X; (ii) el derecho a la vida es el derecho a continuar existiendo como sujeto de experiencias y otros estados mentales; (iii) para tener derecho a la vida es necesario tener un *deseo* de continuar existiendo como sujeto de experiencias y otros estados mentales; (iv) solo puede tener tal deseo un ser que se reconoce a sí mismo como un sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales (cf. TOOLEY, MICHAEL, “Abortion and Infanticide”, pp. 44-46). En versiones revisadas de su argumento, Tooley fundamenta los derechos en intereses, pero siempre concede importancia a los deseos conscientes (cf. TOOLEY, MICHAEL, *Abortion and Infanticide*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 96 y 117; TOOLEY, MICHAEL, “Abortion: Why a Liberal View Is Correct”, en AA. VV., *Abortion: three perspectives*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 3-64 [10]). Para la posición de Singer, cf. *Practical Ethics*, pp. 81-83.

un fin en sí mismo, entonces tiene un derecho absoluto a que otros se abstengan de realizar aquellas acciones que implicarían tratarlo como si fuera un mero medio⁸.

3. EL INDIVIDUO HUMANO NO NACIDO TIENE CAPACIDAD BÁSICA PARA EL CONOCIMIENTO CONCEPTUAL

Si he discurrido bien, se concluye, pues, que la condición de persona deriva de la racionalidad, esto es, de la capacidad para el conocimiento conceptual. Lo que se debe dilucidar ahora es si esta característica se da también en el no nacido. ¿Tiene el no nacido la capacidad para el conocimiento conceptual? La dificultad estriba en que esta *capacidad para el conocimiento conceptual* puede encontrarse de dos maneras: (i) como capacidad inmediatamente ejercible o (ii) como capacidad básica o radical.

Una capacidad es un poder para realizar una acción. Si un ser tiene una constitución que le permite realizar esa acción en el momento presente, entonces tiene una capacidad inmediatamente ejercible. Una capacidad radical o básica es, en cambio, la capacidad de desarrollar una capacidad inmediatamente ejercible⁹.

¿Cuál es la capacidad que cuenta para ser persona? ¿Es la capacidad inmediatamente ejercible para el conocimiento conceptual o es la capacidad básica o radical para el conocimiento conceptual? Si es la primera, entonces se cierra la posibilidad de que el no nacido sea persona. Pero en tal caso –nótese bien– la consistencia debe llevar a concluir que tampoco son personas algunos nacidos, como los recién nacidos, los que padecen una discapacidad mental severa o los que se encuentran en estado vegetativo persistente: ninguno de estos individuos humanos tiene la capacidad inmediatamente ejercible para el conocimiento conceptual. Si es la segunda, se abre la posibilidad de que el no nacido sea persona, para lo cual se deberá probar que tiene capacidad básica o radical para el conocimiento conceptual.

Pienso que hay un argumento fundamental para preferir la tesis de la capacidad radical o básica. Este argumento se puede formular así¹⁰:

⁸ El carácter absoluto de un derecho no excluye que su definición o descripción admita ciertas cualificaciones; solo implica que, alcanzada la descripción precisa, ese derecho no puede ser derrotado por ningún cálculo de consecuencias. Así, por ejemplo, para la tradición clásica de la ley natural el derecho a la vida solo es absoluto si se entiende como el derecho que tiene una persona inocente a no ser privada intencionalmente de su vida.

⁹ Cf. LEE, PATRICK, "Substantial Identity, Rational Nature, and the Right to Life", en C. Tollefsen (ed.), *Bioethics with Liberty and Justice. Themes in the Work of Joseph M. Boyle*, Springer, Dordrecht, 2011, pp. 23-40 [24].

¹⁰ Sigo la exposición de LEE, PATRICK, "The Basis for Being a Subject of Rights: the Natural Law Position", en J. Keown y R. P. George (eds.), *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 236-248 [238-239].

Primera premisa. El trato que damos a los seres que son personas es radicalmente diferente del que damos a los seres que no son personas. Como hemos dicho ya, a los seres que son personas los consideramos como fines en sí mismos, como iguales en dignidad y derechos fundamentales y los tratamos según ciertos principios de justicia que, por lo menos en general, no aplicamos en nuestro trato con los animales no humanos o irracionales.

Segunda premisa. Una diferencia radical en el *trato* debe basarse en una diferencia radical en la *realidad*. De lo contrario, la diferencia en el trato sería arbitraria y no podría justificarse ante la razón.

Tercera premisa. Hay una diferencia radical entre los seres con capacidad para el conocimiento conceptual y los seres que no poseen esa capacidad.

Cuarta premisa. Pero no hay una diferencia radical entre un ser que tiene la capacidad básica para la racionalidad y un ser que tiene una capacidad inmediatamente ejercible, porque “una ‘capacidad inmediatamente ejercible’ para la racionalidad no es, de hecho, una capacidad nueva y diferente de la correspondiente capacidad natural básica. Más bien es solo un *grado de actualización o desarrollo* de la capacidad básica para la racionalidad que existe en el ser humano desde el comienzo”¹¹.

Conclusión. Luego, si tratamos como fines en sí mismos –como personas– a los seres que tienen una capacidad inmediatamente ejercible para la racionalidad, también debemos tratar como fines en sí mismos o personas a los que tienen la capacidad básica o radical para la racionalidad.

En la terminología clásica se llama seres de *naturaleza racional* a aquellos que tienen la capacidad radical o básica para el conocimiento conceptual. Esta terminología es hoy controvertida, pues algunos autores sostienen que solo se puede caracterizar como de naturaleza racional a aquellos seres que actualmente pueden ejercer actos racionales. Peter Singer, por ejemplo, sostiene que el embrión “no tiene ‘naturaleza racional’”. Lo que tiene es el código genético que lo llevará, bajo circunstancias favorables, a desarrollarse hasta constituir un ser con naturaleza racional”¹². Dejaré de lado aquí este problema –pues es una disputa de nombres– y me centraré en la cuestión fundamental de si todo no nacido de la especie humana tiene capacidad básica para el conocimiento conceptual.

Algunos defensores del aborto niegan que todo no nacido de la especie humana tenga capacidad básica para el conocimiento conceptual. Michael Tooley, por ejemplo, sostiene que la proposición “Todo cigoto, embrión

¹¹ LEE, PATRICK, “Substantial Identity, Rational Nature, and the Right to Life”, p. 27. Como señala el mismo Lee, esta posición es congruente con el hecho de que las especies naturales se clasifican por las capacidades naturales básicas, no por las inmediatamente ejercibles. Así, por ejemplo, los gatos recién nacidos se clasifican como carnívoros, a pesar de que no tienen la capacidad actual de comer carne (cf. *ibid.*, p. 36, n. 9).

¹² Cf. SINGER, PETER, *Practical Ethics*, p. 144.

o feto biológicamente humano tiene la capacidad para el pensamiento” no es plausible. Según Tooley, la capacidad para el pensamiento puede residir, o bien en el cerebro, o bien en un alma inmaterial. Pero –continúa el autor– la segunda posibilidad debe descartarse, pues hay excelentes razones para negar la existencia de un alma inmaterial, y la primera supone la existencia de un cerebro ya desarrollado, circunstancia que no se da en todo cigoto, embrión o feto biológicamente humano¹³. David Boonin también niega que todo no nacido de la especie humana tenga capacidad básica para el conocimiento conceptual. Según Boonin, “la afirmación de que todo miembro de la especie *homo sapiens* tiene la capacidad de funcionar como una persona es falsa. Pueden existir, por ejemplo, fetos humanos con deformidades tan severas que nunca desarrollarán un cerebro capaz de sustentar pensamiento, o incluso ningún cerebro en absoluto”¹⁴. Los argumentos de Tooley y Boonin recogen objeciones comunes contra la condición de persona de algunos no nacidos. Para evaluar su exacto alcance es necesario examinar con más detención qué es lo que realmente se necesita para tener capacidad básica para el conocimiento conceptual y poseer, así, la condición de persona.

Como explica Germain Grisez, para tener capacidad básica para el conocimiento conceptual (o naturaleza racional) es necesario poseer “los primordios epigenéticos de un cuerpo humano suficientemente normal como para ser la base orgánica de algún acto intelectual”¹⁵. Los primordios epigenéticos son las fuentes del desarrollo de todos los órganos, y nos permiten saber, por tanto, cuándo estamos en presencia de un organismo individual de la especie humana. Esto nos lleva a concluir que, *en general*, la fertilización de un óvulo humano por un espermatozoide humano marca el inicio de una nueva persona. En efecto, en la fertilización o concepción se forma, en general, un todo orgánico individual genéticamente humano que “tiene desde el principio una tendencia a su desarrollo específico, que incluye los primordios epigenéticos de todos sus órganos”¹⁶. He dicho “en general” por dos razones. Primero, porque algunos óvulos fecundados no poseen los primordios epigenéticos de un cuerpo humano suficientemente normal como para ser la base orgánica de algún acto intelectual. Este es el caso, por ejemplo, de las molas hidatidiformes, que son organismos individuales distintos de la madre, poseen ADN humano y único, pero no pueden calificarse, en sentido propio, como individuos de la especie humana. Una mola carece de los referidos primordios epigenéticos, pues contiene en sí misma algo que la predetermina a desarrollarse únicamente

¹³ Cf. TOOLEY, MICHAEL, “Abortion: Why a Liberal View Is Correct”, p. 20.

¹⁴ BOONIN, DAVID, *A Defense of Abortion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 24.

¹⁵ GRISEZ, GERMAIN, “When Do People Begin?”, *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association* 63 (1989), pp. 27-47 [40].

¹⁶ GRISEZ, GERMAIN, “When Do People Begin?”, pp. 33-34.

como tejido accesorio¹⁷. Segundo, porque algunos individuos humanos se forman después de la concepción o fecundación, como sucede con los gemelos monocigóticos¹⁸.

Por consiguiente, en respuesta a Tooley se puede afirmar que “incluso el embrión humano más joven ya tiene la capacidad biológica apropiada para sustentar operaciones específicamente humanas, como autoconsciencia, racionalidad y elección (dados solo tiempo y transformaciones metabólicas de aire, agua y otros nutrientes). El potencial activo que él o ella ya tiene incluye las mismas capacidades que son distintivas de las personas. Así, él o ella es un ser humano y una persona humana con potencial, no una persona humana meramente potencial o ser humano potencial”¹⁹. Contra Boonin, que invocaba el caso de los fetos humanos con deformidades tan severas que nunca desarrollarán un cerebro capaz de sustentar pensamiento, o incluso ningún cerebro en absoluto, se puede responder haciendo una distinción. “En el caso atípico donde un cigoto genéticamente humano carece de los primordios epigenéticos necesarios para desarrollar algún cerebro, no hay ser humano y, por lo mismo, no hay persona humana”²⁰. En el caso en que los defectos del cerebro o la carencia completa de él se deban a una causa diversa, sí hay persona: una persona enferma que merece respeto y cuidado, tal como los merecen las personas enfermas que ya han nacido.

4. EL NACIMIENTO NO ES UN REQUISITO PARA ADQUIRIR LA CONDICIÓN DE PERSONA

Entre los defensores de la legitimidad del aborto hay también quienes sostienen que es el nacimiento el hecho que marca el comienzo de la persona. Pero ¿puede ser que un individuo humano antes de nacer no posea dignidad y derechos fundamentales, y adquiera esa dignidad y esos derechos al momento de nacer? Cualquiera que analice esto con rigor puede notar que la respuesta es negativa. Porque una cosa es considerar que un individuo humano puede no ser sujeto de derechos patrimoniales y otra muy distinta es considerar que un individuo humano no es sujeto de derechos fundamentales, naturales o básicos, entre los que se cuenta

¹⁷ Cf. GRISEZ, GERMAIN, “When Do People Begin?”, p. 39.

¹⁸ Se puede añadir, siguiendo todavía a Grisez, una última importante conclusión: “Un genoma humano único no es ni necesario ni suficiente para constituir una persona. No es necesario, puesto que alguien como E. T. sería una persona sin genoma humano, y los gemelos idénticos son personas con el mismo genoma. No es suficiente, puesto que un genoma humano único está presente en tejidos que sobreviven de personas que han muerto y también en molas hidatidiformes y en otras entidades biológicamente humanas que carecen de los primordios epigenéticos que hacen personas a los cigotos humanos normales” (GRISEZ, GERMAIN, “When Do People Begin?”, p. 40).

¹⁹ FINNIS, JOHN, “When Most People Begin”, en ID., *Intention and Identity. Collected Essays: Volume II*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 287-292 [288].

²⁰ FINNIS, JOHN, “When Most People Begin”, pp. 290-291.

el derecho a la vida. La ley humana bien puede fijar, como requisito para la adquisición de derechos patrimoniales, el nacimiento. Pero algo muy distinto es afirmar que el nacimiento es un requisito para la adquisición de la condición de persona en sentido absoluto, es decir, de la condición de un ser con dignidad y derechos fundamentales (entre ellos especialmente el derecho a la vida)²¹.

Pero, más allá de lo que pueda decir la ley –porque nuestra reflexión es acerca de qué es lo que debería decir la ley, o qué es lo que sería bueno y razonable que la ley dijera–, ¿hay alguna razón de peso para concluir que solo se es persona, con dignidad y derecho a la vida, desde el momento del nacimiento? La respuesta es: “ninguna”. Esto es algo que hoy admiten incluso algunos férreos defensores del aborto. Peter Singer, por ejemplo, muestra de manera contundente la debilidad de esta posición. Como dice Singer, nos afectamos menos por la muerte de un feto al que nunca hemos visto que por la muerte de un bebé que podemos ver, oír y abrazar. Pero esta reacción psicológica no es un fundamento válido para fijar en el nacimiento la línea divisoria entre los seres que es lícito matar y los que no. Porque –como añade Singer– el feto y el bebé recién nacido son el mismo ser, con las mismas características y capacidades. De hecho, un bebé nacido prematuramente suele estar menos desarrollado que un feto de término en todos los aspectos relevantes. No tiene mucho sentido, entonces, afirmar que no es lícito matar al bebé prematuro y sí es lícito matar al feto más desarrollado. En realidad, el nacimiento es un mero cambio de lugar, y un mero cambio de lugar no puede ser determinante de la condición de persona. En otras palabras, como concluye el autor australiano, el lugar que ocupe un ser –dentro del útero o fuera de él– no puede constituir razonablemente el factor que marque la diferencia entre si es lícito o no es lícito matarlo²².

Una posibilidad de defender la relevancia del nacimiento consiste en decir que solo a partir de ese momento la madre deja de estar facultada para invocar la defensa privada letal contra el hijo. Así, Jane English afirma que “[e]l nacimiento es el punto crucial no por causa de alguna característica que el feto adquiera, sino porque después del nacimiento

²¹ El artículo 74 del Código Civil chileno dispone, por ejemplo, lo siguiente: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Pero cuando el mismo Código Civil da la definición general de persona en el artículo 55 asume la posición que he defendido hace un momento. En efecto, el Código Civil dice: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Cf. CORRAL, HERNÁN, “La existencia legal de toda persona principia al nacer: una nueva lectura para una vieja norma”, *Revista de Ciencias Sociales* 56 (2010), pp. 311-326.

²² Cf. SINGER, PETER, *Practical Ethics*, p. 126. Michael Tooley también concluye que “parece difícil discrepar de la afirmación conservadora según la cual un organismo que carece de derecho a la vida antes del nacimiento o antes de la viabilidad no puede adquirir este derecho inmediatamente al nacer o llegar a ser viable” (“Abortion and Infanticide”, pp. 51-52).

la mujer puede defenderse por medios menos drásticos que matar al infante”²³. Analizaré esta posición enseguida.

5. EL NO NACIDO ES SIEMPRE INOCENTE

En la historia de la reflexión filosófica acerca del aborto algunos han pensado que el no nacido puede, en ciertos casos, ser considerado como un agresor injusto. Quienes suscriben esta opinión afirman, por tanto, que no existe una prohibición absoluta de matar intencionalmente al no nacido. En efecto, si el no nacido fuese un agresor injusto, cabría actuar contra él en legítima defensa, lo que permitiría, cumpliéndose ciertos requisitos, *procurar* su muerte como un *medio* para salvar la vida de la madre²⁴.

No se debe creer que esta opinión es suscrita únicamente por autores interesados en defender el aborto. Algunos autores contrarios al aborto admiten, no obstante, que la apelación a la defensa privada puede ser una vía para resolver adecuadamente aquellas situaciones en que el aborto es necesario para salvar la vida de la madre²⁵. Tampoco debe pensarse que esta es una tesis absurda. Se podría llegar a concluir esto último con el argumento de que la *injusticia* de una agresión exige voluntariedad, y el no nacido no realiza ningún tipo de acto voluntario. Pero tal presupuesto sería erróneo: la injusticia que se exige para que proceda el derecho de defensa es la injusticia *material*, no la formal. Un agresor es materialmente injusto cuando no tiene derecho a infligir el daño, sin importar si lo inflige voluntaria o involuntariamente, o culpable o inculpablemente. Esta es la razón de que el derecho de defensa proceda también contra un sujeto demente, contra un niño o contra alguien que padece ignorancia inculpable, y que permita incluso darles muerte, si no hay otra manera menos perjudicial de repeler el ataque y el bien que se defiende es de importancia proporcionada.

A pesar de lo anterior, me parece que el argumento del no nacido como agresor injusto no se sostiene, pero no porque el *nasciturus* no pueda ser injusto, sino porque no puede ser considerado *agresor*. En efecto, una agresión es un acto de acometer a alguien para inferirle un daño. Y nada de esto hace el no nacido. Él simplemente existe y realiza funciones vegetativas, pero no realiza movimientos violentos que solo puedan ser repelidos mediante el uso de fuerza letal. Además, el no nacido no viola ningún deber por estar donde está, pues ocupa su lugar natural y

²³ ENGLISH, JANE, “Abortion and the Concept of a Person”, en Joel Feinberg (ed.), *The Problem of Abortion*, Wadsworth, 1984, pp. 151-160 [157].

²⁴ Existe un debate de siglos acerca de si la defensa privada o legítima defensa permite procurar la muerte del agresor como un medio para conseguir el fin de la defensa. Asumiré aquí, *arguyendo*, que la defensa privada sí concede tal licencia. He estudiado este tema con detalle en MIRANDA, ALEJANDRO, *El principio del doble efecto*, Olms, Hildesheim, 2014, pp. 354-366.

²⁵ Cf. KACZOR, CHRISTOPHER, *The Ethics of Abortion. Women's Rights, Human Life, and the Question of Justice*, Routledge, New York, 2011, p. 185.

ni siquiera ha llegado ahí por iniciativa propia. El *nasciturus* no puede, entonces, ser considerado como un intruso o un agresor²⁶.

Otros autores piensan que se debe permitir una justificación equivalente a la legítima defensa no solo contra el injusto agresor, sino también contra cualquier persona que pueda calificarse como *fuentes de peligro* para un interés relevante de otra (*v. gr.*, su vida). En otros términos, esta teoría afirma que es lícito atentar intencionalmente contra la vida de una persona cuando esta, a pesar de ser inocente, es la fuente de un peligro grave para otra. Según esta posición, la sola presencia de una persona podría autorizar a darle muerte intencionalmente. En nuestro medio, Antonio Bascuñán ha escrito que en casos de este tipo “puede llegar a justificarse la muerte de quien origina ese peligro, si es el medio necesario para apartar el peligro. Y la razón es obvia: del hecho que un ser humano origine inocentemente un peligro no se deduce para el afectado un deber de tolerarlo. El afectado por ese peligro tiene derecho a reaccionar en defensa de sus intereses”²⁷. Pero esto es una petición de principio, pues es perfectamente posible que la inocencia de la fuente de peligro sí sea una razón para concluir que el afectado tiene un deber de tolerar el daño, *cuando no puede evitarlo más que matando intencionalmente al inocente*. Dicho de otro modo, es perfectamente posible que el derecho del inocente a no ser privado intencionalmente de su vida derrote al derecho del afectado a reaccionar en defensa de sus intereses. Así, la “razón obvia” de Bascuñán no es más que una repetición de su tesis. Por mi parte, sostengo que la legitimidad del empleo de medios letales directos solo puede fundarse en la necesidad de detener un ataque o agresión, pues solo estos pueden calificarse como contrarios al derecho; y es la oposición al derecho lo que permite tal uso de la fuerza contra el agresor. En el mero hecho de ser fuente de peligro no hay, por el contrario, injusticia alguna.

6. ES SIEMPRE INJUSTO MATAR INTENCIONALMENTE A UNA PERSONA INOCENTE

Si se deja de lado la doctrina que acabo de analizar, el carácter absoluto de la prohibición de matar intencionalmente a una persona inocente solo es rechazado por las doctrinas de naturaleza consecuencialista. Según el consecuencialismo, es justo atentar intencionalmente contra la vida de una persona inocente si ese curso de acción produce menos mal que cualquier otro disponible.

²⁶ Cf. FINNIS, JOHN, “Abortion and Health Care Ethics”, en Helga Kuhse y Peter Singer (eds.), *Bioethics. An Anthology*, Blackwell Publishers, Oxford, 1999, pp. 13-20 [16].

²⁷ BASCUÑÁN, ANTONIO, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Estudios Públicos* 95 (2004), p. 69.

Es preciso aclarar que el consecuencialismo no solo permite justificar ciertas hipótesis de aborto: su método de razonamiento moral también permite justificar la occisión intencional de individuos humanos nacidos cuya condición de persona nadie negaría. Según el consecuencialismo, ninguna persona inocente puede reclamar un derecho absoluto a no ser privada intencionalmente de la vida, por la sencilla razón de que nadie puede reclamar derecho absoluto alguno. El consecuencialismo es incompatible con la existencia de derechos absolutos o inviolables, pues, de acuerdo con sus principios, cualquier derecho puede ser conculcado si eso es necesario para conseguir un bien mayor o evitar un mal menor. Como escribe Jeremy Bentham –uno de los principales representantes de la doctrina consecuencialista– “no hay derecho que no deba ser abolido cuando su abolición sea ventajosa para la sociedad”²⁸.

Hay muchos argumentos contundentes para refutar el consecuencialismo. A mi juicio, sin embargo, hay uno fundamental: el consecuencialismo niega, en la práctica, la dignidad de la persona humana; mas como hay buenas razones para afirmar la existencia de esa dignidad, el consecuencialismo debe ser rechazado. Arriba hemos visto que, en virtud de la libertad fundada en la razón, las personas están dotadas de dignidad, es decir, son fines en sí. De esto se sigue que se las trata injustamente –porque se las degrada– cuando se las utiliza como si fueran un mero medio o instrumento. Pero el consecuencialismo permite precisamente tratar a las personas como mero medio. En efecto, cualquier forma de tratar a una persona puede justificarse si el cálculo de consecuencias arroja un balance positivo. Ahora bien, una de las formas más claras de instrumentalización se produce cuando se mata intencionalmente a un inocente, pues en tal caso se ordena el ser completo de esa persona al bien de otra u otras. Esto sucede, por ejemplo, cuando se da muerte a alguien para satisfacer el deseo de venganza, para robarle, para heredarlo o para casarse con su viuda; o cuando se mata al no nacido para evitar la carga que representa. En síntesis, la dignidad de la persona y los derechos inviolables fundados en ella implican que hay maneras de tratar a una persona que nunca pueden justificarse, sin importar cuáles sean las consecuencias²⁹.

Hasta aquí he expuesto argumentos generales para demostrar la injusticia del aborto procurado. A continuación analizaré tres casos en los que, según algunos, el aborto debería considerarse justificado o, al menos, no punible. Los casos son los de embarazo riesgoso para la vida de la madre, embarazo producto de violación e incompatibilidad del feto con la vida extrauterina. Para terminar, examinaré un argumento jurídico

²⁸ BENTHAM, JEREMY, *Anarchical Fallacies* (1823), en John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, II, Simpkin, Marshall, and Co., London, 1843, p. 501.

²⁹ Cf. FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 224.

general a favor de la despenalización del aborto procurado. Me refiero al argumento según el cual la ley no puede exigir conductas heroicas.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNOS ARGUMENTOS FAVORABLES AL ABORTO

1. ABORTO EN CASO DE RIESGO PARA LA VIDA DE LA MADRE

Muchos de los que defienden la legitimidad moral del aborto o su despenalización en el orden jurídico piensan que sus contradictores sostienen que la mujer tiene un deber absoluto de continuar el embarazo hasta que este llegue a su término natural. Así, es frecuente leer, por parte de los primeros, una defensa insistente de afirmaciones como “la mujer no tiene un deber absoluto de continuar el embarazo” o “no se puede imponer sobre la mujer un deber absoluto de continuar el embarazo”³⁰. En este apartado mostraré, en primer lugar, que esta no es una cuestión disputada: nadie sostiene que exista tal deber absoluto. En segundo lugar mostraré cuál es el verdadero alcance de la prohibición del aborto, lo que permitirá apreciar por qué no es necesario despenalizar el aborto para alcanzar una solución justa en los casos de riesgo para la vida de la madre.

En la principal tradición de pensamiento contraria al aborto hay acuerdo en que la mujer no tiene un deber absoluto de continuar el embarazo. En efecto, para esa tradición solo pueden ser absolutos y universalmente válidos los deberes negativos o de abstención, y no los deberes positivos, a los cuales pertenece el deber de continuar el embarazo. Un deber negativo es un deber de abstenerse de procurar o intentar un cierto efecto. Un deber positivo, por el contrario, es un deber de conseguir o alcanzar un cierto efecto. Es un deber negativo, por ejemplo, el deber de abstenerse de matar intencionalmente a un ser humano inocente; y es un deber positivo el deber de lanzarse al mar para rescatar a un bañista que se ahoga.

La razón de que solo los deberes negativos puedan ser universalmente válidos es doble. En primer lugar, solo ellos son siempre físicamente posibles de cumplir. En efecto, siempre es físicamente posible abstenerse de elegir o procurar algo, en cambio no siempre es físicamente posible actuar positivamente de una cierta manera y alcanzar un fin. A lo sumo, por tanto, se podría decir que un sujeto está siempre obligado a realizar una determinada acción positiva *con la condición de que* sea físicamente posible. En segundo lugar, para que un deber positivo fuese absoluto o universalmente válido sería necesario que el bien que ese deber manda conseguir fuera de tal magnitud que contuviera y superara la bondad de

³⁰ Algunos afirman, en esta misma línea, que la prohibición del aborto impone precisamente un deber de continuar el embarazo: “Como es evidente, el principal deber que se impone a las mujeres, generalmente mediante la prohibición penal del aborto consentido, es el deber de continuar el embarazo” (UNDURRAGA, VERÓNICA, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena*, LegalPublishing, Santiago, 2013, p. 216).

todos los demás bienes. En efecto, solo en ese caso existiría una obligación de privilegiar siempre la acción necesaria para conseguir dicho bien. Mas no hay ningún bien que sea de semejante condición, pues los bienes humanos son heterogéneos e inconmensurables entre sí. Ni siquiera el bien de la vida contiene y supera la bondad de todos los otros bienes, y por eso es lícito muchas veces procurar otros bienes aunque se sepa que la acción necesaria para conseguirlos implicará padecer la muerte (como sucede con el mártir, que está dispuesto a morir a manos de un verdugo antes que negar una verdad que considera importante). En síntesis, ningún bien humano es de tal magnitud que todos los demás bienes sean meramente instrumentales en relación con él y se le deban subordinar como medios para un fin.

Así pues, cuando los opositores al aborto procurado afirman que este constituye un acto siempre injusto, no se fundamentan en un supuesto deber de la mujer de continuar el embarazo hasta su término natural, sino en el deber que toda persona tiene de abstenerse de matar intencionalmente a un ser humano inocente. El deber de abstenerse de matar intencionalmente a un ser humano inocente, que los opositores al aborto sí consideran absoluto, es un deber que pesa sobre toda persona, no solo sobre la mujer embarazada respecto del no nacido. La prohibición del aborto procurado, como hemos visto, no es más que una aplicación particular de la prohibición general de matar intencionalmente a un ser humano inocente. Esto muestra, entre otras cosas, que la prohibición del aborto no surge de una posición que discrimine a la mujer, como a veces se dice. No: el deber de abstenerse de matar intencionalmente a un inocente obliga a todas las personas, sin distinción de sexo ni de ningún otro tipo. Es verdad, por cierto, que la situación de la mujer embarazada tiene un carácter *sui generis*, pues no hay otro caso en el que un ser humano se encuentre dentro del cuerpo de otro. Sin embargo, esta circunstancia especial no debería llevar a resolver los dilemas morales o jurídicos en perjuicio de ninguno de ellos (ni de la madre ni del hijo). El derecho puede tratarlos con igualdad e imparcialidad si protege la vida de ambos frente a todo ataque intencional o directo.

Lo que acabamos de decir nos permite avanzar a la siguiente tesis: una defensa coherente de la dignidad de la persona (sea nacida o no nacida) solo puede excluir de modo absoluto o incondicional los actos humanos (sean acciones u omisiones) en los que se da muerte *intencionalmente* a un inocente, es decir, en los que se procura la muerte del inocente como *fin* o como *medio*. La razón de esto es que una prohibición absoluta de elegir cualquier curso de acción del que se siga la muerte de un inocente incluso como efecto colateral sería muchas veces imposible de cumplir, y, por tanto, absurda como norma moral o jurídica. En efecto, existen casos en que, haga lo que haga un sujeto, de su acción se seguirá, como efecto colateral previsto, una muerte que él estaba, en principio, obligado a evitar. Se trata de casos de conflictos *prima facie* de deberes en los

que la única vía que el agente tiene para evitar una muerte que debe en principio evitar consiste en tomar un curso de acción del que se sigue una muerte que también está en principio obligado a evitar. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un médico que atiende a una mujer embarazada. Ese médico está *en principio* obligado a evitar tanto la muerte de la madre como la muerte del hijo, y esta obligación comprende no solo la de *omitir* las acciones positivas que les causen la muerte, sino también la de *ejecutar* las acciones positivas que sean necesarias para impedir que ellos mueran. Pero supóngase ahora que el médico enfrenta una crisis obstétrica en la que solo es posible salvar la vida de la madre tomando un curso de acción del que se sigue la muerte del hijo, y solo es posible salvar la vida del hijo tomando un curso de acción del que se sigue la muerte de la madre. Si la prohibición absoluta se refiriera a toda muerte prevista sería imposible de cumplir. La única solución razonable es que la prohibición absoluta se refiera solo a procurar la muerte como fin o como medio, es decir, intencionalmente, porque eso siempre es posible de cumplir (y *deber* implica *poder*). Así, la muerte prevista como efecto colateral solo será culpable cuando el agente carezca de una razón proporcionalmente grave para causarla o no impedirla. A la inversa, si el agente cuenta con dicha razón proporcionada, la muerte prevista como efecto colateral está justificada. Esto es lo que establece el clásico *principio del doble efecto*, que funda la distinción entre aborto directo y aborto indirecto, y que permite dar una solución justa a los casos de embarazos riesgosos para la vida de la madre³¹.

Los casos a los que se aplica este principio del doble efecto son bastante conocidos: un caso tradicional es el de la mujer recién embarazada a la que se le detecta un cáncer de útero que solo puede ser tratado mediante una histerectomía. Se sabe con certeza que el no nacido va a morir como resultado de la operación, y sin embargo esta operación se considera justificada, porque la muerte es solo un efecto colateral de una acción en sí misma lícita y necesaria para alcanzar un bien de importancia proporcionada, que es salvar la vida de la madre.

Por consiguiente, un punto muy importante en todo este debate es el que sigue: quienes piensan que el aborto está absolutamente prohibido, limitan esa prohibición absoluta solo al caso del aborto *procurado*, *directo* o *intencional*, esto es, a aquella acción en la que se procura la muerte del no nacido ya sea como *fin* en sí misma o como *medio* para conseguir otro fin. No sostienen, por tanto, que esté siempre prohibido todo curso de acción del que se sigue como efecto previsto la muerte de un no nacido. Por el contrario: afirman que si la muerte del no nacido se sigue solo como *efecto colateral* (indirecto o no intencional) de una

³¹ Me valgo aquí de ideas que he expuesto más detalladamente en MIRANDA, ALEJANDRO, "¿Qué es el aborto indirecto? La prohibición del aborto y el principio del doble efecto", *Acta Bioethica* 20.2 (2014), pp. 159-168.

acción en sí misma lícita y necesaria para alcanzar un bien de importancia proporcionada, entonces esa acción está justificada³².

En síntesis: no existe algo así como un deber absoluto de continuar un embarazo. En eso las dos partes de este debate están de acuerdo. Como no existe tal deber, es lícito que la mujer se someta a los tratamientos o procedimientos necesarios para salvar su vida, aun cuando estos impliquen la muerte del no nacido como efecto colateral. El único deber absoluto, universal e incondicional que los opositores al aborto defienden, es el deber de abstenerse de matar intencionalmente al inocente. Y eso es una exigencia de justicia y de la dignidad de la persona humana.

2. ABORTO EN CASO DE EMBARAZO POR VIOLACIÓN

La idea de justificar moralmente o de despenalizar el aborto procurado en casos de embarazos que han sido el resultado de una violación goza de una indiscutible fuerza retórica. Todos entendemos, en efecto, lo terrible y trágico de la situación, lo que nos puede llevar a condescender con la voluntad de quien elige el aborto. No obstante, si se analizan con cuidado, las razones para justificar el aborto en esta situación se muestran más bien débiles. Lo que diré a continuación apunta a demostrar la injusticia objetiva de la acción de abortar en esta hipótesis, y no, por cierto, la culpabilidad subjetiva de la persona que en cada caso toma esta decisión.

La consideración fundamental que se ha de hacer para evaluar esta situación es la siguiente: la justificación del aborto en caso de embarazo por violación solo resulta plausible si se asume de antemano que el no nacido no es persona; por el contrario, si se reconoce que el no nacido es persona y, por tanto, que debe ser tratado igual que un nacido, el aborto en caso de violación se revela como manifiestamente injusto. Hay, a lo menos, dos argumentos que permiten demostrarlo.

³² ¿Se necesita en Chile, para resolver con justicia estos casos, un cambio legislativo? No. El delito actual de aborto exige malicia (art. 342 del Código Penal) y, tratándose del facultativo, abuso de oficio (art. 345 del Código Penal), elementos que no concurren en procedimientos intrínsecamente curativos, como la histerectomía terapéutica del ejemplo precedente. Por otro lado, el artículo 119 del Código Sanitario establece que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”, y el artículo 4.º inciso final de la Ley 20.418 de 2010, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, dispone que “no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto”. Sin perjuicio de los reparos que puedan hacerse al segundo, estos dos preceptos muestran que el legislador prohíbe únicamente aquellas acciones que tienen como *objetivo o fin* provocar un aborto, y no aquellas que provocan la muerte del no nacido como efecto colateral. Esto, por lo demás, es consistente con otras disposiciones del ordenamiento jurídico chileno, como los artículos 14 inc. 3.º y 16 inc. 1.º de la Ley 20.584, sobre derechos y deberes de los pacientes, que, en el contexto de la prohibición de la eutanasia, solo excluyen aquellas conductas que tienen como *objetivo* la aceleración artificial del proceso de muerte.

En primer lugar, el hecho de que el feto haya llegado a existir por un acto violento y horroroso es estrictamente irrelevante para determinar cómo debemos tratarlo *a él*. Es decir, una persona no merece menos consideración y respeto por el hecho de que haya llegado al ser mediante un acto violento y horrible de su padre³³.

En segundo lugar, el aborto en caso de embarazo por violación transgrede un principio de justicia que todos podemos reconocer como verdadero, y que puede formularse así: “la circunstancia de que alguien sea víctima de una injusticia no lo justifica para imponer, sobre una persona distinta del autor de esa injusticia, cargas que de otro modo sería ilícito imponer sobre él”. Por ejemplo, si alguien bota injustamente basura en mi jardín yo no estoy, por ese hecho, justificado a arrojarla al jardín de mi vecino; y, del mismo modo, si alguien me paga con dinero falso yo no estoy justificado a usarlo para pagarle a otra persona³⁴. Matar al *nasciturus* para deshacerse de los efectos de la violación implica imponer sobre un inocente una carga injusta.

3. ABORTO EN CASO DE INCOMPATIBILIDAD DEL FETO CON LA VIDA EXTRAUTERINA

En este caso también está en juego un principio fundamental de justicia: el titular del derecho a la vida no lo pierde por el hecho de que esté próximo a la muerte. La razón de esto es sencilla: mientras exista como tal *–i. e., mientras viva–* la persona conserva su condición de fin en sí mismo. Esto explica, por ejemplo, que el derecho reconozca como homicidio la acción de matar intencionalmente de un disparo a una persona que viene cayendo desde una gran altura, aun cuando se sepa con certeza que esa persona va a morir igualmente como resultado del impacto con el suelo. Este principio de justicia cuenta con aceptación general al menos en los casos en que el sujeto que padecerá la muerte no presta su consentimiento, lo que ciertamente sucede en la hipótesis del no nacido.

Ahora bien, la injusticia de la acción occisiva intencional supone, desde luego, que se dé muerte a una *persona*. Para ser persona humana, como hemos dicho, se requiere vivir como un organismo completo de la especie humana. Por esta razón no son personas las molas hidatidiformes, los miembros o los órganos humanos aislados (una mano, un corazón) ni tampoco, evidentemente, los cadáveres. De ahí que no haya paridad entre el caso del no nacido antes de la formación del sistema nervioso central y el caso del cuerpo de un individuo ya declarado cerebralmente muerto. En efecto, en el supuesto de que la muerte cerebral sea la verda-

³³ Cf. LEE, PATRICK, *Abortion and Unborn Human Life*, 2.^a ed., The Catholic University of America Press, Washington D. C., 2010, p. 131.

³⁴ Cf. DAVIS, MICHAEL, “Foetuses, Famous Violinists, and the Right to Continued Aid”, *The Philosophical Quarterly* 33 (1983), pp. 259-278 [268-269].

dera muerte de la persona, entonces el cuerpo artificialmente mantenido no es un organismo completo de la especie humana³⁵.

4. ABORTO, DERECHO Y CONDUCTAS HEROICAS

El último argumento que quiero analizar opera específicamente a favor de la *despenalización* del aborto procurado, no de su justificación moral. Se trata del argumento según el cual la ley no puede exigir conductas heroicas. Este argumento, que se emplea para los tres casos que acabo de analizar, dice así: la ley no puede exigir conductas heroicas; mantener un embarazo de un feto que no puede sobrevivir fuera del vientre materno, o un embarazo que puede llevar a la madre a la muerte o que es producto de una violación es una conducta heroica; luego, la ley debe permitir –i. e., no castigar– el aborto en estos casos. Este argumento se suele usar, pues, para defender la despenalización del aborto en los tres casos señalados, pero nada impide que su lógica se extienda a otros, por ejemplo, a situaciones de embarazos no deseados producto de relaciones sexuales libremente consentidas.

Este argumento es interesante porque, quienes apelan a él, asumen que es válido con independencia de cuál sea el estatus moral y jurídico del no nacido. Dicho de otro modo, sus proponentes piensan que, aunque el no nacido sea persona, tal argumento permite concluir que el aborto debe ser despenalizado. A continuación intentaré demostrar que este argumento falla, y que falla en cualquiera de los dos sentidos que la expresión “conducta heroica” puede tener en este caso.

En primer lugar, se puede llamar heroica a aquella conducta que, si bien es moralmente obligatoria, solo es observada por aquellos que poseen la virtud en un grado eminente, o, a lo menos, en un grado superior al del hombre medio. Es verdad que, así entendida, una conducta heroica puede, y a veces debe, no ser exigida jurídicamente. En efecto, exigir mediante la ley una conducta (acción u omisión) que solo los más virtuosos pueden cumplir es algo que, a poco andar, produciría males

³⁵ A propósito de este punto, Grisez escribe lo siguiente: “Algunos argumentan, por analogía, que, ya que la muerte cerebral es suficiente para marcar la muerte de la persona, el comienzo del funcionamiento cerebral es necesario para marcar el inicio de la persona. [...] Cuando la *muerte cerebral* es correctamente entendida, el argumento por analogía falla, porque él depende de la asunción de que la ausencia de funcionamiento cerebral tiene la misma significación al comienzo de la vida que a su fin. Esto es falso, porque cuando todo el cerebro está muerto, no hay principio de integración del funcionamiento del organismo, y por ello el organismo ha dejado de existir; por tanto, la persona está muerta. Por el contrario, antes de que el cerebro se desarrolle –incluso en el cigoto– algo sí integra el funcionamiento orgánico del embrión como un todo, y por ello un individuo humano unificado se está desarrollando. En la medida en que el desarrollo del todo avanza, también lo hace el desarrollo de su principio integrador (cualquiera que sea en las diversas fases), hasta que, finalmente, el cerebro maduro integra el funcionamiento individual maduro” (GRIZEZ, GERMAIN, *The Way of the Lord Jesus. Vol. 2. Living a Christian Life*, Franciscan Press, Illinois, 1993, pp. 493-494).

mayores y sería contrario al bien común³⁶. Como dice el proverbio, “el que con demasiada fuerza se suena, se saca sangre”. Por lo mismo, el principio según el cual no corresponde a la ley castigar todos los actos moralmente malos es compartido por diversas tradiciones de pensamiento.

Sin embargo, el principio recién señalado no permite justificar la despenalización del aborto procurado. La razón es que, así como es verdad que la ley debe tolerar ciertos actos inmorales, también lo es que hay algunos que jamás puede tolerar. Entre estos se encuentran principalmente aquellos actos injustos que producen grave daño a otros, en los que se incluyen las diversas formas de homicidio. Ahora bien, los que se oponen a la despenalización del aborto procurado lo hacen porque consideran que es un homicidio, y exigen que se trate al no nacido con imparcialidad: si es injusto despenalizar el homicidio común (el que recae sobre un nacido inocente), también es injusto despenalizar el homicidio de un no nacido (siempre inocente). Dejar de castigar a quien procura la muerte de un ser humano inocente es, ciertamente, una injusticia, y lo es incluso en el caso de que esa muerte haya sido procurada como medio para un buen fin. Solo las cosas –que por su naturaleza son instrumentales– pueden ser intencionalmente destruidas por el bien de las personas. Una persona, en cambio, nunca es mero medio para el bien de otra. Como el derecho está al servicio del bien de la persona, aquel debe poner todos sus recursos para asegurar que la dignidad de esta se reconozca y respete en la vida social.

En segundo lugar, se puede llamar heroica a la conducta supererogatoria, es decir, aquella que excede la obligación moral. Un acto supererogatorio se caracteriza porque quien lo realiza obra moralmente bien, pero quien se abstiene de realizarlo no obra moralmente mal. Si continuar un embarazo fuera, en algún caso, realmente un acto supererogatorio, convengo en que el derecho no podría exigirlo. El problema radica en lo siguiente: cuando un embarazo solo puede ser interrumpido mediante una acción directamente occisiva del feto, entonces la continuación de ese embarazo deja de ser un acto supererogatorio. Lo que aquí ocurre no es que exista, en general, una obligación absoluta de llevar un embarazo a término (ya hemos visto que no existe); lo que sucede es, más bien, que existe una obligación absoluta de no matar directa o intencionalmente a un ser humano inocente. Esta obligación absoluta se funda, como se dijo, en la absoluta inviolabilidad de la dignidad de la persona, y, como tal, es una exigencia de justicia que asegura un derecho humano fundamental. El *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Convención Europea de Derechos Humanos) es, a mi juicio, el documento que recoge esta idea con más claridad. Al consagrar el derecho a la vida (art. 2), dispone lo siguiente: “Nadie podrá ser

³⁶ Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 2.

privado de su vida intencionadamente”. Y si bien añade a continuación algunas excepciones, ellas versan precisamente sobre sujetos que no son inocentes, sino culpables de graves crímenes o agresores ilegítimos que atentan contra el orden justo.

Por consiguiente, si un cierto bien, en principio legítimo, solo se puede alcanzar *hic et nunc* mediante una acción que implica dar muerte intencionalmente a un ser humano inocente, se ha de concluir que ese bien es moralmente imposible de alcanzar. Esta idea no debería causar sorpresa, pues es común admitir que uno no tiene derecho, por ejemplo, a matar a su compañero de naufragio para comérselo, o a matar a alguien para extraerle sus órganos, aun cuando esas sean las únicas vías posibles para conservar la propia vida. Reconozco, desde luego, que la situación de la mujer embarazada difiere de estos dos casos en varios aspectos de hecho. Como se ha constatado muchas veces, la situación de la mujer embarazada tiene un carácter *sui generis*³⁷. Sin embargo, como ya indiqué más arriba, la circunstancia especial de que una persona se encuentre dentro de otra no debería llevar a resolver los dilemas morales o jurídicos en perjuicio de ninguna de ellas. El derecho las puede tratar con igualdad si protege la vida de ambas frente a todo ataque intencional o directo.

³⁷ Cf. UNDURRAGA, VERÓNICA, *Aborto y protección del que está por nacer...*, pp. 218-229.

ABORTO, EMBARAZO ECTÓPICO Y ÉTICA DE LA LEY NATURAL¹

SEBASTIÁN CONTRERAS

*Doctor en Filosofía por la Universidad de los Andes
Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural
Universidad de los Andes, Chile*

DENNISSE VERGARA

*Enfermera-Matrona
Maternidad Hospital de La Florida, Chile*

En el contexto de la discusión sobre la licitud del aborto, cada día es más frecuente hablar de “embarazos ectópicos”. Quizá esta expresión esté más popularizada que la de “embarazo normotópico”, que designa el embarazo normal, aquel que se produce en el endometrio materno. Por razones que no podemos explicar ahora, la incidencia de embarazo ectópico ha aumentado substancialmente en los últimos años. Alrededor del 2% de los embarazos ocurren fuera de su “lugar natural”, ya sea en las trompas, en el abdomen, en los ovarios o en otro lugar.

Dentro de la pregunta por la licitud del aborto, este trabajo se centra en el examen de la moralidad de los diferentes tratamientos disponibles para el embarazo extrauterino. El problema es interesante. Si hay actos que nunca es lícito intentar –que es la tesis que defiende la ética de la ley natural desde Aristóteles–, y si es que algunos tratamientos suponen un daño letal en el embrión, la respuesta a este interrogante depende del reconocimiento de que no todos los procedimientos disponibles para manejar una gestación ectópica son compatibles con la protección de la dignidad de la persona y la afirmación del hombre como fin en sí mismo.

Como una manera de responder a la pregunta por la licitud de los distintos tratamientos que la tecnología y la ética médica proponen como vía de solución para la gravidez ectópica, nos referiremos, en primer lugar, a la cuestión general del embarazo extrauterino como problema moral. Pondremos de relieve que si una acción causa un daño letal al no nacido, por ese solo hecho debe considerarse como abortiva. En segundo lugar, intentaremos precisar el sentido que tiene la prohibición del aborto

¹ Los autores agradecen el patrocinio de Fundación Mustakis.

en la tradición de la ley natural. Si todo acto médico del que resulta la muerte del embrión se considera un aborto, entonces no hay manera de resolver la gravidez ectópica. Habría que esperar la muerte del feto o la muerte del feto y de la madre. En tercer lugar, valoraremos cada uno de los tratamientos: uso de metotrexato, salpingectomía, salpingostomía, operación Wallace y espera activa. Nuestra conclusión será que solo la salpingectomía y el tratamiento expectante son admisibles desde el punto de vista ético. Si bien la operación Wallace es compatible con la tradición de la ley natural, es prácticamente imposible que un feto o embrión siga vivo después de ser trasladado de la trompa al útero materno. Cerraremos con unas breves conclusiones.

I. EL EMBARAZO ECTÓPICO COMO PROBLEMA ÉTICO

La urgencia y complicaciones propias del embarazo extrauterino exigen al teórico de la ley natural proponer alguna alternativa de solución. No basta con la simple apelación a la prudencia médica. Es preciso trazar unos principios que permitan dar con una respuesta coherente con la afirmación del hombre como fin en sí mismo, así como con el carácter personal del embrión ectópico, por mucho que sea ectópico.

La solución de problemas médicos difíciles depende, en gran medida, de cuestiones técnicas o clínicas. No hay que suponer que la ética se mueve al margen de la técnica; tampoco que solo la tecnología importa en estos casos. Se debe recordar que está en juego la vida de una persona y que, por lo mismo, no todas las soluciones o tratamientos que se pueden realizar “técnicamente” son apropiados “éticamente”. La ética impone límites a la técnica, y la técnica ilumina el razonamiento práctico y lo hace completo y sofisticado. Aunque es muy importante, la técnica no tiene la última palabra.

Se busca una solución que sea compatible con la protección de la persona. En los casos de gestación ectópica, una salida consistente con la ética de la ley natural pasa por el reconocimiento de que algunos actos o procedimientos que buscan salvar a la madre son abortivos, causando la muerte directa e intencional del no nacido. Despedazar al feto o destruirlo con fármacos de acción localizada nunca puede ser lícito, aunque se esté salvando a la mujer. Por ende, los actos que producen un daño letal en el feto siempre suponen un aborto intencional.

Se suele pensar que si se intenta salvar a la madre, la muerte del feto es colateral. Tal manera de argumentar, que sigue un modelo “eficientista” del razonamiento práctico², solo toma en cuenta el elemento subjetivo de

² G. HERRANZ, “Informe sobre el embarazo ectópico”, en *Documentos Facultades de Medicina, Ciencias y Enfermería*, Pamplona, Departamento de Humanidades Médicas Universidad de Navarra, 1990.

los actos médicos a la hora de apreciarlos como buenos o como malos. Toma partido por la vida de la mujer (sobre la vida del feto) y pasa por alto el hecho de que hay ciertas acciones que nunca es lícito intentar o constituir en objeto de la voluntad –ni siquiera si el feto “morirá en cualquier caso”–. Además, se acerca peligrosamente al modelo proporcionalista de justificación de los actos humanos, y termina por convertir en lícitas todas las acciones en que se produce la muerte del no nacido.

Nosotros preferimos un modelo de argumentación que acepte la existencia de actos médicos que son siempre occisivos. Es lo que piensan los moralistas clásicos cuando enseñan que hay ciertos procedimientos que, por su naturaleza, son “directamente mortíferos o se ordenan a la muerte”, como los venenos, la *dilaceratio*, los golpes, la *precipitatio* o el aplastamiento del feto o embrión³. Esto no quiere decir que los actos morales se especifiquen por su aspecto físico-natural con independencia de su aspecto intencional. Lo que significa es que el aplastamiento del cráneo, del corazón o del pulmón del niño no puede ser un tratamiento que busca solamente salvar a la madre (dicho de otro modo: el aplastamiento del cráneo no es solo el aplastamiento del cráneo; es un acto que causa la muerte del no nacido. En rigor, no se puede afirmar que, con ese acto, no se quería matar al niño sino solamente aplastarle la cabeza).

Sin ser consecuencialista –y, de hecho, siendo contrario a ese modo de argumentar–, Rhonheimer expone que la circunstancia de que el feto muera “en cualquier caso” hace que su ocisión siempre sea indirecta. Indica que hay aborto solo cuando es posible hacer una elección real entre la vida de la madre y la del niño⁴. En los casos en que no cabe salvar al no nacido, la decisión médica que termina con la muerte del feto no se puede presentar como un acto de matar que infringe el principio de justicia –porque, como nota Rhonheimer, aquí se actúa al margen del principio de justicia–⁵. Este es uno de los pocos puntos en que nos apartamos del autor suizo, cuya comprensión de la ética de la ley natural nos parece realmente completa y consistente con las afirmaciones de Aristóteles, de santo Tomás y de los pensadores de la tradición clásica.

Al estar fuera del orden de la justicia, “la decisión por la que se permite que mueran la madre y el niño –al menos cuando la madre puede ser salvada y el niño morirá *en cualquier caso*– es simplemente irracional”⁶. Ahora bien, cuando Rhonheimer dice que el niño morirá “en cualquier caso”, parece aceptar una posible justificación proporcionalista del acto médico. Si el niño morirá “en cualquier caso”, “cualquier” procedimiento

³ A. DE CÓRDOBA, *Quaestionarium theologicum*, I, 38, 3. Para un análisis detallado de esta doctrina: A. Miranda, *El principio del doble efecto*, Hildesheim, 2014, pp. 10-ss.

⁴ M. RHONHEIMER, *Vital Conflicts in Medical Ethics. A Virtue Approach to Craniotomy and Tubal Pregnancies*, Washington DC, The Catholic University of America Press, 2009, p. 122.

⁵ RHONHEIMER, *Vital Conflicts in Medical Ethics*, p. 123.

⁶ RHONHEIMER, *Vital Conflicts in Medical Ethics*, p. 123.

será lícito para acabar con la gestación ectópica. Así, del hecho de que el menor morirá “en cualquier caso” se sigue que “cualquier” intervención médica resulta justificada. Si “cualquier” intervención está justificada, el debate sobre la licitud de la salpingostomía o del uso de metotrexato es fútil. Como el niño morirá “en cualquier caso”, no importa qué tratamientos se escojan para terminar con la gravidez extrauterina. Puesto que ocurrirá “en cualquier caso”, la muerte del niño es indirecta o *praeter intentionem*.

Es cierto que, en estos casos, hay que hacer algo, y que el profesional tiene la obligación de intervenir. Se debe tener en cuenta que el médico tiene un deber de garante frente a la mujer y al niño, de modo que su inacción u omisión es, en principio, culposa y responsable. Sin embargo, el deber de intervenir, así como la obligación de proteger a la madre, no son motivos para “hacer cualquier cosa” y usar la muerte del feto como medio para salvar a la mujer. Los médicos atienden *personas*, y tienen el deber de cuidado y de respeto de los derechos de sus pacientes. Junto con seguir el principio de beneficencia, deben actuar según el mandato de no maleficencia, que enseña que la destrucción de cualquier instancia de bien humano, como la vida del embrión ectópico, constituye una irracionalidad e injusticia práctica⁷.

Si bien el médico tiene la obligación de hacer todo lo posible para salvar a la mujer⁸, no todo lo que haga estará justificado desde el punto de vista moral. Hay acciones que *per se* son occisivas y que, por tanto, siempre suponen un aborto. En este sentido, cuando se indica que “hay que hacer todo lo posible para salvar a la madre”, no se está diciendo que “todo lo que se pueda hacer para salvar a la madre sea lícito”. Solo lo serán los actos médicos que causen la muerte incidental del feto o embrión, es decir, aquellos que se puedan justificar por el principio del doble efecto. Este principio es una regla de justificación de los actos morales buenos en que se produce un efecto malo secundario o colateral. El efecto malo suele ser la muerte. Existiendo una razón proporcionalmente grave para actuar, y siempre que el efecto muerte no se busque como fin o como medio, la muerte del feto ectópico, en este caso, aunque sea previsible, se puede aceptar como razonable⁹.

⁷ A. GÓMEZ-LOBO, *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics*, Washington DC, Georgetown University Press, 2002, pp. 46-47. El médico tiene una obligación positiva de actuar. Esa obligación no lo faculta para hacer “cualquier cosa”. Los actos médicos tienen el límite de la no maleficencia y de la justicia. Y, dentro de la ética de la ley natural, el límite de los actos intrínsecamente malos. De igual modo, las decisiones médicas no pueden aumentar el riesgo vital de la mujer, al menos no sin una razón proporcionada. Lo que no quiere decir que los actos médicos no conlleven un cierto nivel de riesgo –todos los actos médicos conllevan un riesgo, pero “permitido”–, sino que los cursos de acción escogidos por el profesional no pueden poner a la paciente en una situación de mayor desmedro o desprotección.

⁸ Tal es, por ejemplo, la tesis de Schockenhoff (E. Schockenhoff, *Ethik des Lebens. Grundlagen und neue Herausforderungen*, Freiburg, Herder, 2009, pp. 531-535).

⁹ Para un examen de este principio y su aplicación al aborto indirecto: A. Miranda, “¿Qué es el aborto indirecto? La prohibición del aborto y el principio del doble efecto”, en *Acta bioethica*, 20 (2014) 2, pp. 159-168.

El principio del doble efecto permite que salvar a la madre sea una posibilidad real. La mujer, aunque puede elegir seguir con el embarazo, no está obligada a correr ese riesgo, máxime por los altísimos niveles de morbilidad que están asociados a la gravidez ectópica (piénsese en un embarazo intersticial. Es posible que este sea uno de los embarazos de mayor morbilidad¹⁰. O piénsese en un embarazo cervical. Acá el problema es que la metrorragia que lo acompaña suele ser indolora, lo que hace casi imposible el diagnóstico¹¹). La situación de riesgo vital que enfrenta la mujer hace que sea posible escoger un tratamiento que produzca la muerte colateral del niño. Nótese que hablamos de riesgo “vital” y no de cualquier riesgo. El riesgo también debe ser “actual”. No basta que sea “futuro”. En ese caso no habría razón proporcionada para interrumpir el embarazo.

Todo lo expuesto se puede aplicar al embarazo ectópico. Acá tenemos una urgencia “actual” y en donde la muerte indirecta del niño es, en principio, “proporcionada”. Tenemos dos pacientes cuya vida está en peligro. Y tenemos una obligación de actuar con rapidez y de forma eficiente. De ahí que autores como Sgreccia, es decir, autores que adhieren a la ética clásica, admiten que, en estos casos, siempre se debe actuar, y con rapidez, porque de lo contrario se produciría la muerte del niño y de la mujer¹².

Lo anterior redundante en el hecho de que la prohibición del aborto (del aborto directo) no equivale a una prohibición de poner los medios necesarios para resolver la gestación ectópica –u otra patología que sufra la mujer embarazada–. Lo que esta prohibición impone es que no se puede matar directamente al no nacido. Eso explica que el llamado “aborto indirecto” esté justificado. Además, se debe recordar que la mujer no tiene un deber absoluto de continuar un embarazo extrauterino. Solo pueden ser absolutos los deberes de abstención o deberes negativos. Tal es una de las ideas principales de la tradición de la ley natural, que distingue entre preceptos negativos y afirmativos y que indica que solamente los preceptos negativos pueden contener obligaciones morales absolutas.

Si existe un riesgo “cierto” para la salud de la madre, si hay una causa o razón proporcionada, y si la muerte del niño no es querida con voluntariedad directa sino solo tolerada, no es necesario esperar a que se produzca la hemorragia o se rompa la trompa enferma para intervenir el embarazo. Riesgo “actual” no equivale a “hemorragia actual”, sino a “imposibilidad de seguir esperando”¹³. Aunque no siempre se puede

¹⁰ N. MAKIHARA *et al.*, “Ruptured Cornual Pregnancy: Case Report”, *Clinical and Experimental Obstetrics and Gynecology*, 36 (2009), pp. 130-132.

¹¹ J. WILLIAMS, *Obstetricia*, Madrid, Salvat, 1986, pp. 423-424.

¹² Acerca de este problema: E. Sgreccia, *Manual de bioética. Fundamentos y ética biomédica*, Madrid, BAC, 2009, pp. 569-ss.

¹³ Se debe tener presente que no todos los autores de la tradición de la ley natural comparten esta conclusión. Sgreccia, por ejemplo, que no acepta la salpingectomía precoz, juzga que la interrupción del embarazo, para que sea justificada por principio del doble efecto, solo

saber con precisión si el riesgo es “actual”, la ciencia médica sí tiene las herramientas para saber con alguna seguridad si una patología importa una situación de salud cuya solución no puede esperar. Por supuesto que cuando el embarazo ectópico se puede monitorear y mantener bajo control, el médico tiene la obligación de procurar que el niño nazca. A esto se llama “tratamiento expectante”. Más adelante nos referiremos a él. Por ahora baste señalar que la viabilidad de este tratamiento depende de la situación particular de la trompa o cavidad en que yace el embrión ectópico. El médico debe evaluar en cada caso si cabe o no dar curso a la “espera activa” o “conducta expectante”.

Si algo menos importante que la vida de la madre es lo que se persigue en la actuación del médico, necesariamente habrá desproporción entre las consecuencias de la acción¹⁴. El permitir o aceptar un efecto malo debe tener una motivación proporcionada,

lo cual quiere decir que el efecto bueno debe tener un peso proporcionado para justificar la aceptación, aunque sea indirecta, del efecto malo. En nuestro caso debe acontecer que la salud procurada sea proporcionada a la muerte previsible del feto. Dada la gravedad del daño producido al feto –la muerte– parece que solo sería causa justa un bien igual: la vida de la madre y no cualquier grado de salud. Por tanto tiene que tratarse de algo urgente¹⁵.

No se puede olvidar que el no nacido es también una persona (no es un simple amasijo de células, tiene identidad genética, un genoma propio y está dotado de movimientos intrínsecamente orientados a un bien definido¹⁶). Posee dignidad esencial y nunca puede ser tratado como un medio. Es lo que dice Kant cuanto escribe que los padres “[n]o pueden destruir a su hijo como a un *artefacto* suyo”¹⁷.

Por último, el crecimiento de los seres vivos es gradual y continuado. Por lo mismo, si el embrión no es hoy una persona humana, tampoco lo será en 18 años, cuando se convierta en un adulto. La tesis básica

puede realizarse cuando hay hemorragia actual: G. Fasanella, N. Silvestri y E. Sgreccia, “Gravidanza extrauterina”, en S. Leone y S. Privitera (eds.), *Nuovo dizionario di Bioetica*, Roma, Città Nuova, 2004, p. 556.

¹⁴ GÓMEZ-LOBO, *Morality and the Human Goods*, pp. 95-97. En este sentido, se ha escrito: “no sería lícito, por ejemplo, tomar una medicina que, como efecto secundario no deseado, priva de la conciencia o provoca el aborto, para eliminar un ligero dolor de cabeza, o un resfriado, u otro tipo de molestias perfectamente soportables” (A. Rodríguez Luño, *Ética general*, Pamplona, Eunsa, 2010⁶, p. 197).

¹⁵ M. BESIO *et al.*, “Aborto terapéutico. Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del Magisterio de la Iglesia Católica”, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 31.

¹⁶ A. SERRA y R. COLOMBO, “Identità e statuto dell’embrione umano: il contributo della biologia”, en V.V.A.A., *Identità e statuto dell’embrione umano*, Città del Vaticano, Editrice Vaticana, 1997, pp. 106-ss.

¹⁷ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, § 28 (*La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008⁴). Prosigue Kant: “ni tampoco abandonarlo a su suerte, porque con él no trajeron solo un ser del mundo, sino también un ciudadano del mundo, a una situación que no puede serles tampoco indiferente atendiendo a conceptos jurídicos”.

de la doctrina de la ley natural, que, en estas materias, se conoce como “personalismo”, propone que allí donde existe un miembro de la especie *homo sapiens*, existe también un ser personal y digno. En este sentido, se ha escrito:

[e]ntre el embrión que yo fui y la que soy ahora, existe una continuidad espacio-temporal que explica mi identidad genética con ese embrión. Todos fuimos fetos al comienzo de nuestra carrera biológica. Todos también fuimos recién nacidos. Pero uno dice “Yo nací en Santiago”, “yo casi tomé pecho”, etc. Aunque he cambiado mucho, y aunque entonces no era autoconsciente, *esa también era yo*¹⁸.

II. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO

Ya hemos insinuado que no todos los tratamientos disponibles para resolver un embarazo ectópico son pertinentes desde la perspectiva de la ley natural. Hay actos que son *per se* occisivos y que siempre significan un aborto. Pero no todos los actos médicos de interrupción del embarazo son abortivos. No están prohibidos los actos que, con el fin de salvar a la madre, producen la muerte indirecta del feto o embrión.

Existe una prohibición absoluta del aborto *directo*, es decir, del aborto realizado como fin o como medio. La prohibición del aborto directo solo se entiende en el contexto de la prohibición general del homicidio (esto es, del acto de dar muerte intencionalmente a un hombre inocente). Por tanto, cuando se afirma que el aborto está prohibido, lo que se intenta expresar es que la muerte del niño no se puede –lícitamente– convertir en objeto de la voluntad, pues no cabe quererla como fin o como medio para alcanzar un fin, por bueno que sea este.

Del hecho de que esta prohibición recaiga sobre el aborto “directo”, se colige que no todas las acciones que terminan en la muerte del no nacido implican una forma de aborto intencional. Si la muerte del no nacido resulta como un efecto colateral o indeseado de una acción buena en sí misma, esa acción podría estar justificada. Como expone Finnis, la prohibición del aborto no supone

una condena de la administración de medicinas a una mujer embarazada cuya vida está amenazada, por ejemplo, por la alta fiebre (provocada por el embarazo

¹⁸ A. CARRASCO, “Quién es y quién no es *persona*”, en A. Carrasco, *Problemas contemporáneos de antropología y bioética*, Santiago, IES, 2008, pp. 107-108. George y Tollefsen se expresan en los mismos términos: “[s]i tuviéramos que contar la historia de Will, sería un tremendo error científico decir que una vez hubo un embrión que era distinto del organismo humano vivo que ahora es Will Saletan, y que en algún momento posterior a la aparición del embrión se transformó en el organismo que ahora es Will Saletan” (R. George y C. Tollefsen, “Respuesta a William Saletan, escritor liberal de temas bioéticos, que previamente fue embrión”, en R. George y C. Tollefsen, *Embrión. Una defensa de la vida humana*, Madrid, Rialp, 2012, p. 213).

o no), aunque se sepa que esas medicinas tienen el efecto colateral de producir un aborto. No es una condena de la extracción del útero canceroso de una mujer embarazada, aunque se sepa que el feto en su interior no es aún viable, y por tanto morirá. Es dudoso que sea una condena de la operación necesaria para poner en su lugar el útero desplazado de una mujer embarazada cuya vida está amenazada por el desplazamiento, aunque se sepa que la operación necesita el drenaje del líquido amniótico necesario para la supervivencia del feto¹⁹.

Finnis intenta poner de relieve que la muerte del niño no nacido no siempre es una injusticia, al menos no cuando se produce como un efecto no querido de la acción de salvar a la mujer. Grisez, quien se suele considerar como el fundador de la llamada *New Natural Law Theory*, y cuyas doctrinas han inspirado la obra de Finnis, llega a la misma conclusión:

hay veces en que la muerte del niño no nacido puede ser aceptada para salvar a la madre. Algunas veces se cumplen estas cuatro condiciones en forma simultánea: (i) una patología amenaza la vida de la mujer y del niño, (ii) no es seguro esperar, y si se espera resultará la muerte de ambos, (iii) no hay manera de salvar al menor, (iv) una operación que puede salvar la vida de la mujer traerá como consecuencia la muerte del niño. Si la operación es una de esas que los moralistas clásicos no consideraban como aborto “directo”, la operación puede ser realizada. Por ejemplo, en los casos en que el menor no podía ser salvado de ninguna manera [...] esos moralistas aceptaban la remoción de un útero canceroso de una mujer embarazada o de una trompa de Falopio que acogía un embarazo ectópico. Tales operaciones no se llevan a cabo con el propósito de matar al niño. Sirven a un buen fin y no son contrarias a la justicia o a la compasión²⁰.

En términos semejantes se expresa Rodríguez Luño:

la muerte del embrión o feto puede ocurrir como un efecto colateral (o “indirecto”), previsto pero no querido, de una acción terapéutica necesaria y urgente para salvar a la madre [...] Estamos frente a una acción de doble efecto, que debe ser juzgada como tal. Siempre que se hayan valorado cuidadosamente todas las circunstancias, en particular los posibles tratamientos alternativos o la espera en el inicio del tratamiento, y teniendo en cuenta el hecho de que aceptar sacrificios y riesgos para salvar a los hijos es parte de la tarea de la madre, la intervención terapéutica que produce la muerte indirecta del niño puede ser moralmente lícita según los principios que regulan las acciones de doble efecto²¹.

Se debe señalar que “acción terapéutica que produce la muerte indirecta del no nacido” no es igual a “aborto terapéutico”. Este último es un tipo de aborto directo. Pese a que se busca salvar a la madre, la occisión

¹⁹ J. FINNIS, “Pros y contras del aborto”, en *Debates sobre el aborto: cinco ensayos de filosofía moral*, Madrid, Cátedra, 1983, p. 127.

²⁰ G. GRISEZ, *Living a Christian Life*, Illinois, Franciscan Press, 1993, p. 502.

²¹ A. RODRÍGUEZ LUÑO, *Scelti in Cristo per essere santi. Morale speciale*, Roma, Edizioni Santa Croce, 2008, p. 138.

del no nacido es parte del plan de acción del agente. La muerte del feto no se produce como una consecuencia inevitable del acto médico que salva a la mujer, sino como un medio para salvar a la mujer –la cual se salva porque se mata al feto–. Por esto, no parece legítimo el uso de la palabra “terapéutico” para referirse a este procedimiento. Lo que se busca es la muerte directa del feto o embrión (no se actúa sobre la enfermedad de la mujer o sobre la trompa grávida; “se piensa en la supresión del feto para evitar que se agrave la salud o el peligro de la vida de la madre”²²). Y, como señala Sgreccia, “la verdadera terapia, la única terapia lícita, es la que elimina directamente la enfermedad sin perjudicar la vida del feto”²³.

La razonabilidad del aborto indirecto pasa por el reconocimiento de que las relaciones causales de orden físico no son el elemento definitorio de los actos morales. Tal como expone santo Tomás, los actos humanos se especifican por lo que en ellos se intenta²⁴. El objeto moral de una acción es su contenido intencional, no su descripción física o mecánica. Es evidente que la extracción de la trompa enferma producirá una serie de reacciones bioquímicas que acabarán casi de inmediato con la vida del embrión ectópico. Por eso no creemos que sea posible la aplicación de la operación Wallace. Al tiempo en que se corta la trompa deja de haber irrigación sanguínea y nutrición. La muerte del feto se produce de modo irremediable. Pero la conexión causal entre la extracción de la trompa y el cese de la nutrición que causa la muerte del feto no es lo que determina el tipo de elección que hace el médico o la mujer afectada por un embarazo tubario. La extirpación de la trompa, considerada desde la perspectiva intencional, no es un medio para matar al feto sino un medio para salvar a la mujer (aunque, de hecho, exista una conexión causal entre la resección de la trompa y la muerte del feto).

Rhonheimer explica este problema a partir del ejemplo de una mujer embarazada a la que se debe extraer un útero canceroso:

aquí no es el aborto el fin de la acción. Sin embargo, alguien podría suponer que la muerte del feto [...] es una *conditio sine qua non* para la curación de la mujer. Tal es una objeción sin sentido. Es indudable que todo medio necesario para conseguir un fin es una *conditio sine qua non* para el logro del fin, pero no toda *conditio sine qua non* es un medio para el fin. Si así fuera, habría que sostener que el sueldo de la policía es *dinero sucio*, ¡pues los delitos cometidos por los criminales son la *conditio sine qua non* para el ejercicio de la actividad policial! Lo que hay que probar no es si algunas consecuencias son *conditio sine qua non*; lo que se debe probar es, si en la estructura intencional de la acción, una *conditio sine qua non* sirve como medio para el fin²⁵.

²² SGRECCIA, *Manual de bioética*, p. 564.

²³ SGRECCIA, *Manual de bioética*, p. 566.

²⁴ *STh*, II-II, q. 64, a. 7.

²⁵ M. RHONHEIMER, *Natural Law and Practical Reason. A Thomist View of Moral Autonomy*, New York, Fordham University Press, 2000, p. 463.

Prosigue:

que, en este ejemplo, el aborto no es un medio para conseguir el fin, es claro por el hecho de que la muerte del feto no ha sido *elegida* como medio: el *acto* de la extracción del útero canceroso (esto es, la realización de la acción) no tiene una relación intencional de ningún tipo con la muerte del feto. Desde la perspectiva intencional, yo no necesito la muerte del feto para salvar a la madre. No cabe duda de que yo causo esa muerte, pero no porque quiero hacerlo, sino porque se sigue de lo que quiero. Lo que quiero en este caso, lo quiero con absoluta independencia de la *muerte del feto*²⁶.

La tesis de Rhonheimer es que solo desde un punto de vista físico o natural la muerte del feto es una *conditio sine qua non* para salvar a la mujer (lo que no ocurre, señala el autor, en el caso del ataque nuclear a Hiroshima: “no se puede decir que aquí no se quería la matanza de la población civil (la muerte de la población civil fue una *conditio sine qua non* intencional para conseguir el fin, fue un medio)”²⁷). Entonces: siempre que exista una causa proporcionada no habrá problema en extirpar el útero canceroso o la trompa enferma. En el hipotético caso de que el niño resista la extracción de la trompa o la extirpación del útero canceroso, el fin “salvar a la mujer” no se frustra. De ahí que se diga que la muerte del feto es *praeter intentionem*, porque no forma parte del plan de acción del sujeto agente.

Sin una comprensión precisa de esta diferencia entre medio y *conditio sine qua non* no es posible entender el sentido de la prohibición absoluta del aborto. Nos parece que esta distinción permite dibujar con cierta claridad la línea que separa los actos de aborto provocado y las acciones que se pueden definir como aborto indirecto o no intencional²⁸. Si toda muerte del no nacido se considera un aborto directo, las gestaciones

²⁶ RHONHEIMER, *Natural Law and Practical Reason*, p. 463.

²⁷ RHONHEIMER, *Natural Law and Practical Reason*, p. 464.

²⁸ Esta diferencia entre aborto directo e indirecto es fundamental para tratar correctamente la moralidad de la interrupción del embarazo (se debe advertir que las acciones que consisten en un “aborto indirecto” no conllevan una elección abortiva). Sobre la distinción entre aborto directo e indirecto, se ha escrito: “[p]ara una correcta valoración moral del aborto es importante distinguir [...] entre aborto *directo* e *indirecto*. Solo el directo es imputable desde un punto de vista moral. El *directo* es el aborto querido como fin o como medio, es decir: *estoy embarazada y quiero y deseo, tengo la intención de abortar*, independientemente del motivo, que puede ser muy diverso: que no se enteren mis padres; no puedo comprometerme a tener un nuevo hijo; es fruto de un desliz sentimental con un tercero, etc. El mal denominado aborto *indirecto* es el que no se desea ni se quiere, pero es previsto y se permite por estar inevitablemente ligado a lo que se quiere directamente” (J. Pardo, *Bioética práctica al alcance de todos*, Madrid, Rialp, 2004, p. 70). De igual forma: “[d]el aborto directo o provocado (como fin o como medio) se debe distinguir el *aborto indirecto*. El aborto directo responde a una voluntad homicida. Lo que se quiere es quitar la vida. En el aborto indirecto, en cambio, lo que se busca es la vida. Si se sigue la muerte, esta no se quiere en modo alguno: se produce como una consecuencia que no se puede evitar” (A. Sarmiento, T. Trigo y E. Molina, *Moral de la persona*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 107).

ectópicas no tendrían solución. Habría que esperar la muerte del feto o la muerte del feto y de la mujer. El médico no podría actuar. Se atentaría contra los deberes de beneficencia y de justicia que tiene el equipo de salud. Y toda la reflexión sobre la licitud de la salpingectomía, la salpingostomía o el uso del metotrexato, que trataremos a continuación, sería superflua e innecesaria.

III. TRATAMIENTOS DISPONIBLES: METOTREXATO, SALPINGECTOMÍA, SALPINGOSTOMÍA, ESPERA ACTIVA, OPERACIÓN WALLACE

En la evaluación de estos tratamientos seguimos el principio de que nunca es lícito el aborto directo y de que no todos los medios que la técnica médica tiene como razonables son admisibles desde la perspectiva moral. Cuando un tratamiento causa un daño letal o directo al embrión no se puede justificar, ni siquiera si el feto morirá en cualquier caso o si lo que se busca es salvar a la mujer.

1. METOTREXATO

El uso de este inmunosupresor para el manejo del embarazo ectópico controlado (es decir, temprano y sin rotura) “es el estándar de atención actual”²⁹. Es un procedimiento mínimamente invasivo, que permite conservar la trompa grávida, “y cuya aplicación evita la intervención quirúrgica y sus posibles complicaciones asociadas. Por esto, en la actualidad, el metotrexato es considerado un tratamiento de elección para el embarazo ectópico”³⁰.

El metotrexato es un metabolito que inhibe la acción de la enzima dihidrofolato reductasa. Impide que el ácido fólico sea reducido a ácido tetrahidrofólico, lo que produce un cese de la síntesis del ADN y de la multiplicación celular³¹. Funciona como antineoplásico y frena el crecimiento del feto ectópico.

²⁹ A. KURJAK y F. CHERVENAK, *Ecografía en obstetricia y ginecología*, Buenos Aires, Panamericana, 2009, p. 239. Este medicamento es indicado solamente cuando no existe rotura de la trompa –en el caso de un embarazo tubario–, cuando el feto tiene un tamaño por ultrasonido igual o menor a 3,5 cm, y cuando la mujer no sufre insuficiencia renal o hepática (J. Baleash, “Transvaginal Intratubal Insemination, Ectopic Pregnancy and Treatment by Single-Dose Parenteral Methotrexate”, en *Human Reproduction*, 7 (1992) 10, pp. 1457-1460).

³⁰ A. REECE y J. HOBBS, *Clinical Obstetrics. The Fetus and Mother*, Malden, Blackwell, 2007, p. 166.

³¹ A. RODRÍGUEZ-OLIVER *et al.*, “Embarazo ectópico tubárico: resultados del tratamiento médico con metotrexato”, en *Clínica e Investigación en Ginecología y Obstetricia*, 31 (2004), pp. 150-153.

Al tratamiento con metotrexato se lo presenta como conservador³², poco costoso y muy eficaz³³. Se piensa que su descubrimiento ha causado una verdadera revolución en el enfoque terapéutico de la gravidez ectópica³⁴. Se lo destaca por su mínima agresividad³⁵, y por sus numerosas ventajas si se lo compara con las intervenciones quirúrgicas que se realizan sobre la trompa enferma³⁶. Pese a esto, creemos que el uso de metotrexato no es compatible con los principios de protección de la vida humana y de no maleficencia que rigen la actividad del médico y del equipo de salud. El metotrexato actúa directamente sobre las células del trofoblasto, que es un órgano del feto (¡y un órgano vital del feto!). No se puede destruir el trofoblasto sin que eso signifique también la destrucción del feto o embrión. Tal como decíamos unas páginas más atrás, los actos que conllevan un daño letal para el no nacido son siempre abortivos. Y la destrucción del trofoblasto implica un daño letal para el embrión.

Si el feto está muerto, no hay problema en indicar el metotrexato como medio de recuperación de la trompa enferma. En principio, habrá razón proporcionada para tolerar los efectos secundarios asociados al uso de este inmunodepresor (toxicidad grave, hepatotoxicidad, estomatitis, etc.). Porque no está en juego la vida o la integridad del no nacido, la prescripción de este medicamento no supone un conflicto con los mandatos de la ley natural.

Reconocemos que no existe acuerdo sobre la malicia del uso de este antineoplásico. Autores que están dentro de la tradición de la ley natural promueven la aplicación del metotrexato motivados por su altísima eficacia y casi nula agresividad. Kaczor, por ejemplo, señala que el tratamiento con misoprostol no es malo *per se* y que solo sirve para detener el daño de la trompa³⁷. El médico, en caso de recetar misoprostol, no busca la muerte del no nacido sino la recuperación de la mujer, lo cual es razonable y se puede justificar por principio del doble efecto³⁸. Por su parte, May, quien en la primera edición de su *Catholic Bioethics and the Gift of Human Life* se inclinó por la ilicitud del tratamiento con metotrexato, así como de la salpingostomía³⁹, hoy defiende el uso de este medicamento

³² R. MARTÍNEZ, M. PÉREZ y B. TORRIENTE, "Embarazo ectópico cervical tratado con metotrexate: reporte de un caso", en *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, 26 (2000) 2, pp. 87-90.

³³ A. ARNAL *et al.*, "Tratamiento conservador con cerclaje de una gestación ectópica cervical", en *Revista Española de Investigaciones Quirúrgicas*, 14 (2011) 4, pp. 225-228.

³⁴ J. FIGUEROA SOLANO *et al.*, "Embarazo ectópico ístmico-cervical y placenta increta: reporte de un caso", en *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 72 (2007) 3, pp. 186-189.

³⁵ J. MAKINEN, "Current Treatment of Ectopic Pregnancy", en *Annals of Medicine*, 31 (1999) 3, pp. 197-201. Igualmente: S. Lau y T. Tualndi, "Conservative, Medical and Surgical Management of Interstitial Ectopic Pregnancy", en *Fertility and Sterility*, 72 (1999) 2, pp. 207-215.

³⁶ M. CASAS MARTÍNEZ y R. SÁNCHEZ, "Consideraciones éticas sobre el uso de metotrexate en el embarazo tubario", en *Acta bioethica*, 18 (2012) 2, pp. 147-153.

³⁷ C. KACZOR, "The Ethics of Ectopic Pregnancy. A Critical Reconsideration of Salpingostomy and Methotrexate", en *The Linacre Quarterly*, 76 (2009) 3, pp. 265-282.

³⁸ KACZOR, "The Ethics of Ectopic Pregnancy", p. 274.

³⁹ W. MAY, *Catholic Bioethics and the Gift of Life*, Huntington, Our Sunday Visitor, 2000¹, p. 184.

apoyado en la idea de que la muerte del feto es colateral⁴⁰. A la misma conclusión llegan Tuohey⁴¹ y Moraczewski⁴².

Nuestra interpretación se acerca más a la tesis de Rhonheimer⁴³. Este autor advierte que el tratamiento con metotrexato es inmoral porque equivale a “un ataque directo sobre el embrión, con el fin de salvar a la madre y de evitar futuras operaciones”⁴⁴. Expresa que “esto no es suficiente para justificar su aplicación desde el punto de vista moral”⁴⁵, pues entra en conflicto con el deber que tiene el médico de salvar a la madre y al niño, ya que, desde el principio, el tratamiento asume que la vida del feto es menos importante que la vida de la mujer⁴⁶.

Tenemos que reconocer que es un tema difícil. No obstante, hay buenos motivos para suponer que el tratamiento con metotrexato no es compatible con la ética de la ley natural. Está el problema de si el trofoblasto es o no un órgano (vital) del feto. Nuestra opinión es que sí lo es. De ahí que destruir el trofoblasto sea lo mismo que destruir el embrión⁴⁷. La aplicación del metotrexato es así, un tipo de aborto directo.

2. SALPINGECTOMÍA Y SALPINGOSTOMÍA

Nos toca ahora referirnos a los tratamientos quirúrgicos disponibles para el manejo del embarazo ectópico. En general se habla de la salpingectomía y de la salpingostomía. La salpingectomía consiste en la extirpación de la trompa con el feto ectópico adentro. Por su parte, en la salpingostomía, luego de que se realiza una pequeña incisión sobre la trompa, se extrae al feto ectópico sin perder el conducto falopiano. Si esa incisión se cierra con material reabsorbible, se habla de salpingotomía. Pero, en la práctica, no hay ninguna diferencia entre este procedimiento y aquel que deja abierta la incisión⁴⁸.

⁴⁰ W. MAY, *Catholic Bioethics and the Gift of Life*, Huntington, Our Sunday Visitor, 2008², pp. 199-202.

⁴¹ J. TUOHEY, “The Implications of the *Ethical and Religious Directives for Catholic Health Care Services* on the Clinical Practice of Resolving Ectopic Pregnancies”, en *Louvain Studies*, 20 (1995), pp. 55-56.

⁴² A. MORACZEWSKI, “Managing tubal pregnancies. Part II”, en *Ethics and Medics*, 21 (1996) 8, pp. 3-4.

⁴³ En un texto publicado en *The National Catholic Bioethics Quarterly*, Rhonheimer se opone explícitamente al uso de metotrexato (Martin Rhonheimer, “Ectopic Pregnancy and Catholic Morality”, en *The National Catholic Bioethics Quarterly*, 11 (2011) 2, pp. 203-208). Por su parte, en *Abtreibung und Lebensschutz*, el autor sugiere que este procedimiento es directamente ocisivo (Martin Rhonheimer, *Abtreibung und Lebensschutz. Tötungsverbot und Recht auf Leben in der politischen und medizinischen Ethik*, Paderborn, Schöningh, 2003).

⁴⁴ RHONHEIMER, *Vital Conflicts in Medical Ethics*, p. 116.

⁴⁵ RHONHEIMER, *Vital Conflicts in Medical Ethics*, p. 116.

⁴⁶ RHONHEIMER, *Vital Conflicts in Medical Ethics*, p. 117.

⁴⁷ Acerca de este problema: G. Giovanelli, *La gravidanza ectopica nella tradizione e nel dibattito bioetico contemporaneo*, Roma, Academiae Alfonsianae, 2006.

⁴⁸ WILLIAMS, *Obstetricia*, pp. 211-ss.

Desde la perspectiva ética, lo usual es aceptar la salpingectomía y rechazar la salpingostomía. Se arguye que esta es una intervención abortiva, pues produce la muerte directa o intencional del feto. Ahora bien, salvo algunos casos⁴⁹, los autores de la tradición de la ley natural admiten la resección de la trompa aun con el embrión vivo. Parten de la base de que la muerte del no nacido se justifica por principio del doble efecto⁵⁰, y de que el médico intenta la extirpación de la trompa grávida, no la muerte del feto o embrión –de hecho, si el embrión pudiera salvarse, trasladándolo al endometrio o manteniéndolo con vida en una incubadora, la acción de salvar a la madre sería incluso mejor–.

Nos sumamos a la tesis común de los autores de la tradición clásica. Nos parece que la salpingectomía es lícita, aunque produzca la muerte indirecta del embrión, pero nos oponemos a la práctica de la salpingostomía. La imposibilidad de distinguir las paredes de la trompa de Falopio y el saco embrionario son un motivo suficiente para suponer que, si bien puede no ser abortiva, la extracción del feto vivo por medio de la salpingostomía carece de razón proporcionada. Probablemente se esté causando un daño letal al embrión –y, como hemos dicho, siempre que se causa un daño letal al embrión se está practicando un aborto directo–. Por consiguiente: entre la extracción de la trompa que no supone un daño letal directo al feto (la salpingectomía) y la incisión sobre la trompa y posterior eliminación o aspirado del saco embrionario (la salpingostomía), creemos que solo hay razón proporcionada para lo primero. Aun cuando no sea *per se* occisiva, es dudoso que en la salpingostomía no se esté causando un daño intencional al embrión.

Se podría pensar que la salpingectomía es lícita solamente cuando el feto está muerto. Esta hipótesis es, por lo menos, extraña. Si el embrión está muerto y se puede salvar la trompa de Falopio, no tendría sentido extirparla. Igualmente, se podría sostener que la salpingectomía no procede si la trompa no está rota, pues no hay peligro o hemorragia actual. Nuestra opinión es que ya la gestación ectópica supone un peligro real para la salud de la mujer. Por esto, no creemos que haya que esperar al rompimiento de la trompa para intervenir.

La salpingectomía es comúnmente aceptada como un caso de occisión indirecta desde los escritos de Bouscaren. A juicio de este autor, “la extracción de la trompa grávida que alberga al feto no viable, incluso antes de la ruptura de la trompa de Falopio, puede ser realizada de tal manera que la muerte del feto sea solo indirecta”⁵¹. Tal como expresa

⁴⁹ KEENAN, por ejemplo, es contrario a la salpingectomía: J. Keenan, “The Function of the Principle of Double Effect”, en *Theological Studies*, 54 (1993), p. 309.

⁵⁰ B. CLOWES. *The Facts of Life. An Authoritative Guide to Life and Family Issues*, Virginia, Human Life International, 2001², p. 193.

⁵¹ L. BOUSCAREN, *Ethics of Ectopic Operations*, Milwaukee, The Bruce Publishing Company, 1944², p. 147.

Bouscaren, la resección de la trompa siempre es lícita si hay una razón proporcionada para tolerar el efecto muerte del embrión⁵².

Bouscaren está en lo cierto cuando señala que la muerte del feto es indirecta incluso cuando el tubo falopiano no se ha roto. La extracción de la trompa no supone la occisión intencional del embrión o feto. Lo que busca la intervención es sanar la enfermedad del conducto. Lo que dice Bouscaren es que la trompa está enferma ya antes de su ruptura externa⁵³. De ahí que sea posible su extracción aun antes de la rotura del conducto falopiano.

La razonabilidad de la extracción de la trompa grávida una vez producida la hemorragia es todavía más evidente: el único medio para terminar con la hemorragia es la laparotomía, la escisión del canal roto y la ligación de los capilares sanguíneos⁵⁴. La muerte del feto “no contribuye a la cura de la madre”⁵⁵. Lo que recupera la salud de la mujer es la remoción del tubo sangrante⁵⁶.

El hecho de que en la salpingectomía no se cause un daño directo y letal al embrión –aunque muera– es el motivo fundamental por el cual aprobamos esta intervención y nos oponemos a la salpingostomía. De este modo, si se pudiera mostrar que en la salpingostomía no se actúa sobre el cuerpo del feto (esto es, que la incisión “letal” no se realiza sobre el embrión) o que no se le provoca una “herida mortal” (no se lo despedaza o aspira mientras vive), habría que aceptar esta intervención. No habrían razones para impugnar este tratamiento. De hecho, habría que preferirlo por sobre la salpingectomía o resección de la trompa: porque no significaría un aborto directo y sería un procedimiento mucho menos invasivo que aquel.

3. ESPERA ACTIVA Y OPERACIÓN WALLACE

Resta, por fin, el examen de la espera activa o tratamiento expectante y de la operación Wallace. Se llama “operación Wallace” al procedimiento que busca situar al feto extrauterino en su lugar natural. Se intenta trasladar al no nacido a la cavidad uterina⁵⁷. Y el mero traslado o cambio de lugar del feto ectópico no puede ser considerado como un acto occisivo. Así lo ha notado Wallace, para quien

cuando nos encontramos frente a un embarazo ectópico temprano, en que la trompa se encuentra en buen estado, no está demasiado estirada, y donde todo

⁵² BOUSCAREN, *Ethics of Ectopic Operations*, p. 147.

⁵³ BOUSCAREN, *Ethics of Ectopic Operations*, p. 151.

⁵⁴ BOUSCAREN, *Ethics of Ectopic Operations*, p. 148.

⁵⁵ BOUSCAREN, *Ethics of Ectopic Operations*, p. 149.

⁵⁶ BOUSCAREN, *Ethics of Ectopic Operations*, p. 149.

⁵⁷ C. WALLACE, “Transplantation of Ectopic Pregnancy from Fallopian Tube to Cavity of Uterus”, en *Surgery, Gynecology and Obstetrics*, 24 (1917), pp. 578-579.

es favorable, debiéramos hacer un esfuerzo para salvar al niño abriendo la trompa cuidadosamente [...] y trasplantando al feto al útero, que es donde la naturaleza quiere que esté. Esto se puede hacer rápidamente. No se pone en peligro a la madre y puede ser la única oportunidad de dar a luz al niño⁵⁸.

Si este tratamiento es practicable, y si no significa un riesgo desproporcionado para la mujer, es obvio que se debe intentar. Hay quienes, como Royo Marín, han sugerido que este es el único tratamiento moralmente admisible para el embarazo ectópico. El autor escribe que, puesto que el embrión anidado en la trompa “posee los mismos derechos naturales que si estuviera colocado en su sitio natural”, no es lícito, bajo ningún pretexto, matarle directamente⁵⁹. “Lo único que puede hacerse, expresa, es la llamada operación Wallace”⁶⁰. Sin duda que este procedimiento sería el más adecuado si fuera posible realizarlo. El problema es que, en la actualidad, “y según los conocimientos que posee y que son ofrecidos por la literatura científica, este tratamiento no pasa de una mera hipótesis”⁶¹.

Queda, por último, el tratamiento expectante⁶². También conocido como “expectativa armada”, este tratamiento consiste en la vigilancia constante de un embarazo ectópico que se puede mantener bajo control. Aunque conlleva el riesgo de que la trompa grávida se rompa en cualquier instante, la espera activa es compatible con la ética de la ley natural. Se asume el riesgo de que el conducto falopiano colapse, pero este riesgo es proporcional a la posibilidad de que el niño pueda nacer. El control permanente del embarazo por parte del médico va de la mano con continuos exámenes ecográficos y pruebas B-hCG⁶³ (la conducta expectante solo se recomienda cuando las concentraciones de B-hCG son estables o descendentes). Nuestra tesis es que cuando la gravidez extrauterina se puede mantener bajo control, y cuando no hay otros riesgos asociados a la gestación ectópica, se debe procurar llevar a término el embarazo siguiendo la lógica de esta expectativa armada.

⁵⁸ WALLACE, “Transplantation of Ectopic Pregnancy...”, pp. 578-579.

⁵⁹ A. ROYO MARÍN, *Teología moral para seglares. Moral fundamental y especial*, Madrid, BAC, 1973, § 565.

⁶⁰ ROYO MARÍN, *Teología moral para seglares*, § 565.

⁶¹ E. SILVESTRINI, *L'embrione umano in gravidanza ectopica con particolare attenzione a quella tubarica: aspetti antropologico-teologici e biologici-etici*, Milano, Ancora, 2007, p. 608.

⁶² Respecto de este problema: J. HUCKE, *Extrauterin gravidität. Klimisches Bild, Diagnostik, Therapie und spätere Fertilität*, Düsseldorf, Wissenschaftliche, 1997, pp. 121-ss. También: I. STABILE, *Ectopic Pregnancy: Diagnosis and Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 10-ss.

⁶³ M. ANDERSON *et al.*, “Ectopic Pregnancy and Catholic Morality. A Response to Recent Arguments in Favor of Salpingostomy and Methotrexate”, en *The National Catholic Bioethics Quarterly*, 11 (2011) 1, pp. 65-82.

IV. CONCLUSIÓN

La ética de la ley natural prohíbe el aborto directo. No prohíbe toda acción de la que se sigue la muerte del feto o embrión. De esta manera, los actos médicos encaminados a resolver un embarazo extrauterino y que producen la muerte indirecta o incidental del feto son, en principio, razonables (siempre que se tenga una razón proporcionada y que la muerte del embrión no se intente como fin o como medio para conseguir un fin). Por ende, siempre que un tratamiento médico se pueda describir intencionalmente como “salvar a la mujer” o “sanar la trompa enferma”, y siempre que no se esté causando un daño letal directo al embrión, ese tratamiento se podrá definir como un aborto indirecto, y, por lo mismo, estará justificado.

LA INDIVIDUALIDAD ONTOLÓGICA DE LA PERSONA HUMANA

ÁLVARO FERRER DEL VALLE

*Doctor en Derecho (c) por la Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de Fundamentos Filosóficos del Derecho y Derecho Natural
Pontificia Universidad Católica de Chile*

Se dice persona de aquella substancia individual de naturaleza racional¹. Existe y ha existido controversia respecto de qué seres merecen ser considerados como personas². La discusión tiene muchas aristas, y en este breve estudio queremos abordar una que consideramos de particular relevancia: *¿cómo podría un individuo humano no ser una persona humana? Pues no siendo un individuo humano*³.

Diversos autores⁴ sostienen que no es posible considerar como persona humana a aquel miembro de la especie que aún no se manifiesta inequívocamente como individuo, es decir, como sujeto que subsiste en sí, que es actualmente indiviso, permanentemente uno e idéntico a sí y, por ello, numéricamente uno y distinto de todo otro⁵.

¹ Cfr. BOETHIUS, *De duabus naturis et una persona Christi*, III, y *Contra Eutyche et Nestorium*, III, en SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q29, a1.

² Vid. GRISEZ, Germain, *When do People Begin?*, *Proceedings of the American Catholic Philosophical Quarterly*, 63, 1990.

³ Cfr. MCCORMICK, Richard, S.J., *Who or What is the Preembryo?*, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Marzo 1991, p. 8.

⁴ Vid. DONCEEL, Joseph, *Abortion: Mediate v. Immediate Animation*, *Continuum*, 5, 1967; DONCEEL, Joseph, *Immediate Animation and Delayed Hominisation*, *Theological Studies*, 31, 1970; DONCEEL, Joseph, *A Liberal Catholic View*, en HALL, R. (editor), *Abortion in a Changing World*, Columbia, New York, 1970; FORD, *When When Did I Begin? Conception of the Human Individual in History, Philosophy and Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; MCCORMICK, Richard, S.J., *op. cit.*; PASNAU, Robert, *Thomas Aquinas on Human Nature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; SINGER, Peter, *Unsanctifying Human Life*, Blackwell Publishers, 2002; entre otros.

⁵ Vid. FAITANIN, Paulo, *El individuo en Tomás de Aquino*, Cuadernos de Anuario Filosófico, Universidad de Navarra, Pamplona, 2001.

En apoyo de dicha tesis mencionan, entre otras, la posibilidad y ocurrencia del surgimiento de gemelos monocigóticos en el proceso de desarrollo embriológico, evento que manifestaría la carencia de individualidad ontológica en el cigoto humano durante un tiempo más o menos determinado: si del cigoto pueden surgir dos o más individuos humanos –y estos poseen la misma identidad genética entre sí–, luego el cigoto no sería actualmente un individuo, sino más bien un conjunto de células carentes de individualidad humana, a partir del que, en un tiempo posterior, podrá surgir uno o más individuos humanos. Por ello, decir que el cigoto es originariamente un individuo implicaría sostener que este sería a la vez uno y potencialmente más de un individuo⁶, lo que es lógica y ontológicamente imposible, pues ser individuo implica no ser ni poder ser otro distinto del que ya se es.

En consecuencia, la posibilidad que desde el cigoto surjan dos o más individuos demostraría la existencia de discontinuidad entitativa entre el cigoto surgido de la unión de los gametos y los posteriores individuos surgidos de o desde él: no existiría individualidad ontológica, pues el ser originario aún no estaría definido como uno y numéricamente distinto de otros, pues podría ser dos o más. Por tanto, no habría individuo ni persona mientras no esté cumplido el plazo luego del cual la gemelación resultaría imposible, el cual se fija en aproximadamente 15 días desde la concepción.

Resolver esta objeción es relevante, pues de ella depende nada menos que la afirmación de la existencia de un ser personal desde su concepción, o en un tiempo posterior; y desde tal afirmación se desprenderá el juicio moral acerca del trato debido a ese ente: a esa persona en acto, o a esa persona en potencia⁷. Algunos⁸ sostienen que la diferencia no es importante, pues el juicio moral, cualquiera sea el caso, sería equivalente: basta la posibilidad de estar frente a una persona inocente para abstenerse de causarle cualquier daño deliberado y directo. El problema, a nuestro juicio, es que otros afirman categóricamente que antes del plazo luego del cual la gemelación es imposible sencillamente no hay persona –y,

⁶ Vid. FORD, *op. cit.*, pp. 119-120; 121-122, 135, 170-172.

⁷ Sin perjuicio de tal distinción, estimamos que el juicio moral no debiese ser diferente, pues aún tratándose de una persona en potencia –cosa que negamos–, la interrupción deliberada del proceso natural por el que habría de llegar a ser persona en acto importa una acción ilícita, pues se estaría impidiendo la actualización de una potencia activa según su mismo orden y disposición natural.

⁸ Cfr. CAPONETTO, MARIO, *Santo Tomás y el problema de la generación humana*, E-Aquinas, año 4, Instituto Santo Tomás, 2006, p. 22; también EBEL, Jason T., *The beginning of personhood: a Thomistic biological analysis*, Bioethics, Volumen 14, N° 2, 2000, pp. 134-157. Es de justicia notar cómo Eberl modificó casi por completo su postura luego de la crítica que le hiciera DEKERS, Jan, *Why Eberl is wrong. Reflections on the beginning of personhood*, Bioethics, Volumen 21, N° 5, 2007, pp. 270-282. En efecto, Eberl suscribía la tesis de FORD según la cual no puede existir persona humana desde la concepción en razón de la falta de individualidad ontológica del embrión ante la posibilidad de surgimiento de gemelos monocigóticos, tesis que desechó respondiendo a Deckers en EBEL, Jason T., *A thomistic perspective on the beginning of personhood: Redux*, Bioethics, Volumen 21, N° 5, 2007, pp. 283-289.

por eso, utilizan la expresión “preembrión”– y, por tanto, no hay sujeto de derecho, por ello todo acto que deliberadamente cause daño a tal entidad no merece reproche moral ni jurídico alguno.

Este breve estudio pretende demostrar que sí existe individuo y persona humana desde el instante de la concepción; dicho de otro modo, que la individualidad ontológica de la persona humana existe desde su concepción o no en un tiempo posterior⁹. Tal tesis es de naturaleza ontológica, y no corresponde a las ciencias biológicas ni jurídicas determinar según sus causas últimas qué es aquello que existe desde el instante de la concepción, pues sencillamente carecen de competencia epistemológica adecuada para ese cometido¹⁰. Solo desde la filosofía de la naturaleza y la metafísica será posible emprender este esfuerzo, y desde tales ciencias intentaremos probar, según dijimos, que la causa de la individualidad ontológica de la persona está presente desde la concepción, por esto desde ese instante hay individuo y persona humana.

El camino será el siguiente: primero, resumiremos muy brevemente los datos pertinentes y relevantes aportados por las ciencias biológicas; segundo, haremos una exposición de los principios filosóficos que explican la estructura, generación, cambio e individualidad de un ser substancial vivo; tercero, nos abocaremos a resolver el problema de la gemelación monocigótica¹¹ a la luz de los principios desarrollados en los capítulos anteriores. Finalmente expondremos algunas conclusiones.

⁹ Nuestros argumentos no son del todo originales, pues se basan en principios metafísicos universales; asimismo, no pretenden ni podrían, en caso alguno, reemplazar los estudios más serios y rigurosos ya realizados acerca de la materia, especialmente: UGARTE, José Joaquín, *El Derecho de la Vida*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006; y SERRA, Angelo, *Per un analisi integrata dello status dell' embrione umano, en Nascita e morte dell' uomo*, Marietti, Génova, 1993. El objetivo es complementar tales estudios, profundizando algunas razones filosóficas relevantes.

¹⁰ En efecto, las ciencias biológicas ciertamente pueden y deben aportar los datos de la realidad que es materia de estudio, pero la constatación de esos datos y su descripción fenoménica no es suficiente para dar cuenta de las causas últimas de dichas realidades. Por su parte, la ciencia jurídica, como parte de la ciencia moral, es de índole práctico, y teniendo en cuenta la realidad previamente demostrada, deberá prescribir el modo racional y justo de actuar respecto de la misma realidad. La filosofía de la naturaleza, en cambio, permite alcanzar la inteligibilidad real de los fenómenos que prueban y describen las ciencias biológicas, y la metafísica, por su parte, permite alcanzar la inteligibilidad última de lo real.

¹¹ Sin perjuicio de que analizaremos con algo de detención solo esta materia, estimamos que los principios aquí desarrollados, precisamente por su abstracción filosófica y correspondiente universalidad, son suficientes para resolver cualquiera de las objeciones que niegan la individualidad ontológica y existencia de un ser humano personal desde su concepción.

I. LOS DATOS RELEVANTES APORTADOS POR LAS CIENCIAS BIOLÓGICAS

Sin detallar su mecanismo, intentaremos resumir los datos¹² más importantes e incontrovertidos en la materia: la generación de un nuevo individuo humano ocurre en el instante en que se unen los gametos masculino y femenino, cada uno de estos es una célula humana que posee 23 cromosomas; de dicha unión surge una célula humana nueva, cuya composición molecular y comportamiento la hace inequívocamente distinta de los gametos¹³ y del organismo de la madre –por lo que no es parte de este, sino que se halla localizado en él–; que posee 46 cromosomas propios; que esta nueva célula está viva pues desarrolla movimiento espontáneo y autónomo¹⁴; que esta nueva célula humana viva es un organismo cuyas partes actúan de manera coordinada para preservar la vida y desarrollo continuado de ella misma como un todo, con movimientos sucesivos y continuos inequívocamente dirigidos a un mismo fin, cual es producir las estructuras y tejidos necesarios para el desarrollo y crecimiento del mismo sujeto; que es un organismo que dirige su propio y continuo desarrollo por virtud intrínseca y dirección predeterminada, pues se mueve a sí mismo y su constitución genética originaria es el programa que ordena cada cambio posterior y sucesivo; y que todo el proceso de desarrollo, desde su inicio, es ordenado e irreversible, siendo cada movimiento o cambio antecedente un requisito o condición para un cambio consecuente o posterior, constituyendo un continuo vital¹⁵.

Con un poco de abstracción podemos concluir que la unión de los gametos humanos, según acabamos de ver, implica la generación de algo; algo real; algo subsistente; algo móvil; algo vivo, y de especie humana.

II. EL CIGOTO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA FILOSOFÍA DE LA NATURALEZA Y LA METAFÍSICA

Se dice *substancia*¹⁶ de aquello que existe en sí, de una cosa que es. El cigoto, claramente, es un organismo que existe. Se dice, en cambio, *accidente*¹⁷ de aquello que es algo de otro o existe en otro, como determinación de otro. Por ello el ser del accidente exige el ser de la substancia,

¹² Estos datos bien pueden usarse como premisas menores, en silogismos donde las respectivas premisas mayores serán principios filosóficos.

¹³ Cfr. CONDIC, Maureen L., *Preimplantation stages of human development: the biological and moral status of early embryos*, en SUÁREZ, A. y HUARTE, J., *Is this cell a human being*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2011, pp. 27-28.

¹⁴ Cfr. SUÁREZ A., *Is this cell entity a human being. Neural activity, spiritual soul and the status of the inner cell mass and pluripotent stem cells*, en SUÁREZ, A. y HUARTE, J., *op. cit.*, pp. 171-192.

¹⁵ Cfr. CONDIC, Maureen L., *op. cit.*, pp. 29-33.

¹⁶ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De principiis naturae*, 1.

¹⁷ *Ibid.*

pues en ella existe, como el color blanco –asumiremos cualquiera– existe en el cigoto. La substancia da el ser al accidente, pues lo sustenta y no existe sino en ella y gracias a ella, pues esta blancura de que hablamos no existe sino en el cigoto mientras este existe.

Existen cosas reales, cosas que realmente pueden ser y cosas que no son. Así, los seres substanciales son aquellos que existen como tales –el cigoto–, y aquellos que realmente pueden llegar a existir como tales –otro cigoto aún no existente–. Otro tanto podemos decir de los seres accidentales: los hay aquellos que existen como tales –la blancura realmente presente en el cigoto– y aquellos que realmente pueden llegar a existir como tales –la blancura que podrá estar presente en un futuro cigoto–. En ambos casos, ya sea un ser substancial o accidental, si de hecho existen como tales se dice que existen en *acto*¹⁸ –el cigoto es en acto y la blancura presente en él también–; en cambio, si realmente pueden llegar a existir como tales se dice que son en *potencia*¹⁹ –el futuro cigoto es en potencia y la futura blancura en él, también–. Y la posibilidad real de llegar a existir puede ser de dos modos: por virtud intrínseca o en acto del mismo ente, o por intervención de una causa extrínseca en acto. La primera es llamada potencia *activa*, la segunda potencia *pasiva*²⁰. Así, el cigoto tiene potencia activa para su propio desarrollo, pues se mueve a sí mismo; y tiene potencia pasiva para ser, por ejemplo, manipulado fuera del cuerpo materno.

Recordando el principio de no contradicción podemos concluir que *un ser no puede estar en acto y en potencia a la vez y respecto de lo mismo*: si el cigoto puede ser blanco entonces es verdaderamente posible que posea la blancura en acto, pero si ya la posee en acto es absurdo decir que está en potencia de poseerla.

1. LA ESTRUCTURA DE LOS SERES SUBSTANCIALES Y ACCIDENTALES

Santo Tomás llama a todas aquellas cosas que pueden realmente llegar a existir, a las que son en potencia, sea de modo substancial o accidental, *materia*²¹. Y existe diferencia entre ser en potencia para llegar a ser substancia y ser en potencia para llegar a ser accidente. En el primer caso, llama *materia ex qua*²² –materia a partir de la cual– al ser en potencia de llegar a ser substancia; en el segundo, llama *materia in qua*²³ –materia en la cual– al ser en potencia de llegar a ser accidente, el que también puede ser denominado *sujeto*²⁴, pues es la materia en la cual pueden

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Vid.* SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* I, q117, a1; *De Veritate*, q11, a1.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

llegarán a existir los accidentes; es el sujeto en el cual existirán (o ya existen en acto) los accidentes, por lo cual *el sujeto es el que da el ser a los accidentes*, pues los sustenta.

Retomemos al cigoto: es substancia y, qué duda cabe, de algo está hecho. Y aquello de lo que está hecho es aquello que podía “servir” para ello. El cigoto no está ni podría estar hecho de una materia “incapaz” de conformarlo. La materia de lo que está actualmente hecho ciertamente no es otra sino aquella que estuvo en potencia para ello. Diremos, era “apta” para ello; es decir, posee alguna determinación por la que era capaz o se hallaba realmente en potencia para ser real o actualmente aquello de lo que el cigoto está hecho²⁵. Pero esta *materia ex qua* de la cual el cigoto, ser substancial, está hecho no es, por sí misma, lo que hace que el cigoto exista.

Evidentemente el cigoto está hecho de algo, la materia de su cuerpo, pero esa materia ha sido organizada, ordenada y dispuesta para conformar un cuerpo humano, y no otra cosa. Es cierto que con la materia del cuerpo –y sin entrar a analizar su composición a nivel molecular– se pueden conformar distintas cosas porque es apta para diversas configuraciones; así también, es claro que no es apta para cualquier configuración, pues no puede ser organizado para constituir, por ejemplo, un metal. Como sea, en este caso *es real* que la materia de la que está hecha el cigoto ha sido y está actualmente organizada como su cuerpo, y no como otra cosa diferente.

Es decir, el orden y la organización de la materia es tan real como la misma materia, pues de otro modo no habría cuerpo sino materia informe. Por tanto, junto a la materia, el ser substancial del cigoto está compuesto de un principio real que determina, ordena, organiza y dispone la materia, de tal modo que tenemos al cigoto y no otra cosa. Y es tan real este principio que sin él no existiría el cigoto: pues si se da un orden y organización completamente diverso a la materia de su cuerpo, entonces dejará de ser tal y pasará a ser una cosa nueva, distinta, hecha de tal materia, pero realmente diferente.

Comprobamos así que toda substancia corpórea, como el cigoto, está hecha de algo apto para conformar la misma substancia –*materia ex qua*–, y que esta materia, en cuanto ser en potencia de ser substancia, y precisamente por ser potencial, no es en acto sino por un principio real y determinante, que organiza la referida materia para con ella conformar y constituir la substancia. Este principio es llamado *forma substancial*²⁶.

²⁵ Cfr. ARTIGAS, Mariano y SANGUINETI, Juan José, *Filosofía de la Naturaleza*, Eunsa, Pamplona, 1984, p. 88: *la posesión actual de la forma solo es posible mientras la materia esté debidamente dispuesta. No cualquier materia puede sostener a cualquier forma, sino que siempre se da una materia propia para una forma propia: debe existir una proporción conveniente entre la materia y la forma.*

²⁶ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De principiis naturae*, 1.

La forma substancial *da el ser a la materia*²⁷: no es posible pensar en materia sino actualmente informada por alguna forma; cada vez que pensemos en una substancia corpórea podremos reparar en que de algo está hecha y que tal principio potencial a su vez está realmente organizado, de tal modo que la misma substancia corpórea es eso que es y no otra cosa. Y si nos preguntamos de qué está hecha la materia que conforma la substancia, responderemos de igual manera. Así, la forma substancial es el principio actual que da el ser al principio potencial o materia *ex qua*, y con ella conforma el ser substancial.

Luego la substancia, como el cigoto, existe, subsiste, y es esa y no otra, no por la materia de la que está hecha –que siempre es un principio potencial–, sino por la forma substancial que da el ser a la materia y la actualiza, determina, organiza, ordena y dispone como tal substancia.

Por ello es que la forma substancial es el *acto primero*^{28 29} del ser substancial: es su primera perfección, pues hace que la substancia exista, y respecto de tal perfección primera podrán existir perfecciones segundas, como las determinaciones accidentales acerca del mismo sujeto, o cualquier otro movimiento que realice el sujeto, denominados *actos segundos*. Esto resulta evidente, pues para que algo pueda actuar o realizar cualquier operación es preciso que exista; de no existir, pues no actúa. De ahí el principio *operari sequitur esse*, el obrar sigue al ser. Y, por la razón antedicha, la substancia dejará de existir –será corrompida– si su forma substancial deja de determinarla.

En consecuencia, el cigoto existe como ser substancial pues su forma substancial, acto primero, le da el ser y, asimismo, le permite moverse y realizar operaciones o actualizar sus potencias, actos segundos. Podemos añadir que, debido a que nada puede estar en acto y en potencia a la vez y respecto de lo mismo, luego la materia no puede ser causa del movimiento o la operación, porque ya que es principio potencial requiere de un principio actual que la actualice. Y el principio actual en el ser substancial es la forma, por ello *la forma es principio del ser y del movimiento en la substancia*. De esto se sigue que *las potencias activas en un ser substancial existen en razón de su acto primero*, de su forma substancial: pues si la substancia se mueve es porque puede hacerlo, luego tiene potencia para ello; pero nada pasa de la potencia al acto sino por otro en acto (porque nada pues estar en acto y potencia a la vez respecto de lo mismo), por esto los movimientos verificados en el ser substancial

²⁷ *Ibid.*

²⁸ ARISTÓTELES, *De anima*, 2.2, 412a21-29; *Metafísica*, 9.7, 1048b37-1049a18.

²⁹ *Vid.* FLANNERY, Kevin L., S. J. *Applying Aristotle in contemporary embryology*, The Thomist, Nº 67, 2003, pp. 249-278, donde desarrolla la interesante tesis según la cual la doctrina del acto primero en Aristóteles permite concluir que, para el mismo Aristóteles, el alma humana necesariamente está presente en el cigoto desde su concepción. En esta tesis sigue a BERTI, Enrico, *Quando esiste l'uomo in potenza? La tesi di Aristotele*, en *Nascita e morte dell'uomo: Problemi filosofici e scientifici*, ed. S. Biolo Marietti, Genova, 1993, pp. 115-123.

y que provienen de sí mismo son, en realidad, *actualizaciones de sus potencias activas en virtud de su misma actualidad originaria*, causada por su acto primero o forma substancial.

Es importante agregar que el movimiento en el cigoto se origina y termina en sí mismo –es *inmanente y espontáneo*–, porque es un organismo vivo, y el movimiento vital es, precisamente, el que se origina y termina en el mismo sujeto que se mueve –a diferencia del movimiento que padecen los seres inertes, que son movidos–. Luego la forma substancial es la que *anima* al cigoto: es su acto primero y principio de su movimiento inmanente y espontáneo. De ahí que a tal principio vital o animante se le llame *alma*. *La forma substancial del cigoto, y de todo viviente, es su alma*, tradicionalmente definida como *acto primero de un cuerpo natural orgánico*³⁰.

Todo viviente posee alma, pues todos se mueven a sí mismos a partir de un principio vital, actual, que como acto primero les da el ser y, desde tal perfección primera, les permite moverse o alcanzar perfecciones segundas. Resulta evidente que existen diversos tipos de seres substanciales vivientes, y si la forma substancial es la causa de que cada cual exista y sea ese ser y no otro, luego los distintos tipos de vivientes responden a diferentes tipos de formas substanciales o almas. Se distinguen los vivientes vegetales, animales y racionales según las operaciones propias que cada ser substancial realiza en correspondencia a su naturaleza. Y si la forma substancial, según recién dijimos, es causa de los distintos tipos y niveles de vida, luego será la misma forma substancial la causa de las operaciones propias en cada viviente. Dicho de otro modo, tales operaciones son actualizaciones de las potencias activas existentes en cada viviente, las cuales a su vez son causadas por su respectiva alma.

La síntesis anterior es necesaria para reparar en la particular naturaleza del alma humana: si las operaciones propias de la persona humana son de una determinada naturaleza, se sigue que dicha naturaleza será también la del alma que es su causa, pues la naturaleza de los efectos es la de sus causas, y el modo de obrar sigue al modo de ser. Pues bien, sabemos que las personas son seres racionales, capaces de abstraer la materia de las imágenes y formar conceptos universales y abstractos, los cuales son representaciones inmateriales de la esencia de las cosas reales conocidas.

Y si el concepto, efecto y producto del conocimiento intelectual es universal y abstracto –es decir, intrínsecamente independiente de la materia–, entonces necesariamente también lo ha de ser la causa que lo produce, pues no pueden existir perfecciones en el efecto que no hayan existido en su causa en acto. Por la misma razón, si la persona humana es capaz de realizar operaciones con independencia intrínseca de la materia, entonces el principio actual de tales operaciones existe, es, con

³⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *De Anima*, 412, a-b.

independencia intrínseca de la materia. Y lo que existe con independencia intrínseca de la materia es espíritu. Luego, el alma humana es espiritual y, como tal, ninguna causa puramente material será capaz de producirla, porque entonces el efecto producido sería más perfecto que la causa que lo produce, lo que es metafísicamente imposible. Solo podrá producirla e incorporarla a la materia –infundirla– una causa espiritual de mayor perfección: Dios.

2. LA ESTRUCTURA DEL SER ACCIDENTAL

Sabemos que el ser accidental existe en el sujeto que lo sustenta, el que, como materia *in qua*, está en potencia de determinaciones accidentales. Luego el accidente que el sujeto sustenta en acto está hecho de algo –su materia–, y porque es ese tal accidente y no otro, necesariamente la materia del accidente –principio potencial– ha de estar determinada actualmente por un principio actual, el cual llamamos *forma accidental*.

¿Cuál es entonces la materia de la cual el accidente está hecho? El mismo sujeto, que como materia *in qua*, o *materia segunda*, sustenta al accidente, y es la materia *en la cual* el accidente existe. Por ello, también, la materia segunda *ha de ser apta para recibir la forma accidental*, pues si no está en potencia para una forma accidental, luego jamás podrá dicho accidente estar en acto en el mismo sujeto. Así, *el cigoto es el sujeto en el cual existen y sustentan las determinaciones accidentales*, cualesquiera sean, y estas serán aquellas que el mismo sujeto pueda recibir según aquello que es. Volveremos acerca de esto más adelante.

Conviene aquí aclarar lo siguiente: la forma substancial da el ser a la materia, pero *la forma accidental no da el ser al sujeto*³¹, pues supone al sujeto ya existente que, precisamente, es el que de hecho sustenta a los accidentes. Pero el sujeto sustenta tal y cual accidente, por lo que es necesario que cada accidente posea un principio actual por el cual sea ese accidente y no otro. Tal es la forma accidental. Luego la forma accidental *solo da el ser al accidente actualizando el ser accidental en potencia*: el cigoto es blanco, y su blancura existe, ya que él, como sujeto, la sustenta. Y la sustenta pues existe en él capacidad de sustentarla. Si el cigoto no pudiera ser blanco ninguna forma accidental de la blancura podría actualizar en él una potencia inexistente. Pero su blancura es tal blancura, no otra (y podrían haber diferentes especies de blancuras), por lo cual “lo blanco” existe en el cigoto determinado por la respectiva forma accidental de *esa* blancura.

³¹ Cfr., REGO, Thomas, *Materia, Forma y Privación en Principiis naturae de Santo Tomás* [en línea]. Sapientia. 64.224 (2008), p. 114. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/materia-formaprivacion-principiis-naturae.pdf> [Fecha de consulta: junio 25 de 2015].

3. LA GENERACIÓN DEL SER SUBSTANCIAL

Si toda substancia corpórea está compuesta de materia y de forma substancial, y aunque la forma substancial da el ser a la materia, se entiende que la *generación de la substancia* o movimiento por el cual la substancia llega a existir sea un *motus ad formam*, un movimiento hacia la forma: en efecto, si la forma substancial da el ser a la materia, se comprende que la substancia llegará a existir como tal cuando la materia *ex qua* esté en acto informada por tal forma substancial. Y, siendo la materia *ex qua* actualmente informada por esa forma substancial, estará conformada la substancia, de lo cual se sigue que esa materia ya no estará en potencia de ser informada por esa forma substancial (podrá, ciertamente, estar en potencia de ser informada por otra, pero jamás por aquella que ya la informa en acto).

De lo anterior se deduce con facilidad lo siguiente: la forma substancial que da el ser a la substancia *no puede estar presente al inicio de la generación de la substancia*, pues si ya estuviera en acto estaría asimismo constituida la substancia, y no habría generación de ella. Recordemos que no se puede estar en acto y en potencia a la vez y respecto de lo mismo. El que la generación de la substancia sea un *motus ad formam* implica la *ausencia actual de esa forma substancial* y, así, del ser que esa forma aporta³²; *a contrario sensu, la presencia en acto de la forma substancial es signo de la plenitud de la generación*³³ (y de ello se sigue que todo movimiento o cambio ulterior en el mismo ser substancial sea únicamente de tipo accidental).

Entonces, *el cigoto existirá como ser substancial en acto cuando su forma substancial, su alma, esté actualmente informando su materia*. Antes de ello habrá otra substancia, pero no el cigoto; este existirá plenamente como tal por la presencia en acto de su alma³⁴.

4. LA GENERACIÓN DEL SER ACCIDENTAL

Esta es una generación *según algún aspecto*³⁵, según alguna determinación, obviamente, accidental: sabemos que el sujeto sustenta a los accidentales; estos existen en acto en él por la actualización que la respectiva forma accidental hace del ser en potencia ya presente en el sujeto para dicho ser accidental. Y para que ese movimiento ocurra es preciso que la forma accidental no esté presente; así, el accidente en acto existirá por el

³² Cfr., REGO, Thomas, *op. cit.*, p. 116.

³³ Cfr., REGO, Thomas, *op. cit.*, p. 120.

³⁴ Cfr. CAPONETTO, Mario, *op. cit.* En este interesante artículo, el autor sostiene que *desde la estricta perspectiva de la filosofía de la naturaleza no es posible sostener, con un grado razonable de certeza científica, la tesis de que el alma humana se halla presente desde el inicio del proceso generativo humano y que sea ella la que informe las organizaciones embrionarias más tempranas*.

³⁵ Cfr., REGO, Thomas, *op. cit.*, p. 116.

motus ad formam, por el movimiento hacia la forma accidental respectiva, una vez que esta, como dijimos, esté presente o se la “adquiera” y, así, se actualice la respectiva potencia de ese ser accidental.

Se sigue que *las determinaciones accidentales en el cigoto*, ya existente como ser substancial por la actual presencia de su alma informando su materia, *serán presentes y reales cuando se actualicen las respectivas potencias que el cigoto ya posee*, mediante la recepción de las formas accidentales pertinentes.

5. LOS PRINCIPIOS DE LA GENERACIÓN

Por lo anterior es que toda generación, sea del ser substancial o accidental, tiene como *punto de partida el ser en potencia*³⁶. Y el ser en potencia es la materia; en cada caso, se trata de la materia que carece de la forma –sea substancial o accidental– hacia la cual se dirige la respectiva generación. Como se ve, para que exista generación se requiere de la *privación*, es decir, la ausencia real de la forma que ha de actualizar –substancial o accidentalmente– la materia.

Tres son, entonces, los *principios de la generación: la materia, la privación y la forma*³⁷: para la generación del cigoto es preciso que exista materia apta para su conformación (materia *ex qua*), privación real de su forma substancial o alma –pues de otro modo no existiría generación del cigoto ni movimiento alguno, porque él ya existiría–, y la forma substancial hacia la cual se dirige el movimiento, forma que da el ser a la materia y, así, al cigoto en cuanto ser substancial.

A la luz de lo anterior se entiende que estando ya conformado el ser substancial, la privación que lo acompaña no es la de su forma substancial –pues si así fuera no existiría la misma substancia–; *no es la privación que actuó como principio de su propia generación, sino solo la privación de principios de generación de otras substancias y de los accidentes que el ser substancial prodía sustentar pero aún no sustenta*³⁸. Y así es que el cigoto se encuentra realmente privado de otra forma substancial –y por ello es actualmente el cigoto y no otra substancia–, y también se haya realmente privado de aquellas formas accidentales referidas a los accidentes que podría sustentar pero aún no lo hace –y por ello es tal como es y no de otro modo, aún–.

Sin perjuicio de lo anterior, el que el ser substancial se encuentre siempre privado de otras formas substanciales, y en potencia pasiva³⁹

³⁶ Cfr., SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De principiis naturae*, 1.

³⁷ Materia y privación no son dos cosas distintas; se distinguen por la razón pero refieren a una misma substancia o al mismo sujeto que está en potencia para recibir una determinada forma. Cfr., *De principiis naturae*, 2.

³⁸ Cfr. REGO, Thomas, *op. cit.*, p. 120.

³⁹ No puede ser de otro modo: pues la forma substancial da el ser a la substancia y es causa de la existencia de sus respectivas potencias activas; si la privación de cualquier otra forma

respecto de ellas, no permite concluir que la privación sea un principio constitutivo del mismo ser substancial: la substancia está constituida por materia y forma substancial, y la privación es propiedad de la materia en cuanto principio potencial; luego la privación que siempre acompaña al ser substancial ya existente *refiere únicamente a las formas que no la constituyen substancialmente, es decir, que no la hacen ser aquello que es ni le dan el ser*⁴⁰. Por tanto, si el cigoto existe como ser substancial entonces *se halla actualmente privado de cualquier otra alma* o forma substancial, pues no puede poseer más de una forma substancial o alma ni, tampoco, puede carecer de la propia si acaso ya existe, pues de otro modo no existiría.

Por ello es que, no obstante la privación de la forma substancial sea principio de la generación del mismo ser substancial, es necesario aclarar que *su ausencia no debe entenderse en sentido cronológico*: hablamos aquí de principios metafísicos que permiten explicar en sentido último la estructura y generación de las substancias. Y es que *la generación del ser substancial es siempre instantánea*⁴¹. No puede ser de otro modo: porque si la forma substancial da el ser a la materia, y la generación es un movimiento de la materia *ex qua* hacia la forma, entonces no puede existir un estado intermedio entre no tener y tener una forma⁴². Si así fuera, la forma substancial que es término de la generación no tendría materia alguna que informar, toda vez que *tal materia ex qua sencillamente no existiría al carecer de forma que le de el ser, y la forma substancial no puede actuar ni informar la nada*.

Es preciso entonces que exista una materia actualmente informada según una determinación que la haga apta para recibir otra forma substancial de la que se encuentra actualmente privada, y que en el “proceso” generativo (por el cual esta materia será informada por esa nueva forma substancial) no exista estado intermedio en el cual la materia se halle privada de toda forma substancial, pues en ese instante dejaría de existir y, con ello, no habría generación.

Esto es de la mayor relevancia: *la generación del cigoto como ser substancial es instantánea*; antes de su existencia había otra substancia cual era la materia *ex qua* apta para recibir la forma substancial o alma, y en el mismo instante en que se genera el cigoto se ha producido la *trans-*

substancial fuera una potencia activa en la substancia, entonces sería una potencia activa existente en acto en la substancia, pero causada por una forma substancial que no existe en acto en la misma substancia, lo que es imposible. La *privación* o potencia existente en la materia para *recibir* una forma substancial diversa a aquella que da el ser a la substancia *es siempre una potencia pasiva*. Sin perjuicio de ello, pues se trata de una potencia en la substancia, y dado que la forma substancial da el ser a la materia, es correcto afirmar que la privación es real en una substancia cuya forma substancial determina a la materia de tal manera que es apta para recibir una forma substancial diversa.

⁴⁰ Cfr. REGO, Thomas, *op. cit.*, p. 121.

⁴¹ Cfr. REGO, Thomas, *op. cit.*, p. 125.

⁴² *Ibíd.*

formación: la “pérdida” de la forma substancial que informaba la materia *ex qua* haciéndola apta para la generación, y la “recepción” del alma o forma substancial que da el ser al cigoto como nuevo ser substancial.

Por cierto, y según ya explicamos, no puede darse posesión y privación de la misma forma substancial respecto del mismo ser substancial. Eso es un imposible metafísico, y no es eso lo que debe entenderse al sostener que toda generación substancial es instantánea. Metafísicamente hablando es correcto sostener que la generación precede a la forma substancial⁴³, pues esta es su término. Pero ello no implica que dicho término sea cronológicamente posterior.

6. CORRUPCIÓN Y CAMBIO ACCIDENTAL EN EL SER SUBSTANCIAL

Como recién dijimos, la generación del ser substancial es instantánea, y en tal instante una substancia deja de ser informada por su forma substancial “originaria” y pasa a ser informada por otra, de la cual se hallaba privada. Y debido a que la generación importa el surgimiento de una nueva substancia, de los principios anteriores se deduce que eso es posible solo si la substancia anterior deja de existir. Se *corrompe*.

Así entonces, si la forma substancial da el ser a la materia y así al ser substancial, y la generación implica la corrupción de dicha substancia por una nueva forma substancial, se sigue que esta nueva forma substancial de la cual la substancia se halla privada ha de ser *opuesta*⁴⁴ a aquella actualmente presente en ella: porque esta da el ser mientras que la otra causará su corrupción. Ciertamente permanecerá la materia de la substancia, pero no ella en cuanto substancia, ni su forma substancial; surgirá una nueva substancia, instantáneamente, conformada por otra forma substancial que informará esa materia. Por tanto *la generación del cigoto necesariamente importa una corrupción*: la de la materia *ex qua* que, antes de recibir el alma era una substancia determinada por otra forma substancial, y que en el mismo instante de recibir el alma sufrirá la corrupción y conformará el nuevo ser substancial que es el cigoto.

Pero la nueva forma substancial podrá de hecho informar la materia en tanto esta sea apta para ello. Y lo será en tanto esté informada por una forma substancial que la determine de ese modo. Luego la privación, en tanto potencia de la materia para recibir otra forma substancial, importa la actual determinación formal de la substancia por la cual puede dejar de ser, o está en *potencia pasiva* para su propia corrupción por recepción de una *forma substancial contraria*⁴⁵. Y tal será una *forma cuyo fin es opuesto*: pues el fin de una es dar y conservar el ser de una substancia, mientras que el de la otra, junto con dar y conservar el ser de esa otra

⁴³ Vid. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Potentia*, a3, q12.

⁴⁴ Cfr. REGO, Thomas, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁵ SUPRA Nota 39.

substancia, causará la corrupción de la anterior. Se sigue que *el alma del cigoto es una forma substancial opuesta a la forma substancial que informaba la materia ex qua*, pues determina su corrupción en el mismo instante de la generación del cigoto.

El clásico principio *el fin causa la forma* puede darnos algunas luces adicionales. Para ello, volvamos al cigoto: sabemos que en él su materia, principio potencial, está actualmente informado por la forma substancial, su alma. Esta, a su vez, organiza y dispone a la materia como cuerpo del cigoto, no como otra cosa, y ello porque existe un fin por y para el cual de hecho se ha organizado y dispuesto la materia como ese cuerpo. Es obvio que el cigoto no se hizo a sí mismo ni fabricó su cuerpo, sino que requiere la acción de un agente, su *causa eficiente*, que siempre será un *principio real y positivo apto para causar la forma substancial e imprimir dicha forma en la materia*, dando así el ser a la substancia. Y dicha causa eficiente, según recién afirmamos, *ha de serlo respecto de la forma substancial*, del alma, no de la materia, pues sabemos que la materia *ex qua* existe antes y privada de la forma substancial que es término de la generación, pero el ser substancial del cigoto existe solo en (desde) el instante en que el alma informa esa materia (y, así, la generación está consumada).

Pues bien, la causa eficiente del cigoto tuvo *un fin*⁴⁶, pues todo agente obra por un fin, y en razón de ese fin –que consiste en la conformación del mismo cigoto y no de otra cosa– es que se ha organizado y dispuesto la materia de manera que sea el cuerpo del cigoto y nada más, de modo que la generación del cigoto importará la *consecución del mismo fin*. Dicho de otra manera, *la materia está ordenada en razón de un fin*, el cual es causa de la forma que, precisamente, determina y da el ser a la materia. Por ello es que un *fin contrario implica una forma opuesta* que ordenará la materia de tal manera que la substancia dejará de ser lo que es –sufrirá la corrupción– y pasará a ser una nueva y diferente. Pero nada puede dar lo que no tiene ni producir un efecto sin virtud en acto para ello. Y si es en acto, luego es real. Por tanto, la forma substancial que causará la corrupción de una substancia en la generación de otra es realmente *contraria al fin* de aquella que será “removida” en la generación del ser substancial.

Así, el cigoto dejará de ser tal cuando algún agente extrínseco, actuando como causa eficiente y movido por un fin siempre diferente de conservar el cigoto como ser substancial –por tanto opuesto al fin de conservarlo–, de hecho “imprima” la forma proporcionada a ese nuevo fin en la materia: esta, actualmente privada de toda otra forma substancial salvo aquella que le da el ser, sufrirá su corrupción en el instante en que se le una la nueva forma substancial que jamás, en ningún caso, tendrá por fin la

⁴⁶ Cfr., SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De principiis naturae*, 3.

conservación del cigoto, porque si así fuera no existiría corrupción del cigoto ni generación de una substancia diferente.

La consecuencia de lo anterior es que *la materia ex qua del ser substancial permanece ordenada, organizada y dispuesta del mismo modo en tanto es informada por su misma forma substancial en razón de un fin que necesariamente consiste en la conservación de su forma y perfección del mismo ser substancial*, y la generación de una nueva substancia implica que la materia es ordenada y dispuesta de un modo diferente según la nueva forma substancial que da el ser a dicha materia.

Por tanto *el cigoto será el mismo ser substancial mientras su materia continúe ordenada, organizada y dispuesta –actualizada–, por su misma alma*. Esto es lo que llamamos *continuidad formal de la substancia*, la cual se verifica, como se deduce, por la *inequívoca disposición de la materia respecto de un mismo fin, que no es otro sino la conservación de su propia forma y la perfección del mismo ser substancial*. Y dado que no hay efecto real sin causa real, y debido a que la materia es un principio potencial y determinable que no puede, por ello, actualizarse ni determinarse a sí misma, entonces lo que hemos llamado inequívoca disposición de la materia respecto de un mismo fin se manifestará como *la continua organización y orden de la materia por el influjo actual, presente, de su misma forma substancial*.

A contrario sensu, el cambio substancial –la corrupción de la substancia y generación de una nueva– importa “discontinuidad de fin”, pues en él se actualiza la potencia pasiva para la corrupción del ser substancial, por lo cual la materia será “desordenada” respecto del fin de la forma substancial previa, y en ese instante “ordenada” según el fin de la nueva forma substancial. Por ello, insistimos, es que *la continua e inequívoca disposición de la materia respecto de un mismo fin demuestra que estamos, aún, frente al mismo ser substancial, y, a contrario sensu, la desorganización de la materia, o su organización y ordenación diversa, es prueba del influjo actual de una forma substancial también diferente, por lo cual estaremos frente a una nueva y distinta substancia*.

Ahora bien, refiriéndonos a la generación del ser accidental en un mismo sujeto podemos aplicar los principios anteriores y concluir que, no obstante la determinación adjetiva y real que causará en el sujeto la actualización del ser en potencia para el ser accidental, mientras la materia *in qua* permanezca de hecho *inequívocamente ordenada y dispuesta del mismo modo y en razón de un mismo fin –que, reiteramos, será siempre la conservación de su propia forma substancial y la perfección de dicha substancia–*, necesariamente estaremos frente a un *cambio accidental*, el cual, sabemos, supone la existencia continua del sujeto que sustenta los respectivos accidentes. Es decir, *el cambio o movimiento sucesivo que importa unidad de fin siempre se realizará en un mismo sujeto*, pues es signo inequívoco de que permanece la misma forma substancial o acto

primero dando el ser a esa materia y *ordenando sus actos hacia la perfección de la misma substancia*.

Por tanto, cualesquiera sean los movimientos verificables en el cigoto como ser substancial, la inequívoca y continua disposición y organización de su materia, ordenada a la conservación de su propia forma substancial como a la perfección de la misma substancia, será prueba de que permanece en él la causa de ese orden y finalidad y, por ello, *estaremos frente al mismo ser substancial, el mismo cigoto, que se modifica accidentalmente por actualización de sus potencias*.

Nos parece que estas razones ofrecen una dificultad importante a la doctrina de la animación retardada⁴⁷, que sostiene que la generación de la persona proviene de la infusión de diversas almas: primero la vegetativa, luego la sensitiva y, finalmente, el alma racional. Cada una de tales infusiones importa un cambio substancial, por tanto, una corrupción de la substancia que como materia *ex qua* recibe una nueva forma substancial.

Pero en este caso se trataría, cada vez, de una forma substancial más perfecta que contiene las potencias de las inferiores; es más, esta doctrina enseña que el proceso generativo humano es un *motus ad formam* para alcanzar su plenitud en la infusión del alma racional, preparando para ello el cuerpo, de modo que sea apto para dicha actualización, lo cual sería coherente con un progresivo perfeccionamiento del cuerpo mediante la infusión de almas, también cada vez más perfectas. Habría así unidad de fin, con lo cual cada cambio substancial no implicaría la desorganización de la materia por la corrupción de la substancia. Entonces, la disposición y organización de la materia no sería prueba, bajo esta teoría, de la continuidad formal de la substancia: se verificarían cambios substanciales, instantáneos cada uno e imperceptibles sensiblemente, que por su unidad de fin implicarían esa continuidad del orden actualizado en la materia.

Pensamos que ese razonamiento adolece de varios errores: recordemos que la substancia no tiene mayores potencias que aquellas que le corresponden según aquello que es, y ello según su actualidad causada por su misma forma substancial. Sostener que un alma vegetativa prepara el cuerpo para la recepción de un alma sensitiva supone que el alma sensitiva tiene potencia para alcanzar ese fin. Pero decir ello es sostener que el alma vegetativa tiene mayor potencialidad que su propia actualidad, pues sería capaz de alcanzar un acto mayor que su propio acto primero, que es puramente vegetativo; sería capaz de obrar y producir efectos de naturaleza superior a los que produce la causa que le da el ser, su

⁴⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* I, q76, a3 ad 3; I, q118, a2 ad 2; *Suma contra Gentiles* II, q89, a9; *De spiritualibus creaturam* III, ad 13, entre muchos otros pasajes de su obra. En la misma línea, *Vid.* BARBADO Viejo, Manuel Fr. O. P., *¿Cuándo se une el alma al cuerpo?*, Revista de Filosofía Instituto Luis Vives, Año 2, 1943, pp. 7-60; CAPONETTO, Mario, *op. cit.*; DONCEEL, Joseph, *op. cit.*; PASNAU, Robert, *op. cit.*, p. 111, entre otros. Para una detallada exposición de esta teoría y sus defensores, *Vid.* UGARTE, José Joaquín, *op. cit.*, pp. 264-283.

propia forma substancial. Pero los efectos son siempre proporcionados a la naturaleza de sus causas en acto, de modo que ninguna causa puede producir efectos de mayor perfección o actualidad que sí mismas (en concreto, el alma vegetativa tendría que ser capaz de producir órganos sensitivos en el cuerpo, porque estos son necesarios para la operación de las potencias propias del alma sensitiva. Pero los vegetales no tienen órganos sensitivos, luego la forma substancial vegetativa, bajo esta teoría, sería capaz de producir efectos que superan su propia actualidad). Otro tanto podemos decir respecto del alma sensitiva y su operación preparando el cuerpo para la recepción del alma racional. El principio es claro: quien no puede lo menos, tampoco lo más⁴⁸.

Contra ello podríamos pensar que, de hecho, es lo que ocurre entre la materia *ex qua* y la actualización de ella por la forma substancial humana en el instante de la concepción: si la materia *ex qua* es apta para recibir el alma es porque posee actualmente determinación formal que causa en ella la potencia para recibir esa alma. Luego, de algún modo, la forma substancial de la materia *ex qua* la ha preparado y dispuesto convenientemente para recibir una forma más perfecta, produciendo así efectos superiores a los que de hecho puede producir su misma causa en acto. ¿Cómo se explica ello?

Debemos evitar el absurdo metafísico, por lo cual reafirmamos el principio que lo menos no produce lo más. Y si tenemos presente que la materia *ex qua* de la cual procede el cigoto no es un organismo antes de la presencia actual del alma, se entiende que esta, como acto primero, le da todo el ser en cuanto viviente. Luego no se espera que un no viviente opere disponiéndose de modo adecuado para operar como ser vivo, lo cual es imposible. Pero si es una *causa extrínseca y superior* la que le da todo el ser de viviente, no hay obstáculo filosófico en ello.

Distinto es el caso propuesto por la teoría de la animación retardada: en ella se espera que un viviente meramente vegetativo opere y alcance perfecciones propias de un viviente sensitivo, y luego se espera lo mismo de este respecto de perfecciones propias de un viviente racional. En todas las hipótesis se espera que el viviente opere por virtud intrínseca, *por su propia actualidad*, para alcanzar efectos que su misma actualidad no puede alcanzar. Esto es ilógico y metafísicamente imposible. Y si se dice que en cada caso será una causa extrínseca superior la que producirá tales efectos, luego se refuta igualmente la teoría, pues no será la propia forma

⁴⁸ Cfr. HEANY, Stephen J., *Aquinas and the presence of the human soul in the early embryo*, The Tomist, N° 56, 1992, p. 27, y p. 38, refutando en el mismo punto a WALLACE, William A. O. P., *Nature and human nature as the norm in medical ethics*, Kluwer, Dordrecht, 1989, pp. 23-52, quien sostiene que la teoría de la animación retardada es más coherente con los descubrimientos de la ciencia moderna, según la cual aquello que muestra funciones puramente vegetativas debe ser considerado un vegetal, y no como otra cosa no obstante tenga potencial para convertirse eventualmente en ella.

substantial del viviente la que dispondrá la materia para su actualización por una forma superior.

Podemos también agregar lo siguiente: ya vimos que el orden propio del movimiento verificado en un mismo ser substancial se dirige a la conservación de la propia forma substancial y perfección de aquella substancia. Contra esto, la teoría de la sucesión de formas substanciales sostiene que el movimiento propio de la substancia viva se dirige en la “dirección” exactamente contraria, pues ordenaría la materia para la posterior corrupción de la substancia. Pero esto es imposible: porque la posibilidad de corrupción es prueba de que existe potencia pasiva para recibir una forma substancial opuesta, y no de su presencal actual. Sostener que el viviente vive para su propia corrupción, es decir, que su forma substancial, su acto primero, a la vez, da el ser y lo sustenta para asimismo quitarlo o removerlo, ordenando los actos segundos del ser substancial en sentido opuesto a su perfección natural, es imposible. La forma, en cuanto principio actual, no está a su vez en potencia, pero debería estarlo para poder ordenar de un modo a la substancia y asimismo ordenarla de modo contrario.

Siendo, por tanto, metafísicamente imposible que diversas formas substanciales, distintas almas, informen sucesivamente al cigoto, es factible concluir que, debido a que ya existe actualmente un alma dando el ser, y que dicha alma no es vegetativa ni sensitiva, luego concluimos que es el alma racional. Y porque el alma racional, acto primero, es causa del ser y de las operaciones del mismo ser substancial, luego *el alma racional determina al cigoto como substancia racional desde su misma generación.*

7. LOS ACCIDENTES EN ACTO Y LA POTENCIALIDAD *AB INITIO*

Volvamos a un punto antes señalado y de máxima relevancia, cual es la privación que acompaña al ser substancial respecto de formas accidentales: la forma accidental se niega, como es obvio, de todo ser que no tiene potencia para recibirla. Luego se niega de los seres que no existen ni pueden existir como seres substanciales, y asimismo *se niega de los seres substanciales que existen pero que no poseen la potencia para tales formas accidentales desde su misma generación*⁴⁹. Solo resta decir que se dicen privados en acto de una determinada forma accidental aquellos seres substanciales que desde su misma generación tienen potencia para poseer tales formas accidentales, pero que actualmente no la tienen; luego, están privados de ella. Estos son los seres que, a decir de Santo Tomás, *han nacido para llegar a ser tal cosa*⁵⁰:

⁴⁹ Cfr. REGO, Thomas, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁰ Vid. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De principiis naturae*, 2.

La substancia está compuesta, según ya vimos, de materia y forma substancial. Y el mismo ser substancial, ya constituido, es sujeto o materia *in qua* para los accidentes, o se halla en potencia para el ser accidental. Los accidentes, dijimos también, existen en el sujeto, el cual los sustenta. Y si el sujeto es el que da el ser a los accidentes, se entiende que solo podrán existir en él y en acto aquellos accidentes que realmente *puede* sustentar. Dicho de otro modo, *podrán ser accidentes en acto en el sujeto solo aquellos que previamente fueron en potencia*: la materia *in qua* o sujeto (la misma substancia) es algo, no es todo. Y siendo algo, siendo eso y no otra cosa, está en potencia, es apta, según aquello que es y en proporción a ello. No más, no menos.

Es absurdo pensar en un ser substancial con mayor potencialidad que aquello que es: se daría el imposible según el cual la potencialidad del ente superaría su actualidad, no obstante sea su actualidad la que sustenta tal potencialidad. Otro tanto podemos decir en relación con la misma potencialidad: no existe una potencialidad actualmente mayor que sí misma, pues sería algo distinta de lo que actualmente es. Pero tal absurdo es la única razón posible para decir que un sujeto posee en acto accidentes mayores o diversos a aquellos que en potencia puede sustentar. Toda potencialidad es lo que es, tal cual es, ni mayor ni menor que lo que es.

Por tanto, *los accidentes que actualmente sustente cualquier sujeto solo serán aquellos que el mismo sujeto puede sustentar según aquello que es, es decir, tal cual es desde su generación*. Y ya que el sujeto tiene el ser por su forma substancial, luego estará en potencia y privado de aquellas formas accidentales que, en razón de la determinación de su propia forma substancial en la materia *ex qua*, puede llegar a sustentar. Dicho de otro modo: si el sujeto solo podrá sustentar los accidentes de que se haya privado en tanto es tal sujeto y no otro, y la causa de que sea ese y no otro sujeto es su forma substancial, luego podrá sustentar únicamente aquellos accidentes *para los cuales ha nacido*, y ha nacido para sustentar aquellos que así le permite su forma substancial, pues esta, en su presencia actual, es la plenitud de su misma generación: *sin ella el sujeto sencillamente no ha nacido*.

Por cierto, lo anterior no implica que todo sujeto actualmente sustente todos y cada uno de los accidentes que puede sustentar; bien puede ser que sustente algunos, no todos, y pueda sustentar otros pero aún no lo haga, o jamás llegue a hacerlo. El punto es que si llega a sustentarlos es porque tiene real y proporcionada potencia –activa o pasiva– para ello. Pero si no es real la potencialidad de sustentar un determinado accidente, sencillamente ese accidente no podrá existir actualmente en la misma substancia. Jamás. Así como de la nada, nada sale, y nada da lo que no tiene, también podemos decir que nada sustentará lo que no puede sustentar.

Resta aplicar los principios anteriores para explicar las causas acerca de la generación del ser accidental que determina “disminución” en el ser

substantial, es decir, un daño, como podría ser la ceguera que padece Pedro⁵¹. Él realmente puede sustentar el accidente de la ceguera porque naturalmente le corresponde ver; es decir, tiene *ab initio* potencia para recibir la forma accidental que actualiza la misma potencia visiva. Si Pedro no tuviera esta potencia, entonces por la misma razón no podría padecer ceguera: *carecer actualmente de una forma accidental es prueba de la potencia para sustentar dicha forma accidental como bien o perfección debida al mismo sujeto según aquello que es*. Luego, y ya que la posesión en acto de una forma accidental es siempre referida a un sujeto concreto y su potencialidad *ab initio*, entonces la posesión en acto de una forma accidental contraria supone la potencialidad real del sujeto para la forma accidental “natural”⁵².

Sigamos, entonces, con el cigoto: él es substancia y es sujeto de accidentes. En él existe su blancura. Y existe porque el cigoto podía ser blanco; si jamás hubiera podido serlo, sencillamente no sería blanco ni existiría en él la blancura, como es obvio. El cigoto, substancia, es lo que es. Y, siendo eso y no otra cosa, no podrá sustentar o dar el ser a ningún accidente respecto del cual no tenga, realmente, potencia o capacidad de sustentar. ¿Podrían existir en el cigoto accidentes mayores a los que él, según lo que es, puede activa o pasivamente sustentar? Imposible. Y de ello se sigue que *todos los accidentes que el cigoto posea alguna vez en acto se deberán a la actualización de alguna de sus potencias ya presentes en él desde su misma generación*.

Podría objetarse lo anterior diciendo que el cigoto actualmente no tiene potencia para sustentar un accidente en particular, pero que podría llegar a adquirir esa potencialidad y, gracias a ella, podría llegar a sustentar tal accidente. Tal sería el caso del cigoto, que actualmente no puede tocar piano, pero podría aprender a hacerlo y, habiendo aprendido, sería entonces capaz de hacerlo. Conforme. Pero es preciso reparar que si el cigoto eventualmente llegara a adquirir esa nueva potencialidad, ello sería real si y solo si él mismo, tal cual es, poseía previamente la capacidad para adquirir esa nueva potencialidad... Es decir, la “nueva potencialidad adquirida” supone la potencia para adquirirla, pues de otro modo sería imposible adquirirla y, de hecho, jamás se adquiriría. Por eso es que, en rigor, no se tratará de nuevas potencialidades adquiridas gracias a la previa potencialidad de adquirirlas: más bien, se tratará de *progresivas y nuevas*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Y, por ello, el mal se dice como *privación de lo bueno particular en un sujeto apto por naturaleza para poseer la perfección de que carece*. Basta considerar este principio para desechar todos los argumentos que niegan la personalidad del cigoto humano desde su concepción basándose en eventos posteriores que importan un desarrollo defectuoso del mismo sujeto.

*actualizaciones accidentales de una potencia ya existente ab initio*⁵³, esto es, desde que la substancia ha sido generada.

En consecuencia, en todo sujeto serán (o podrán ser) accidentes en acto solo aquellos que previamente fueron en potencia, incluyendo por cierto los accidentes que disminuyen o dañan la misma substancia. A mayor abundamiento, es claro entonces que la sustentación progresiva o sucesiva de accidentes en un mismo sujeto a lo largo del tiempo siempre será posible en tanto se trate de accidentes que en el mismo sujeto fueron en potencia; es decir, el sujeto o materia *in qua*, por ser lo que es, en proporción a aquello que es, y asimismo por causa de ser lo que es, posee una potencia o *capacidad sustentadora ab initio*, desde que es aquello que es, y todos los accidentes que sustente en acto serán proporcionados a dicha potencialidad inicial, la cual, en tanto materia *in qua*, es causada por la forma substancial que determina y da el ser a la materia *ex qua* y, asimismo, a la substancia.

Y así ocurrirá también si el cigoto se ve privado de alguna determinación o perfección accidental que por su mismo ser substancial le corresponde poseer: *la carencia de esa perfección será prueba de que en el cigoto existe actualmente la potencia para poseer tal perfección*, pues si fuera imposible que la poseyera, así también sería imposible que padeciera el defecto referido a la actualización de una potencia inexistente.

Ahora bien, la posesión en acto de determinadas formas accidentales no siempre proviene de la actualización de una potencia activa; a veces será por la actualización de una potencia pasiva. En el primer caso, la actualización de la potencia activa se producirá siempre por *virtud intrínseca* del mismo sujeto, en el segundo se deberá a la intervención de alguna causa extrínseca. Si, como vimos, lo característico del movimiento vital es su *inmanencia*, luego todo el movimiento vital del ser substancial proviene del influjo actual de su alma que, como acto primero, actualiza

⁵³ Toda actualización de una potencia próxima implica en realidad la actualización de una potencia remota, presente en el sujeto esencialmente. Así, la actualización de las potencias racionales en el sujeto es signo de la actualización de una potencia presente en el mismo desde que existe como tal, por lo cual la personalidad del embrión no es un predicado atribuible a un momento de su existencia en el cual o a partir del cual se ejerce en acto la racionalidad, sino que es un predicado que se atribuye al sujeto por su misma naturaleza. *Vid.* GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *On potentiality and respect for embryos. A reply to Mary Mabouald*, *Theoretical Medicine and Bioethics*, 26, Springer, 2005, pp. 105-110; también GÓMEZ-LOBO, Alfonso y GEORGE, Robert P., *The moral status of the human embryo*, *Perspectives in Biology and Medicine*, Volume 48, Number 2, The John Hopkins University Press, 2005, pp. 201-210. Contra lo anterior, *Vid.* STRONG, Carlson, *Preembryo Personhood: an assessment of the President's Council Arguments*, *Theoretical Medicine and Bioethics*, 27, Springer, 2006, pp. 433-453. A nuestro juicio, Strong ignora por completo la verdad según la cual un mismo ser substancial únicamente posee y podrá actualizar las potencias presentes en sí desde el instante de su generación y, por lo mismo, toda su argumentación adolece de una gravísima petición de principio: pues asume que es posible que un efecto no tenga causa, o que sea mayor que su causa en acto, lo cual es metafísicamente imposible. También, *Vid.* ERK, Christian, *Potential persons or persons with potential? A Thomistic perspective*, *Bioethica Forum*, V. 5, N° 3, 2012, pp. 105-111.

sus potencias activas⁵⁴ en razón de la perfección de la propia substancia. Y si la continuidad formal del ser substancial se demuestra por la inequívoca ordenación de sus movimientos hacia la conservación de su propia forma y perfección de la misma substancia, se entiende que *el movimiento vital de esta substancia viva se dirija, precisamente, a la posesión en acto de las formas accidentales que la perfeccionan según su especie*⁵⁵.

Por tanto, debido a que todas las potencias del ser substancial se hayan en el *ab initio*, luego necesariamente existe en el cigoto, desde el instante de su generación, la potencialidad activa para poseer en acto las formas accidentales propias de su especie, y *todos los accidentes de la especie que llegue a poseer en acto, cualquiera sea el tiempo posterior, serán prueba de que el mismo ser substancial, desde su generación, poseía potencia activa para tales actos y que, por virtud intrínseca –su propia alma– se ha movido en esa dirección, respecto de ese fin.*

Esto es relevante: la generación de un ser substancial determina, como es obvio, que dicho ser sea el que es, no otro; es decir, posee desde su generación una determinada *naturaleza*, por la cual es lo que es y puede actuar de acuerdo con aquello que es, pues el obrar sigue al ser. Luego ninguna de sus operaciones sucesivas podrá ser realizada sino a partir de su misma naturaleza. Ninguna operación posterior o futura *del* ser substancial podrá ser realizada sino *por él* respecto de *lo que es* esencialmente, desde su misma generación. Por eso, si el alma racional es la forma substancial del cigoto, y por ella es lo que es y posee su propia naturaleza, luego el cigoto *es substancia de naturaleza racional*.

Por cierto, sabemos que el ser substancial puede cambiar permaneciendo él mismo mediante la posesión actual de aquellas formas accidentales para las cuales posee potencia real desde su generación. Y porque tales accidentes en acto suponen al mismo sujeto que los sustenta y sus potencias activas para poseerlos, presentes *ab initio*, resulta absurdo pretender definir al mismo ser substancial o, peor, fijar el instante de su generación como tal, a partir de la actualización de determinadas potencias, sean estas activas o pasivas: el cigoto no dejará de ser el mismo ser substancial ni modificará su naturaleza por el hecho de actualizar o no una u otra de sus potencias ya presentes desde su generación, sin perjuicio de que, por cierto, si no logra actualizar ciertas potencias no podrá continuar con su desarrollo; pero si se corrompe y deja de existir es porque previamente existe como ser substancial, como sujeto de todo movimiento posterior

⁵⁴ Lo cual no implica, ciertamente, que la actualización de las potencias activas del sujeto puede prescindir del cumplimiento de condiciones extrínsecas. Al respecto, *Vid.* infra Nota 56.

⁵⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles*, II, 83: *pues antes se atribuye a cada uno lo que le es conveniente según la naturaleza que lo que está fuera del orden de la misma; en efecto, lo que conviene a uno fuera de su orden natural le adviene de modo accidental; pero lo que le viene de su naturaleza lo tiene esencialmente; mas lo que es accidental siempre es posterior a lo esencial.*

a su generación, y como sujeto asimismo de aquellas potencias que no llegarán a ser actualizadas por diversas razones. Este error *confunde los actos segundos con el acto primero*, lo cual es un absurdo metafísico.

Otro tanto ocurre al pretender definir el ser substancial o fijar el instante de su generación en momentos diversos que importan la verificación de condiciones sin las cuales la continuidad del proceso iniciado en la concepción no podría continuar⁵⁶. Este razonamiento adolece de un defecto lógico importante, pues *confunde la causa de la existencia con la verificación de condiciones para la subsistencia*; la causa da el ser, las condiciones permiten a la causa operar o seguir operando, pero no la sustituyen. El que exista un ser substancial no implica que este sea autosuficiente para subsistir; todo ser vivo requiere el cumplimiento de condiciones para actualizar algunas de sus potencias, no obstante se trate de potencias activas que operan en razón de su propia forma substancial, por virtud intrínseca. Por ello es que toda persona tiene potencia activa para su crecimiento, pero ninguna podrá crecer si no se alimenta. Así, quien no distingue, se confunde.

Resueltas esas objeciones, y a la luz de lo demostrado hasta ahora, podemos retomar los datos que al efecto nos entregan las ciencias biológicas –consignados sintéticamente en el numeral 1 de este estudio–, y concluir con certeza que la nueva célula humana producto de la unión de los gametos en el momento de la concepción es la materia *ex qua* que informa el alma racional, que como acto primero da el ser a la materia y la organiza y dispone para actos segundos en razón de un fin, todos ellos se realizan de manera inmanente, por actualización de potencias activas existentes *ab initio*, en un proceso continuo de desarrollo y cambio accidental, a lo largo del cual permanece la misma substancia como sujeto o materia *in qua* que sustenta cada uno de los accidentes de la especie humana.

⁵⁶ SINGER, *op. cit.*, p. 205, incurre en este error, negando incluso la potencialidad de que el embrión llegue a convertirse en persona fuera del ambiente necesario para su desarrollo, con lo cual, aun afirmando la tesis de que el embrión no es persona en acto sino en potencia, los embriones producidos mediante técnicas de reproducción asistida ni siquiera serían personas en potencia. Adolece del mismo error el razonamiento de TOOLEY, Michael, *Abortion and Infanticide*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 303, quien afirma que no puede considerarse persona a un ser que carece actualmente de deseos o intereses no momentáneos. El argumento ya expuesto refuta todos estos planteamientos; a mayor abundamiento, es interesante agregar el ejemplo que utiliza EBERL, Jason T., *A thomistic perspective on the beginning of personhood: Redux*, p. 283: si el traje de un astronauta deja de suministrar oxígeno, el astronauta morirá en poco tiempo; pero si otro astronauta logra arreglar su traje y, con ello, el suministro de oxígeno, el afectado por este desperfecto podrá seguir viviendo, lo que demuestra que el astronauta tenía la capacidad intrínseca de respirar, con independencia del requisito ambiental para el ejercicio de dicha capacidad. Otro tanto en EBERL, Jason T., y BROWN, Barndon P., *Brain life and the argument from potential: affirming the ontological status of human embryos and fetuses*, en NAPIER, Stephen (editor), *Persons, Moral Worth and Embryos*, Philosophy and Medicine 111, Springer, 2001, pp. 50-51.

Esta continuidad formal del mismo ser substancial permite afirmar, sin duda, que el cigoto, desde la concepción, es substancia de naturaleza racional.

8. LA INDIVIDUACIÓN DEL SER SUBSTANCIAL Y EL INSTANTE DE LA INDIVIDUACIÓN

El ser individual es un modo de ser de la substancia, por el cual esta es *indistinta de sí y distinta de todo otro ser*⁵⁷. Se dice individuo del sujeto que subsiste en sí, es actualmente indiviso, que es permanentemente idéntico a sí y, por ello, numéricamente uno y distinto de todo otro, es decir, *incomunicable ontológicamente*⁵⁸: porque lo que hace al sujeto ser idéntico a sí es exclusivamente propio de sí, pues si fuera común a cualquier otro, entonces ese otro sería a su vez idéntico al primero, y ya no habría distinción numérica entre ellos, sino que serían el mismo.

La incomunicabilidad es el efecto metafísico de aquello que causa la individuación, y en las substancias corpóreas tal causa es la *materia* en que se imprime la forma, dando así lugar al ser substancial compuesto. En efecto, lo primero por lo cual sensiblemente podemos distinguir entre individuos numéricamente distintos es por su localización: vemos uno aquí y otro más allá. Pero la localización del ser substancial es un accidente que proviene de su ser corpóreo; es decir, las substancias corpóreas ocupan un lugar, pues tienen partes distendidas, porque poseen cantidad, el que a su vez es un accidente intrínseco que sigue a la materia.

Por ello es que tradicionalmente se dice que la materia signada por la cantidad –*materia signata quantitate*– es principio de individuación de la substancia corpórea. Luego, podemos distinguir entre un sujeto y otro gracias a su materia determinada por el accidente de cantidad. Sin materia individuada no existirá aquello en y por lo cual el sujeto es idéntico a sí, y sin ello no habrá, tampoco, distinción real y numérica respecto de otro, con lo cual, finalmente, no existirá individuo.

Es más: según ya vimos, la continuidad de la organización y disposición de la materia es signo de la continuidad formal de la substancia, es decir, es prueba de que estamos frente a la misma substancia, sin perjuicio de sus modificaciones por determinaciones accidentales continuas o esporádicas. Pero sabemos que la materia es lo potencial, y, como tal, no puede ser determinante. En efecto, la materia es sujeto de inhesión de la forma substancial que le da el ser y, con ella, se conforma la substancia. Es la forma el principio actual y determinante, por lo cual *la materia no puede ser la causa de la individuación*.

⁵⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* I, q29, a3-4.

⁵⁸ Sobre individuo *Vid.* ASTACIO, Martín, *La identidad filosófica del individuo, visión tomista*, [en línea]. A Parte Rei, 17. Disponible en: <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/> [Fecha de consulta: junio 25 de 2015]; también FAINTANIN, Paulo, *op.cit.*

A mayor abundamiento, ser individuo es ser uno e indistinto de sí, distinto de otros. Y para ser uno se requiere la unidad del mismo ser substancial, pues para el ente concreto *es lo mismo ser, ser uno y ser lo que es*⁵⁹. Pero el ser no proviene de la materia sino de la forma, como asimismo ser uno y ser lo que es no puede ser determinado por un principio de suyo determinable como lo es la materia, sino por uno determinante, la forma. Luego la forma ha de ser la causa de la individuación del ser substancial.

Esta aparente contradicción obliga a distinguir: efectivamente la materia es principio de individuación en la substancia corpórea pero no como causa de la individuación sino *solo en cuanto a la incoación*, esto es, como sujeto de la acción de la forma⁶⁰. Luego la materia participa, sin duda, en la individuación de la substancia corpórea en cuanto a la incoación de la forma substancial, y esta, en cambio, al dar el ser a la materia y al mismo ser substancial conformado con ella, es la causa de la unidad de la substancia, como también es causa de su identidad consigo misma, de que sea indistinta de sí y numéricamente la misma y distinta de toda otra. Luego la forma substancial es la causa de la individualidad del ser substancial.

Al efecto recordemos lo ya dicho: la presencia actual de la forma substancial es requisito para la continuidad del ser de la substancia, pues la corrupción de esta ocurrirá, precisamente, cuando su forma substancial sea reemplazada por otra diferente. Por ello una substancia corpórea sería idéntica a otra sí y solo sí poseen idéntica forma substancial informando su materia, lo cual es imposible⁶¹. Así, la causa de la “individualidad continuada o subsistente”, de la *individualidad ontológica* de la substancia es causada por *la presencia actual de su misma forma substancial*, por lo cual es perfectamente posible que una substancia sufra modificaciones en su materia sin por ello dejar de ser esencialmente y numéricamente la misma (en tanto su materia permanezca organizada y dispuesta en razón de la conservación de la misma forma y perfección de aquella substancia).

Así las cosas, ya que la presencia actual de la forma substancial es la causa de la individualidad en la substancia corpórea, y la presencia de la forma substancial –acto primero– es el término de la generación, *entonces el cigoto es individuo desde el instante de su misma generación en la concepción, y su individualidad ontológica permanecerá hasta que sobrevenga su corrupción.*

⁵⁹ Cfr. CASANOVA, Carlos, *Ha superado la noción de persona que postula la fenomenología realista a la noción clásica, boeciana, de persona?* [en línea]. Synesis, v. 5, n. 2, p. 12-26, dec. 2013. Disponible en: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=synesis&page=articulo&op=view&path%5B%5D=431>. [Fecha de consulta: junio 25 de 2015].

⁶⁰ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* I, q29, a3 ad 4; *De Ente et Essentia*, 4. Vid. CASANOVA, Carlos, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁶¹ Vid. EBERL, Jason T., *Aquinas on the nature of human beings*, The Review of Metaphysics, 58, 2004, pp. 333-365.

Por tanto, *el cigoto es substancia individual de naturaleza racional desde su generación en el instante de la concepción. Así, desde ese instante es persona*⁶².

III. EL PROBLEMA DE LA INDIVIDUACIÓN DEL CIGOTO FRENTE A LA GEMELACIÓN MONOCIGÓTICA

Hemos visto que toda generación es instantánea, pues no puede existir tiempo intermedio entre tener y no tener una forma substancial actualmente informando y dando el ser a una substancia. Asimismo, debido a que la presencia actual de la forma substancial es la causa del ser y de la individuación, y siendo esta el término de la generación, sabemos entonces que existe la persona desde el mismo instante de su generación, es decir, desde su concepción.

Pero en el evento de la gemelación monocigótica de hecho surgen uno o más individuos de la misma especie. ¿Cómo es, entonces, que siendo la persona un individuo desde su misma generación esté a la vez en potencia de ser dos o más individuos de la misma especie? Más bien pareciera que el cigoto es un conjunto de células desde las cuales surgen los gemelos; el cigoto sería la materia *ex qua* apta para recibir la forma substancial humana, el alma, por lo que no existiría individuo humano personal con anterioridad a este evento o a su descarte⁶³; si esta entidad está compuesta de ocho células totipotenciales, luego habría allí ocho potenciales individuos, cada uno orientado a un desarrollo futuro⁶⁴. Incluso concediendo el que el cigoto sea desde la concepción un individuo humano, no sería ontológicamente el mismo en relación con el niño o los niños que nacerán en el futuro, pues existiría en él una potencia activa para convertirse en más de un individuo⁶⁵.

Nuevamente hay que distinguir y avanzar sin renunciar a las certezas ya adquiridas, pues de otro modo, además de incoherencia, resulta imposible desarrollar un razonamiento demostrativo. Comenzaremos descartando alternativas en razón de su imposibilidad metafísica:

No podemos admitir como premisa el que la persona posea en acto más de una forma substancial⁶⁶: ya sabemos que posee en acto su alma racional y que se encuentra privada de toda otra forma substancial distinta de la que lo informa.

⁶² En coherencia con esta conclusión, en adelante hablaremos de persona, no de cigoto, salvo que sea necesario usar ese término.

⁶³ *Vid.* SUPRA Nota 4. Es el principal argumento de los autores allí referidos.

⁶⁴ *Cfr.* SINGER, Peter, *op. cit.*, p. 191.

⁶⁵ *Cfr.* SUPRA Nota 8.

⁶⁶ Este es el error en que incurre, por ejemplo, *Cfr.* KOCH-HERSHENOV, Rose, *Totipotency, twinning and Ensoulment at Fertilization*, *Journal of Medicine and Philosophy*, V. 31, 2006, pp. 158-160.

Tampoco podemos admitir que la persona sufra la corrupción de su ser substancial en el instante en que surgen uno o más gemelos genéticamente idénticos, y ello porque es un hecho probado que en ella no se detiene el movimiento ordenado hacia la actualización de sus potencias específicamente humanas, movimiento ya iniciado en el instante de la concepción⁶⁷, junto al cual comprobamos que su materia permanece organizada y dispuesta conforme al mismo fin, lo que demuestra la continuidad formal de la misma substancia. Y si no hay corrupción en su ser substancial⁶⁸, luego es imposible que antes de la gemelación haya sido una substancia diversa, una mera materia *ex qua* apta para la recepción del alma humana, carente por tanto de individualidad personal.

De lo anterior se concluye algo importante, y es que la persona cuya generación procede de la unión de los gametos experimenta un *cambio accidental* en el instante de la gemelación. Este cambio es descrito por la ciencias biológicas como una división celular⁶⁹. Luego, la persona se divide, pero tal división no implica respecto de ella cambio substancial ni corrupción, por lo cual *permanece como el mismo individuo*⁷⁰.

⁶⁷ Si existe movimiento inmanente inequívocamente ordenado a la conservación de la propia substancia, sabemos que estamos frente al mismo ser substancial. Al respecto, es interesante considerar la evidencia de esta finalidad en los movimientos de la persona desde el preciso instante de la concepción. Al respecto, *Vid.* VIAL CORREA, Juan de Dios y DABIKE, Mónica, *The Embryo as an Organism*, en VIAL CORREA, J. y SGRECCIA, E. (editores), *Identity and Statute of Human Embryo*, Libreria Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1998, pp. 317-328; SERRA Angelo y COLOMBO, Roberto, *Identity and Status of the Human Embryo: The Contribution of Biology*, en VIAL CORREA, J. y SGRECCIA, E., *op. cit.*; ASHLEY, Benedict, *A Critique of the Theory of Delayed Hominisation*, en MCCARTHY, D. G. y MORACZEWSKI, A. S. (editores) *An Ethical Evaluation of Fetal Experimentation*, Pope John XXIII Center, St. Louis, 1976, p. 123; ASHLEY, Benedict y MORACZEWSKI, Albert, *Cloning, Aquinas, and the Embryonic Person*, National Catholic Bioethics Quarterly, 1, 2001, p. 197. Asimismo, *Vid.* HALDANE, John y LEE, Patrick, *Rational souls and the beggining of life (a reply to Robert Pasnau)*, Philosophy, Nº 78, 2003, p. 537.

⁶⁸ Si hubiera cambio substancial, entonces sería cierta la objeción propuesta por PERSSON, Ingmar, *Two claims about potential human beings*, Bioethics, V. 17, 2003, pp. 503-516, y por SKOTT Brill, H., *The future-Like-Ours Argument. Personal identity and the twinning dilemma*, Social Theory and Practice, V. 29, 2003, pp. 419-430. Esta tesis es refutada por DECKERS, *op. cit.*, pp. 278-279, pero a nuestro juicio cayendo a su vez en el error al sostener que el embrión originario se desarrolla dos veces, dando origen a gemelos, en cuyo caso ambos serían el mismo individuo que eran antes de la gemelación. Esto supone la existencia de dos formas substanciales en el mismo ser substancial, lo que es imposible según ya explicamos.

⁶⁹ *Vid.* SERRA, Angelo, *op. cit.*, pp. 89-93. EBERL, Jason T., *A thomistic perspective on the beggining of personhood: Redux*, Bioethics, Volumen 21, Nº 5, 2007, p. 286 sostiene, en cambio, que no se trata de una división celular sino de que el cigoto *pierde parte de su materia*. Cualquiera sea el caso, nuestro argumento aplica igualmente.

⁷⁰ El que sea genéticamente idéntico a uno o más gemelos es irrelevante, pues se trata de seres substanciales distintos en razón de formas substanciales, almas, diferentes, por lo que su "identidad" genética solo muestra que cada uno está conformado por una materia dispuesta y organizada del mismo modo –cada una por una alma diferente pero de igual especie–, materia que en cada caso, operando como causa de la incoación de la individuación, permite de hecho distinguirlos por su diferente localización. No obstante, existen casos de gemelos monocigóticos *sin identidad genética*. Al respecto, *Vid.* GILBERT, SCOTT F., *Developmental Biology*, Décima Edición, Capítulo 9.5, [en línea]. Disponible en: <http://10e.devbio.com/article.php?id=111> [Fecha de consulta: junio 25 de 2015].

Ahora bien, es preciso reconocer que si esta división ocurre en acto es porque existía en la persona una potencia real para dicha división, y que, según vimos, si esta división no determina la corrupción de la substancia, es porque no se trata de una potencia para recibir una forma substancial contraria. Luego se trata de una potencia para un ser *accidental*, para la recepción de una forma accidental.

Pero no puede tratarse de una potencia activa para ese accidente, pues si lo fuera de hecho esta se actualizaría por virtud intrínseca del mismo sujeto, y así el fenómeno de la gemelación no sería excepcional⁷¹ sino ordinario. Entonces se trata de una *potencia pasiva*, que se actualiza por una *causa extrínseca*, y no por una disposición original presente en el sujeto en virtud de su misma forma substancial^{72 73}.

Pero ¿cómo es posible que la recepción de una forma accidental que divide a la substancia no determine un cambio substancial? Además, es importante tener presente que el producto de la división es, a su vez, una materia *ex qua* apta para la recepción de un alma racional, pues de hecho a partir de ella se genera un nuevo individuo humano. ¿Cómo es posible, entonces, que una división accidental de la materia de la persona pueda dar lugar a una materia *ex qua* apta para la generación de un nuevo individuo humano? Esto implica que recibirá un alma racional que, como acto primero, dará el ser y será causa de todas las perfecciones segundas propias de la especie en el nuevo individuo.

La explicación es simple: ha de tratarse de una materia en estado de máxima potencialidad conforme al ser de la misma substancia: pues si se tratara de una materia en estado de “potencialidad inferior”, luego la división implicaría corrupción de la persona, pues la “parte remanente” de la materia, por esa inferior potencialidad, no sería apta para continuar siendo actualizada por su alma racional. Y, por su parte, si se tratara de una materia de “inferior potencialidad” tampoco sería apta ni proporcionada para recibir un alma humana, como de hecho sí ocurre en la generación del nuevo individuo mediante la gemelación.

Si la persona originada en la concepción posee potencia para dividirse sin que ello cause su corrupción, y la materia “extraída” de sí es apta para recibir un alma racional, es porque la persona se halla en un estado de desarrollo tal que su materia posee máxima potencialidad, pues la parte

⁷¹ Vid. SERRA, Angelo, *op. cit.*, pp. 89-93. El cigoto da origen a un solo individuo en el 99 a 99,6% de los casos.

⁷² *Ibid.* Se debería, sostiene el autor, a un error *ambientalmente inducido*. Al respecto, Vid. GRISEZ, Germain, *op. cit.*, p. 38.

⁷³ Distinto es el caso de aquella división por donde se separa el llamado material extraembrionario que dará origen a la placenta: se trata de un cambio accidental, pero respecto del cual la persona tiene potencia activa, que ocurre ordinariamente como parte de su desarrollo dirigido a la posesión en acto de los accidentes propios de la especie (sin perjuicio de los requisitos ambientales para la actualización de la misma potencia), y que en nada obsta a la individualidad de la persona pues esta permanece como sujeto de cambio accidental sucesivo. Vid. DECKERS, Jan, *op. cit.*, p. 280; FORD, *op. cit.*, p. 124.

de un todo podrá conformar un todo de igual especie si y solo si es apta para recibir una forma substancial de la misma especie. Luego no puede existir diferencia entre la potencialidad *in qua* presente en la materia de la persona y aquella presente en la materia *ex qua* que será informada por la nueva forma substancial humana. Y debido a que, precisamente, la gemelación, cuando ocurre, es en el estado de desarrollo de la persona en que cada una de sus células son totipotenciales⁷⁴, luego no existe impedimento filosófico para afirmar que la división de la persona que no importa su corrupción es un cambio de tipo accidental que *no afecta su individualidad ontológica*. Esto es bastante obvio, ya que ser actualmente *indiviso e indistinto de sí* –requisitos de la individualidad– no implican que el mismo individuo sea *indivisible*. Es decir, la potencia de división presente en el individuo, y su actualización en algún momento, en nada afecta su individualidad ontológica mientras permanezca en acto su misma forma substancial.

A su vez, aunque la materia *ex qua* originada a partir de la división es apta para recibir la forma substancial humana, y en acto se halla privada de la misma, se cumplen entonces los presupuestos para la generación de un nuevo individuo humano: la materia, la privación y la forma substancial como término. Luego, en el instante de la división se producirá la generación de uno o más individuos humanos *sin que ello afecte la individualidad de la persona originaria*.

Hay, no obstante, algunas dificultades por resolver: toda generación implica la corrupción de la substancia que, como materia *ex qua*, es el sujeto de incoacción por parte de la forma substancial que da el ser a una nueva substancia. Y la corrupción, a su vez, implica que la materia deja de estar organizada del modo causado por la forma substancial originaria. Es más: la potencialidad del ser substancial para recibir una forma substancial distinta de la que actualmente lo informa es, ya lo dijimos, potencia para dejar de ser por su misma corrupción, lo que implica que existe en dicho ser una potencia para ser informado por una forma substancial opuesta. Así, la generación de un gemelo monocigótico debería causar la corrupción de la materia *ex qua* por la infusión del alma. Pero no vemos que ello ocurra, pues la materia continúa ordenada de modo humano. Luego no hay corrupción de ella y, así, tampoco generación de un nuevo individuo, con lo que la gemelación sería imposible.

La dificultad recién planteada es aparente: primero, porque consta que la gemelación sí ocurre. Segundo, porque la materia producto de la división celular de la persona en tal estado de desarrollo, no obstante su totipotencialidad, en rigor no está en acto organizada de modo humano,

⁷⁴ Vid. SERRA, Angelo, *op. cit.*, p. 67. La totipotencialidad no implica indeterminación, pues de hecho cada célula totipotencial cumple un rol específico en el interés del todo que conforman. Esto demuestra, una vez más, que allí existe causa que determina, organiza dirige y dispone la materia de ese modo y no de otro: la forma substancial o alma humana.

sino de modo apto para recibir esa determinación –la organización individual y personal humana–, por el alma. Pero, de no recibirla, y sin perjuicio de su composición genética, no se desarrollará como individuo personal humano, cosa que las ciencias biológicas ya han verificado⁷⁵. Insistimos al efecto en que el alma humana da el ser y organiza a la materia de la persona, y no es ni puede ser la materia, principio potencial, la que se ordene y organice a sí misma, cualquiera sea el modo, porque no se puede estar en acto y en potencia a la vez respecto de lo mismo y, tampoco, según argumentamos, puede ser otra alma –vegetativa o sensitiva– la que esté en acto informando la materia.

Por esto es metafísicamente imposible que exista generación de un nuevo individuo personal humano si la materia *ex qua* de la misma generación ya posee en acto la forma substancial humana que ha de ser término de ese movimiento. Además, y en segundo lugar, sabemos que la generación es instantánea, por lo que la disposición y organización de la materia *ex qua* es de hecho causada por el alma racional, sin que nosotros podamos distinguir un antes y un después cronológico.

Otra dificultad es la determinación de la “filiación” del gemelo: pues su generación ocurre en un tiempo posterior al de la concepción, luego “sin” la acción generativa de sus padres. Asimismo, ya que el gemelo se origina a partir de la división de la materia de la persona ya concebida, tendríamos que en realidad es hijo de su hermano... Otra vez, la objeción es aparente: pues sin la acción generativa de los padres no existiría la persona, y sin esta tampoco el gemelo. La acción generativa de los padres es condición de la existencia de ambos. Y del hecho de que el gemelo se origine a partir de la materia de la persona previamente concebida no niega que tal materia *ex qua* provenga de la unión de los gametos de sus progenitores, por esto el gemelo tiene dependencia genética y causal⁷⁶ de ellos.

Por último, resta analizar el siguiente problema: debido a que la gemelación ocurre en un momento posterior al de la concepción de la persona, luego se probaría que no todos los individuos humanos personales se generan en ese instante; existirían personas de hecho generados en un tiempo posterior. Esto es evidente; el problema radica, más bien, en las conclusiones que el razonamiento práctico pretende extraer de ese hecho, principalmente referidas al trato debido a dichas personas, pues

⁷⁵ Vid. LEE, Patrick, *Distinguishing human embryos from non-embryos*, en SUÁREZ, A. y HUARTE, J., *op. cit.*, pp. 77-95. Analiza casos de células totipotenciales que no son organismos humanos ni poseen movimiento immanente y espontáneo. Esto lleva a concluir que la célula surgida de la división del cigoto originario es incapaz, por sí misma, de ordenar y dirigir el proceso de cambio accidental hacia la adquisición de los accidentes propios de la especie humana. Con independencia de lo que la técnica logre en el futuro, la razón filosófica no cambia: la materia es principio potencial, y solo existirá movimiento vital en tanto sea informada por un alma.

⁷⁶ Tal dependencia causal debe entenderse en el orden de las causas segundas, pues la infusión del alma racional proviene de la acción creadora y directa de Dios; los padres, al efecto, colaboran con la acción creadora divina disponiendo la materia *ex qua*.

la tesis del respeto irrestricto a la persona humana desde el instante de la concepción sería refutada por la generación de personas humanas que no necesariamente ocurre en ese instante; esto es, se probaría la tesis de la animación retardada.

A decir verdad, la tesis es absurda, pues si no se respeta la vida de la persona desde su generación en el instante de la concepción, luego tampoco en un tiempo posterior. Y de retardo no hay nada, pues en cada caso la generación ocurre en el mismo instante en que existe materia *ex qua* dispuesta para la recepción del alma humana. Por eso es que *la organización de la materia de modo humano no es causa eficiente de la generación humana sino condición*. Y así como existe esa materia apta, *ex qua*, en el instante de la concepción, así también existe materia apta, *ex qua*, en el instante de la gemelación. La concepción se produce por la unión de los gametos, la gemelación por división celular. Si bien difieren los procesos, en ambos casos se cumple el presupuesto necesario para la acción libre y creadora de Dios de un alma racional que, en esos instantes, será infundida por Él en la materia apta para ello. Por tanto, *la persona humana es generada por infusión del alma racional en el instante de la concepción, y por infusión del alma racional en el instante de la división celular por gemelación*.

Tal será el instante de la coincidencia de la acción divina y la acción natural, temporal⁷⁷; será *el instante del encuentro entre la causalidad eficiente Primera, Absoluta, Creadora, con la causalidad segunda y coadyuvante de los progenitores; ese es el punto exacto de la inserción de la eternidad en que se tocan dos amores –el Amor Infinito con su semejanza temporal– y se dona el ser*⁷⁸.

IV. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era demostrar la existencia de la individualidad ontológica de la persona humana desde el instante de su concepción. Creemos que las razones filosóficas desarrolladas permiten afirmar con certeza esa tesis. En efecto, es plausible considerar que la principal causa

⁷⁷ Dice Santo Tomás (*De Aeternitate mundi contra murmurantes*, 6): *Si Dios quiere, no es necesario que la causa eficiente, es decir Dios, preceda en duración a lo causado por Él. (...) No repugna a la razón suponer que la causa no precede en duración a lo causado por ella si produce instantáneamente su efecto. (...) Sin embargo, si repugnaría en las causas que producen sus efectos por medio de un movimiento, porque conviene que el principio del movimiento preceda a su fin*. Por ello es que no repugna a la razón el que Dios, Ser Eterno e Inmóvil, infunda el alma racional en el instante de la generación humana, luego de ello, según ya demostramos, se siguen movimientos, con un antes y un después, que constituyen mutaciones accidentales sucesivas.

⁷⁸ *Cfr.* CATURELLI, Alberto, *Procreación y amor conyugal*, I, N° 2 [en línea]. Enciclopedia de Bioética. Disponible en: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/identidad-y-estatuto-del-embrión-humano> [Fecha de consulta: junio 25 de 2015].

de las objeciones habituales a este respecto, como de los numerosos errores de que adolecen, consiste precisamente en el abandono del razonamiento filosófico: en el momento es que dejamos de preguntarnos por las causas últimas, y pretendemos explicar los fenómenos sin más que lo que las ciencias empíricas nos ofrecen, habremos iniciado un camino incapaz de llegar a buen término. En el orden natural, el desprecio de la metafísica es, a fin de cuentas, el más grave error para la razón humana.

Como dijimos al inicio, la cuestión acerca del ser personal y su individualidad ontológica pertenece, por su mismo estatuto epistemológico, a la filosofía primera. Hemos intentado abordar el problema desde esa perspectiva. No ha sido necesario detallar cada uno de los planteamientos de aquellos autores que niegan la individualidad ontológica de la persona desde su concepción –salvo alguna referencia a las tesis más relevantes, principalmente aquella referida a la gemelación monocigótica–, pues la misma abstracción del razonamiento filosófico permite encontrar principios de validez universal que, como tales, aplican indistintamente, cualquiera sea la objeción particular.

A lo largo de este trabajo –que en caso alguno pretende ser exhaustivo– hemos intentado demostrar que el cigoto humano, desde el instante de su concepción (o de la gemelación), es un ser substancial, actualmente informado por su forma substancial, sin que sea posible sostener que su generación proceda de una sucesión de formas substanciales diversas; que su forma substancial es un alma racional, que como acto primero da el ser a la materia y la organiza y dispone de modo humano; que el mismo ser substancial es sujeto de todos los accidentes que han de sobrevenirle; que desde su generación posee las potencias activas que por su misma forma substancial se irán actualizando para la posesión en acto de los accidentes propios de la especie, y que tal forma substancial, presente en acto, es la causa de su individualidad ontológica. Luego es persona.

Es de esperar que las razones expuestas resulten verdaderamente demostrativas. Si lo fueran, es nuestra esperanza que contribuyan a sostener con certeza la tesis fundamental: que la persona humana existe desde su concepción (o gemelación). Si esta es la realidad, si tal es la verdad –y así lo pensamos–, luego el derecho no puede ni debe hacer caso omiso de ella. Debe reconocerla.

Hacer lo contrario implica necesariamente una injusticia: pues se niega a la persona lo más *suyo*, su *derecho originario*, fuente y fundamento de todos los demás⁷⁹: su existencia, su ser, recibido como don, dado por Dios, en el mismo instante de su generación. Y esto es, precisamente, negar su dignidad: pues la dignidad no es otra cosa sino la perfección intrínseca del ser, su misma actualidad, y la persona es, en acto, substancia individual de naturaleza racional desde su concepción: *el fruto de la*

⁷⁹ Cfr. CATURELLI, Alberto, *op. cit.*, I, N° 2.

*generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida*⁸⁰.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMERINI, Fabrizio, *Aquinas on the beginning and end of human life*, Edizioni ETS, Pisa, 2009.
- ARISTÓTELES, *De anima*, en BARNES, Jonathan (editor), *The complete works of Aristotle*, V. 1, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, en BARNES, Jonathan (editor), *The complete works of Aristotle*, V. 2, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995.
- ARTIGAS, Mariano y SANGUINETI, Juan José, *Filosofía de la Naturaleza*, Eunsa, Pamplona, 1984.
- ASHLEY, Benedict, *A Critique of the Theory of Delayed Hominisation*, en MCCARTHY, D. G. y MORACZEWSKI, A. S. (editores) *An Ethical Evaluation of Fetal Experimentation*, Pope John XXIII Center, St. Louis, 1976.
- ASHLEY, Benedict *Delayed Hominisation: A Catholic Theological Perspective*, en SMITH, R. E. (editor), *The Interaction of Catholic Bioethics and Secular Society*, Dallas, 1992.
- ASHLEY, Benedict y MORACZEWSKI, Albert, *Is the Biological Subject of Human Rights Present from Conception?* en CATALDO, P. y MORACZEWSKI, A. (editores), *The Fetal Tissue Issue: Medical and Ethical Aspects*, Braintree, Pope John Center, 1994.
- ASHLEY, Benedict y MORACZEWSKI, Albert, *Cloning, Aquinas, and the Embryonic Person*, National Catholic Bioethics Quarterly, 1, 2001.
- ASTACIO, Martín, *La identidad filosófica del individuo, visión tomista*, [en línea]. A Parte Rei, 17. Disponible en: <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/>
- BARBADO Viejo, Manuel Fr. O. P., *¿Cuándo se une el alma al cuerpo?*, Revista de Filosofía Instituto Luis Vives, Año 2, 1943.
- BERTI, Enrico, *Quando esiste l'uomo in potenza? La tesi di Aristotele*, en *Nascita e morte dell'uomo: Problemi filosofici e scientifici*, ed. S. Biolo Marietti, Genova, 1993.
- CAPONETTO, Mario, *Santo Tomás y el problema de la generación humana*, E-Aquinas, año 4, Instituto Santo Tomás, 2006.

⁸⁰ *Cfr.* Instrucción *Donum Vitae*, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, Congregación para la Doctrina de la Fe, 1988, I, N° 1; *Cfr.* JUAN PABLO II, *Evangelium Vitae*, Carta Encíclica sobre el valor y carácter inviolable de la vida humana, 1995, N° 60.

- CASANOVA, Carlos, *Ha superado la noción de persona que postula la fenomenología realista a la noción clásica, boeciana, de persona?* [en línea]. Synesis, v. 5, n. 2, p. 12-26, dec. 2013. Disponible en: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=synesis&page=articulo&op=view&path%5B%5D=431>.
- CATURELLI, Alberto, *Procreación y amor conyugal* [en línea]. Enciclopedia de Bioética. Disponible en: <http://enciclopedia-de-bioetica.com/index.php/identidad-y-estatuto-del-embrión-humano>
- CONDIC, Maureen L., *Preimplantation stages of human development: the biological and moral status of early embryos*, en SUÁREZ, A. y HUARTE, J., *Is this cell a human being*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2011.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción *Donum Vitae*, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, 1988.
- CONNERY, John, *Abortion: The Development of the Catholic Perspective*, Loyola UP, Chicago, 1977.
- DEKERS, Jan, *Why Eberl is wrong. Reflections on the beginning of personhood*, Bioethics, Volumen 21, Nº 5, 2007.
- DOMBROWSKI, Daniel y DELETE, Robert, *A Brief Liberal, Catholic Defense of Abortion*, University of Illinois Press, 2000.
- DONCEEL, Joseph, *Abortion: Mediate v. Immediate Animation*, Continuum, 5, 1967.
- DONCEEL, Joseph, *Immediate Animation and Delayed Homination*, Theological Studies, 31, 1970.
- DONCEEL, Joseph, *A Liberal Catholic View*, en HALL, R. (editor), *Abortion in a Changing World*, Columbia, New York, 1970.
- DE DORLODOT, Henri, *A Vindication of the Mediate Animation Theory*, en MESSENGER, E. C. (editor), *Theology and Evolution*, Sands and Co., London, 1949.
- EBERL, Jason T., *The beginning of personhood: a Thomistic biological analysis*, Bioethics, Volumen 14, Nº 2, 2000.
- EBERL, Jason T., *A thomistic perspective on the beginning of personhood: Redux*, Bioethics, Volumen 21, Nº 5, 2007.
- EBERL, Jason T., *Aquinas account of human embryogenesis and recent interpretations*, The Journal of Medicine and Philosophy, 30 (4), 2005, pp. 379-394.
- EBERL, Jason T., y BROWN, Barndon P., *Brain life and the argument from potential: affirming the ontological status of human embryos and fetuses*, en NAPIER, Stephen (editor), *Persons, Moral Worth and Embryos*, Philosophy and Medicine 111, Springer, 2001.
- ERK, Christian, *Potential persons or persons with potential? A Thomistic perspective*, Bioethics Forum, V. 5, Nº 3, 2012.
- FAITANIN, Paulo, *El individuo en Tomás de Aquino*, Cuadernos de Anuario Filosófico, Universidad de Navarra, Pamplona, 2001.
- FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 1998.
- FISHER, Anthony, *When Did I Begin? Revisited*, Linacre Quarterly, 58, 1991.

- FLANNERY, Kevin L., S. J. *Applying Aristotle in contemporary embryology*, The Thomist, N° 67, 2003.
- FORD, Norman, *When Did I Begin ?*, CUP, Cambridge, 1988.
- GERBER, Rudolph, *When is the Human Soul Infused?*, Laval Theologique et Philosophie, 22, 1966.
- GILBERT, Scott F., *Developmental Biology*, Décima Edición, Capítulo 9.5, [en línea]. Disponible en: <http://10e.devbio.com/article.php?id=111>
- GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *On potentiality and respect for embryos. A reply to Mary Mahowald*, Theoretical Medicine and Bioethics, 26, Springer, 2005.
- GÓMEZ-LOBO, Alfonso y GEORGE, Robert P., *The moral status of the human embryo*, Perspectives in Biology and Medicine, Volume 48, Number 2, The John Hopkins University Press, 2005.
- GRIZEZ, Germain, *Abortion: the Myths, the Realities and the Arguments*, Corpus, New York, 1966.
- GRIZEZ, Germain, *When do People Begin?*, Proceedings of the American Catholic Philosophical Quarterly, 63 , 1990.
- HALDANE, John y LEE, Patrick, *Rational souls and the beginning of life (a reply to Robert Pasnau)*, Philosophy, N° 78, 2003.
- HEANEY, Stephen, *Aquinas and the Presence of the Human Rational Soul*, The Thomist, 56, 1992.
- JOHNSON, Mark, *Reflections on Some Recent Catholic Claims for Delayed Hominization*, Theological Studies, 56, 1995; KLUGE, E. H., *St. Thomas, Abortion and Euthanasia: Another Look*, Philosophy Research Archives, 7, 1981.
- KOCH-HERSHENOV, Rose, *Totipotency, twinning and Ensoulment at Fertilization*, Journal of Medicine and Philosophy, V. 31, 2006.
- LEE, Patrick, *Abortion the Unborn Human Life*, Catholic University of America Press, Washington, DC, 1996.
- LEE, Patrick, *Distinguishing human embryos from non-embryos*, en SUÁREZ, A. y HUARTE, J., *Is this cell a human being*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2011.
- MCCORMICK, Richard, *Who or What is the Pre-Embryo?*, Kennedy Institute of Ethics Journal, 1991.
- MAY, William, *The Moral Status of the Embryo*, Linacre Quarterly, 59, 1992.
- MORGAN, Lynn M., *The potentiality principle from Aristotle to abortion*, en *Potentiality and humanness: revisiting the anthropological objet in contemporary biomedicine*, Current Anthropology, V. 54, N° S7, 2013.
- NOONAN, John, "An Almost Absolute Value in History", en NOONAN, J. (editor), *The Morality of Abortion*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1970.
- PASNAU, Robert, *Thomas Aquinas on Human Nature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- PASTRANA, Gabriel, *Personhood and the Beginning of Human Life*, The Thomist, 41, 1977.
- PERSSON, Ingmar, *Two claims about potential human beings*, Bioethics, V. 17, 2003
- PORTER, Jean, *Individuality, Personal Identity, and the Moral Status of the Preembryo: A Response to Mark Johnson*, Theological Studies 56, 1995.

- REGO, Thomas, *Materia, Forma y Privación en Principiis naturae de Santo Tomás* [en línea]. Sapientia. 64.224 (2008). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/materia-formaprivacion-principiis-naturae.pdf>
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, [en línea]. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Contra Gentiles*, [en línea]. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De principiis naturae*, [en línea]. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Potentia*, [en línea]. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De spiritualibus creaturam*, [en línea]. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Aeternitate mundi contra murmurantes*, [en línea]. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Veritate*, [en línea]. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html>
- SERRA, Angelo, *Per un analisi integrata dello status dell' embrione umano, en Nascita e morte dell' uomo*, Marietti, Génova, 1993.
- SERRA Angelo y COLOMBO, Roberto, *Identity and Status of the Human Embryo: The Contribution of Biology*, en VIAL CORREA, J. y SGRECCIA, E. (editores), *"Identity and Statute of Human Embryo"*, Libreria Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1998.
- SHANNON, Thomas y WOLTER, Alan, *Reflections on the Status of the Pre-Embryo*, Theological Studies, 51, 1990.
- SINGER, Peter, *Unsanctifying Human Life*, Blackwell Publishers, 2002.
- SKOTT Brill, H., *The future-Like-Ours Argument. Personal identity and the twinning dilemma*, Social Theory and Practice, V. 29, 2003.
- STRONG, Carlson, *Preembryo Personhood: an assessment of the President's Council Arguments*, Theoretical Medicine and Bioethics, 27, Springer, 2006.
- SUÁREZ A., *Is this cell entity a human being. Neural activity, spiritual soul and the status of the inner cell mass and pluripotent stem cells*, en SUÁREZ, A. y HUARTE, J., *Is this cell a human being*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2011.
- TAUER, C., *The Tradition of Probabilism and the Moral Status of the Early Embryo*, Theological Studies, 45, 1984.
- TOOLEY, Michael, *Abortion and Infanticide*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- UGARTE, José Joaquín, *El Derecho de la Vida*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- VIAL CORREA, Juan de Dios y DABIKE, Mónica, *The Embryo as an Organism*, en VIAL CORREA, J. y SGRECCIA, E. (editores), *Identity and Statute of Human Embryo*, Libreria Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1998.
- WADE, Francis, *Potentiality in the Abortion Discussions*, Review of Metaphysics, 29, 1975.

- WALLACE, William, *Nature and Human Nature as the Norm in Medical Ethics*, en PELLEGRINO, E. (editor), *Catholic Perspectives on Medical Morals*, Reidel, Dordrecht, 1989.
- WALLACE, William, *Aquinas's Legacy on Individuation, Cogitation and Hominisation*, en GALLAGHER, D. (editor), *Thomas Aquinas and His Legacy*, Catholic University of America Press, Washington, DC., 1994.
- WASSMER, Thomas, *Questions about Questions*, *Commonweal*, 86, 1967.
- WILSON, Gordon, *Thomas Aquinas and Henry of Ghent on the Succession of Substantial Forms and the Origin of Human Life*, en SCHRENK, L. (editor), *The Ethics of Having Children*, *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, 63, 1990.

II. DERECHO

EL EMBRIÓN HUMANO: CONSIDERACIONES SOBRE SU ESTATUS JURÍDICO A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE “DESPENALIZACIÓN” DEL ABORTO*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

I. INTRODUCCIÓN

1. ¿DESPENALIZACIÓN, LEGALIZACIÓN O LEGITIMACIÓN?

El proyecto de ley en actual discusión parlamentaria fue presentado por la presidenta Michelle Bachelet el 31 de enero de 2015 con el título: “Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales” (Boletín N° 9895-11).

No hay duda de que cuando se habla de “interrupción del embarazo” se está hablando de aborto, entendido como la muerte provocada del ser que está en gestación. En el mismo Mensaje, aunque se prefiere la expresión “interrupción del embarazo”, se reconoce que ella hace alusión a la provocación de un aborto¹.

* Ha sido actualizado y ampliado el texto que originalmente se publicó como “El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 1997, pp. 47-62, también contenido en nuestro libro *Derecho civil y persona humana*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 63-95. Cambiamos sí el término “estatuto” por el de “estatus” que ha sido aceptado por la Real Academia de la Lengua con un sentido que parece más ajustado a lo que se busca establecer que el vocablo “estatuto”, el que apunta más a un conjunto de normas o reglas que a una calidad o estado jurídico.

¹ Por ejemplo, se dice: “Al analizar la información de los egresos hospitalarios desde 2001 a 2012, inclusive, hemos podido establecer que hubo 395.905 *casos de abortos, es decir, interrupciones del embarazo* antes de las 22 semanas de gestación, con un promedio de 32.992 casos/año, donde las mujeres y su entorno se encontraban en situaciones críticas.” (énfasis añadido). También se recuerda cómo el presidente Salvador Allende, en su primer Mensaje al país, en 1971, manifestó la necesidad de avanzar hacia la “eventual legalización del aborto”.

Más problemática es la calificación jurídica de lo que se pretende con el aborto. Según el proyecto su alcance sería restringido: se trataría nada más que “despenalizar”. A nuestro juicio, tanto el Mensaje como el texto legal que se propone dan cuenta de que no se trata de una mera despenalización, sino de una legalización y más aún de una legitimación institucional del aborto como un derecho de la mujer embarazada a una prestación médica que deberá otorgársele si la pide.

Ante conductas que están tipificadas como delito, un legislador que quiera innovar tiene tres alternativas: la despenalización, la legalización y lo que llamaremos legitimación. Se despenaliza una conducta cuando se suprime su tipificación como delito penal, pero ella continúa siendo antijurídica o contraria al ordenamiento jurídico. Es lo que sucedió con el adulterio y el amancebamiento que fueron considerados delitos penales hasta que la Ley N° 19.335, de 1994, derogó las normas del Código Penal que los sancionaban. La infidelidad matrimonial ya no fue punible penalmente pero siguió siendo ilícita como una “infracción grave” a los deberes del matrimonio (art. 132 del Código Civil). El adulterio ya no tiene sanciones penales pero sí de carácter civil, como la separación judicial, el divorcio y la indemnización de perjuicios. También puede ponerse como ejemplo de despenalización, la supresión de los delitos contra la libre competencia realizada por la Ley N° 19.911, de 2003, que sustituyó las sanciones penales por multas administrativas.

La segunda alternativa va un poco más allá de la despenalización, porque al excluir de las leyes penales una determinada 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. Como ejemplo puede darse la supresión del delito de sodomía, esto es, las relaciones sexuales consentidas entre personas mayores del mismo sexo, realizada por la Ley N° 19.617, de 1999. La conducta no solo ya no es punible sino que es considerada legalmente permitida.

En un tercer grado, el legislador no solo 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: despenalización, legalización o legitimación? Si se lee el Mensaje 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*” (énfasis añadido).

Sin embargo, si se examina el 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 artículo 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 haría no sería otorgar un derecho ni a la mujer ni al médico, sino cuando más les permitiría –están “autorizados” para– perpetrar un aborto. Esto resulta confirmado con el inciso que se añade a los artículos 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”. Viendo esta parte, se podría llegar a la conclusión de 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.

Pero si esta fuera la opción legislativa, 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 solo autorizaría, no consideraría punible, permitiría una conducta, pero no la impondría. Para que los médicos, al menos los que laboran en servicios públicos, estuvieran obligados a realizar un aborto, habría que haber declarado que la mujer embarazada tenía derecho a requerir la interrupción del embarazo por muerte del feto.

Lo que termina por disipar las dudas acerca del propósito real de la iniciativa es la disposición que se propone como nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, que señala que el médico “que sea requerido” para hacer un aborto podrá abstenerse de hacerlo si hubiere manifestado su objeción de conciencia. Si lo pretendido hubiera sido solo la despenalización o legalización de la conducta, no habría obligación para ningún médico de practicar un aborto, por lo que no necesitaría alegar objeción de conciencia para negarse a realizar la conducta. Tampoco resultaría comprensible que el precepto imponga al “objeto” la obligación de informar al Director del establecimiento que la mujer debe ser derivada y, menos aún, que se lo obligue a practicar el aborto cuando la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable si no existe otro médico que pueda realizar “la intervención”. Un médico en estas circunstancias de urgencia estará obligado

a prestar atención sanitaria a la mujer para resguardar su vida, pudiendo tolerar la muerte del feto como un efecto colateral y no deseado del tratamiento, pero no a provocar un aborto que consiste en una conducta que tiene por fin directo provocar la muerte del ser en gestación.

Esta última disposición revela que el objetivo del proyecto, como fue presentado, no es ni despenalizar ni legalizar el aborto, sino legitimarlo e institucionalizarlo como un derecho de la mujer exigible frente a los servicios de salud. Esto no tiene que ver con los requisitos, más amplios o estrechos, en los que se admita el ejercicio del derecho. El proyecto enfatiza en el título que se refiere solo a “tres causales”, que según su texto son peligro para la vida de la madre, inviabilidad del feto y violación. Pero esto solo significa que la legitimación del aborto estará circunscrita a los específicos supuestos que establecería la ley, es decir, que la mujer tendrá derecho a pedir que se le practique un aborto en la medida en que se verifiquen las condiciones exigidas por el texto legal.

2. INTERÉS EN LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO

Establecido, por tanto, que lo que se pretende es otorgar un derecho subjetivo para que la mujer gestante exija que se dé muerte a la criatura que lleva en su vientre, interesa conocer cuál es el estatus jurídico de que goza el embrión humano², para determinar qué es lo que se está revisitando con el carácter de un derecho, si el matar a una persona humana o simplemente frustrar el desarrollo de un organismo celular que podría haber sido una persona, pero que al momento del aborto aún no lo es.

El análisis respecto del posible conflicto de derechos, y acerca de la constitucionalidad de las normas proyectadas, pasa por responder a esta decisiva cuestión. Si el embrión en gestación fuera considerado solo como “vida humana”, un bien o valor jurídico, pero no una persona, podría tener una protección jurídica que cedería sin dudas frente a los derechos fundamentales de la madre. El embrión cuando más podría alcanzar la protección intensa que se otorga modernamente a los animales para castigar su maltrato o tratos innecesariamente crueles. No sucederá lo mismo, en cambio, si reconocemos que la criatura que está por nacer tiene derecho a que se le reconozca como una persona, con dignidad y derechos al igual que el resto de nosotros. Aunque nuevamente podríamos hablar de colisión de derechos; ella se daría entre los derechos a la salud, a la honra o a

² Aclaramos que, por razones prácticas sugeridas por la necesidad de facilitar la exposición y la lectura, usamos el término “embrión” no en el sentido estricto que le da la embriología: la criatura desde la primera división celular hasta la 8ª semana de gestación, y que lo distingue del cigoto (la célula nueva resultante de la fecundación) y del feto (a partir de la 8ª semana), sino en un sentido amplio que abarca todo el desarrollo de la criatura no nacida, desde la concepción (fecundación) hasta el nacimiento.

la autonomía personal de la madre y el derecho a la vida y a la salud del concebido, lo que cambia completamente el panorama jurídico y moral.

II. UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA

1. UNA CUESTIÓN A LA VEZ VIEJA Y ACTUAL

La consideración jurídica de la criatura humana concebida pero aún no nacida es una vieja cuestión que preocupó ya a los juristas romanos. Fueron ellos los que acuñaron la expresión que hasta hoy se utiliza: *nasciturus* (el que está por nacer). Se plantearon qué protección jurídica debía concederse a ese ser que no tiene apariencia visible, que no ha sido presentado en sociedad, que no tiene nombre, y cuya existencia se presenta como frágil, difuminada y esencialmente dependiente.

El desconocimiento del proceso de reproducción inducía a pensar que la criatura concebida pero no nacida consistía en una cierta especie de órgano de la mujer, cuya falta de autonomía implicaba la imposibilidad de reconocerle como titular o sujeto de relaciones jurídicas.

Pero por otro lado, la situación –de no escasa ocurrencia– de que un niño terminara naciendo después de la muerte de su padre (la filiación póstuma), determinaba que no se pudiera mantener la coherencia de ese planteamiento sin incurrir en una grave injusticia. Si se afirmaba que solo al nacer el niño podía adquirir derechos para sí, se desconocía la existencia de ese hijo aun antes de la muerte de su padre y, por tanto, con capacidad para ser su heredero.

Como se ve, el problema se centraba no tanto en la personalidad del concebido, sino más bien en su capacidad para ser titular de derechos patrimoniales.

2. EL PROBLEMA DE LA TITULARIDAD PATRIMONIAL

Los juristas romanos afirmaron que la capacidad patrimonial podía solo comenzar con el nacimiento, en que la criatura se hacía visible y adquiría vida independiente de la madre. Antes el feto, según la opinión más común, es considerado como una *mulieris portio vel viscerum* (Ulpiano, D. 25.4.11), sin individualidad ni patrimonio propio. No obstante, su fina prudencia los indujo a ofrecer criterios y reglas que permitían atribuir derechos patrimoniales, sobre todo sucesorios, al *nasciturus* en ciertas situaciones específicamente determinadas en los textos, derechos que se harían efectivos una vez nacido el niño.

Con estos textos del *Corpus Iuris*, los glosadores y comentaristas del Derecho común construyeron una máxima que adquiriría luego valor universal: el aforismo *conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius*

commodi agitur; con el que se expresa el criterio de que al concebido se le considera como nacido para todos los efectos jurídicos que vayan en su provecho³.

La regla tuvo gran fortuna, pues hasta hoy es consagrada expresamente por un buen número de legislaciones. Los Códigos Civiles de Portugal (art. 66.2.4º CC), Italia (art. 1 CC), Suiza (art. 31.2 CC), Colombia (art. 93 CC); Guatemala (art. 1 CC), Ecuador (art. 63 CC), Brasil (art. 2 CC) y Chile (art. 77 CC), la consagran mediante una especial reserva de derechos que beneficia al no nacido. Otros cuerpos jurídicos, como el Código Civil Francés y el Código Alemán (BGB), prefieren disponer expresamente la protección de los derechos del no nacido para ciertos efectos particulares (filiación, sucesión, alimentos, etc.), pero la doctrina y la jurisprudencia entienden que estas disposiciones son expresiones particulares de la regla general que considera al hijo como nacido para todo lo que vaya en su interés.

Siendo esta solución pacíficamente admitida, la controversia se ha volcado a explicar dogmáticamente esta protección especial del *nasciturus*, y a tratar de hacerla compatible con el criterio de que el nacimiento determina la personalidad y el inicio de la capacidad patrimonial. Grandes esfuerzos se han desplegado para intentar exponer de modo satisfactorio cuál es la naturaleza jurídica de la protección civil del concebido, surgiendo las más diversas teorías. A continuación damos cuenta de las principales⁴:

a) El concebido como persona anticipada

Una explicación que parece ser bastante coherente es la de afirmar que es la concepción la que determina la personalidad y no el nacimiento. Al no nacido se le reconocen derechos, porque siendo persona tiene ya la aptitud para adquirirlos. Esta postura ha tenido incluso acogida legislativa. El Código Civil argentino de 1871 afirmaba que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir derechos, como si ya hubiesen nacido” (art. 70). El nuevo Código Civil y de Comercio argentino, vigente desde el 1 de agosto de 2015, persevera en esta posición al señalar que “La exis-

³ Cfr. VOLTERRA, EDUARDO, *Instituciones de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, reimp. 1991, pp. 75-76. Nuestro romanista GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Derecho Privado Romano*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. I, § 54, pp. 276-277, sostiene, sin embargo, que la regla estaba ya establecida por la jurisprudencia romana, por lo que debe aceptarse que el sistema romano considera al *nasciturus* como sujeto del derecho. En su opinión la expresión de Ulpiano de que el embrión no es más que una parte de la mujer, no tiene alcance general ni pretende describir la realidad biológica del que está por nacer. Un estudio de la regla, de su recepción en el Código Civil chileno y de su aplicabilidad como principio general del Derecho puede verse en HENRÍQUEZ HERRERA, IAN, *La regla de la ventaja para el concebido en el Derecho Civil chileno*, LegalPublishing, Santiago, 2011, *passim*.

⁴ Para un análisis más detallado, puede verse nuestro trabajo “Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIII (1989-1990), pp. 41 y ss.

tencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19). Por su parte, el actual art. 16 del Código Civil francés, modificado por la Ley N° 94-653, de 2 de julio de 1994, dispone que “la ley asegura el primado de la persona, prohíbe todo atentado a la dignidad de aquella y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”.

El inconveniente técnico que presenta esta teoría estriba en justificar por qué entonces, si el feto es persona, se le niega esa titularidad cuando su muerte se produce antes del nacimiento. De allí que algunos hablen de personalidad anticipada, condicional o futura, sin caer en la cuenta de que el concepto de personalidad es incompatible con ese tipo de condicionamientos.

b) El concebido como titular con capacidad limitada

En otras formulaciones teóricas se pretende diferenciar los conceptos de personalidad y de capacidad, de modo que el *nasciturus* no podría considerarse persona, pero bien podría gozar de una cierta capacidad, siquiera limitada, parcial y revocable. Nuevamente, no es fácil concordar esta explicación con el concepto de capacidad general de goce que presupone la ausencia de restricciones.

c) El concebido como futuro beneficiario de derechos sin sujeto actual

Para otras opiniones, la cuestión se resuelve echando mano de la teoría de los derechos sin sujeto, que justamente sostiene la existencia de bienes o derechos patrimoniales que pueden configurarse sin la necesidad de un titular actual. Los derechos que se refieren a la criatura no nacida serían de este tipo, de manera que se mantienen en suspenso en espera de un titular que todavía no tiene existencia legal. En Chile sostuvo esta explicación Gonzalo Figueroa⁵.

d) El concebido como beneficiario de una ficción de nacimiento

Otra explicación que se ha ofrecido para solucionar la cuestión es la que sostiene que estamos frente a un nuevo caso en que el Derecho utiliza el medio técnico de la “ficción” para lograr un resultado, que se aprecia como necesario y justo, sacrificando así la coherencia de los principios en aras de conseguir una mayor adecuación a la realidad social. Entre noso-

⁵ FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, *El patrimonio*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, N° 217, p. 416. En un sentido similar, LYON PUELMA, ALBERTO, *Teoría de la personalidad. Personas naturales. Personas jurídicas*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 45-46, postula que la ley suspende “la radicación o atribución inmediata en una determinada persona de dichos bienes en espera que el titular futuro que no existe, pero que se espera que exista, nazca y sea persona”. Hemos de advertir que Gonzalo Figueroa con posterioridad cambió de opinión y defendió la idea de la personalidad del *nasciturus* a partir de la implantación: cfr. *Persona, pareja y familia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 54; *Derecho Civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 150-152.

tros, Claro Solar escribe que en este caso la ley forja una ficción de que el concebido ha nacido antes de que ocurriera efectivamente ese hecho⁶.

e) El concebido como persona jurídica técnica

También se ha pretendido encuadrar la situación del *nasciturus* dentro del concepto de “persona jurídica”, y se ha sostenido (en la doctrina alemana) que el embrión y su patrimonio eventual constituirían una forma de persona jurídica técnica o tácita, que se sumaría a las reguladas expresamente por la ley como las corporaciones, fundaciones y sociedades.

Ante esta multiplicidad de construcciones dogmáticas, no faltan finalmente quienes estiman más sincero reconocer que “el asunto no tiene una explicación satisfactoria”⁷.

En todo caso, como vemos, la cuestión práctica está resuelta: el *nasciturus* puede adquirir derechos patrimoniales; lo que se discute es solo cómo lo explicamos desde el punto de vista de la teoría jurídica. La cosa resulta más compleja cuando observamos el problema de la titularidad de derechos personales.

III. MÁS ALLÁ DE LA TITULARIDAD PATRIMONIAL

1. LOS DESCUBRIMIENTOS DE LA BIOLOGÍA REPRODUCTIVA: VIDA HUMANA O VIDA PERSONALIZADA

La misma fecundación *in vitro* y los descubrimientos en materia de reproducción humana y genética han puesto paradójicamente de relieve cómo el óvulo femenino fecundado por el espermio masculino es un organismo que desde la unión de esos gametos posee un principio vital que determina y dirige su propio desarrollo, sin necesidad de intervenciones externas. Se ha observado que el huevo fecundado, estando incluso fuera del seno materno, comienza a dividirse y a crecer dirigiendo él mismo su propio desarrollo.

Se ha generado así un amplio consenso en el sentido de que la vida humana, desde el punto de vista biológico, tiene su inicio en este proce-

⁶ CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Imprenta El Imparcial, 2ª edic., Santiago, 1942, reimp. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, t. I, N° 416, p. 223. En este sentido la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 10 de julio de 2003, Rol N° 20603, LP CL/JUR/5146/2003, ejecutoriada por haberse declarado desierto el recurso de casación deducido en su contra, para justificar la legitimación de la hija póstuma para reclamar indemnización por la muerte de su padre causada por un tercero: “Así es como por una ficción, al que está en el vientre materno, se le asimila al niño nacido”. En contra de la idea de que el art. 77 consagre una ficción, con argumentos históricos, véase a HENRÍQUEZ, I., *ob. cit.*, pp. 91 y ss.

⁷ VODANOVIC H., ANTONIO, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Explicaciones basadas en las clases de A. Alessandri y M. Somarriva*, 6ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, N° 506, p. 365.

so que llamamos fecundación o concepción, esto es, en la unión de los gametos para la formación de una nueva célula: el cigoto.

Pero las discrepancias comienzan a manifestarse cuando se pretende elucidar si la vida que se origina en la fecundación del óvulo es una vida humana individual y personalizada o no. La cuestión no es baladí: si se afirma que con la concepción comienza la “vida humana” pero no necesariamente un nuevo individuo o persona, es posible sostener que en esta etapa previa ese organismo, aun no personalizado, puede ser utilizado para satisfacer intereses diversos a los de su propio bienestar. En caso contrario, la dignidad e inviolabilidad de la personalidad humana brindarían protección al huevo desde la misma fecundación, haciendo ética y jurídicamente reprochables todas las intervenciones que lo supereditarán a la satisfacción de aspiraciones de terceros incluida en estos su propia madre.

La discusión intelectual se ha visto de algún modo enturbiada por los cuantiosos intereses prácticos que existen para que las legislaciones y orientaciones internacionales no prohíban ni sancionen las formas de utilización de embriones y, sobre todo, por la consagración legal en un gran número de naciones de la posibilidad de la mujer de poner fin a la vida del feto que porta en su seno.

2. UNA FÓRMULA DE COMPROMISO: EL CONCEPTO DE “PREEMBRIÓN”

En un intento por ofrecer una explicación teórica a la posibilidad de disponer de huevos fecundados y embriones de corto tiempo, se forja el concepto de “preembrión”, hasta hace pocos años absolutamente ignorado por los tratados científicos⁸. Esta categoría permite considerar que la criatura concebida no alcanza aún la categoría de “embrión” al no haber transcurrido aún 14 días desde la fecundación. La misma diversidad de criterios no coincidentes entre sí que se dan para justificar el porqué de los 14 días –que se trata del tiempo que demora la implantación del huevo en el útero materno, que no ha surgido aún la cresta neural o línea primitiva que desarrolla el sistema nervioso, que hasta ese momento es posible que el huevo se divida o se fusione con otros, lo que negaría su individualidad–, es reveladora de que ninguno de ellos es suficientemente sólido para dar razón de la desprotección e indefensión en que queda la criatura concebida en sus dos primeras semanas de vida. No explican

⁸ El concepto de “*pre-embryo*” fue acogido por primera vez por el informe de la llamada Comisión Warnock (Gran Bretaña, 1984). Posteriormente ha sido “canonizado” legalmente por la primera ley española de 1988, e implícitamente por la ley inglesa de 1990 (modificada el 2008). Cfr. MULKAY, MICHAEL, “*The triumph of the pre-embryo: interpretations of the human embryo in Parliamentary debate over embryo research*”, en *Social Studies of Science*, vol. 24, 1994, pp. 611 y ss. La nueva ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida 14, de 24 de mayo de 2006, persiste en la distinción entre preembrión y embrión (art. 1.2)

qué cambio cualitativo o esencial se produciría al día decimoquinto que determinaría que lo que era un organismo, aún no humano, pase a convertirse en un ser humano protegible e inviolable en sus derechos.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que con los sistemas de criopreservación en frío el plazo de las dos semanas es ampliable a voluntad por los investigadores y técnicos, que pasan a tener un dominio absoluto sobre el momento en que este “organismo” pasa a convertirse en “embrión” o criatura humana protegida legalmente.

Todo indica por el contrario que si el huevo fecundado tiene la potencialidad por sí misma de llegar a convertirse en una criatura humana capaz de nacer y vivir, es porque se trata de una vida humana personalizada desde su primer origen. Como afirmaba Tertuliano, ya en los primeros siglos del cristianismo: “ya es un hombre aquel que lo será”⁹.

3. EL PROBLEMA DE LA INDIVIDUALIDAD: DIVISIÓN Y FUSIÓN GEMELAR

La eventual posibilidad de que el huevo fecundado pueda dividirse y dar lugar a gemelos, o la más remota de que dos huevos puedan fusionarse y dar origen a un único ser (fusión gemelar), no alcanzan a contradecir la individualidad del embrión. Por una parte, se ve que el carácter individual no supone la indivisibilidad: lo individual se opone a lo universal (la casa, el hombre); no a lo divisible. Por lo demás, es aún muy poco lo que se sabe acerca de estos procesos biológicos, en todo caso excepcionales, como para extraer la conclusión, de consecuencias tan rotundas, como la falta de individualidad humana del cigoto¹⁰.

4. ¿Y EL ESPÍRITU? EL PROBLEMA DE LA INFUSIÓN DEL ALMA

Más compleja es la pregunta respecto del momento preciso en que el *nasciturus* alcanza aquel principio espiritual que constituye lo propiamente humano, aquello que llamamos el “alma racional”. Es sabido

⁹ *Apologeticum*, IX, 8: CSEL 69, 24.

¹⁰ Cfr. SERRA, ANGELO y COLOMBO, ROBERTO, “Identidad y estatuto del embrión humano: la contribución de la biología”, en J. CARRASCO DE PAULA y otros, *Identidad y estatuto del embrión humano*, trad. Paloma Chorro y José Alfredo Peris, Eunsa, Madrid, 2000, pp. 143 y ss., señalan que la información biológica disponible indica que en los raros casos en que se produce la división existe un primer ser humano del que se origina un segundo ser humano y que parece incorrecto afirmar que primero habría un sistema indeterminado (no individual) que luego daría lugar a dos sistemas determinados. Entre nosotros, BASCUÑÁN, ANTONIO, “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde el punto de vista jurídico”, en Juan Pablo BECA (edit), *El embrión humano*, Mediterráneo, Santiago, 2002, p. 174, intenta reformular el argumento de la individualidad sobre la base del concepto de exclusividad que sería propio de la persona. Pero la respuesta ha de ser la misma: antes de la división hay exclusividad y luego de la división también, respecto de los dos nuevos seres humanos resultantes.

que Aristóteles, y luego Tomás de Aquino, llegaron a la conclusión de que el alma no podía provenir de la misma materia (Aristóteles dirá que viene “de afuera”; Tomás la referirá a la directa intervención divina que crea cada alma individual), y establecieron el principio de que ello sucedía cuando el organismo estaba en condiciones de recibir el elemento espiritual. Ambos, siguiendo las teorías existentes acerca de la biología de la reproducción, sostuvieron que ello no ocurría inmediatamente en la concepción, sino más adelante (entre 40 y 90 días según si se tratara de varones o mujeres)¹¹. Debe tenerse en cuenta que esta doctrina de la “infusión retardada del alma” ha sido discutida entre teólogos y moralistas, pero sin afectar para nada la unánime reprobación que desde los primeros tiempos ha hecho la Iglesia católica del aborto procurado.

Aunque el instante preciso en que el alma se une al cuerpo organizado es una cuestión que sigue abierta en la teología, ya que el Magisterio de la Iglesia no ha estimado oportuno pronunciarse al respecto, debe tenerse en cuenta que para efectos morales y jurídicos la simple duda respecto de ese momento preciso impele a respetar al concebido como si fuera una persona desde el mismo instante de su origen biológico: “está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano”¹².

5. LA “SINGAMIA” COMO MOMENTO RELEVANTE

La misma razón anterior debiera aplicarse para rechazar el criterio de aquellos que sostienen que el comienzo de la vida individual debe atribuirse a la fusión de los pronúcleos masculino y femenino, y a la alineación del material genético anterior a la primera división del huevo (la llamada “singamia”). Así lo llegó a contemplar un proyecto de ley, hoy archivado, que proponía regular la fertilización asistida en la versión aprobada por la Comisión de Salud del Senado: se decía en ese texto que “se entiende por concepción el momento de la singamia, esto es, cuando el material

¹¹ ARISTÓTELES, *De generatione Animalim*, L. II, c. 3; *De Animalibus Historiae*, L. VII, c. 3; SANTO TOMÁS DE AQUINO, *C. G. L. II*, c. 89 y *S. Tb. I*, q. 76, a. 3; I, q. 118, a. 2.

¹² JUAN PABLO II, *Evangelium Vitae. Carta Encíclica sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*, de 25 de marzo de 1995, n° 60. Por otra parte, hay razones fundadas para sostener que los actuales conocimientos que poseemos sobre la realidad biológica del concebido propician la necesidad de que el alma intelectiva se encuentre presente desde los primeros instantes. Incluso la tesis de la animación retardada que defiende Tomás de Aquino, siguiendo a Aristóteles, puede ser refutada desde el punto de vista metafísico: cfr. UGARTE GODOY, José Joaquín, *El derecho de la vida*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 257 y ss., especialmente pp. 279-284.

genético del varón y la mujer se integran y complementan en un núcleo único” (art. 3, inc. 2º)¹³.

Nuevamente estamos ante un intento de excluir al embrión humano, en algún momento de su desarrollo, de la cobertura jurídica que debiera otorgarse a todos los seres humanos (contando con que la criopreservación permite el alargamiento indefinido y discrecional de la etapa excluida¹⁴), sin que se explique la razón ontológica de la frontera que se quiere poner entre lo no humano y lo humano. Ya antes de la fusión de los pronúcleos, desde la misma unión de las membranas gaméticas (al penetrar el espermio en el óvulo) existe un sistema celular completo que contiene en sí la fuerza para crecer y desarrollarse por sí mismo, ¿por qué negarle el carácter de individuo humano por el solo hecho de que no se ha producido un fenómeno (el alineamiento cromosómico) que solo es uno de los muchos que transcurrirán durante todo el proceso de gestación?¹⁵

IV. PROPUESTAS ALTERNATIVAS A LA ADMISIÓN DE PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN

1. EL EMBRIÓN COMO “BIEN JURÍDICO”

No obstante que el reconocer la titularidad subjetiva del embrión tanto en el plano personal como patrimonial parece ser la explicación más coherente con su realidad biológica, los considerables intereses conectados con la posibilidad de manipular y destruir embriones humanos determinan que no exista una voluntad generalizada para admitirla en varios círculos políticos y científicos. Por cierto, prácticamente nadie afirma –al menos

¹³ Informe de la Comisión de Salud del Senado de 13 de mayo de 1996 (Boletín N° 1026-07). Como se ve, el texto aprobado era biológicamente incorrecto, ya que en los mamíferos nunca se llega a producir la fusión del material genético en un solo núcleo. Después del alineamiento del material genético se produce la división del huevo, dando lugar al blastómero.

¹⁴ Resulta ilustrativo que en el extranjero se reconozca sin problemas la funcionalidad práctica que a los efectos de la criopreservación reporta el concepto de “célula en estado de pronúcleo”. Señala GAFO, JAVIER, *10 Palabras clave en Bioética*, Edit. Verbo Divino, Navarra, 1993, p. 199, que hoy se está realizando frecuentemente la criopreservación en la fase de “precigoto”, esto es, antes de la unión de los pronúcleos, ya que: “Esta fase es muy estable y facilita el proceso de criopreservación”.

¹⁵ En el debate público chileno se ha invocado que la Instrucción Vaticana “Donum Vitae” sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de 1987, en su versión española, contiene una apostilla entre las notas 25 y 26 que define el cigoto como “la célula resultante de la fusión *de los núcleos de los dos gametos*”. Pero se trata evidentemente de un error de traducción, ya que en el texto oficial, en latín, puede leerse *zygotum est cellula orta a fusione duorum gametum* (AAS LXXX, 1988, p. 78), es decir, “el cigoto es la célula resultante de la fusión de los dos gametos”. El entonces Prefecto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, Cardenal Ratzinger, aclaró el punto en carta de 16 de julio de 1996 dirigida a los Presidentes de las Conferencias Episcopales, en la que pide que el texto de la Instrucción sea traducido siguiendo “la edición típica latina así como hacerlo conocer al público y velar para que sea insertado en una eventual reedición del documento”.

públicamente— que el embrión sea una cosa manejable y destruible a voluntad. Pero se buscan soluciones alternativas que, junto con ofrecer un cierto marco de protección legal al *nasciturus*, dejen abierta la puerta para su utilización e incluso su destrucción, en ciertos casos en los que ello pueda resultar conveniente.

Se señala entonces que el embrión no tendría subjetividad jurídica (no es persona), pero que sería una expresión del valor “vida humana” que debe ser protegido como un bien jurídico especialmente importante¹⁶. Incluso se ha planteado que el embrión humano debería gozar de una protección similar a la otorgada a los bienes declarados “patrimonio de la humanidad”, para que, de esta manera, se prohíban y castiguen los abusos en su manejo y tratamiento.

Por buenas que sean las intenciones de explicar y otorgar una protección al *nasciturus* sobre la base de estas teorías, nos parece que ellas son insuficientes, pues siguen reteniendo al embrión en el ámbito de las cosas, valiosas jurídicamente si se quiere, pero cosas al fin. Y esto tiene relevancia, pues cuando entran en conflicto intereses o derechos humanos (como el de la madre a no soportar el embarazo) con la “cosa”, aunque valiosa, en que se ha convertido la vida humana del embrión, encuentra natural aplicación el refrán de que “el hilo se corta por lo más delgado”. Aquí lo más delgado es el “bien-embrión” frente a la “persona-madre” y sus derechos. Y lo propio cabe decir frente al enfermo de Parkinson que necesita un implante de células cerebrales de embriones, o ante la pareja que pretende solucionar su infertilidad a costa del desecho o deceso de embriones en la aplicación de técnicas de fertilización asistida.

2. EL EMBRIÓN COMO BIEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN GRADUAL O INCREMENTAL

Una manifestación de esta postura puede encontrarse en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo*¹⁷. La cuestión que enfrentó la Corte fue la de establecer si Costa Rica, al prohibir legalmente la fecundación *in vitro*, había vulnerado la Convención Americana de Derechos Humanos en contra de las parejas que querían recurrir a dicha técnica para obtener descendencia. La Corte Suprema de ese país había confirmado la constitucionalidad de dicha prohibición legal considerando el derecho a la vida y la dignidad de los

¹⁶ En este sentido, puede verse a UNDURRAGA VALDÉS, VERÓNICA, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena*, LegalPublishing, Santiago, 2013, especialmente pp. 302 y ss. En su opinión, la vida del concebido no puede ser considerado como un derecho subjetivo, sino como “un bien jurídico objetivo de carácter constitucional” (p. 312).

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de noviembre de 2012, caso *Artavia Murillo y otros* (“fecundación *in vitro*”) vs. *Costa Rica*; en adelante “sentencia caso Artavia Murillo”

seres humanos concebidos, consagrado, entre otras normas, en el art. 4.1 de dicha Convención.

La Corte Interamericana falla a favor de la demanda y en contra del Estado, para lo cual realiza una interpretación “evolutiva” del art. 4.1 de la Convención que consagra la protección del derecho a la vida “en general, a partir de la concepción”. Comienza por entender que la palabra “concepción” debe ser entendida no como fecundación sino como “implantación” del embrión¹⁸. Uno podría esperar que se reconocerá la personalidad del embrión entonces desde dicho momento, pero tampoco: según la Corte la protección de la vida del concebido (implantado) no se exige en interés de este último, sino en interés de la mujer embarazada¹⁹.

No obstante, admite que el embrión tiene derecho, o al menos un interés, a la vida, aunque no sea persona, pero la protección de su vida sería gradual o incremental. Dice textualmente el fallo: “la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos”²⁰. Después de descartar que haya protección absoluta –con lo que implícitamente admite que debe existir una protección aunque sea relativa–, señala: “... es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición [art. 4.1] no es absoluta, sino es 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”²¹. En otro lugar de la sentencia, la Corte llega a calificar de “principio” a esta curiosa “protección gradual e incremental”: sostiene que la práctica generalizada de la fecundación *in vitro* “está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal”²².

Los argumentos de la Corte para sostener esta protección gradual e incremental de la vida prenatal más que débiles son inexistentes. Más bien, parece encontrar así una fórmula retórica para negar que reciba una protección absoluta, lo que, según parece temer la Corte, impediría la práctica de la fecundación *in vitro*. Pero si uno pregunta qué tipo de protección es la que se pretende: como derecho o como mero interés o

¹⁸ Sentencia caso Artavia Murillo cit., N° 187.

¹⁹ Sentencia caso Artavia Murillo cit., N° 222.

²⁰ Sentencia caso Artavia Murillo cit., N° 263

²¹ Sentencia caso Artavia Murillo cit., N° 264. Con ello se acogía lo que había sostenido la Comisión en la demanda en el sentido de que el art. 4.1 no establece “un derecho absoluto o categórico en relación con las etapas prenatales de la vida”, a lo que agregaba que existía “un reconocimiento internacional y comparado del concepto de protección gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal” (*cf.* Sentencia caso Artavia Murillo cit., N° 163).

²² Sentencia caso Artavia Murillo cit., N° 256. Véase también N° 315.

bien jurídico, cuáles son las etapas de la gradualidad, en qué medida se va incrementando esa protección, cuándo deviene en un derecho fundamental, etc., no se encontrarán respuestas.

Como bien señala el juez chileno, Eduardo Vio Grossi en su voto disidente, “el objeto y fin del artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de estos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de ‘toda persona ... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción’, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún”²³.

3. EL EMBRIÓN COMO SUJETO DE DERECHO NO PERSONALIZADO

Otros autores han ido más allá en esta búsqueda de una explicación razonable y sostienen que el *nasciturus* quedaría comprendido dentro de la categoría general de “sujeto de derecho” como entidad diferente de la “persona natural”. El embrión sería sujeto de derechos pero no propiamente persona²⁴. Es claro que al final la cuestión puede ser solo semántica, y dependerá de qué contenido le atribuimos a los términos “sujeto de derechos” y “persona”. Pero habiéndose universalizado el uso de la palabra “persona” para designar la dignidad y la inviolabilidad de todo ser humano concreto, así como el derecho a que la ley le proteja de un modo máximo, parece inconveniente desguarnecer al embrión humano de esa denominación, toda vez que ello inevitablemente indicará que él no tiene acceso al mismo tratamiento protector con que cuenta el ser humano ya nacido.

Después de todo este recorrido, creemos que puede concluirse que la solución de que el ser humano debe ser tratado como persona desde el mismo inicio de su desarrollo y hasta el preciso instante de su muerte, es la única que permite explicar tanto su capacidad patrimonial como también afirmar coherentemente su titularidad sobre derechos personales, y en especial el de mantener su vida y a la salud e integridad física. Agregamos que esto, además, debe admitirse como conclusión si se examina el sistema jurídico chileno vigente, como pasamos a examinar.

²³ Voto disidente en sentencia de 28 de noviembre de 2012, caso *Artavia Murillo y otros* (“fecundación *in vitro*”) vs. *Costa Rica*.

²⁴ Es la posición defendida por el destacado jurista peruano CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas*, Grijley, 7ª edic., Lima, 1999, pp. 30-35, cuya influencia determinó que el art. 1º del Código Civil de Perú de 1984 asuma esta visión: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.– La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

V. LA PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN HUMANO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

1. RECONOCIMIENTO LEGAL

Después de analizar en profundidad nuestro ordenamiento jurídico debe constatar que hay un claro y firme reconocimiento de la personalidad del embrión, al que la ley civil gusta denominar como “criatura que está por nacer”. Esta conclusión parece estar en contra del texto del art. 74 del Código Civil que expresamente señala que “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, de modo que la criatura que muere en el vientre materno o antes de esa separación “se reputará no haber existido jamás”.

El tenor literal del art. 74, a nuestro juicio, ha sido sobredimensionado y aplicado fuera de su órbita natural por la doctrina común, llevándola a proclamar como dogma incuestionable que la ley civil no reconoce la personalidad del *nasciturus*²⁵.

Esta afirmación no tiene en cuenta, sin embargo, que el mismo Código Civil y la legislación nacional contienen numerosas disposiciones que claramente demuestran que la ley reconoce y protege la personalidad del que está por nacer:

1º) Por de pronto, se le incluye claramente en la definición de persona que el Código Civil formula en el poco considerado art. 55: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad...”. El embrión es individuo y pertenece a la especie humana, por lo que, con prescindencia de su desarrollo cronológico (edad), debe ser considerado persona.

2º) El *nasciturus* es sujeto de estado civil: se le considera hijo (art. 243 inc. 2º CC) y se señala que los efectos de la determinación de su estado civil filiativo se retrotraen a la época de la su concepción (art. 181 CC). Incluso se permite iniciar los trámites propios de una adopción en su favor (art. 10, ley N° 19.620).

²⁵ Debemos reconocer que nuestro pensamiento sufrió una cierta evolución. En un primer momento no estimábamos posible afirmar con seguridad el reconocimiento positivo de la personalidad civil del concebido, por lo que propiciábamos que se revisaran aquellas normas civiles que, como el art. 74 del Código, parecían negar esa calidad al embrión. No obstante, ya en ese momento hacíamos ver la necesidad de “revisar los conceptos dogmáticos tradicionales, y ahondar en el concepto de persona natural que da el Código civil chileno” (CORRAL TALCIANI, H., *ob. cit.*, p. 47, nt. 46). Es la labor que hicimos en trabajos posteriores y especialmente en el que se actualiza y desarrolla en este escrito. La doctrina civil actual va girando hacia un reconocimiento de la personalidad del concebido. Así, LARRAÍN RÍOS, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 132 y ss. ha sostenido que el Código Civil reconoce la “personalidad natural” del concebido; FIGUEROA YAÑEZ, G., *Derecho Civil de la persona... cit.*, pp. 150-152, llega a la misma conclusión aunque restringe la expresión legal “el que está por nacer” al embrión ya implantado. En cambio, la reconoce sin ambages y con persuasivos ejemplos, HENRÍQUEZ, I., *ob. cit.*, pp. 164 y ss.

3º) Congruentemente con lo anterior se declara solemnemente que “la ley protege la vida del que está por nacer” (art. 75 CC). Adviértase que la expresión “el que está por nacer” sugiere claramente la personalidad: se trata de “alguien”, no de “algo”.

4º) Se atribuyen facultades amplísimas al juez para adoptar, de oficio o a petición de cualquier persona, “todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá” (art. 75 CC). Esta norma debiera relacionarse con las facultades que la Ley de Tribunales de Familia otorga a los jueces de este fuero para adoptar medidas de protección en favor de niños o niñas que sean gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (art. 8 N° 7 Ley N° 19.968), precisando la ley que por niño o niña debe entenderse “todo ser humano que no ha cumplido catorce años” (art. 16 inc. 3º, Ley N° 19.968). La protección de la vida del concebido conduce necesariamente a excluir toda forma de interrupción de la gestación, con las disposiciones que castigan penalmente el aborto provocado (arts. 342 y siguientes del Código Penal) y que prohíben toda acción que tenga como fin directo el aborto (119 del Código Sanitario).

5º) Se determina que todo castigo a la madre por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, debe diferirse hasta después de su nacimiento (art. 75, inc. 2º, CC). Por lo que, en todo caso, debe suspenderse la aplicación de la pena de muerte, si es que fuere aplicable en alguno de los casos en los que aún subsisten en nuestra legislación (art. 85 del Código Penal).

6º) Se declara la protección que el Estado debe proporcionar al hijo que está por nacer. El Código Sanitario dispone que “Toda mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan”, de modo que, “La tuición del Estado comprenderá la higiene y asistencia social tanto de la madre como del hijo” (art. 16).

7º) Se protegen igualmente los derechos patrimoniales del *nasciturus*: todos los derechos que se le defieren a la criatura permanecen en suspenso, y si llega a nacer entra en el goce de ellos como si hubiese estado ya nacido al momento en que se le defirieron (art. 77 CC).

8º) Por tal razón, el *nasciturus* goza de capacidad para suceder por causa de muerte (art. 962 CC), y para recibir donaciones (art. 1390 CC).

9º) Además, la ley provee un administrador para los derechos que se le defieran mientras se encuentra en gestación, concediendo al padre o a la madre la patria potestad sobre el que está por nacer (art. 243, inciso 2º CC), y, a falta de estos, posibilitando el nombramiento de un curador de bienes (*ad ventris*) (arts. 485 y siguientes CC).

10º) La Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias considera como sujeto beneficiario de pensiones alimenticias al hijo que está por nacer (art. 1, inc. 4º Ley N° 14.908, de 1962, texto refundido por

D.F.L. N° 1, Ministerio de Justicia, 16 de mayo de 2000, modificado por la Ley N° 20.152, de 2007).

11°) Aunque el art. 74 del Código Civil utilice para el niño que muere antes de nacer una cruda expresión: “se reputará no haber existido jamás”, la Ley de Registro Civil (si bien omite por razones prácticas las inscripciones de nacimiento y defunción) contempla la necesidad de dar sepultura a los restos de la criatura no nacida en los cementerios destinados a cadáveres humanos, y ordena el otorgamiento del respectivo pase de sepultación (art. 49 de la Ley de Registro Civil)²⁶.

12°) El art. 66 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 20.137, de 16 de diciembre de 2006, concede un permiso pagado, adicional al feriado anual, de tres días corridos, en caso de que el trabajador sufra la muerte de “un hijo en período de gestación”. Se aclara que en caso de muerte del hijo nonato el permiso se hará efectivo desde el momento de acreditarse la muerte con el respectivo certificado de defunción fetal. El mismo permiso se extiende a los funcionarios de la Administración Pública (Ley N° 18.834, texto refundido por D.F.L. N° 29, de 2004, art. 104 bis) y de las Municipalidades (Ley N° 18.833 art. 108 bis).

2. EL PROBLEMA DEL ART. 74 DEL CÓDIGO CIVIL: “LA EXISTENCIA LEGAL PRINCIPIA AL NACER...”

Expuestas las normas anteriores, se impone una interpretación finalista y contextualizada del precepto del art. 74, que en su tenor literal parece negar personalidad al embrión y otorgarla cuando haya ocurrido el nacimiento, esto es, cuando la criatura se haya separado completamente de la madre y sobrevivido algún momento a esa separación. Yendo más allá de las expresiones literales del precepto, queda claro que el codificador no ha querido otra cosa que fijar con certeza el punto en el que se consolidan definitivamente las relaciones patrimoniales surgidas en favor del que está por nacer durante su gestación, y que en ningún caso ha pretendido negar al *nasciturus* su cualidad de sujeto de derechos.

Es manifiesto que la fórmula del art. 74, en relación con la disposición del art. 77 del Código Civil, no es más que un medio técnico destinado a condicionar la capacidad patrimonial del embrión a su nacimiento, evitando

²⁶ En contra de la dignidad de los restos del no nacido se revela el D. S. N° 240, del Ministerio de Salud, de 3 de junio de 1983, Reglamento del Título IX del Código Sanitario, cuando dispone que son admisibles las donaciones de “todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo”, las que se perfeccionan por la sola voluntad del donante (art. 17). También utilizan esta expresión “producto de la concepción” el art. 49 del Reglamento General de Cementerios, D. Sup. 357, de 1970 y el art. 40 del Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, D. Sup. N° 161, de 1982, ambas normas introducidas por el D. Sup. N° 216, Ministerio de Salud, de 17 de diciembre de 2003. Estas últimas, a pesar de lo desafortunado de la expresión, le reconocen al concebido su dignidad humana al contemplar y facilitar su inhumación.

de esta forma desplazamientos inciertos de la propiedad. La norma nos viene a decir que, en caso de muerte antes del nacimiento, el feto no es considerado causante para efectos sucesorios, articulando la ley una ficción (que ella misma reconoce como contraria a la realidad de las cosas) de que la criatura no ha llegado a la existencia (“se reputará” dice el Código no haber existido). Se trata, por tanto, de un desconocimiento *a posteriori* de la capacidad patrimonial, que no puede considerarse atentatorio para la dignidad del embrión, ya que ella se verifica cuando este ya no tiene existencia. Nadie podría sostener que con ello se le desconoce injustamente el derecho de transmitir sus propios bienes: no resulta razonable conservar ese derecho respecto de alguien que no podrá tener nunca la posibilidad de ejercerlo²⁷.

Otra razón práctica para seguir el mismo criterio la da Guzmán Brito, explicando el Derecho romano: “la razón es clara: nacida muerta una criatura, no siempre es posible saber en qué momento murió ni, por ende, si alcanzó o no a adquirir un patrimonio (hereditario) y a causar o no su propia herencia”²⁸. Pensamos que el argumento mantiene su vigencia en el Derecho patrimonial moderno.

3. LA PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

Si revisamos la cuestión desde el punto de vista constitucional, la subjetividad jurídica del embrión debe afirmarse con mayor fuerza. La Constitución Política señala, en su artículo 19, que ella asegura a “todas las personas”, ciertos derechos fundamentales entre los cuales menciona el derecho a la vida del que está por nacer (art. 19, N° 1). De este modo, ha previsto la aplicabilidad del recurso de protección para restablecer el imperio del derecho en caso de que ese derecho sufra privación, perturbación o amenaza por actos u omisiones arbitrarias e ilegales (art. 20 Const.)

Se ha sostenido que la referencia del N° 1 del art. 19 de la Constitución no implica un reconocimiento de la personalidad del embrión humano, por cuanto se observa una clara diferencia entre el derecho a la vida y a la integridad física que se reconoce para toda persona en el inciso primero del N° 1, y la alusión contenida en el inc. 2° al concebido, para el cual esa protección no sería asumida directamente por la Constitución, sino encargada a la prudencia del legislador. De esta manera, debería ser la ley la que determinara la cobertura protectora de la vida del que está por

²⁷ Se trata de un expediente técnico de restricción justificada y *a posteriori* de la capacidad patrimonial. Nada impide que esta solución pueda cambiar si se estima que los conocimientos científicos son suficientes para determinar con certeza de la fecha de la muerte del concebido. En similar sentido, para la legislación española, puede verse a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, “¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)”, en *Actualidad Civil* 2001, N° 31, pp. 1103 y ss.

²⁸ GUZMÁN BRITO, A., *ob. cit.*, t. I, § 54, p. 277.

nacer y sus posibles excepciones. Se agrega que la Constitución distingue la vida del nacido que es protegida mediante un derecho constitucional, de la vida del no nacido, que es protegida como un bien jurídico o como un interés no atribuible a una persona. Se invocan en apoyo de esta diferencia las discusiones sobre la procedencia del aborto terapéutico de que dan cuenta las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Cfr. *Actas Oficiales de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 87^a, 14 de noviembre de 1974, p. 16)²⁹.

Además, se observa que la norma (constitucional y civil) solo se referiría a las criaturas que están en el vientre materno (embriones implantados), y no a los huevos fecundados y desarrollados *in vitro*, en medio extracorpóreo. Respecto de estos últimos no podría decirse propiamente que “estén por nacer”, esto es, en vías de nacer³⁰.

Nos parecen equivocados ambos planteamientos. Comenzamos por refutar el segundo: no cabe en esta materia una interpretación tan literalista que no admita que la fórmula “el que está por nacer” es una expresión semántica, hermosa y hasta poética, pero que se refiere a todas las criaturas humanas vivas no nacidas, independientemente del medio físico en el que se encuentren. Debe recordarse que no es más que la traducción del término latino *nasciturus* con que los romanos designaban a todo ser humano no nacido. Se trata, en consecuencia, no del que está próximo a nacer, sino del que está llamado, por su propia conformación natural, a nacer (de lo contrario, y extremando las cosas más de alguno llegaría a sostener que solo el feto ya formado y viable sería una criatura que está realmente “por nacer”).

Respecto de la menor intensidad de protección que quiere deducirse de la incorporación de la norma específica referida a la vida del *nasciturus* después de la consagración general del derecho a la vida en el art. 19, N° 1 de la Constitución, debe partirse por destacar que si ello fuera correcto, la intención de los redactores, que fue indudablemente el enfatizar que la protección de la vida incluía al concebido, hubiera tenido resultados totalmente inversos. Mucho más lógico es pensar que la vida de todos los seres humanos es protegida de igual manera por la Constitución, y que la referencia especial a los concebidos es más bien un mandato dirigido al legislador para que dicte normas legales especiales que hagan realidad esa protección respecto de los *nascituri*, atendidas las amenazas que los tiempos actuales conocen en su contra. Adviértase que la Constitución

²⁹ Cfr. BASCUÑÁN, A., *ob. cit.*, pp. 188-190; VALENZUELA SALDÍAS, JONATAN, “Algunas consideraciones sobre el estatuto del embrión preimplantacional en Chile”, en *Revista Estudios de la Justicia* (U. de Chile), 3, 2003, pp. 169-170; UNDURRAGA, V., *ob. cit.*, pp. 302 y ss.

³⁰ Cfr. FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, *Derecho civil de la persona... cit.*, pp. 150 y ss., que sostiene que el art. 75 del Código protege solo a los embriones ya implantados en el seno de la madre. Los embriones concebidos *in vitro* no pertenecerían ni siquiera a la categoría de “los que están por nacer”.

no cosifica al *nasciturus* y que implícitamente reconoce su subjetividad: habla de “el que” está por nacer, y no de “lo que” está por nacer.

La interpretación contraria que quiere ver una protección diferenciada de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico pero no como un derecho de una persona, ha sido tempranamente rebatida por Patricio Zapata³¹.

Es además lo que pide una interpretación armónica de este inciso del N° 1 del art. 19 con las normas y principios del Capítulo Primero sobre Bases de la Institucionalidad, en especial con el art. 1° que declara que el Estado está al servicio de la persona humana y con el art. 5° que reconoce los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana, siendo claro que el embrión humano cuenta con tales derechos³². La conclusión es exigida también por la armonía que debe existir entre la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile, en especial con la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo esta última correctamente interpretada³³ y no como ha hecho la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo*³⁴.

Como ha señalado Sergio Carrasco, “siendo el concebido y aún no nacido titular de una vida que comienza con la concepción, cualquier acto o pretensión de afectar tal vida transgrede el texto y las finalidades de la Constitución”³⁵. Es la posición compartida por la opinión común de nuestra doctrina de derecho público³⁶.

Todo lo anterior no puede ser dejado sin efecto invocándose una mera discusión entre los integrantes de la Comisión de Estudios que redactó el primer texto de la Carta Fundamental³⁷, menos ahora después de las

³¹ ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO, “Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* 15 (1988), 2-3, pp. 384-386

³² Cfr. PRECHT PIZARRO, JORGE, “La administración del Estado al servicio de la persona en gestación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 57/58, 1995, pp. 199 y ss.

³³ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Gaceta Jurídica* 207 (1997), p. 11, sostiene que, aunque el art. 19 N° 1 de la Constitución pareciera diferenciar entre la protección de la vida del ser humano nacido y el concebido, en atención a lo dispuesto en el art. 5 inciso 2 y en especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, “debemos concluir en una interpretación armónica, sistemática y finalista del bloque constitucional de derechos esenciales, que los seres humanos (*nasciturus* o nonatos y nacidos) son personas que tienen derecho a que se respete su vida, ‘en general, a partir del momento de la concepción’ hasta su ‘muerte natural’. La existencia de esta nueva persona, por imperativo de su propia dignidad, establece el deber de proteger su vida y de impedir que se provoque su muerte”.

³⁴ Cfr. Sentencia caso *Artavia Murillo* cit., Véase supra IV, 2.

³⁵ CARRASCO DELGADO, SERGIO, “Constitución Política de 1980. Finalidades y aplicación. Notas sobre el derecho a la vida y su protección”, en *Estudios Constitucionales*, año I (2004), N° 1, p. 86.

³⁶ SOTO KLOSS, EDUARDO, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. I, p. 44, con toda razón sostiene que importaría una diferencia arbitraria distinguir entre el derecho a la vida del *nasciturus* y del nacido, siendo ambos individuos de la especie humana y por tanto personas. Cfr. también NOGUEIRA, H., *ob. cit.*, p. 11.

³⁷ Lo que se deduce, en verdad, de esa discusión es más bien la falta de uniformidad de pareceres sobre la no derogabilidad por parte de la Constitución del aborto terapéutico entonces vigente en el Código Sanitario. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, t. I, p. 100, escribe que “Lo que ni la ley

numerosas modificaciones de que ha sido objeto para profundizar su adhesión a los principios humanistas y democráticos.

4. RELEVANCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1999: EL VERBO “NACEN” DEL ART. 1º DE LA CONSTITUCIÓN

La reforma constitucional de la Ley Nº 19.611, de 1999, tuvo por objeto explicitar la igualdad entre hombres y mujeres, para lo cual se estimó conveniente sustituir la expresión “los hombres”, con la que se iniciaba el art. 1º de la Constitución, por “las personas”, pero se mantuvo el resto de la norma: “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Al quedar vinculados el vocablo “persona” con el verbo “nacer” se podía incurrir en la impresión de que la Constitución se estaba desdiciendo de la protección otorgada a la persona por nacer en el art. 19 Nº 1, y que en el artículo primero se reconocía solo como personas (con dignidad y derechos) a los seres humanos ya nacidos, o desde el momento en que nacieran.

Afortunadamente esto se advirtió a su debido tiempo y –no hay mal que por bien no venga– sirvió para que el Congreso Pleno ejerciendo su función de poder constituyente derivado reafirmara la personalidad constitucional del ser humano concebido, por medio de una expresa aclaración en tal sentido.

Varios parlamentarios hicieron uso de la palabra para hacer hincapié en que el nuevo texto, al hablar de que las personas nacen libres e iguales, no podía entenderse como un debilitamiento del derecho a la vida del que está por nacer (diputada Cristi, diputado Elgueta, senador Díez, diputado José García, diputado Krauss, senador Urenda, senador Zaldívar), ni en el sentido de “ignorar, suprimir o atenuar el reconocimiento de la personalidad constitucional que corresponde tanto a hombres como mujeres desde el mismo momento de la concepción” (diputada Guzmán, senador Larraín, diputado Luksic, diputado Pérez)³⁸.

Pese a ello en una obra de Guzmán Brito se recurre a una combinación entre la expresión “nacen”, referida a las personas en el art. 1º de la Carta Magna y el art. 74 del Código Civil interpretado según la doctrina

ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica masiva del aborto común” y VERDUGO, MARIO; PFEFFER, EMILIO y NOGUEIRA, HUMBERTO, *Derecho Constitucional*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2002, t. I, p. 199, señalan que la disposición del Código Civil se incluyó en el texto constitucional “con el propósito de que en el futuro no pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto”. No concordamos con esta interpretación, pero incluso aceptándola debería considerarse inconstitucional un proyecto de aborto que no se limita a la razón terapéutica, sino que lo expande a la razón eugenésica (inviabilidad del feto) y a la criminológica (violación), máxime si no se concibe únicamente como despenalización o legalización sino como legitimación en cuanto derecho subjetivo de la mujer a una prestación médica.

³⁸ Cfr. Sesión del Congreso Pleno del 15 de mayo de 1999, *Diario de Sesiones del Senado* pp. 4037-4066.

clásica de que el concebido no es persona “legal”, para sostener que el embrión humano no sería reconocido como persona por la Constitución chilena³⁹. Advertimos que el autor entiende que la falta de personalidad legal del concebido no empece a que se tutele su vida de la manera más enérgica, por tratarse de un ser humano. Con todo, debido a que en la dogmática constitucional y civil moderna el concepto de persona está directamente relacionado con la titularidad de derechos fundamentales y con la tutela máxima de la vida la interpretación referida no deja de ser inquietante, y merece ser refutada.

Primeramente hay que decir que la lectura constitucional que rechazamos prescinde totalmente de la intención del Constituyente, que, como hemos apuntado, quedó explícitamente recogida en las actas y, en ningún momento, fue disminuir la protección jurídica de la persona por nacer, sino todo lo contrario.

La insistencia en que el art. 74 del Código Civil niega personalidad al que está por nacer desconoce la virtualidad del precepto del art. 55 que define como persona a todo individuo humano. Como hemos ya visto, hasta la doctrina civil, tradicionalmente la más conservadora, está dejando atrás el concepto técnico de personalidad limitada a la esfera patrimonial. Menos aceptable es que se intente aplicar la concepción formalista de persona en el plano constitucional y de los derechos humanos en los que, como hemos visto, el término alcanza su actual significado de sustento institucional de todo el orden jurídico.

El argumento, nuevamente gramatical, que quiere ver en el vocablo “nacen” del art. 1º una exclusión de los no nacidos del ámbito protector de la Carta Fundamental no puede ser considerado acertado. Es manifiesto, incluso hasta por su propia ubicación de “norma pórtico”, que el art. 1º utiliza el vocablo persona en su noción institucional, como “base de la institucionalidad”, según reza el epígrafe del capítulo I en el que se inserta. Al hablar, por ejemplo, de que el Estado está al servicio de la persona, no puede sino estar pensando en el ser humano y en cualquier ser humano. El primer párrafo necesariamente, por su contexto y por su historia, se refiere a la persona como ser con dignidad anterior a las determinaciones y elaboraciones jurídicas. La mantención del término “nacen” no puede operar una limitación a esa noción sustancial de persona, ya que, como es conocido, su inclusión obedece a una reminiscencia histórica a la esclavitud.

³⁹ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pp. 92-97. Agrega más adelante: “Por ‘personas’ se entiende, desde luego, a las naturales en el sentido del artículo 55 del Código Civil. Pero no al que está en el vientre de su madre, vale decir, al concebido que no ha nacido aún, porque no ha principiado a ser legalmente persona, en los términos del artículo 74 inciso 1 CC., y porque la norma aplica la igualdad a quienes *nacen* y el *nasciturus* es quien no ha nacido todavía” (p. 192).

Por lo demás, bien se puede sostener que si la Constitución reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad, es porque ya lo son desde el momento en que vinieron a la existencia, es decir, desde la concepción⁴⁰.

5. LA CUESTIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL CASO “ARTAVIA MURILLO”

El inc. 2º del art. 5 de la Constitución establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y por “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Pues bien, en esta materia ha de recibir aplicación la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada “Pacto de San José de Costa Rica” (D. Of. 5 de enero de 1991) que declara solemnemente 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” (art. 4.1). Además, dispone que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 3, en relación con el art. 1.2).

La expresión “en general” del art. 4 no debe interpretarse en el sentido de privar de fuerza al texto admitiendo que las leyes nacionales puedan establecer excepciones a la protección de la vida desde la concepción, ya que sería absurdo proclamar un derecho tan esencial dejando libertad para establecer toda clase de excepciones que lo desconozcan. La locución ha querido, por el contrario, enfatizar que la protección de la vida por nacer rige para todos: es “general”, y no solo para algunos⁴¹.

⁴⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer”, en AA.VV., *Los derechos de la persona que está por nacer*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001, p. 84, sostiene que la reforma ha reforzado el derecho a la vida del que está por nacer al descartarse por completo que la expresión “el que está por nacer” del art. 19 N° 1 inciso 2º de la Constitución fuera entendida como aludiendo a alguien que no es “persona” en el sentido constitucional.

⁴¹ Como bien sostiene un comentarista argentino: “La expresión simplemente aclara, hasta enfatizando, que la protección de la ley comienza con el inicio de la concepción, momento desde el cual se reconoce el principio de la vida humana. De esta manera, la expresión ‘en general’ - en el contexto enfático de la oración- indica ‘en todos los casos’, o ‘en igualdad de condiciones para todos los casos’” (BARRA, RODOLFO CARLOS, *La protección constitucional del derecho a la vida*, Abeledo-Perrot, B. Aires, 1996, p. 60). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica” ha dicho que la locución “en general” significa que “la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición [el art. 4.1] no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo...” (Sentencia caso Artavia Murillo cit., N° 264). Ya antes la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había sostenido que las implicancias jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” serían substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción” que usaban los requirientes, pero sin indicar cuáles serían esas diferencias (Baby Boy v. Los Estados Unidos de América, Caso 2141, Resolución 23/81, Informe de 6 de marzo de 1981, n° 30). La interpretación de la Corte resulta incluso contraria, no solo al texto literal sino al objeto y fin del tratado y de los Estados que lo celebraron que quería precisamente que la vida

Es además la única interpretación que permite la consistencia entre este tratado y los demás que protegen el derecho a la vida sin distinción. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (D. Of. 29 de abril de 1989) dispone que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”. La expresión “persona humana” claramente alude a todo individuo de la especie humana.

Es importante citar también en este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño (D. Oficial de 27 de septiembre de 1990). La Convención declara enfáticamente que, para sus efectos, se “entiende por niño *todo ser humano* menor de dieciocho años de edad...” (art. 1). Esta definición comprende a los *nascituri* ya que, según el preámbulo de la misma Convención, “el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*” (énfasis añadido).

A pesar de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Artavia Murillo” al que nos hemos referido anteriormente (IV, 2) llega a conclusiones insólitas como que la palabra “concepción” utilizada por el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos quiere decir “implantación”, de manera que antes de la anidación en el útero materno, el ser humano concebido no merece ninguna protección jurídica. Pero incluso después de la anidación, el embrión no sería considerado persona o titular de un derecho a la vida, sino que constituiría “vida prenatal”, protegible por la ley de manera “gradual e incremental”. La personalidad solo sería reconocida una vez producido el nacimiento. Con ello desvirtúa completamente la norma del art. 4.1 y además desconoce el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano previsto en los arts. 1.2 y 3. La Corte llega a decir que “el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”⁴²; es decir, que una norma que claramente fue incorporada para fortalecer el derecho a la vida desde el momento de la concepción, devendría en significar justamente lo contrario: que la vida no puede prevalecer sobre otros derechos⁴³. Esto es claramente absurdo

humana de la persona se protegiera desde que ella fuera concebida y no solo a partir del nacimiento. Eduardo Vio Grossi en su voto disidente muestra que la cláusula “en general”, “fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de ‘toda persona... a que se respete su vida’ a partir de la concepción”, lo sea también para el no nacido aún. En otras palabras, esa protección debe ser ‘común’ para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, ‘aunque sean de naturaleza diferente’, dado que ‘constituyen un todo’, en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona” (Sentencia caso Artavia Murillo cit., voto disidente).

⁴² Sentencia caso Artavia Murillo cit., N° 258.

⁴³ Como señala Georgina Vargas, “La protección del derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretación del artículo 4.1 en los casos *Baby Boy vs. Estados Unidos* y *Artavia Murillo y otros* (fecundación in vitro) vs. *Costa Rica*, en *Epikeia* (Universidad Iberoamericana León), N° 22, 2013, p. 15: “De la interpretación hecha por la Corte, parece derivarse que la protección a la vida desde la concepción es ahora la excepción

y contrario al texto, al espíritu del tratado y a sus antecedentes históricos. Baste constatar que la frase “a partir del momento de la concepción” sería un predicado sin sujeto. Es obvio que, conforme a las reglas del lenguaje ordinario, que cuando se señala 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” (art. 4.1), lo que la ley debe proteger a partir del momento de la concepción es el derecho a la vida de una persona; ergo, el embrión es persona y tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción, la que debe entenderse, según el lenguaje corriente y los antecedentes históricos, no como implantación sino como fecundación, ya que es esta la que constituye el primer momento de un nuevo individuo humano, diverso de las células germinales de sus progenitores.

Por todo lo que hemos señalado parece indiscutible que tanto desde el punto de vista constitucional como de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, como en el plano de la simple regulación legal, en el sistema jurídico chileno el embrión humano, desde el origen de su vida (fecundación del óvulo por el espermio), goza de la calidad y estatus jurídico de persona, y como tal es acreedor de la protección completa del ordenamiento jurídico y de los órganos del Estado. Cuenta también con capacidad patrimonial y la titularidad de los derechos patrimoniales que se le defieran, aunque sujetos a consolidarse definitivamente una vez que ocurra el nacimiento.

6. LA PERSONALIDAD DEL CONCEBIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

Veamos primeramente la jurisprudencia administrativa derivada de la Contraloría General de la República. Primeramente, hay que observar que son varios los dictámenes que fundamentan algunos beneficios legales para las mujeres embarazadas en la tutela que el ordenamiento jurídico proporciona al hijo que está por nacer en la primera etapa de su vida (*cf.* Dictámenes N° 31.284, de 5 de julio de 2006; N° 9.236, de 17 de marzo de 1999). La Contraloría ha señalado igualmente que el hijo póstumo, reconocido como hijo no matrimonial por testamento del causante, si nace vivo, tiene derecho al montepío de su padre (hace aplicación del art. 77 del Código Civil) (Dictamen N° 1.817, de 21 de enero de 1985).

y la vida estuviera protegida, en general, desde el nacimiento de una persona y no antes. La Corte ha invertido el significado y el objeto del artículo 4.1 siendo ahora posible entender que la excepción es proteger la vida desde la concepción y la regla general es protegerla desde el momento del nacimiento”. El artículo está disponible en la web en la siguiente dirección: http://epikeia.leon.uia.mx/numeros/22/derecho_a_la_vida.php (consulta 6 de agosto de 2015).

De forma más explícita y directa la Contraloría General de la República ha reconocido, al menos en dos ocasiones, que el *nasciturus* tiene la calidad jurídica de persona en nuestro sistema jurídico. Así, estima que el Servicio Nacional de Menores tiene atribuciones para celebrar convenios con una fundación que tiene por objeto la protección de menores en gestación (Dictamen N° 14.542 de 15 de junio de 1992)⁴⁴. En un segundo dictamen, la Contraloría reconoció el carácter de persona del niño en gestación para estimarlo causante de los beneficios concedidos por la Ley N° 19.123 en favor de quienes han sufrido violación de sus derechos humanos. Según el organismo contralor la expresión “la ley protege la vida del que está por nacer” contenida en el art. 19 N° 1 de la Constitución consiste en un imperativo para el legislador para observar reglas destinadas a amparar a quien, no obstante no haber nacido, “constituye una persona en gestación” (Dictamen N° 25.403 de 21 de agosto de 1995)⁴⁵.

Aunque no son muy numerosas, ni tampoco muy explícitas, existen unas cuantas sentencias de los Tribunales Ordinarios, que se han pronunciado claramente respecto de la necesidad de proteger la vida del que está por nacer. Está claramente establecido que el recurso de protección al que se refiere el art. 20 de la Constitución puede ser interpuesto en favor del *nasciturus* ⁴⁶.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 29 de septiembre de 1989 (*Gaceta Jurídica* N° 111, p. 33), estableció que la negativa ilegal a tramitar una licencia maternal causaba daño a la salud de la madre y constituía un peligro para la vida del que está por nacer. La misma Corte, ante el recurso de protección interpuesto por el Director del Servicio de Salud Metropolitano en favor de la vida del hijo en gestación de una paciente que, por razones religiosas, se negaba a consentir en una transfusión sanguínea que se preveía como necesaria para proceder sin peligro a una operación de cesárea, ordenó como medida cautelar que se adoptaran desde ya todas las medidas tendientes a resguardar y preservar la vida del que está por nacer y su madre (*Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 88, sec. 5^a, p. 340)⁴⁷.

⁴⁴ Publicado, con comentario nuestro, en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 (1992), pp. 603 y ss.

⁴⁵ Sostuvo la Contraloría en este importante pronunciamiento: “Así pues, y como quiera que acorde con el artículo 5° de la Carta Fundamental es deber de los Órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes –cuyo es el caso de la aludida Convención Americana de Derechos Humanos– el nonato debe ser considerado como persona para los efectos en comento...”.
Cfr. PRECHT, J., *ob. cit.*, p. 206.

⁴⁶ Cfr. SOTO KLOSS, EDUARDO, “Derecho a la vida y recurso de protección”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 81, sec. Derecho, p. 60.

⁴⁷ La sentencia finalmente tuvo que rechazar el recurso por haber nacido en el intertanto el niño, y haber así desaparecido el riesgo al derecho a la vida del que estaba por nacer. Un comentario al fallo es el artículo de SOTO KLOSS, EDUARDO, “El Derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 88, sec. Derecho, pp. 55 y ss.

Aparte de estas sentencias que directamente abordan el problema, en numerosas ocasiones los tribunales han tomado en cuenta la subjetividad jurídica del concebido y su derecho a la vida cuando se pronuncian acerca de los fundamentos del fuero maternal y otros beneficios laborales otorgados en favor de la maternidad⁴⁸. Se ha reconocido igualmente que tiene derecho a reclamar indemnización del daño sufrida la hija póstuma de un trabajador fallecido por imprudencia de un tercero cuando aquella se encontraba en gestación, ya que el legislador considera la existencia natural que principia con la concepción “no solo para garantizar su conservación sino también para asegurarle los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno” (C. Rancagua 10 de marzo de 2004, rol N° 1433-2004, *Base de Datos LegalPublishing* CL/JUR/5146/2003)⁴⁹.

Sin duda el pronunciamiento jurisprudencial de mayor jerarquía y claridad sobre el carácter de persona del *nasciturus* y su inviolable derecho a la vida ha sido el adoptado por la Corte Suprema en el recurso de protección presentado en contra del Instituto de Salud Pública por la autorización de un fármaco (la llamada “píldora del día después”) entre cuyos mecanismos de acción, reconocido por la institución recurrida, se encuentra el impedir de implantación del cigoto humano (es decir, del óvulo ya fecundado). La Corte 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. La Corte se basa en los textos constitucionales e internacionales que ya hemos mencionado; pero además, por primera vez, 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” (C. Sup. 30 de agosto de 2001, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. XCVIII, sec. 5º, p. 199, cons. 18º)⁵⁰. Si bien en un fallo posterior la Corte Suprema rechazó un recurso

⁴⁸ Un recuento y análisis de estos fallos en SOTO KLOSS, EDUARDO, “La protección jurídica de la persona que está por nacer en la jurisprudencia judicial y contralora”, en AA.VV., *Los derechos de la persona que está por nacer*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001, pp. 99 y ss., en especial, pp. 104-107.

⁴⁹ Acerca de esta jurisprudencia judicial puede verse a SOTO KLOSS, EDUARDO, “La protección jurídica de la persona que está por nacer en la jurisprudencia judicial y contralora”, en AA.VV., *Los derechos de la persona que está por nacer*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001, pp. 99 y ss.

⁵⁰ El fallo en el considerado anterior (cons. 17º) comete a nuestro juicio una cierta impropiedad al señalar que el *nasciturus* tiene derecho a la vida y por ello “a constituirse en persona”.

de casación en el fondo contra una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que desechó la nulidad de derecho público de otra resolución administrativa que autorizaba el comercio del mismo fármaco aunque con otra denominación comercial, lo hizo por estimar que no podía la Corte, por la naturaleza de la casación, entrar a modificar los hechos establecidos por la sentencia impugnada, esto es que no había prueba suficiente para considerar que la píldora tuviera efectos abortivos, sin perjuicio de ello estableció que los arts. 19 N° 1 de la Constitución y 75 del Código Civil ordenan proteger al embrión humano desde que es concebido (C. Sup. 28 de noviembre de 2005, rol N° 1039-02, *Base de Datos LegalPublishing* CL/JUR/2468/2005, cons. 32°).

Tres años más tarde, un decreto supremo que autorizaba la distribución de la misma píldora fue considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, por una sentencia que declaró el estatus que correspondía reconocer al concebido era el de persona: "... si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre –como ha sido afirmado en estos autos–, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee 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", de modo que "queda claro que, para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas–, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción" (Tribunal Constitucional, sentencia de 18 de abril de 2008, rol N° 740-07, cons. 50° y 54°).

Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de protección interpuesto por un matrimonio en contra de una Isapre que se negaba a cubrir una cirugía *in utero* en favor de una niña en gestación que padecía de espina bífida, declaró que "es preciso señalar que el art. 19 N° 1 de la Constitución Política de la República le asegura a todas las personas el derecho a la vida, incluyendo expresamente la vida del que está por nacer, lo que implica que esta garantía no solo contempla la vida como fenómeno opuesto a la muerte, sino que la protección empieza al feto que está en el vientre materno, su nacimiento y desarrollo de vida, con una calidad que comprende la prolongación de ella en la mejor forma posible y que la medicina puede entregar"

En verdad, como lo deja claro el considerando 18° que le sigue, no es que tenga derecho a la vida para constituirse en persona sino que *es* persona y por ello tiene derecho a nacer y a vivir.

(C. Stgo. 16 de mayo de 2014, rol N° 143.161-2013; confirmada por C. Sup. 27 de agosto de 2014, rol N° 17.153-2014).

7. REAFIRMACIONES LEGISLATIVAS: LAS LEYES SOBRE GENOMA HUMANO Y DE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD

El 29 de septiembre de 2006 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y que prohíbe la clonación humana (ley sobre genoma humano). Este cuerpo legal contiene una nueva reafirmación de la protección que el ordenamiento jurídico realiza del *naciturus* en su calidad de individuo de la especie humana.

En efecto, el art. 1° de este cuerpo legal dispone expresamente que “esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

Un veto del Poder Ejecutivo que pretendía exceptuar de la protección del ser humano desde la concepción, los casos de contracepción de emergencia y de aplicación de técnicas de reproducción asistida fue declarado inadmisibles por el presidente del Senado.

La Ley N° 20.120 saca varias consecuencias concretas de la protección del no nacido. Así se prohíbe bajo sanción penal la clonación de seres humanos, cualesquiera sea el fin perseguido y la técnica utilizada (arts. 5 y 17), es decir, se prohíbe no solo la clonación reproductiva sino la mal llamada “clonación terapéutica”, que involucra la pérdida deliberada de embriones. Se dispone además que en ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a tejidos y órganos (art. 6). La ley agrega que “no podrá desarrollarse una investigación científica si hay antecedentes que permitan suponer que existe un riesgo de destrucción, muerte o lesión corporal grave y duradera para un ser humano” (art. 10 inc. 2°).

Debe aclararse que el hecho de que la ley prefiera hablar de ser humano más que de persona o persona humana no tiene mayor importancia dogmática, porque todos estos términos aluden a la misma realidad: el individuo de la especie humana en toda la extensión de su desarrollo; desde su inicio al momento de la concepción hasta su extinción con la muerte⁵¹.

No es admisible que se quiera ahora manipular el término “concepción” para identificarlo con la anidación del embrión en el útero de la madre⁵².

⁵¹ Respecto de las implicancias de esta regulación para el reconocimiento de la personalidad del concebido, véase HENRÍQUEZ, I., *ob. cit.*, pp. 177 y ss.

⁵² Como pretende GARCÍA DÍAZ, FERNANDO, “Sobre algunos alcances del art. 1° del ‘Proyecto de Ley sobre Investigación Científica en el Ser Humano, y (que) prohíbe la clonación humana”,

Recuérdese que este es un vocablo que figura en nuestro derecho desde muy antiguo. Concepción en el Código Civil se contrapone al nacimiento, y es claramente el primer momento de la existencia natural de ese individuo de la especie humana que es la persona. La concepción corresponde al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, ya que desde ese mismo momento puede hablarse de un nuevo individuo que pertenece a nuestra especie.

Una segunda reafirmación de la personalidad del ser humano concebido lo vemos en la Ley N° 20.418, publicada en el Diario Oficial el 28 de enero de 2010, sobre regulación de la fertilidad. Esta ley después de señalar que “los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia pondrán a disposición de la población los métodos anti-conceptivos, que cuenten con la debida autorización, tanto hormonales como no hormonales, como los métodos anticonceptivos combinados de estrógeno y progestágeno, métodos anticonceptivos de progestágeno solo, los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia y los métodos de anticoncepción no hormonal, naturales y artificiales” (art. 4 inc. 2°), señala explícitamente que “En todo caso, no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto” (art. 4 inc. 3°).

Es claro que el legislador admite los métodos anticonceptivos pero no los que tengan efecto abortivo, es decir, aquellos que actúan después de que se ha verificado la fecundación del óvulo por el espermio y cuando ya hay un ser humano concebido. La razón no puede ser otra, si relacionamos esta ley con el resto de los antecedentes normativos que ya hemos mencionado, que el reconocimiento de una persona que, aunque en sus primeros momentos, goza ya de dignidad humana y de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad corporal y a la salud.

VI. ESTATUS DEL EMBRIÓN HUMANO EN EL PROYECTO DE LEY DE “DESPENALIZACIÓN” DEL ABORTO

1. EL ESTATUS DEL EMBRIÓN EN EL MENSAJE

Ha de constatarse que el Mensaje del proyecto de ley califica como personas, y atiende a la protección de su dignidad y derechos de varios

en *Entbeos*, Escuela de Derecho Universidad de las Américas, año 4, 2006, pp. 169 y ss. Es también la estrategia argumental seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica” en relación con el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: véase *supra* IV, 2 y V, 5, aunque esta, como es evidente, no ha tenido a la vista los textos normativos y los antecedentes del ordenamiento jurídico chileno.

intervinientes en la llamada “interrupción del embarazo”. Incluso se señala, en sus inicios, de manera muy omnicompreensiva, que “Partimos de la base que la vida de toda persona, considerada en su máxima y más amplia dimensión, comprende no solo su condición biológica, sino también los aspectos sociales y culturales que la constituyen”.

Es clara la afirmación de que la mujer embarazada es persona, ya que el Mensaje se centra básicamente en una pretensión de respetar su autonomía y derechos fundamentales. Así se indica que “tanto el proyecto de ley que se presenta, como las políticas públicas recién mencionadas, tienen por finalidad resguardar los derechos de las mujeres y ofrecerles una adecuada protección”, así como que “La penalización del aborto sin excepciones en nuestro país constituye un incumplimiento inequívoco de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en relación con la garantía que debe existir respecto del pleno goce de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las mujeres”. Las citas podrían multiplicarse.

Pero también en el Mensaje se califica como persona, con dignidad y derechos, al médico que es requerido para practicar un aborto, y concretamente cuando se niega por razones de conciencia. Así se afirma que “el Estado de Chile es laico y reconoce el derecho que asiste a toda persona para conducirse en su vida de acuerdo con sus convicciones y principios morales, sean estos de carácter religioso o no” y que “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”.

También se consideran personas los niños y niñas ya nacidos. En el Mensaje se afirma que “En 2007 se creó el Programa Chile Crece Contigo, que institucionalizó la Ley N° 20.379 con el Sistema Intersectorial de Protección Social (2009), que establece que *niños y niñas* se integran el sistema público de salud desde su *primer control de gestación* y son acompañados y apoyados hasta que ingresan al sistema escolar” (énfasis añadido).

Incluso parece darles ese tratamiento cuando, afectados por alguna alteración congénita mueran al poco tiempo de nacer: “Estas últimas [cifras de muertes neonatales entre 2012 y 2014] mostraron un promedio de 465 casos/año de *niños* menores de 28 días de vida que fallecen por malformaciones incompatibles con la vida” (énfasis añadido).

Del mismo modo hay un reconocimiento de la personalidad de la menor de edad que queda embarazada por un acto de violación. Así, por ejemplo, se afirma que “El ordenamiento jurídico protege el interés superior de las niñas y reconoce su autonomía progresiva. Es por ello que, en coherencia con otras normas aplicables a niñas y adolescentes, se han dado ciertas reglas especiales”, que se refieren a la posibilidad de consentir en la práctica de un aborto por niñas mayores y menores de 14 años.

En cambio, la calificación de persona se evita escrupulosamente cuando se trata de la criatura que deberá padecer el aborto. Cuando se refiere directamente al concebido el Mensaje lo hace con dos expresiones: “embrión o feto”, y ello cuando se refiere a la causal de “alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina”. En los demás se elude su denominación, hablando en términos genéricos de embarazo o gestación.

Hay una insinuación en el Mensaje de que en esta materia se produce un conflicto de derechos, o al menos, de intereses: “El proyecto de ley busca resolver un conflicto entre bienes que son inconmensurables”. Pero en lo que sigue solo se refiere a la dignidad y derechos de la mujer: “Se trata de situaciones extremas en que la afectación de la dignidad y de los derechos de la mujer es tal que no puede sino garantizarse un espacio de discernimiento”. Se omite así completamente cuál sería el bien inconmensurable que entraría en conflicto con los derechos de la mujer embarazada.

Pareciera que este bien sería la “vida” de la que también gozaría la criatura en gestación. Así se dice que “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”. Si nos atenemos a esta cita pareciera que estamos ante bienes jurídicos que son equivalentes y que merecen igual protección. Pero no es así, y por ello se omite toda calificación de persona del ser humano concebido. Se reafirma esta idea cuando se lee en el Mensaje que “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”. Se observa aquí una clara diferenciación entre las “personas” y “el que está por nacer”; para las primeras la Constitución aseguraría derechos: a la vida y a la integridad física y psíquica, para el segundo, en cambio, habría solo un deber legal de proteger su vida, con lo que sería un bien jurídico, susceptible de protección legal, pero no un derecho fundamental perteneciente a una persona reconocida constitucionalmente como tal.

2. EL ESTATUS DEL EMBRIÓN EN EL ARTICULADO DEL PROYECTO

Si se examinan los tres artículos que componen el texto del proyecto se verá que es coherente con la negación de personalidad al embrión que puede advertirse en el Mensaje. En ninguna de estas normas se habla de persona, de individuo humano o de simple ser humano cuando se refiere al objeto de la conducta que se pretende “despenalizar”. De manera aséptica e eufemística se señala siempre que se trata nada más que de provocar la “interrupción del embarazo”. También se habla de semanas de “gestación”, pero sin decir qué o quién es lo que se está gestando. Solo en el número 2 del nuevo art. 119 del Código Sanitario que se propone se alude directamente a la criatura concebida, pero con la descripción

biológica de las etapas de desarrollo prenatal: “El embrión o feto [que] padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina”.

Ya esta elusión es indicativa de que el proyecto parte de la base de que el ser humano concebido no es persona y que, por tanto, no está en juego en su favor un propio derecho fundamental a la vida. Cuando mucho habrá un bien jurídico o un valor (la vida prenatal) cuyo peso es inferior a los derechos de la mujer embarazada que se encuentra en la situación dramática descrita en las tres causales en las que procedería el aborto.

En el fondo se tratará de una cosa, relativamente valiosa y por ello merecedora de la protección del Estado y de la ley pero solo hasta cierto punto traspasado el cual su estatus de objeto permitirá que se le trate como medio para lograr un fin de una persona. Como se sabe, el pensamiento kantiano ha puesto la diferencia entre cosas y personas en que las primeras tienen precio (un valor que puede medirse con otros) y las segundas dignidad (valor incomensurable y absoluto), de modo que las cosas pueden ser tratadas solo como medios, mientras que las personas deben ser tratadas siempre como un fin en sí mismas⁵³.

Así la mujer es autorizada para exigir la muerte de su hijo en estado embrionario cuando esa muerte sea un medio para evitar un riesgo vital “presente o futuro”. No se trata, aquí, de aplicar el principio del doble efecto, por el cual el médico debe procurar salvar la vida de la madre, aunque como consecuencia no intentada y colateral se produzca la muerte del ser en gestación. Esto ya está cubierto por el actual texto del art. 119 del Código Sanitario que se limita a prohibir toda “acción cuyo fin sea provocar un aborto”, con lo que se establece que si la acción busca como fin la vida de la madre y no la destrucción de la criatura, ella no está prohibida ni sancionada penalmente. Para ello existen suficientes protocolos médicos que determinan las circunstancias en las cuales el médico debe proceder de esta manera. Si el proyecto pretende sustituir esta causal es porque la encuentra demasiado restringida y quiere que se considere lícita una acción que tenga por fin provocar el aborto, con lo cual la criatura en gestación pasa a ser un medio para obtener un fin que le es ajeno.

Lo mismo sucede en las otras dos causales: la llamada “inviabilidad” del feto o del embrión y que el embarazo sea el resultado de una violación. El fin ahora no es evitar un riesgo vital para la madre, si no

⁵³ Cfr. KANT, INMANUEL, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. Roberto Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 122-124. Si no se reconoce la personalidad del embrión, entonces la máxima kantiana juega en su contra y a favor de la mujer. Así, puede decir UNDURRAGA, V., *ob. cit.*, p. 319, después de haber rebajado el estatus del embrión de persona a bien jurídico, que “La concepción kantiana de dignidad humana, que exige no tratar a las personas solamente como medios para lograr un fin, por muy valioso que este sea, aplicada a la mujer embarazada, haría inaceptable que las medidas que se adopten para proteger al no nacido impliquen un trato a la mujer que la instrumentalice en términos incompatibles con el respeto a su dignidad”.

evitarle el sufrimiento que le causará el llevar a término un embarazo de un niño que no sobrevivirá después del parto o evitarle el dolor de tener que dar a luz al hijo de su violador. La muerte de la criatura en gestación de nuevo es un medio para obtener un fin de otra persona, en este caso la madre⁵⁴.

Todo lo anterior queda más patente cuando se observa, como comprobamos al inicio de este estudio, que estamos, no ante una auténtica, despenalización sino ante una legitimación del aborto como derecho derivado de la autonomía de la mujer. No se trata por tanto que la mujer quede liberada de pena por una suerte de eximente de responsabilidad penal, como la no exigibilidad de otra conducta o fuerza moral irresistible, sino que la ley, en caso de aprobarse el proyecto de ley que comentamos, pasaría a considerar lícita la conducta que pone fin a la vida del concebido y la “cosifica” al hacerla objeto de un derecho.

3. CONSECUENCIAS DEL DESCONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN

El desconocimiento de que el embrión es persona por parte del proyecto de ley que analizamos produce varias consecuencias. Primero, que, de llegar a aprobarse, constituiría una ruptura o quiebre con todo el resto del ordenamiento jurídico que, como hemos intentado mostrar, ha reconocido la personalidad del ser humano concebido.

Pero más aún, parece claro que la iniciativa legal al privar de toda protección a la personalidad del *nasciturus* y a su derecho a la vida incurre en una abierta violación de los arts. 1 y 19 N° 1 de la Constitución, de manera que debe considerarse inconstitucional, al no asegurar a la persona del nonato la protección especial que la ley debe brindar a su vida por tratarse de una persona en situación de vulnerabilidad extrema. También se transgrede el art. 19 N° 2, ya que ciertas criaturas humanas en gestación podrían ser eliminadas sin responsabilidad penal, mientras que otras que están en la misma situación y calidad jurídica estarían amparadas por la sanción del delito de aborto, produciéndose así una discriminación arbitraria.

Finalmente, el proyecto de ley, en caso de aprobarse pondría al Estado de Chile en una situación de incumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que no se estaría respetando por el ordenamiento interno el derecho a la vida de la persona a partir de la concepción como ordena el art. 4.1 de dicho tratado, por cierto,

⁵⁴ Lo que no significa que realmente el aborto sea una forma de solucionar o aliviar la situación dramática en que se encuentra la mujer en ambos casos. Bien puede sostenerse, y existe evidencia empírica sobre ello, que los efectos psicológicos de consentir en la muerte del niño concebido son una nueva carga que se impone a estas mujeres, con lo que su situación en vez de mejorar, empeora.

interpretado correctamente y no en la forma en que fue distorsionado por la Corte Interamericana en el fallo “Artavia Murillo” al que hemos hecho ya referencia crítica.

Además, en cuanto a la posibilidad de dar muerte al embrión o feto que presente anomalías que resulten incompatibles con la vida extrauterina, el proyecto debe ser considerado inconstitucional por vulnerar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada por Chile (D. Of. 17 de septiembre de 2008), la que obliga a los Estados a “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad” (art. 4.1). Esto rige especialmente para los niños y niñas, respecto de los cuales se dispone que los Estados “tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” (art. 7.1). Al violarse esta Convención, se transgrede indirectamente el art. 5 inc. 2º de la Constitución.

VII. PARA CONCLUIR: SENTIDO DEL DERECHO Y PERSONALIDAD DEL EMBRIÓN HUMANO

Si nos atrevemos a sostener de un modo coherente y consistente que el embrión, desde el mismo momento en que es concebido, es un individuo que pertenece a la especie humana, no podremos rehuir la conclusión de que debe ser tratado jurídicamente como son tratadas las personas ya nacidas. Con la misma dignidad y especialmente con el carácter inviolable e indisponible que otorgamos al concepto de personalidad. No resultará admisible ninguna forma de “cosificación” del *nasciturus* que rebaje o menosprecie esa condición, cualesquiera sea la calidad moral o utilidad de los fines que se invoque para privarlo de su existencia o distorsionar su desarrollo natural.

De este modo, las conductas que tengan por fin la destrucción de embriones, como la utilización de dispositivos o fármacos intrauterinos microabortivos o la destrucción del feto en el seno materno, deben ser consideradas jurídicamente ilícitas y punibles. La mayor o menor libertad de las personas que incurrir en esas conductas (la mujer que consiente en un aborto por presiones o una situación de grave vulnerabilidad emocional) podrá ser considerada en concreto, caso a caso, para determinar su culpabilidad personal o la graduación de la pena, pero no como un elemento objetivo que transforme en legal o lícita la conducta que, en el fondo, no es menos que un asesinato de un ser humano inocente que se encuentra en una total imposibilidad de defenderse.

Es una paradoja de nuestro tiempo, quizá más reveladora de las mentalidades culturales imperantes, el que hayamos avanzado tanto en el reconocimiento de derechos patrimoniales al embrión humano, y que hayamos en cambio retrocedido a las épocas más primitivas respecto de su consideración personal. Con razón se ha dicho que nuestro tiempo pretende reconocer al *nasciturus* todos los derechos, menos el de vivir para disfrutarlos.

Puede a veces esto parecer una disquisición técnico-jurídica, un problema de menor entidad, o quizá una cuestión de corte ético-sociológico, en el que el Derecho puede tomar palco y esperar como simple espectador el último acto del drama. Nos parece que un planteamiento como ese implica renunciar al Derecho como ciencia de lo justo y de lo injusto, como principal defensor de las personas y especialmente de las más débiles e indefensas. En la cuestión de los derechos del embrión está un gran desafío para el jurista de hoy, está en el fondo la cuestión del sentido del Derecho y de la justicia.

Si no somos capaces de reconocer en cada ser humano una persona semejante a cada uno de nosotros, y por tanto digna de respeto en cualquier circunstancia, con prescindencia de si nos guste o no su apariencia o su estilo de vida, de si es más o menos útil para la sociedad, de si su presencia incomoda o no a los demás, etc.; si no somos capaces de esto, el Derecho abdicará de su sentido más profundo, y también cualquiera de nosotros estará expuesto a los abusos más inhumanos si el día de mañana, por las circunstancias que sean, los demás comienzan a valorarlo como bien “valioso” pero ya no como persona. Como sostenía Romano Guardini, “el Derecho o existe absolutamente para todos sin excepción o no existe”⁵⁵.

Si los que están por nacer no tienen derecho a la vida, tampoco ninguno de nosotros puede exigir que se le reconozca ese derecho. Si el embrión no es persona –nos atreveremos a decir– en realidad ningún ser humano lo es.

⁵⁵ GUARDINI, ROMANO, *La cuestión judía*, trad. Pablo Simón, Edit. Sur, B. Aires, 1963, p. 23.

REGULACIÓN PENAL DEL ABORTO CONSENTIDO Y DIGNIDAD HUMANA

M. MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra

Profesora Derecho Penal

Pontificia Universidad Católica de Chile

I. SITUACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

Cuando una mujer embarazada decide practicarse un aborto lo hace en razón de algún interés –su vida, su salud, el bienestar económico, etc.– que para ella es preponderante frente a su embarazo y a la vida del *nasciturus* que lleva en su vientre. Quienes defienden el reconocimiento de un supuesto derecho a decidir si continuar o no el embarazo, dan primacía absoluta a esos intereses de la mujer por sobre la vida del feto. En el mismo sentido, los ordenamientos jurídicos que consagran un sistema de indicaciones para permitir el aborto en ciertos casos, lo que hacen es un juicio de ponderación entre los intereses en conflicto, dando primacía a los de la madre en las situaciones específicas a las que se refieren las indicaciones.

Es así como se ha planteado en derecho comparado al resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes despenalizadoras de aborto. En este sentido, el Tribunal Constitucional español¹, luego de negar la condición de persona al *nasciturus*, advierte que su vida es “un bien jurídico constitucionalmente protegido”, un bien que exige un sistema legal que lo defienda, incluso mediante la vía penal, pero que no implica el reconocimiento de un derecho a la vida y que carece de titular. Una vez planteado lo anterior, el Tribunal analiza si el proyecto sometido a su decisión “garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto”, ninguno de los cuales tendría un

¹ STC español 53/1985, de 11 de abril.

carácter absoluto. Planteado el dilema en esos términos, la conclusión que sigue es bastante obvia: el interés en la vida del *nasciturus* cede ante otros intereses de relevancia, como la dignidad y libertad de la madre.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha reconocido la personalidad del concebido y la existencia para el Estado de un deber de proteger su vida incluso en contra de la voluntad de la madre². Sin embargo, en razón del conflicto de derechos que implica el embarazo, concluye que es posible que los intereses personalísimos de la mujer embarazada tengan tanto peso o relevancia que hagan *inexigible* la prohibición de causar un aborto: “la protección de la vida del no nacido se enfrenta con el derecho de la mujer a no ser coaccionada a sacrificar sus valores vitales en interés del respeto de ese bien jurídico”³. A partir de estas consideraciones, concluye que en los casos a los que se refieren las indicaciones terapéuticas, eugenésicas, éticas y de necesidad “se hace valer un interés digno de protección conforme a la Constitución con tal intensidad, que el orden jurídico estatal no puede exigir a la mujer que conceda prioridad al derecho a la vida del no nacido bajo cualquier circunstancia”.

En lo que aquí interesa, esta forma de plantear el tema es bien distinta a aquella que promueve el derecho a abortar con total libertad y en cualquier circunstancia, sobre la base de la idea de que la vida del niño que se encuentra en el vientre materno no tiene un valor que pueda compararse con la vida, la autonomía y los intereses –cualesquiera sean– de la mujer embarazada. Según esta posición el aborto es considerado siempre un derecho, una expresión de la libertad de la mujer.

Por el contrario, cuando se plantea el tema como un conflicto de derechos o intereses es porque se considera el aborto como una conducta indeseable, que constituye un mal grave, pues lesiona un bien jurídico que merece protección penal, por lo que solo en ciertas situaciones de extrema gravedad es posible “soportarlo” en términos jurídicos⁴. En este contexto, la discusión respecto del aborto requiere considerar la dignidad e intereses de todos los involucrados en el asunto, particularmente, los de la madre enfrentada a una situación en extremo difícil y los del niño que está por nacer, para plantear una legislación que sea esencialmente respetuosa de todos ellos.

² *BVerfGE* 39, sentencia de 1 de febrero de 1975.

³ De este modo, aun cuando había afirmado la personalidad del concebido, “declara la constitucionalidad del aborto en términos tales que implican la negación del aserto anterior”, según SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2007): “Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, N° 9: pp. 1-18, p. 7, n. 33.

⁴ Destaca la diferencia radical entre ambas posiciones ALVARADO R., Claudio (2014): “Sobre el aborto. Algunas consideraciones sobre la propuesta de despenalizar ciertos casos de interrupción voluntaria del embarazo”, Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago, p. 12.

II. PROYECTO DE “DESPENALIZACIÓN” EN SITUACIONES EXTREMAS DE CONFLICTO

En principio, esta última parece ser la lógica del *Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*, presentado por Mensaje N° 1230-62 de la Presidenta de la República en enero de 2015. En él se plantea expresamente la necesidad de una ponderación para “resolver un conflicto entre bienes que son incommensurables”. Frente a esta situación de conflicto, tal como indica el título del proyecto de ley y el programa de gobierno en el que se apoya, se propone la *despenalización* del aborto consentido en tres causales específicas que suponen “experiencias de vida críticas”.

Despenalizar significa, esencialmente, eliminar la posibilidad de sanción penal. La sola despenalización no implica de por sí que la conducta 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 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.

El mensaje 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 añade que “si no se asegura el que las mujeres puedan recurrir a establecimientos de salud, esta regulación será irrelevante”.

En efecto, como veremos luego, 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. De hecho, en nuestro país en los últimos tiempos no existen condenas penales contra ninguna embarazada que haya abortado⁵.

⁵ Acerca de las estadísticas de gendarmería, FÁBREGA LACOA, Jorge (2014): “Penalización del aborto en Chile: las cifras”, en *Voces de La Tercera*, 5 de agosto de 2014.

Además de lo anterior, se puede advertir que las indicaciones que contempla el proyecto no son tan restrictivas como parece inicialmente, y, como ha ocurrido en la experiencia comparada, es presumible que una ley así dará pie a la realización de abortos mucho más allá de lo que en principio estaría permitido.

Por otra parte, resulta bien sorprendente que, habiendo planteado el problema como un conflicto de intereses, no exista ninguna consideración respecto del *nasciturus* ni de la obligación –constitucionalmente impuesta– de proteger su vida. Si el tema se pretende resolver en la lógica de un conflicto de derechos o intereses, como se ha planteado en España o Alemania, entonces sería indispensable realizar un ejercicio de ponderación entre los intereses en conflicto, para determinar cuál de ellos debería primar.

III. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

Para ponderar los intereses en conflicto se requiere establecer el valor relativo de cada uno de ellos, y debido a que estamos ante un conflicto entre intereses constitucionalmente protegidos, resulta indispensable recurrir a las valoraciones que contiene nuestra carta fundamental. Como uno de esos intereses es siempre la vida del no nacido, es necesario determinar si el que está por nacer es persona, con dignidad y derecho a la vida al igual que los seres humanos nacidos, o si, por el contrario, la Constitución únicamente garantiza la protección legal de su vida por considerararlo un bien u objeto que merece esa especial protección, pero sin llegar a tratarlo como sujeto de derechos.

Se trata de una discusión fundamental que condiciona todo el debate concerniente al aborto, en torno al que se han desarrollado múltiples argumentos gramaticales, históricos, sistemáticos, de derecho comparado, etc., para sustentar las diversas interpretaciones “posibles” de la Constitución⁶. Pero frente a todos ellos, bástenos con afirmar que en la medida en que el no nacido es un individuo de la especie humana *merece* un reconocimiento equivalente al de cualquier otro ser humano. Es decir, la decisión normativa relativa a la forma en que debe ser jurídicamente considerado el *nasciturus* no puede negar el dato biológico indiscutible relativo a su calidad de individuo de la especie humana⁷. A ese dato se agrega la

⁶ En extenso respecto de los argumentos de una y otra posición, con amplias referencias bibliográficas, OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena (2012): “Aborto y justificación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 2, pp. 346-357.

⁷ Por lo demás, los argumentos biológicos que se esgrimen para negarle ese carácter tendrían sentido solo en las primerísimas fases de su desarrollo. El mismo BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004): “La píldora del día después ante la Jurisprudencia”, en *Estudios Públicos*, N° 95, 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

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 los seres humanos⁸. En esta discusión está en juego la noción misma de los derechos humanos considerados un *mínimum* sustraído a la arbitrariedad del poder legislador. En palabras de Spaemann, “si debe haber en algún sentido algo así como derechos humanos, entonces solo puede haberlos en el supuesto de que nadie esté capacitado para juzgar si yo soy (un) sujeto de tales derechos. Pues la noción de derecho humano indica precisamente que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una captación realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud de su propio derecho. En virtud del propio derecho solo puede significar: en virtud de su pertenencia biológica a la *species homo sapiens*”⁹.

Si se permite que, aunque sea por decisión mayoritaria, se excluya a algunos seres humanos de la categoría de personas y del derecho a la vida, la idea de los derechos humanos como límite infranqueable perdería todo su valor. Negar 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 las cosas.

En definitiva, entendemos que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona siempre, desde que se inicia su vida, esto es, al momento de la concepción. Y este reconocimiento de su calidad de persona tiene efectos radicales en el juicio de ponderación de intereses en conflicto que está en la base de un sistema de indicaciones respecto del aborto.

como persona, solo 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 puede 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.

⁸ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (2009): “¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 11, p. 20 y PALAZZANI, Laura (2001): “Lo staturo giuridico dell’embrione umano”, en *Persona y derecho*, Universidad de Navarra, Nº 44, p. 128.

⁹ SPAEMANN, Robert (1991): “La naturaleza como instancia moral de apelación”, en *El hombre: inmanencia y trascendencia. Actas de las XXV Reuniones filosóficas*, vol. I, Pamplona, p. 66, cit. por SERNA, Pedro (1998): “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI/ SERNA (eds.): *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, p. 46.

IV. VALORACIÓN PENAL DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

La regulación del Código Penal acerca del aborto parecería respaldar la tesis de que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la calidad de persona y derecho a la vida al no nacido. Porque en dicho cuerpo legal se hace un tratamiento diferenciado en la protección de las personas ya nacidas y quienes aún no han salido del seno materno: dar muerte al no nacido es sancionado como aborto, una figura de menor penalidad que el homicidio y ubicada en un título anterior al de los “delitos contra las personas”, lo que según el parecer mayoritario de doctrina y jurisprudencia se traduce en la impunidad del aborto culposo y de las lesiones al feto.

Sin embargo, esa diversa ubicación y tratamiento del delito de aborto se debe a razones que no presuponen la negación del estatus personal al no nacido. No obedece solo al escaso conocimiento que se tenía de la vida intrauterina al momento de dictarse el Código Penal¹⁰, sino que ese orden sistemático se justificaba en aquel entonces por la necesidad de considerar primero la organización de la sociedad “a cuya estable conservación debe proveer ante todo la ley” –dice el Mensaje del gobierno que acompañó la presentación del Código Penal al Congreso–, para luego descender a los detalles, principiando por la familia, y finalmente ocuparse del “individuo aislado” al que puede ofenderse en su persona –su cuerpo–, en su honor o en sus bienes.

En el Título VII del Libro II en que se ubican las figuras de aborto, están también los delitos de abandono de menores y personas desvalidas, pero es bien obvio que no se puede concluir que los menores o desvalidos no son considerados personas en sede penal; su ubicación en dicho título responde al interés por acentuar que las necesidades de protección de quienes se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad generan especiales obligaciones de cuidado, cuyo incumplimiento es sancionado aunque solo implique una puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales de los afectados¹¹.

Por lo demás, el orden que asume nuestra legislación penal también ha sido frecuentemente criticado, tanto por la denominación del Título VIII del Libro II CP como *delitos contra las personas* y no contra un bien jurídico determinado de estas¹², como porque muchas de las figuras del

¹⁰ Y también durante mucho tiempo después; por ejemplo, COUSIÑO MACÍVER, LUIS (1979): *Derecho penal chileno. Parte general*, tomo II, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, p. 428 se refería a “lo aleatorio del fruto de la concepción, de quien nada sabemos”. Una opinión totalmente obsoleta frente al conocimiento científico actual.

¹¹ La doctrina y la jurisprudencia nacionales concuerdan en que el abandono de niños y personas desvalidas son delitos de peligro contra la vida y la salud de las personas.

¹² Designación poco afortunada, toda vez que la persona no es solo el ente físico y su honor, sino que se extiende a otros valores inherentes a la personalidad; en este sentido ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho Penal. Parte Especial*, III, 3ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile, p. 18. Así también lo ha recalcado en diversas oportunidades nuestra Corte Suprema, advirtiendo que no es posible interpretar, desde su teleología, las figuras ubicadas en el Título VIII, del

Título VII –entre ellas el aborto– no se pueden interpretar “como atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual –así se denomina el Título VII–, sino que deben ser concebidos, en su hermenéutica, como atentados en contra de la vida humana”¹³.

A lo anterior se agrega el antecedente de lo que estipulaba el artículo 85 del mismo Código Penal, que prohibía ejecutar la pena de muerte en la mujer que se hallare encinta. En sus comentarios respecto de dicha disposición Vera planteaba que “el interés que se tiene en vista en esta disposición es el de la criatura que lleva en su seno. Ella es inocente del crimen de la madre; ¿por qué habría de participar de su culpa y espiar un delito quien no es responsable de nada?”¹⁴. Es bien patente que ya entonces se trataba al no nacido como *sujeto* con intereses propios.

Es verdad que la pena asignada al aborto es menor que la del homicidio, pero pretender que ella se explica solo por una diversa valoración del bien jurídico protegido resulta una simplificación injustificada. Puede verse, en parte, como resabio histórico de la consideración del feto como parte del cuerpo de la madre o como un ser que no sería humano hasta poseer ciertas propiedades externas¹⁵; pero parece mucho más condicionada, ya en su origen, por un diverso juicio de reproche, toda vez que quien mata a otro ser humano al que puede fácilmente confrontar como un *igual*, pues así se presenta ante sus sentidos, es más culpable que quien mata a una persona a la que no puede reconocer sensorialmente¹⁶. En la actualidad, resulta de particular relevancia que el aborto no provoque la misma sensación de inseguridad que el homicidio, pues no es un delito respecto del cual los ya nacidos puedan ser víctimas.

Se puede estar de acuerdo o no con estas razones así como con la penalidad atenuada del delito de aborto, pero queda demostrado que las disposiciones penales relativas al delito de aborto no son necesariamente inconstitucionales por establecer un diferente trato para la conducta de dar muerte a una persona antes o después del parto, aun cuando se reconozca que el *nasciturus* es persona y tiene derecho a la vida. Por lo demás, también entre las diversas figuras de homicidio se contemplan

Libro II, como atentados en contra de “las personas”, porque “las personas” son los titulares de dichos derechos, de dicha objetividad jurídica, pero no son los bienes jurídicos objeto de protección, cuales lo son la vida humana, la salud individual o la integridad corporal, y el honor; *cfr.* por todas SCS 9 de noviembre de 2011, Rol N° 5969-2010, N° Legal Publishing: 57190.

¹³ Por todas SCS 9 de noviembre de 2011, Rol N° 5969-2010, N° Legal Publishing: 57190.

¹⁴ VERA, Robustiano (1883): *Código penal de la República de Chile comentado*, Santiago, Imp. P. Cadot i C^a., p. 255.

¹⁵ “Desde el momento en que el feto tiene un principio de existencia, hay en él el germen de un hombre, y el que lo destruye se hace reo de un gravísimo delito”, se decía en la Comisión Redactora del Código Penal, sesión 159.

¹⁶ Así lo justificaba, según las consideraciones de su época, VERA (1883): *Código Penal de la República de Chile comentado*, p. 540, afirmando que “se necesita mayor perversidad para destruir un ser animado que produce impresión en los sentidos, que para destruir un ser a quien aun no se ve y cuya existencia en el mundo no es todavía más que una esperanza”.

diferencias penológicas, pese a que es indiscutible que la vida de todos los seres humanos nacidos tiene el mismo valor.

Al resolver materias penales, encontramos algunos fallos de nuestros tribunales que diferencian entre nacidos y no nacidos estableciendo que estos últimos no son considerados personas; pero eso aparece especialmente vinculado a la sistemática interna del Código Penal en relación con la imposibilidad de sancionar un aborto culposo aplicando las disposiciones de los artículos 490 y siguientes, referidas a cuasidelitos contra las personas¹⁷. Otros pronunciamientos, en cambio, se deciden abiertamente por considerar que los no nacidos son personas, que tienen derecho a la vida y, en todo caso, que no es aplicable en sede penal lo dispuesto en el artículo 74 CC¹⁸.

V. NO ES SOLO UN PROBLEMA DE EXIGIBILIDAD

Es esencial advertir a estas alturas que parte de la doctrina acusa que el hecho de concentrar la discusión en el estatuto constitucional del *nasciturus* no sería más que una estrategia argumental, “un debate que es circular y que no es decisivo para el tratamiento de los problemas prácticos involucrados”¹⁹. Porque ni siquiera si se le considera titular de un derecho constitucional a la vida podría deducirse que existe una prohibición absoluta de causar un aborto, así como tampoco existe prohibición absoluta de cometer un homicidio²⁰.

¹⁷ Cfr. SCA Santiago 6 de enero de 2011, Rol N° 2133-2010, que se lamenta pues, en consecuencia, el “Tribunal no tiene más remedio que dictar sentencia absolutoria”, pese a una eventual conducta médica negligente; en sentido similar, la SCS 23 de julio de 2008, Rol N° 875-2008 y SCS 30 de enero de 2008, Rol N° 6229-06.

¹⁸ Así SCS 16 de abril de 2009, Rol N° 1882-2008, poniendo énfasis en descartar la aplicación del artículo 74 al ámbito penal, y con carácter más general la SCS 30 de agosto de 2001, Rol N° 850-2001.

¹⁹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004): “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, en *Derecho y Humanidades*, U. Chile, N° 10, p. 158, en la línea de los planteamientos de THOMSON, Judith Jarvis (1983): “Una defensa del aborto”, en FINNIS, John *et al.*: *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Madrid, Cátedra, pp. 9-32. Sin embargo, la importancia de esta discusión se advierte en la opinión de autores a quienes no se puede imputar el recurso a una “estrategia argumental”. Así DWORKIN, Ronald (1994): *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (trad. Caracciolo/ Ferreres), Barcelona, Ariel, aunque desecha la cuestión de la personalidad en razón de su ambigüedad (p. 34), luego es muy enfático para concluir que si el feto fuera una persona “constitucional” se acabaría la discusión, debería ser protegido igual que las demás personas (pp. 146-147); y JAKOBS, Günther (2000): “¿Existe un aborto lícito de personas?”, trad. González Rivero, *Revista del Poder Judicial* 60, pp. 159-168 concluye que solo si el feto *no* es considerado persona puede resultar justificado el aborto en ciertas hipótesis. Aunque no lo considere “decisivo”, es obvio que el propio Bascuñán habría llegado a conclusiones diversas en relación con las indicaciones que permitirían el aborto, si al ponderar los intereses involucrados en un lado de la balanza tuviera un *derecho a la vida* y no un mero interés en protegerla.

²⁰ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2004): “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, p. 158.

Desde esta perspectiva, el tema se debe plantear más bien en relación con la *exigibilidad* del deber de que se trata. En este caso, la discusión debería girar en torno a la exigibilidad o no del deber de tolerar el embarazo, que constituye un deber excepcional de solidaridad²¹.

Sin embargo, parece innegable que ese planteamiento también resultará condicionado por el valor que se le asigne a los bienes en conflicto. Así, si se reconoce personalidad y derecho a la vida al *nasciturus*, no habría ningún interés –salvo el de la propia vida de la mujer embarazada– que pudiera tener una relevancia suficiente como para que deje de ser exigible la prohibición de causar un aborto²². Por el contrario, reducido a la categoría de *bien*, cuando la vida del no nacido entra en conflicto con el ejercicio de un derecho fundamental de un individuo que sí es reconocido como persona, resulta evidente que la decisión debería resolverse a favor del derecho y, en consecuencia, ya no podría afirmarse siquiera la existencia de un *deber* de tolerar ese embarazo²³.

Pero, esa visión no permite abarcar el asunto en toda su complejidad. La prohibición de abortar no se basa únicamente en un deber de solidaridad, un deber de “tolerar el embarazo”; por la naturaleza de las cosas, lo que está en juego no es solo una prohibición de interrumpir el embarazo –que constituye una conducta en sí misma neutra–, sino el deber de no atentar contra la vida del *nasciturus*.

Precisamente la figura penal de aborto lo que prohíbe es matar al feto, no la interrupción del embarazo. En efecto, aun cuando los artículos de nuestro Código Penal que castigan las diversas hipótesis de aborto no contienen una definición de la conducta –“*el que cause un aborto*” se limita a decir la ley²⁴–, la posición absolutamente mayoritaria en la actualidad la describe como dar muerte al feto²⁵. Y aunque algunos se

²¹ Entre nosotros, especialmente BASCUÑAN RODRÍGUEZ (2004): “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, pp. 167 y ss., y WILENMANN, Javier, “El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL, 2013, pp. 292 y ss.

²² En este sentido la crítica al razonamiento empleado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, que afirma la personalidad del concebido, pero luego “declara la constitucionalidad del aborto en términos tales que implican la negación del aserto anterior”, SILVA SÁNCHEZ (2007): “Los indeseados como enemigos”, p. 7, n. 33.

²³ Referirse a la “exigibilidad de un deber” como criterio para enjuiciar la antijuridicidad de una conducta resulta, de por sí, contradictorio, en la medida en que sigue afirmando la existencia de un deber.

²⁴ Excepcionalmente se encuentran descripciones que no se limiten a decir “el que cause un aborto”, “el que produzca un aborto”, etc. Algunos lo tipifican simplemente como la interrupción del embarazo (§ 218 StGB de Alemania, art. 223-10 CP francés, Ley 22 maggio 1978, n. 194 en Italia), y más desacostumbrado es definirlo, como ocurre en Bolivia (art. 329 CP) y México (art. 329) en los mismos términos: *Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez*, o en Honduras, art. 126. *El aborto es la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto*.

²⁵ En esta línea BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John (2009): *Curso de Derecho Penal*, Tomo III, Parte especial, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, p. 41; DEL VILLAR BRITO (2009) p. 85; ETCHEBERRY (1998): *Derecho Penal. Parte Especial*, III, p. 88; POLITOFF, Sergio/GRISOLÍA, Francisco/BUSTOS, Juan (2006): *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Santiago,

siguen refiriendo al aborto como la interrupción del proceso de gestación con la consiguiente muerte del producto de la concepción²⁶, eso implica invertir el orden de lo que es *penalmente* relevante. 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 penal²⁷.

Por último, en cuanto al argumento inicial de que no existe una prohibición absoluta de causar un aborto como tampoco existe prohibición absoluta de cometer un homicidio, es necesario hacer una precisión fundamental: los únicos casos en que resulta lícito acabar con la vida de una persona son aquellos que se enmarcan en el contexto de la defensa frente a una agresión²⁸. Como el no nacido no agrede en modo alguno, y aunque no siempre se afirme de modo explícito, el único camino para considerar propiamente *lícitos*, justificados o no prohibidos ciertos su-

Editorial Jurídica Congreso, p. 208. También LABATUT GLENA, Gustavo (1983/2007): *Derecho Penal*, II, 7ª ed. actualizada por Zenteno Vargas, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, reimpr., 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*. Esta forma de describir la conducta típica coincide con lo planteado en la sesión 159 por la Comisión Redactora, al indicar que “el que lo destruye (al feto) se hace reo de un gravísimo delito”. Es también la tendencia en la doctrina comparada, por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco (2009): *Derecho penal. Parte especial*, 17ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 81.

²⁶ GARRIDO MONTT, Mario (2007): *Derecho penal. Parte Especial*, III, 3ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile, p. 103; POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia (2005): *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile, p. 93. En la jurisprudencia SCS 6.VI.1955, define el aborto como toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue a su término natural, independientemente de que el feto se haya o no desprendido del cuerpo de la madre, pero ya entonces destaca que lo esencial es que se le haya privado de vida, aunque sea dentro del seno materno. La referencia a la interrupción del embarazo tiene sentido en el ámbito de la medicina, en que lo que interesa es el procedimiento médico.

²⁷ Es tan así, que en los embarazos múltiples puede producirse la eliminación de algún embrión o feto sin que ello importe al mismo tiempo la interrupción del embarazo de los demás, lo que no impide que se configure el delito. Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María (2004): *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares p. 153.

²⁸ Legítima defensa, guerra defensiva e, incluso, la pena de muerte; es más discutido el supuesto de estado de necesidad defensivo, pero entendemos que solo puede constituir una causa de justificación que permite lesionar un bien de valor equivalente al que se salva en cuanto se pueda, como mínimo, atribuir competencia por el riesgo a la persona que resulte afectada por la conducta del necesitado. Sobre esto, *vid.* BALDÓ LAVILLA, Francisco (1994): *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, especialmente, pp. 60-61, 134-136; ROBLES PLANAS, Ricardo (2010): “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, p. 449 y COCA VILA, Ivó (2011): “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 1, pp. 9-10, con referencias a una abundante doctrina alemana en el mismo sentido.

puestos de aborto es el de la definición del que está por nacer como no persona, y “en este sentido estricto es no persona para el Derecho penal aquel ser humano [...] cuyo sustrato antropológico se deconstruye jurídica o filosóficamente, siendo reconstruido como un ente perteneciente al Derecho de cosas”²⁹.

Si se quiere plantear el tema solo como un problema de inexigibilidad, entonces habría de reconocerse que el aborto es antijurídico y, por lo tanto, prohibido en toda circunstancia, y que solo se podría dejar de considerar como delito cuando la persona que lo realiza no resulta culpable en el caso concreto.

VI. RESPETO POR LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS EN SITUACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

Al enfrentar situaciones de conflicto de intereses o de derechos, los tribunales chilenos suelen resolver apelando a la mayor jerarquía de un derecho por sobre el otro³⁰. Sin embargo, determinar la escala jerárquica aplicable para ello es una tarea en extremo difícil, que depende sustancialmente de la ideología: tanto de aquella con que el constituyente impregnó sus disposiciones como de la que maneje el intérprete de la Constitución³¹. Por lo demás, este ni siquiera ha sido un mecanismo fácil de aplicar cuando uno de los que está en conflicto es el derecho a la vida, el que tradicionalmente ha sido ubicado en la cúspide de esta jerarquía³².

²⁹ SILVA SÁNCHEZ (2007): “Los indeseados como enemigos”, p. 4.

³⁰ En relación con el derecho a la vida, analizan la jurisprudencia que se pronuncia en ese sentido AGUERREA MELLA, Pedro (2001): “El derecho a la vida y la acción del Estado en su protección”, en *Ius publicum*, Universidad Santo Tomás, Vol. 4, N° 7, pp. 21-34 y ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2009): “Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, X, N° 19, Tomo II, pp. 615-650.

³¹ PFEFFER, Emilio, “Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos” en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial Actas XXIX Jornadas Chilenas del Derecho Público, 1998, p. 226.

³² En parte, porque esa mayor jerarquía está basada en argumentos que han ido debilitándose en el tiempo. Así por ejemplo, en los casos de huelga de hambre, para acoger el recurso de protección y autorizar la alimentación forzada de los huelguistas, se ha pasado de poner el acento en el carácter de ilegal y arbitrario del atentado contra la vida que supone la huelga de hambre (en SCA Santiago, 9 de agosto de 1984, RDJ LXXXI, 2.5, pp. 161-166), a considerar que “la negativa a ingerir alimentos de los internos, si bien cae dentro del ámbito de su autocuidado, libertad de conciencia y opinión, pero si constituye un riesgo o peligro para sus vidas y este hecho, de suyo arbitrario, hace ser deber del Estado y sus agentes velar por este supremo derecho humano (...) la última negativa de los internos representa un obstáculo a Gendarmería de Chile y en particular al recurrente para la realización cabal del deber de cuidado y protección de las vidas de aquellos, por lo que se hace necesario revertir esta situación a fin de restablecer el imperio del derecho” (SCA Temuco, 4 de diciembre de 2007). También razona sobre la base de los deberes especiales de Gendarmería, la SCS, 1 de octubre de 2010, VLex 226533535, en la que incluso hay un voto disidente que estima que la huelga de hambre no es una conducta ilegal sino una forma de ejercicio del derecho a la vida.

Pero por sobre lo anterior, el mayor problema es que la jerarquización como mecanismo para solucionar los conflictos, al igual como ocurre con otros criterios –de la ponderación de los derechos o de su limitación con criterios externos, entre otros–, no permite resolver el problema de modo racional si este se enfrenta como un verdadero *conflicto de derechos*³³.

Es contradictorio sostener que una persona tiene un derecho y que, al mismo tiempo, debe sacrificarlo³⁴. El lenguaje conflictivista, explica Cianciardo³⁵, implica una tríada que se anula a sí misma, pues primero se afirma cada derecho como *fundamental* o *humano* –lo que implicaría su inalienabilidad o inmunidad–, luego se comprueba la colisión de derechos y se declara el conflicto, y, en tercer lugar, mediante argumentos expansivos de un derecho y restrictivos de otro, se afirma que existe un “sacrificio justificado” de aquel derecho que resulta derrotado en este proceso.

En el contexto del liberalismo político “la solución a los conflictos de derechos fundamentales sobre la base de un contrapeso entre las libertades básicas, o en función de consideraciones de interés general, se presenta como una injusticia. Y una injusticia inevitable, pues se da igualmente en la *negación* como en la *afirmación* de cualquiera de las pretensiones en juego”³⁶.

En la práctica, este camino ha llevado a que las soluciones sean adoptadas de modo arbitrario, por procedimientos fundamentalmente intuitivos³⁷.

La eventual injusticia y arbitrariedad que estos métodos traen consigo puede resultar particularmente grave cuando está en juego el derecho a la vida, por la peculiar condición de este derecho y del bien que prote-

Pero además, porque la primacía absoluta del valor de la vida por sobre cualquier otro derecho o interés resulta dudosa –en cuya comparación se suele confundir los derechos con las realidades a que ellos hacen referencia–, por ejemplo, frente a la posibilidad de forzar a una persona a recibir una terapia contraria a su propia conciencia o a someterse a un tratamiento que solo va a prolongar su agonía. Si esa primacía fuera tal, implicaría la necesidad de contemplar normas destinadas a proteger la vida incluso a costa de la autonomía, por ejemplo, obligando a ceder un órgano o sangre a un tercero para salvarle la vida. En este sentido la crítica de MAYER LUX, Laura (2011): “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 37, p. 401, n. 117; también BASCUÑÁN RODRIGUEZ (2004): “La píldora del día después ante la Jurisprudencia”, p. 83.

³³ Aunque algunos lo plantean como conflicto de pretensiones (no de derechos), como GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín (2005): “Los conflictos de derechos”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, p. 65, la cuestión parece no resolverse bien si se sigue razonando solo en términos de pretensiones contrapuestas.

³⁴ Cfr. BERTELSEN SIMONETTI, Soledad (2010): “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 42, p. 99.

³⁵ CIANCIARDO, Juan (2000): *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Madrid, Eunsa, cit. por ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2010): “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N° 2 (2010), p. 328.

³⁶ Crítica a Rawls de ZAMBRANO, Pilar (2005): *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de R. Depalma, p. 101.

³⁷ ORREGO SÁNCHEZ (2010): “Supuestos conflictos de derechos humanos”, pp. 332-335.

ge. En efecto, el carácter *no accidental* de la vida como modo de existir propio de los entes humanos, de la que depende la posibilidad de gozar de todos los demás derechos, así como lo *definitivo* y *decisivo* del acto que atenta contra ella, exigen que se le brinde un tratamiento especial; y si no es posible elaborar una jerarquización de derechos fundamentales, respecto del derecho a la inviolabilidad de la vida debería hacerse una excepción³⁸.

Para resolver los problemas de conflictos –o de aparentes conflictos– entre derechos fundamentales, entonces, parece más adecuado recurrir a otra clase de criterios. Por ejemplo, el de su delimitación intrínseca, a fin de determinar su contenido esencial, que debe ser siempre protegido³⁹.

También resulta sugerente la propuesta de razonar acerca de la *clase de acciones* para especificar o concretar los derechos fundamentales, entendiendo que ellos son potencialmente ilimitados y conflictivos. Esto implica reconocer que la ansiada especificación o concreción que permita obtener una solución en el caso particular no puede obtenerse de la mera consideración de los derechos en juego o supuestamente en conflicto, sino de una reflexión respecto de los tipos de acciones prohibidas, debidas o permitidas⁴⁰. En consecuencia, la definición del contenido esencial de un derecho, ese que no puede ser sacrificado bajo ninguna consideración, vendrá dada por “una conclusión normativa acerca de qué tipos de actos son inexcusablemente injustos”⁴¹. Así, por ejemplo, una prohibición como la de *matar* a un inocente es un absoluto que no admite justificación alguna⁴², pero puede haber un ejercicio de libertad que sea legítimo, aunque lleve consigo *aceptar la muerte*. En este sentido, es importante recordar que “solo los imperativos de omisión (prohibiciones) pueden ser absolutos; los de acción nunca”⁴³.

Cualquiera de estos caminos, en todo caso, lleva a una conclusión similar: nunca se puede considerar legítimo el aborto, pues afecta el derecho a la vida del no nacido en su esencia, privándolo de aquello que le es consustancial de manera tal, que deja de ser reconocible⁴⁴; y

³⁸ MASSINI, CARLOS (1998): “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en MASSINI, Carlos/SERNA, Pedro (eds.): *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, pp. 206-210.

³⁹ Una buena síntesis de esta posición en BERTELSEN SIMONETTI, “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”, pp. 73-77.

⁴⁰ ORREGO SÁNCHEZ (2010): “Supuestos conflictos de derechos humanos”, pp. 335-340, inspirándose en *Finnis*.

⁴¹ ORREGO SÁNCHEZ (2010): “Supuestos conflictos de derechos humanos”, p. 337.

⁴² Entendiendo la referencia al inocente/culpable de un modo objetivo y desde la perspectiva de quien se defiende, es decir, “no es inocente, o sea, es (objetivamente) *culpable*, el agresor injusto y violento, el que sin fundamento, al menos legal, pone en peligro derechos esenciales de la persona agredida”, D’AGOSTINO, Francesco (1984): “Legítima defensa”, en COMPAGNONI *et al.*, *Nuevo diccionario de Teología moral*, San Pablo, Madrid, pp. 843-852.

⁴³ SPAEMANN, Robert (2007): “¿Matar, o dejar morir?” (trad. Barrio Maestre), en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 18, p. 115.

⁴⁴ Según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional desde la sentencia Rol N° 43, 24 de febrero de 1987.

a su vez, porque el aborto implica un injusto absoluto por contravenir un principio fundamental: que no es legítimo matar a un ser humano inocente, ni siquiera si se hace para salvar a otro(s).

VII. SITUACIONES EXTREMAS DE CONFLICTO: NO PROCEDE SANCIÓN PENAL

Frente a este panorama se puede cuestionar qué ocurre entonces en situaciones dramáticas como las que se suelen esgrimir para plantear la necesidad de modificar la regulación acerca del aborto. Porque es innegable que las circunstancias que rodean al aborto suelen ser especialmente complejas, de tal forma que muchas veces la mujer embarazada se encuentra en un estado de especial vulnerabilidad, de peligro, está sometida a diversas formas de presión, o, en general, está en una situación en que se ven afectados sus intereses personales.

Como adelantábamos al inicio, frente a estas situaciones más o menos excepcionales, el sistema penal contempla diversos mecanismos de solución, evitando imponer una condena penal cuando la muerte del feto ha sido la trama final de una tragedia, en que la mujer aparece más como otra víctima que como responsable de un delito.

En efecto, para que se configure un delito, cualquiera sea, es necesario que se realice una conducta típica, que ella sea antijurídica y que sea culpablemente ejecutada. En otras palabras, tiene que ser una conducta que coincida con la que describe y en principio prohíbe la ley penal (típica), que sea contraria al ordenamiento jurídico al no estar amparada por una causa de justificación (antijurídica) y que sea reprochable, considerando las circunstancias particulares en que una persona la ha realizado (culpable).

Así, aunque el hecho de provocar la muerte del *nasciturus*, en principio, configura el delito de aborto, puede concurrir algún hecho o circunstancia que elimine alguno de los elementos que lo constituyen. En general, esto es lo que sucede en las diversas hipótesis de aborto en que se ha propuesto una reforma de la ley penal: cuando existe peligro para la vida de la madre, cuando el embarazo es consecuencia de una violación o cuando el feto es inviable.

Aunque las situaciones planteadas pueden tener diversos grados de intensidad, en los casos más extremos es bien claro que no procederá imponer una sanción penal. La razón para ello es diversa según la situación de que se trate.

1. ABORTO POR RAZONES TERAPÉUTICAS

Por aborto terapéutico en sentido estricto se suele entender la muerte del feto provocada como medio necesario para evitar un peligro actual o inminente de muerte para la mujer embarazada. En general, no hay

mayor discusión en torno a que esta situación no constituye delito en la legislación chilena actual, únicamente se debate concerniente al rol dogmático que cumplen las razones terapéuticas.

1.1. Atipicidad por riesgo permitido

Parte de la doctrina entiende que en estos casos el aborto es legítimo, pues resulta permitido como parte del ejercicio de la profesión de médico; es decir, se trataría de situaciones especiales en que la conducta abortiva, en principio prohibida, dejaría de estarlo por concurrir una causa de justificación. Sin embargo, no puede hacerse esa afirmación desde que la propia regulación relativa a la actividad de los médicos no lo permite: el artículo 119 del Código Sanitario prohíbe cualquier acción *cuyo fin* sea provocar un aborto⁴⁵.

Ahora bien, el Código Sanitario se refiere solo a las conductas en que la muerte del feto es ocasionada deliberadamente, las que están prohibidas en todo evento. Pero deja fuera de la prohibición aquellas otras que no tienen ese fin específico de provocar un aborto, pese a que exista la posibilidad o, incluso, la seguridad, de que sobrevendrá la muerte del feto como consecuencia indirecta de la conducta. Es lo que se conoce como “aborto indirecto”. En consecuencia, si se realiza una intervención que no está dirigida a matar a la criatura, aunque en definitiva provoque su muerte, se considera que la conducta del médico habrá creado un riesgo que no está prohibido (pues no queda dentro de la prohibición del artículo 119 CS), sino que es *permitido* por el ordenamiento jurídico en la medida en que se realice de conformidad con la *lex artis* médica y en cumplimiento de sus deberes profesionales, por la situación de enfermedad o peligro que existe para la vida de la madre. En estos casos esa conducta médica se puede calificar como socialmente adecuada, acorde con la ley, y por lo tanto ya desde un comienzo no comprendida en el tipo penal de aborto⁴⁶.

Además de lo que acabamos de explicar, cuando en el Código Penal se hace referencia al delito de aborto cometido por profesionales de la salud, que son precisamente quienes pueden actuar invocando razones terapéuticas, se exige que el facultativo obre *abusando de su oficio* (Art.

⁴⁵ En términos equivalentes, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, 2011, establece: Art. 8.- *El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico. / Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo.* Art. 9.- *El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna.*

⁴⁶ En dogmática penal se dice que resulta excluida la imputación objetiva del comportamiento cuando estamos ante un “riesgo permitido”. Acerca del aborto indirecto como una situación de atipicidad por riesgo permitido, *vid.* OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena (2011): “La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 18, N° 2, pp. 124-128.

345 CP). Esta referencia alude a que el facultativo actúe en su calidad de tal, ejerciendo la actividad que le es inherente en su condición de profesional de la salud, pero también implicaría, para buena parte de la doctrina especializada, que el delito solo se configura cuando el facultativo sobrepase los límites que le fija la *lex artis médica*⁴⁷. Por ende, se refuerza la idea de que el “aborto indirecto” no es penalmente prohibido.

1.2. Atipicidad subjetiva

La exigencia de una actuación *abusiva* que contiene el tipo que sanciona al facultativo (Art. 345), así como la de que se actúe *maliciosamente* requerida en la descripción del delito de aborto que puede cometer cualquier tercero (Art. 342), significan que este ilícito solo se configura cuando el sujeto realiza la conducta con la *intención precisa* de provocar la muerte del feto (dolo directo)⁴⁸. En consecuencia, además de lo expuesto respecto de la atipicidad objetiva, podemos afirmar que la conducta realizada sin la intención deliberada de dar muerte al feto resulta impune por atipicidad subjetiva.

En definitiva, debemos concluir que nuestro sistema jurídico no considera prohibida aquella conducta, tratamiento o intervención que deba realizarse de conformidad con las circunstancias del caso, según los principios y reglas de la medicina, aun cuando de ella derive la muerte del nonato.

1.3. Causas de justificación (improcedentes)

Fuera de las situaciones de aborto indirecto, que son atípicas, si se realiza un aborto con la finalidad de salvar a la madre no es posible invocar una causa de justificación.

⁴⁷ ETCHEBERRY (1998): *Derecho Penal. Parte Especial*, III, p. 104 y GARRIDO MONTT (2007): *Derecho penal. Parte Especial*, III, p. 116. Incluso hay buena parte de la doctrina que va más allá y estima que no habría *abuso*, aunque el comportamiento no se ajuste a la *lex artis*, mientras se actúe por una necesidad terapéutica, por consideraciones humanitarias y altruistas; existiría abuso solo cuando el facultativo hubiere actuado motivado por fines diversos a los propósitos estrictamente terapéuticos que le son exigibles, así ARAYA RIVERA (1963) p. 57 y POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS (2006): *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, p. 244, BULLEMORE/MACKINNON (2009): *Curso de Derecho penal*, III, p. 47; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2005): *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 89.

⁴⁸ Los supuestos de aborto sin empleo de violencia (Art. 342 N° 2 y 3), entre los que se ubican las intervenciones realizadas con fines terapéuticos, únicamente son punibles cuando se cometen con la precisa intención de dar muerte al feto. Se excluyen tanto las hipótesis de dolo eventual (en que la muerte del feto solo se acepta como una posibilidad) como las de dolo indirecto o de consecuencias necesarias (cuando se sabe que sobrevendrá); esto último es más discutido, más si existen buenas razones para plantearlo, cfr. OSSANDÓN WIDOW (2011): “La intención de dar muerte al feto...”, pp. 112-114. Nuestra legislación penal contempla otras formas de dolo en la disposición del artículo 343, pero ello solo dice relación con el aborto violento.

Entre las que podrían plantearse, la *legítima defensa* no procede, pues el feto es incapaz de agredir en los términos que en ella se exigen.

Mas se ha discutido acerca de una posible situación de *estado de necesidad* justificante: frente a una situación de peligro puede sacrificarse un bien jurídico para salvar otro. Pero dependiendo de sus características concretas, una situación de necesidad solo elimina la antijuridicidad de la conducta cuando se evita un mal mayor que el que se causa, pues solo en esas condiciones el orden jurídico puede llegar a aprobar o permitir el sacrificio de un bien jurídico a costa de otro, a cuyo titular se le impone el deber de soportar el daño, precisamente porque de este modo se evita un mal mayor que el que se ocasiona. Existiendo vidas humanas en juego, no es factible hacer esa ponderación en términos cualitativos ni cuantitativos para concluir que matar a una de ellas constituya un mal menor⁴⁹. Otra cosa es que pueda configurarse una situación de exculpación, como explicaremos luego.

Ya hemos visto que no es admisible estimar que el aborto terapéutico esté permitido como parte del *ejercicio de la profesión* de médico, pues la regulación de la actividad sanitaria lo prohíbe salvo los supuestos de aborto indirecto (Art. 119 CS).

Por último, no procede invocar el *cumplimiento de un deber*, es decir, plantear que en una situación así existiría una suerte de colisión de deberes⁵⁰ entre el deber de salvar a la madre y el deber de no matar al feto. No es así porque no se mantiene, en esas circunstancias, el deber de salvar: “el matar o lesionar al tercero –únicas conductas posibles para aquella salvación– no pueden contemplarse como *conductas salvadoras exigibles* (...) el no matar al tercero o no lesionarlo no pueden verse como ‘omisión (tipo omisivo) de salvar’ al individuo bajo nuestra tutela, con lo que se elimina la situación de colisión de deberes”⁵¹.

1.4. Inexigibilidad de otra conducta

Si llega a presentarse una situación médica extrema en que no parece existir otra solución más que realizar una conducta directamente encaminada a matar al feto para evitar la muerte tanto de la madre como del niño, fuera de las situaciones de aborto indirecto a las que nos acabamos

⁴⁹ Acerca de la imposibilidad de considerar que estemos ante un caso específico de estado de necesidad *defensivo* (en que se flexibilizaría el juicio de ponderación) OSSANDÓN WIDOW (2012): “Aborto y justificación”, pp. 337-344.

⁵⁰ Así lo plantea BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2004): “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, p. 151, como colisión de deberes de *acción* (deber de evitar daño al feto y de evitar daño a la mujer). Sin embargo, no se trataría de esa clase de colisión, pues el deber de salvar a la madre (deber de acción) se enfrenta al deber de no lesionar la vida del *nasciturus* (deber de omisión).

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2003): *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, Bdef, pp. 381-382, n. 109.

de referir, tampoco se configura un delito: por lo menos se podrá afirmar que quien realiza esa conducta no será reprochable –culpable– por ella⁵².

Esto último es absolutamente evidente en relación con la mujer embarazada: cuando existe peligro para su vida, la mujer se encuentra en una situación expresamente reconocida en la ley como “miedo insuperable”, por la que no le es exigible una conducta diversa (Art. 10 N° 9 CP). Aunque su conducta podría calificarse como típica y antijurídica, la mujer no comete un delito si se causa a sí misma o consiente en que otro le cause un aborto, pues opera en su favor una causa de exculpación por inexigibilidad de otra conducta⁵³. En la medida en que el peligro sea menor o que el riesgo evitado no sea de muerte sino de una afectación de su salud o, incluso, alguna otra consecuencia que le afecte, es menos intensa la situación de exculpación. En estas situaciones puede configurarse el delito, pero existiría siempre una circunstancia atenuante que favorece a la mujer, la que puede ser considerada como muy calificada sirviendo para disminuir hasta en tres grados la pena eventualmente aplicable (Art. 11 N° 1 en relación con el Art. 73 CP), sin perjuicio de que existen otras posibilidades procesales de salidas alternativas, perfectamente procedentes en una situación así.

Respecto de los médicos, en cambio, la posibilidad de exculpación ha sido más discutida. Como ellos no sufren ese miedo o angustia que es predicable en la mujer, algunos entienden que les sería exigible un comportamiento conforme a Derecho, que en este caso consistiría en abstenerse de ejecutar la conducta abortiva. Sin embargo, la doctrina chilena mayoritaria entiende que el personal sanitario que actúa *motivado*, precisamente, por la intención de evitar la muerte de la madre, está compelido por una fuerza moral que excluye su culpabilidad (Art. 10 N° 9 CP)⁵⁴.

Para dar mayor seguridad a los médicos de que no podrán ser sancionados si realizan un aborto en estas circunstancias es que se ha consagrado expresamente el supuesto de aborto terapéutico en otras

⁵² Como son situaciones excepcionales de necesidad, en las que no puede afirmarse que la conducta sea conforme a Derecho pero en los que parece que el Derecho penal tampoco podría considerarla prohibida, han llegado a caracterizarse como acciones “no conformes a Derecho pero no prohibidas”, que están “al margen del Derecho”. Respecto de esto ROBLES PLANAS (2010), pp. 445-473. Por sus propias características, no parecen admitir regulación alguna.

⁵³ Reconocida también por quienes postulan la necesidad de regular expresamente el aborto terapéutico, lo que sería necesario solo para favorecer al médico o a un tercero, pues es claro que la mujer siempre queda amparada en la causa de exculpación. Así lo entiende BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2004): “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, pp. 143-181, p. 152.

⁵⁴ Admiten la posibilidad de exculpación respecto de la conducta del médico POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS (2006): *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, p. 260; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2005): *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 98; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1992): “El delito de aborto frente a la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XIV, p. 385 y SANHUEZA ROMERO, Juana (1990): “Tratamiento jurídico del aborto terapéutico”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 187, p. 32. Lo considera *difícil* ETCHEBERRY (1998): *Derecho Penal. Parte Especial*, III, p. 109.

legislaciones. Sin embargo, en nuestro país no es necesaria esa regulación particular del aborto terapéutico por varias razones. En primer lugar, porque la práctica ha demostrado que ni siquiera se plantea una posible responsabilidad penal en situaciones como la descrita. Segundo, no parece discutible que les resultaría aplicable la eximente de responsabilidad penal por estado de necesidad exculpante, recientemente incorporada en nuestro Código Penal con un alcance amplio en el artículo 10 N° 11 por la Ley N° 20.253 de 2010. El estado de necesidad opera cuando quien actúa lo hace para evitar un mal *grave* para sí o para un tercero, si ese mal es actual o inminente y no existe otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo; de modo que cuando existe un peligro mortal para la madre, tampoco es *exigible* una conducta diversa de los médicos. Por último, tampoco es conveniente plantear una regulación diversa a la actual –que se ha mostrado adecuada para resolver las situaciones médicas–, pues la experiencia comparada ha demostrado que las disposiciones que permiten el aborto por razones terapéuticas son usadas de forma abusiva, para situaciones cada vez más alejadas de una situación de peligro grave para la madre.

2. ABORTO CUANDO EL EMBARAZO ES CONSECUENCIA DE UNA VIOLACIÓN O EN SITUACIONES DE INVIABILIDAD FETAL EXTRAUTERINA

Los otros supuestos hoy debatidos, de aborto en caso de violación o de inviabilidad del feto para la vida extrauterina, tampoco configuran un delito punible si la mujer actúa en razón de la angustia, miedo o desesperación que la situación le provoca. Según la gravedad de la situación, siempre puede operar en su favor la eximente de responsabilidad del artículo 10 N° 9 CP, y entonces no es considerada culpable: no comete delito. La conducta sigue siendo típica y antijurídica, en otras palabras, es una conducta contraria a Derecho. No se reconoce un “derecho” a abortar, y por lo tanto la mujer no podrá solicitar que se le practique un aborto en esas condiciones. Pero si llega a causarlo o consiente en que se lo causen, las especiales circunstancias que está viviendo deben ser consideradas para no reprocharle penalmente por su conducta, eximiéndola de toda pena o, si la motivación no es tan intensa, atenuándola de modo considerable.

La razón que conduce a sustraer estas hipótesis del régimen general, según la doctrina dominante, es la imposibilidad de exigir a la mujer que se abstenga de cometer el aborto, continuando así su embarazo, por el peso que este le provoca, cuando sabe que su hijo no podrá sobrevivir al parto o porque su embarazo ha sido consecuencia de una violación. Se trata, entonces, de un problema de exigibilidad que no puede ser trasladado 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.

Para entenderlo mejor, podemos recurrir al clásico ejemplo de dos naufragos que luchan por la posesión de una tabla que es capaz de salvar a uno solo: si uno de ellos empuja al otro que resulta ahogado, no comete ningún delito porque no le era exigible que realizara una conducta distinta; el Derecho penal no puede exigir conductas heroicas a las personas. Para ello no es necesario despenalizar el homicidio en esos casos, ni mucho menos establecer un “derecho a matar” en una situación como la descrita.

En el mismo sentido, si un tercero realiza la conducta especialmente motivado por las circunstancias trágicas o complejas en que se encuentra la mujer, también se le podría aplicar una eximente por inexigibilidad de otra conducta (fuerza moral irresistible, Art. 10 N° 9 CP) o al menos una atenuante de responsabilidad.

Entendemos que el Derecho no puede dar otra clase de respuesta ante una situación como esta, pese a las difíciles circunstancias para la madre, porque no se puede autorizar una acción orientada deliberada y directamente a terminar con la vida del niño que está en el vientre materno, con independencia del tiempo de vida que le quede o de cómo ha sido concebido. Es un ser humano inocente, y una autorización para que se le provoque deliberadamente la muerte infringiría los principios básicos en los que se construye el sistema jurídico, en particular, el de respeto por los derechos humanos y la dignidad de las personas y el principio de igualdad.

El respeto por la dignidad y los derechos de la mujer en estos casos exige concentrar los esfuerzos para ofrecer otras formas de ayuda, apoyo o acompañamiento, para permitir a la mujer y al niño superar ese momento de dificultad y salir adelante de la mejor forma posible.

VIII. CONCLUSIONES

De lo anterior podemos concluir que para las circunstancias debatidas actualmente no es necesario *despenalizar* el aborto, pues en nuestro ordenamiento penal existen disposiciones que eximen de pena en situaciones extremas como las que se abordan en el proyecto (y solo para situaciones extremas).

La modificación de la legislación actual acerca del aborto no tiene como único objetivo la impunidad de quien lo ha realizado, sino que pretende declarar la licitud de esos casos de aborto para que la ley “sea operativa”, la declara una prestación de salud y establece que la mujer tendría *derecho* a su realización en los supuestos así regulados. Esta forma de regulación contradice los criterios básicos de respeto por la dignidad y derechos de todos los seres humanos.

En la actualidad contamos con una enorme cantidad de información y evidencia científica para afirmar que el no nacido es un individuo de la especie humana, desde la concepción o, para los más escépticos, desde

un momento apenas posterior. En consecuencia, 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; y quienes, reconociendo su humanidad, le niegan el derecho a la vida y a la personalidad, atentan contra el fundamento mismo de la teoría de los derechos humanos, al permitir 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.

Una vez que se reconoce la humanidad y dignidad personal del no nacido, no es admisible justificación alguna que haga legítima la conducta dirigida a provocarle la muerte, cualquiera sea el interés que se quiera preservar. Incluso si fuera la vida de la madre, lo que corresponde es realizar los procedimientos médicos necesarios para salvar tanto a la mujer como al niño, aun aceptando que con ellos puede salvarse a la primera pero no el segundo. Lo que no admite justificación alguna es matar deliberadamente a uno como medio para salvar al otro.

Ahora bien, se debe reconocer que las circunstancias en que puede encontrarse una mujer embarazada en ocasiones pueden ser complejas y de extrema gravedad, y que en virtud de esas dificultades ella puede llegar a causar o consentir en que se le cause un aborto. En esas hipótesis es necesario y procedente revisar si realmente le era exigible haber actuado de otra manera. Según la gravedad de esas circunstancias y sus efectos motivacionales, tanto en la mujer como en los terceros que eventualmente pueden intervenir junto a ella, procederá estimar que su comportamiento no ha sido realizado en forma culpable, por lo que no se configura el delito. En caso contrario, se configuran atenuantes de responsabilidad.

Pero en todos estos supuestos de complicaciones o dificultades, una legislación que quiere ser verdaderamente respetuosa de la dignidad y derechos de los diversos involucrados, lo que debe hacer es procurar 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.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUERREA MELLA, Pedro (2001): "El derecho a la vida y la acción del Estado en su protección", en *Ius publicum*, Universidad Santo Tomás, Vol. 4, N° 7, pp. 21-34.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2009): "Derecho a la vida y libertad religiosa: el caso de los Testigos de Jehová", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, X, N° 19, Tomo II, pp. 615-650.
- ALVARADO R., Claudio (2014): "Sobre el aborto. Algunas consideraciones sobre la propuesta de despenalizar ciertos casos de interrupción voluntaria del embarazo", Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad.

- ARAYA RIVERA, Carmen (1963): *El aborto*, Santiago, Edit. Universitaria.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco (1994): *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, Barcelona, J. M. Bosch Editor.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004): “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, en *Derecho y Humanidades*, U. Chile, N° 10, pp. 143-181.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004): “La píldora del día después ante la Jurisprudencia”, en *Estudios Públicos*, N° 95, pp. 43-89.
- BERTELSEN SIMONETTI, Soledad (2010): “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 42, pp. 13-108.
- BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John (2009): *Curso de Derecho penal*, III, Parte especial, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing.
- COCA VILA, Ivó (2011): “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, pp. 1-40.
- COUSIÑO MACIVER, Luis (1979): *Derecho Penal chileno. Parte general*, II, Santiago, Edit. Jurídica de Chile.
- DWORKIN, Ronald (1994): *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (trad. Caracciolo/ Ferreres), Barcelona, Ariel.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho Penal. Parte Especial*, III, 3ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile.
- FÁBREGA LACOA, Jorge (2014): “Penalización del aborto en Chile: las cifras”, en *Voces de La Tercera*, 5 de agosto. Disponible en <http://voces.latercera.com/2014/08/05/jorge-fabrega/penalizacion-del-aborto-en-chile-las-cifras>
- GARRIDO MONTT, Mario (2007): *Derecho Penal. Parte Especial*, III, 3ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile.
- JAKOBS, Günther (2000): “¿Existe un aborto lícito de personas?” (trad. González Rivero), en *Revista del Poder Judicial* 60, pp. 159-168.
- LABATUT GLENA, Gustavo (1983/2007): *Derecho Penal*, II, 7ª ed. actualizada por Zenteno Vargas, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, reimpr.
- MASSINI, Carlos (1998): “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en MASSINI/ SERNA (eds.): *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, pp. 179-222.
- MAYER LUX, Laura (2011): “Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 37, pp. 371-413.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2009): *Derecho Penal. Parte especial*, 17ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena (2011): “La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 18, N° 2, pp. 103-136.
- OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena (2012): “Aborto y justificación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°2, pp. 325-369.

- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2010): “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, Nº 2, pp. 311-342.
- PALAZZANI, Laura (2001): “Lo staturo giuridico dell’embrione umano”, en *Persona y derecho*, Universidad de Navarra, Nº 44, pp. 113-131.
- PFEFFER, Emilio (1998): “Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, Actas XXIX Jornadas Chilenas del Derecho Público, pp. 225-227.
- POLITOFF, Sergio/GRISOLÍA, Francisco/BUSTOS, Juan (2006): *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica Congreso.
- POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia (2005): *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2010): “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, pp. 445-473.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1992): “El delito de aborto frente a la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XIV, pp. 369-387.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2004): *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (2009): “¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 11, pp. 1-23. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf>
- SANHUEZA ROMERO, Juana (1990): “Tratamiento jurídico del aborto terapéutico”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Nº 187, pp. 27-33.
- SERNA, Pedro (1998): “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI/SERNA (eds.): *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, pp. 23-79.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2003): *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, Bdef.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2007): “Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 9: pp. 1-18. Disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>>
- SPAEMANN, Robert (2007): “¿Matar, o dejar morir?” (trad. Barrio Maestre), en *Cuadernos de Bioética*, Vol. 18, pp. 107-116.
- THOMSON, Judith Jarvis (1983): “Una defensa del aborto”, en FINNIS, John et al.: *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Madrid, Cátedra, pp. 9-32.
- VERA, Robustiano (1883): *Código penal de la República de Chile comentado*, Santiago, Imp. P. Cadot i Cª.

WILENMANN, Javier (2013): “El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL, 1er Semestre, pp. 281-319.

ZAMBRANO, Pilar (2005): *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

¿QUÉ VAMOS A HACER CON ALGUNOS DE NOSOTROS? EL PROBLEMA DEL ABORTO DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y PROGRESISTA

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY

*Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo
Universidad de los Andes*

I. INTRODUCCIÓN

Hace algún tiempo, mi amigo el profesor Antonio Amado, al referirse a la polémica sobre la píldora del día después, resumía el problema bajo la pregunta “¿Qué vamos a hacer con algunos de nosotros?”, que es precisamente lo que nos volvemos a cuestionar, pero ahora a propósito del debate sobre la posible legalización del aborto en Chile.

En este breve artículo se procurará demostrar que el Derecho Constitucional ofrece respuestas a esa pregunta, que emanan tanto de sus conceptos como de sus principios fundantes. Asimismo, se tratará de demostrar que algunos de éstos se vinculan estrechamente a los fundamentos de la visión progresista de la comunidad política, y que por lo mismo, un verdadero progresismo es incompatible con las posturas favorables al aborto.

II. ACLARACIONES JURÍDICAS PREVIAS

Un somero análisis de la literatura jurídica contemporánea, nos demuestra que la respuesta a aquella pregunta a partir de los referidos conceptos y principios, encuentra una dificultad a veces insospechada, a saber, la manifiesta discrepancia sobre el significado de éstos. Como se comprenderá, las consecuencias de todo esto son enormes, pues la Constitución y el Derecho Constitucional nacen en un determinado período de la historia y con un objetivo preciso, que emana directamente de una forma de entender la Política y el Derecho. En tal sentido, la

Constitución surge durante las guerras civiles inglesas del siglo XVII, en el contexto de la lucha contra el absolutismo, con el fin de limitar el poder por medio del Derecho, y resguardar así ciertos derechos que se consideraban inherentes al ser humano.

Por ende la Constitución no surge como un mecanismo de organización de la comunidad política, ni como un texto que recoge los ideales filosófico-políticos de un país, sino como un instrumento de limitación del poder y de protección de los derechos humanos mediante el Derecho. La Constitución y el constitucionalismo representan así la reivindicación de las ideas medievales de sometimiento de todos al Derecho, de esa visión que entendía que el universo entero estaba regido por el Derecho¹.

Peró desde luego la expresión Derecho a la que estamos aludiendo dista mucho de las visiones reduccionistas que fueron surgiendo a contar del siglo XVI, de la mano de la teoría de la soberanía, que llevaron a identificar el Derecho con el poder, reduciéndolo a un mero conjunto de normas emanadas del soberano². En esta perspectiva existe una estricta relación entre Derecho y justicia, por lo que el Derecho no se reduce sólo a prescripciones de conducta emanadas del poder, sino que junto a ellas, y aún antes que ellas, abarca varios elementos que lo conforman y le dan su sentido. Así, la equidad y los principios jurídicos constituyen el alma y la sustancia última del Derecho.

Por otra parte, como la Constitución y el constitucionalismo nacieron para proteger los derechos inherentes del ser humano³, no puede pasarse por alto que para el Derecho Constitucional los derechos no son meras aspiraciones, ideales filosóficos o valores. Tampoco son concesiones ni menos aún construcciones o creaciones, sino que se trata de facultades justiciables que emanan de la propia naturaleza humana.

Es por ello que principios y conceptos propios del constitucionalismo como el Imperio del Derecho o Estado de Derecho, la separación de poderes, y los derechos constitucionales y su garantía, suponen un contexto sin el cual la Constitución y lo constitucional corren el riesgo de ser desvirtuados.

Un magnífico resumen de lo dicho hasta aquí fue expresado por los padres fundadores de los Estados Unidos de Norteamérica en su Declaración de Independencia, texto que forma parte de la Constitución norteamericana en sentido material, al señalar que “[S]ostenemos como evidentes estas

¹ Pereira Menaut, Antonio Carlos: *Teoría Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2006, 2ª ed., 28.

² La máxima expresión de este reduccionismo se encuentra en la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, de la que deriva la conclusión de que todo Estado es Estado de Derecho.

³ Eso es precisamente lo que diferencia a los derechos proclamados por el constitucionalismo de aquéllos anteriores al mismo, que se tenían sólo en calidad de miembro de un determinado grupo social. Un buen ejemplo son algunos documentos preconstitucionales como la Carta Magna inglesa, de 1215, que sólo reconocía derechos para los súbditos del Rey Juan sin Tierra, o el Bill of Rights inglés de 1689, que recogía los derechos de los súbditos ingleses.

verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados...”.

III. EL ABORTO Y EL PROBLEMA DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS INHERENTES AL SER HUMANO

En el actual debate sobre el aborto, una parte de quienes defienden su legalización fundamentan su posición en que el no nacido no es persona. En esta posición militan tanto quienes fundamentan su visión en una lectura jurídica limitada del concepto persona, como quienes simplemente no ven en el embrión o feto a un ser humano.

La cuestión no es nueva. Piénsese tan sólo que hasta hace no mucho la justificación de la esclavitud respondía más o menos a criterios semejantes a los esbozados recién, lo que implicaba negarle a ciertos seres humanos su calidad de tales, los que por ende podían ser tratados jurídicamente como si fuesen cosas.

Pero ¿puede el Derecho definir quiénes son seres humanos y quiénes no, y por tanto determinar quiénes tienen “nuestra naturaleza”? A mi me parece que no, porque como el hombre es un ser, la determinación de quién lo es no es producto de una definición jurídica, sino que más bien es la consecuencia de respuestas biológicas, filosóficas y hasta religiosas, que evidentemente escapan a la competencia de un constituyente, de un juez o del legislador.

No obstante, es un hecho que las Constituciones aseguran derechos, y es claro que las cosas no tienen derechos. De esta forma, parece evidente que cuando nuestra Constitución reconoce a todas las personas el derecho a la vida (art. 19 N° 1), en ningún caso puede pretenderse que se extienda esta protección a cosas, incluidos otros seres distintos de los humanos.

El problema es que en el actual debate sobre el aborto, más de alguno entiende que la expresión “personas” que utiliza la Constitución, debe ser entendida jurídicamente como sinónimo de ser humano nacido vivo. Evidentemente ello excluye al no nacido, quien por tanto no sería titular del derecho a la vida, y ésta sólo sería un objeto de protección legal, como se desprendería de la frase “la ley protege la vida del que está por nacer” (inciso 2° del art. 19 N° 1).

Pero como se dijo antes, en la concepción clásica del constitucionalismo y de los derechos, éstos emanan de la naturaleza humana, del hecho de ser un humano, y no de la definición de ser humano que dé el Derecho. En tal sentido, en el lenguaje constitucional la expresión persona está radicalmente unida a la de ser humano, al punto que podría afirmarse

que todo ser humano es persona, que es precisamente lo que parece haber entendido Andrés Bello cuando definió a la persona en el Código Civil como “todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición” (art. 55).

Pero más allá de los conceptos legales, la embriología nos enseña hoy que cuando un espermatozoide fecunda un óvulo se forma un embrión, que es la forma más joven de un ser. Al comienzo este nuevo ser tiene carácter unicelular, pero esa primera célula contiene ya toda la información constitutiva de aquél⁴. Si aquella célula es el resultado de la unión de gametos humanos, resulta imposible negar que se trata de un ser humano, pues es un ser y es humano, ya que pertenece a la especie humana⁵.

La aplicación de estas consideraciones a la interpretación del artículo 19 N°1 de la Constitución, lleva a concluir que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida, porque es persona, porque es un ser humano, uno de los nuestros. Más concretamente, para él este derecho se traduce en la necesidad de brindarle la protección necesaria para que pueda nacer, porque el nacimiento es parte de ese continuo en que consiste la vida humana. En otros términos, el derecho a la vida del *nasciturus* incluye el derecho a nacer.

En resumen, el no nacido tiene derecho a la vida porque lo determinante para la titularidad de los derechos constitucionales es el ser un humano, y no cabe duda de que el no nacido lo es, independientemente de que sea un embrión o un feto. La edad o etapa de desarrollo de un ser humano no es condicionante de la titularidad de aquellos derechos que emanan de su propia naturaleza, menos aun cuando ese derecho es el supuesto de todos los demás.

Por todo ello puede afirmarse que el no nacido es titular del derecho a la vida, ya que lo determinante para la titularidad de derechos es el ser un humano, y aquél lo es, con la salvedad de que su derecho a la vida incluye otro aún más elemental, el derecho a nacer, respecto del cual “no se puede transigir”, según sostenía Norberto Bobbio⁶.

⁴ Partiendo de la base de que la vida humana es un continuo, Sadler destaca que “[E]l desarrollo se inicia con la fecundación, proceso mediante el cual el gameto masculino o espermatozoide y el gameto femenino u ovocito se fusionan y originan un cigoto”, en Sadler, T.W.: *Langman Embriología médica*, Barcelona, Walter Kluwer/Lippincott Williams & Wilkins, 12ª ed., 2012, 10.

⁵ Lejeune, Jerome: *¿Qué es el Embrión Humano?*, Madrid, Rialp, 1993. Como señalan Moore y Persaud, el “cigoto o embrión es el comienzo de un nuevo ser humano”, en Moore, Keith L. y Persaud, T.V.N.: *Embriología clínica*, Madrid, Elsevier, 8ª ed., 2009, 2.

⁶ Entrevista en el *Corriere della sera*, de 8 de mayo de 1981.

IV. EL ABORTO Y LA PROTECCIÓN DEL MÁS DÉBIL. UNA PERSPECTIVA AUTÉNTICAMENTE PROGRESISTA

Como se vio antes, los principios básicos del constitucionalismo, los avances de la genética y el tenor literal de artículo 19 N° 1 de la Constitución, llevan a concluir que el no nacido es titular del derecho a la vida, y en tal carácter tiene derecho a nacer. Sin embargo, cabe preguntarse por qué no podría optarse por proteger otros derechos en vez de éstos. Más precisamente, por qué no podría por ejemplo protegerse el derecho a la vida de la madre, o su salud, o incluso su honra, su vida privada y su libertad para decidir sobre sí misma. Es más, alguien podría sostener incluso que el mandato del inciso 2° del numeral 1° del art. 19 de la Constitución no precisa la forma en que el legislador debe brindar protección al no nacido.

La solución no es fácil, pues tiene múltiples aristas, y muchas de ellas no son jurídicas, sino más bien filosófico-morales y hasta religiosas, lo que sin duda escapa a lo que modestamente puede hacer el Derecho. No obstante, es fácil constatar que éste tiene una especial predilección por los más débiles. Así lo demuestran una serie de principios y de instituciones jurídicas, que asumen que en la realidad algunos están en una situación de mayor desprotección y son más desvalidos que otros. El principio de igualdad, el debido proceso y sus principios fundantes, el Derecho del trabajo y el Derecho del consumo, así como el propio Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, parten precisamente de dichos supuestos: *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro perussi*, *in dubio pro homine* o *in favor debilis*.

Por eso puede afirmarse que el Derecho conlleva asumir una cierta actitud progresista, lo que en palabras de Miguel Delibes, implica justamente “apoyar al débil”, además del pacifismo, la no violencia y la defensa de la naturaleza. Así, seguía Delibes, “[P]ara el progresista, el débil era el obrero frente al patrono, el niño frente al adulto, el negro frente al blanco. Había que tomar partido por ellos. Para el progresista eran recusables la guerra, la energía nuclear, la pena de muerte, cualquier forma de violencia”. Desde esta óptica progresista, terminaba Delibes, “[E]l ideario progresista estaba claro y resultaba bastante sugestivo seguirlo. La vida era lo primero, lo que procedía era procurar mejorar su calidad para los desheredados e indefensos”⁷.

En nuestra historia reciente estas actitudes progresistas llevaron a muchos a oponerse a un régimen político que, bajo el uso de la fuerza, persiguió y violó los derechos humanos de miles de chilenos, entre ellos su derecho a la vida.

⁷ Columna en Diario ABC (España), de 20 de diciembre de 2007.

Sin embargo, el progresismo ha ido mutando con el tiempo. En algunos casos parece haber dejado de lado la protección irrestricta del más débil, y lo que es peor, ha llegado a admitir que la violencia contra éste puede llegar a constituir un derecho. Pero claro está, a todo eso no se ha llegado de cualquier manera, sino que a través de discursos e ideas individualistas, basadas más en los sentimientos y los gustos personales que en la razón. En tal sentido es triste constatar que cierto progresismo ha sucumbido a la tentación de responder con el corazón y no con la razón frente a preguntas que reflejan situaciones dramáticas, validando de esta forma ciertas ideologías a las que son ajenos los principios de defensa del débil y de no violencia.

Así, algunos progresistas sucumben hoy a los argumentos de quienes apoyan y promueven el aborto, y asumen que la mujer es la única parte débil en este problema. Sin mayores análisis ni distinciones, ello los lleva a entender que el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de ella es razón suficiente para matar al no nacido. No sería posible exigirle que lleve adelante un embarazo que ponga en riesgo su vida, o la de un embrión o feto que indefectiblemente morirá o que presenta malformaciones, o si fue el terrible resultado de una violación.

Es más, los que aún le reconocen algún derecho al no nacido, discurren sobre la idea de que hay un conflicto de derechos que se debe resolver, evidentemente haciendo prevalecer unos sobre otros, dando por sentado que la doctrina jurídica asume unánimemente la existencia de choques de derechos, que deben resolverse de esa manera. Sin embargo, olvidan que en dicha doctrina también hay quienes piensan que los derechos no colisionan, y que los aparentes conflictos o choques esconden son en verdad un problema de delimitación de éstos, de determinación de los contenidos y límites de cada uno⁸. Y este no es un problema eminentemente político, ni sociológico ni filosófico, sino que jurídico. En ese escenario el rol del juzgador no es determinar qué derecho debe prevalecer, sino que determinar dónde había un derecho y dónde no lo había.

En otros términos, algunos progresistas han llegado a ceder frente al aborto, y con ello han cedido también frente a un individualismo desvergonzado, que los lleva a negar lo evidente y lo que indica la evidencia empírica. Esta demuestra que gran parte de las situaciones de abuso y

⁸ A modo meramente ejemplar ver: De Otto, Ignacio: "La Regulación del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución", en Martín Retortillo, Lorenzo et alii: *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, p. 151; Cianciardo, Juan: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA, 2000; Cianciardo, Juan: *El principio de proporcionalidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma. Bertelsen, 2004; Simonetti, Soledad: "Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales", en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 42 (2010), 13-108; Arnold, Rainer; Martínez Estay, José Ignacio, y Zúñiga Urbina, Francisco: "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios Constitucionales* año 10, N° 1 (2012), 80-85.

de violación ocurren al interior de las familias, o son llevadas a cabo por personas conocidas de la víctima⁹. Como se comprenderá en este escenario el aborto es el mejor escenario en el que podría soñar un abusador. Y es que como explica Susan Maronek el aborto “obra en provecho del macho explotador, y no de la mujer”. Ello porque la eliminación del hijo no nacido le permite al hombre huir de sus obligaciones económicas, legales y sociales, y satisfacer sus deseos sin costo, haciendo de la mujer “un objeto sexual perpetuo y reutilizable. Cuando ocurre un embarazo no deseado, la mujer queda potencialmente dejada sin ningún apoyo social”¹⁰.

Esto es lamentable, porque legitimar el aborto en caso de violación implica no sólo amparar al delincuente, sino que además supone evadir “el drama social que se esconde tras la violación”. Y es que este grave problema “no se soluciona ocultando la realidad de un abuso sexual mediante ‘el derecho al aborto’, sino por generar soluciones efectivas a esta grave realidad que muchas veces se prefiere silenciar”¹¹.

La evidencia científica muestra asimismo que Chile presenta hoy las tasa más bajas de mortalidad materna de toda Latinoamérica¹², comparables sólo con Canadá. Como señala Koch, “[L]a 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). Luego del cambio de ley en 1989 [4], 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 [3,5-7]”¹³.

Como si lo anterior fuera poco, según datos de la Defensoría Penal Pública en Chile los casos de aborto dicen relación con embarazos no

⁹ Vid. “Embarazo vulnerable. Realidad y propuestas”, Santiago, Ideapaís y Comunidad y Justicia, 2014, 11.

¹⁰ Citada por Vasu Murti en *The Liberal Case Against Abortion*, R.A.G.E. Media, 2006, 29.

¹¹ “Embarazo vulnerable...”, 11.

¹² Como Donoso y Carvajal, “Chile es el país latinoamericano con menor mortalidad materna, como consecuencia de su desarrollo social, económico y sanitario³⁰. Los factores causales de muerte materna en Chile en la década 2000-2009, son diferentes a los presentados para América Latina y el Caribe por el grupo de trabajo integrado por representantes de WHO, UNFPA, World Bank y otros (hipertensión arterial 25,7%, hemorragia 20,8%, parto obstruido 13,4%, aborto 12% y sepsis puerperal 7,7%), y con mayor similitud a la de países desarrollados (hipertensión arterial 16,1%, embolia 14,9%, causas indirectas 14,4%, hemorragia 13,4% y aborto 8,2%)”. Donoso S., Enrique, y Carvajal C., Jorge A.: “El cambio del perfil epidemiológico de la mortalidad materna en Chile dificultará el cumplimiento del 5º objetivo del Milenio” *Revista Médica de Chile* (2012); 140, 1259.

¹³ Koch, Elard: *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, vol.79, N°5, 2014, Editorial “Epidemiología del aborto y su prevención en Chile”, 351; Koch, Elard: “The Epidemiology of Abortion and its Prevention in Chile”, en *Issues in Law & Medicine*, Volume 30, Number 1, 2015, 71.

deseados¹⁴, y de acuerdo a Gendarmería de Chile, a 2014 no había mujeres que cumplieran condena por haberse practicado un aborto¹⁵.

Este proceso de pérdida de identidad ha conducido al progresismo y a cierto feminismo a sumarse al tradicional culto que ha rendido el liberalismo al derecho de propiedad, presentado en este caso como “derecho de la mujer a disponer del propio cuerpo”, olvidando que al abortar la mujer no está disponiendo de su propio cuerpo, sino que, como señalaba Bobbio, “se dispone de una vida ajena”¹⁶. Ello sin perjuicio de que, como decía Elizabeth Cady, una de las fundadoras del movimiento feminista norteamericano, es contradictorio luchar en contra de un machismo que considera a la mujer como un objeto apropiable, y que a su vez las mujeres puedan tratar a sus hijos no nacidos como una propiedad que pueden desechar cuando quieran¹⁷.

En resumen, buena parte del progresismo ha olvidado las premisas que lo definían y daban identidad. Muchos progresistas abrazan hoy las banderas de un liberalismo individualista y materialista, que poco tiene que ver con los ideales originales. Y es como señala Delibes, con el tiempo “el progresismo vaciló. El embrión era vida, sí, pero no persona, mientras que la presunta madre lo era ya y con capacidad de decisión. No se pensó que la vida del feto estaba más desprotegida que la del obrero o la del negro, quizá porque el embrión carecía de voz y voto, y políticamente era irrelevante. Entonces se empezó a ceder en unos principios que parecían inmutables: la protección del débil y la no violencia. Contra el embrión, una vida desamparada e inerme, podía atentarse impunemente. Nada importaba su debilidad si su eliminación se efectuaba mediante una violencia indolora, científica y esterilizada. Los demás fetos callarían, no podían hacer manifestaciones callejeras, no podían protestar, eran aún más débiles que los más débiles cuyos derechos protegía el progresismo; nadie podía recurrir”. Sin embargo, algunos progresistas seguimos postulando la defensa de los indefensos y rechazamos cualquier forma de violencia en contra del inocente, porque “la náusea se produce igualmente ante una explosión atómica, una cámara de gas o un quirófano esterilizado”¹⁸.

¹⁴ Informe sobre aborto de la Dirección de Estudios de la Defensoría Penal Pública de 9 de junio de 2014.

¹⁵ Informe de junio de 2014 de Gendarmería de Chile, contenido en el oficio 286/14 de la Unidad de Estadística de Gendarmería de Chile.

¹⁶ *Op. Cit.*

¹⁷ Citado por Paul E. Nowak en *Guerrilla Apologetics for Life Issues*, R.A.G.E. Media, 2005, 50.

¹⁸ *Op. Cit.*

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y EL ESTATUTO DEL NO NACIDO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

SOLEDAD BERTELSEN SIMONETTI

*Doctora en International Human Rights
por la Universidad de Notre Dame
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de los Andes*

GONZALO GARCÍA PALOMINOS

*Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Friburgo
Profesor de Derecho Penal
Universidad de los Andes*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos nace como respuesta a las brutalidades cometidas contra judíos y otros grupos minoritarios durante la segunda guerra mundial. Dichas atrocidades, fundadas en odiosas discriminaciones desarrolladas por los nazis que consideraban a miembros de esos grupos como inferiores, llegaron hasta el extremo de justificar su genocidio. La protección internacional de los derechos humanos reaccionó frente a estos abusos reconociendo de manera amplia y procurando una eficiente protección a los derechos esenciales de todos los seres humanos sin importar su raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹. El sistema de protección internacional de los derechos humanos se construyó, en dicho contexto histórico, sobre la base de una valoración esencial respecto del “merecimiento de protección internacional” –y, de ahí, del reconocimiento de la titularidad de los derechos humanos–, basada en la identificación de las cualidades esenciales, sustanciales o “intrínseca” del ser humano², excluyendo de tal funcionalidad las *cualidades accidentales* de los indi-

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo y artículo 2; Convención Americana de Derechos Humanos, preámbulo y artículo 1.1.

² La utilización del concepto “intrínseco” en la Declaración Universal de Derechos Humanos para referirse a la cualidad esencial de todo ser humano, corresponde a la conceptualización de dignidad humana que es valorada como preexistente a todo acto jurídico político. Dichas cualidades no son consecuencia de un acuerdo político, sino del reconocimiento de un valor.

viduos de la especie humana como las ya señaladas: raza, edad, y otras como la capacidad de sentir, el nivel de desarrollo de algún órgano, nivel de coeficiente intelectual, capacidad “actual” de autoconciencia, capacidad física, etc. Así, operativamente hablando, la única cualidad esencial, sustancial o “intrínseca” del ser humano y que lo distingue de los demás animales, especies y cosas sería *su naturaleza racional o, si se quiere de manera más detallada, de su capacidad radical (natural) para el pensamiento conceptual, la deliberación y la libre elección*. Se trata, entonces, de un sistema de carácter valorativo y funcional, cuyas normas, deberes y reconocimientos son también de carácter instrumental, en tanto no solo permiten servir de fuente moral de tales derechos, sino también de límite infranqueable a las arbitrariedades de los Estados³, asignándole para dicho fin un valor anterior al mismo orden jurídico que pretende informar y regular⁴. Los instrumentos internacionales que forman el sistema de protección de los derechos humanos han utilizado normalmente –pero no exclusivamente– el concepto de “dignidad humana” para significar, por una parte y de manera compacta, aquella valoración del “merecimiento de protección”⁵, y por otra, han elevado su significado a ser núcleo axiológico y fuente moral de la que se nutren los contenidos de todos los derechos fundamentales⁶.

El debate en torno a la institucionalización del aborto en Chile exclusivamente a base de los modelos de indicaciones y plazos, propuesto por el gobierno, y que implica la legitimación de la causación de la muerte de un ser humano inocente, ha obligado a sus defensores a cuestionar el estatuto de persona de las criaturas no nacidas y a relativizar el derecho humano a la vida, condicionando la protección de los derechos humanos a ciertos atributos accidentales del sujeto o derechamente renunciando a ellos. Esta perspectiva conlleva un evidente y peligroso retroceso respecto de las bases con que se ha construido el sistema de protección no

³ CORTE IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988, párr. 165: “La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.

⁴ Véase sobre la naturaleza de estas normas: COFRE LAGOS, Juan Omar, “Las reglas óntico-constitutivas, fundamentos de la persona y la dignidad humana”, en: *Revista Derecho* (Valdivia), dic. 2003, vol.15, pp. 37-58.

⁵ Adicionalmente, algunos instrumentos internacionales que forman el sistema de protección de los derechos humanos, han utilizado el concepto de “dignidad humana” en un sentido comunicativo, para graficar un proceso de “pérdida de humanidad” o “trato inhumano” que sería consecuencia del desconocimiento, por el Estado, de ciertos derechos o acceso a ciertos estados que por el valor “intrínseco” de la persona humana le corresponde a las personas. Acerca del concepto de “dignidad humana” en el sistema internacional de los derechos humanos, véase GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 4. 2003, pp. 193-223.

⁶ HABERMAS, Jürgen, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), pp. 105-121.

solo de las criaturas no nacidas, sino de la construcción sistemática de la protección internacional de todos los derechos humanos. De aceptar esta tesis, el debilitamiento del sistema y la desactivación de su eficiencia serían evidentes. Se trataría de una transformación de un sistema configurado originalmente como una sustracción de un contenido mínimo de la arbitrariedad del poder a uno que es concebido como mero sistema de concesiones recíprocas y dependiente de la arbitrariedad de su creador⁷.

El presente artículo reflexiona acerca de la interpretación del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la “Convención” o “Convención Americana”) respecto al derecho humano a la vida, tomando como criterio orientador el fortalecimiento de la dignidad humana y de la no discriminación en la protección de los derechos.

II. LA TESIS PROBLEMÁTICA

En Chile y, en general, en los países que forman el sistema interamericano de derechos humanos han surgido tesis que, buscando la compatibilización de este sistema y ciertas pretensiones de grupos de presión, han encontrado en el desconocimiento de la calidad de titular de derechos subjetivos a seres humanos no nacidos y en la limitación de la protección del derecho a la vida la estrategia jurídica más eficiente. Una primera tesis es la desarrollada por el sistema estadounidense en las decisiones de su Corte Suprema en los casos *Roe* y *Casey*, en que se desconoce a la criatura el estatus de titular de derechos, para pasar a reconocerla solo como “un interés estatal”, de manera tal que su protección depende de la vigencia o fuerza de tal interés⁸. Esta tesis tiene la particularidad de que, por un lado, los conflictos de intereses de la madre y la criatura no se resuelven sobre la base de una colisión de derechos; más bien, al ser solo la mujer titular de derechos, los conflictos con la criatura constituyen colisiones con intereses de carácter estatal, y en general de menor valor, cediendo en favor de ella⁹. Además, estas tesis obligan a definir los problemas solo desde una perspectiva: la de la mujer¹⁰. Así las cosas, para un modelo puro de estas características, el injusto del delito de aborto siempre será tratado en relación con los derechos e intereses de la mujer y nunca de la criatura no nacida.

⁷ SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional*, Instituto de estudios de la sociedad, Temas Actuales, 2011, Santiago, Chile, pág. 63.

⁸ Véase sobre los modelos diseñados para tal efecto en UNDURRAGA, Verónica, “Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo” (2011), en: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), Paper 93. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/93

⁹ UNDURRAGA, Verónica, “Construyendo un relato...”, p. 23.

¹⁰ UNDURRAGA, Verónica, “Construyendo un relato...”, p. 23.

Una segunda tesis, un tanto más formalista, pero muy utilizada en los discursos jurídicos latinoamericanos, sostiene que la protección de la criatura no nacida a nivel internacional no corresponde a la protección de un interés estatal, sino que corresponde a una extensión de la protección de intereses de la mujer embarazada.

Cecilia Medina ha defendido la tesis de que la criatura humana no nacida no se encuentra reconocida como persona (titular de derechos), ni su derecho a la vida reconocido como manifestación de una valoración en torno exclusivamente al nonato en la Convención Americana¹¹. Por el contrario, sostiene que la protección internacional de este es consecuencia o, por una parte, de la protección del interés de la mujer embarazada a mantener su embarazo y a ser protegida frente a injerencias externas que se lo impidan, o, por otra, de la adquisición de un estado cierto de viabilidad que le permita una vida extrauterina a dicha criatura. Ambas consideraciones le permitirían al nonato convertirse, en tanto objeto de interés de la madre, en un bien jurídico protegido. No se trata del reconocimiento del estatus de titular de derechos, sino de *mero interés*. Por el contrario, la tesis consiste en que los individuos de la especie humana se convertirían jurídicamente en “seres humanos” recién cuando son separados de la madre y surge para ellos el reconocimiento de su personalidad jurídica y el derecho a la vida del artículo 4.1 de la Convención. Según esta autora la razón que daría cuenta de la *despersonalización* de la criatura no nacida, aunque muy infundada¹² y un tanto críptica en sus trabajos, estaría radicada en una *circunstancia accidental* de la vida de esta: la dependencia de la vida de la madre¹³. Señala:

En realidad, el feto tampoco tiene los derechos contemplados en el artículo 4.1 de la Convención, sino que esta norma le impone al Estado una obligación de protección. La razón de esa protección tiene que ver con el respeto que el ordenamiento jurídico debe a la mujer que emprende la importante tarea, para ella y para la sociedad, de traer un hijo al mundo y, por lo tanto, el objeto directo de la protección es la madre embarazada. La protección al feto se realiza indirectamente a través de la protección de la madre, como se advierte de la disposición contenida en el artículo 15.3.a del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados partes a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la

¹¹ MEDINA, Cecilia, La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, p. 73 y s. (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf>).

¹² Según la propia autora, el hecho de que la criatura no nacida no sea titular de derechos o persona, es punto de partida de su análisis del art. 4.1. y no es consecuencia de un análisis fundado: “(...) es que el feto que no ha sido extraído del vientre de la madre, es dependiente de esta, no es una persona y, por lo tanto, no puede tener derechos por sí mismo, sino que solo a través de esta” (MEDINA, p. 73).

¹³ MEDINA, p. 73 y s.

*Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidado y ayuda especiales*¹⁴.

En este entendido, las obligaciones de protección del Estado en relación con la criatura no nacida estarían limitadas, en principio, a la solicitud de la madre, pero no podrían ser invocadas por terceros en contra de los deseos de esta de interrumpir su embarazo¹⁵. En otras palabras, constituye un objeto de protección en la medida que terceros pretendan afectar su vida, pero no respecto de la madre, de la que depende el interés estatal. Entender la existencia de una obligación del Estado de proteger la vida de la criatura en contra de la voluntad de la madre afectaría los derechos de la mujer: (...) *traer un hijo al mundo constituye un compromiso que genera para la mujer obligaciones de las cuales no podrá excusarse nunca, a menos que renuncie a su calidad de madre. El Estado no puede imponer a ningún ser humano esta obligación.*

Siguiendo la tesis restrictiva anterior, Bascuñán R. propone una interpretación del art. 19 N° 1 de la Constitución chilena funcionalizada desde los conceptos del art. 4.1. de la Convención Americana, atendiendo al interés único de la madre. Así, este autor, para definir el inicio de la vida humana, entendido como un interés de relevancia constitucional, propone incorporar consideraciones valorativas desvinculadas de la mera individualidad y cualidades intrínsecas de la criatura, desconociendo el estatuto reconocido en el art. 1 (el reconocimiento de todo ser humano como persona) y el derecho del art. 3 de la Convención (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), forzando con ello distinciones entre los seres humanos. Lo anterior, lo había sorteado con cierto éxito la tesis de Medina, sobre la base de normativizar el concepto “ser humano” (y no solo el de persona) establecido también en el art. 1 del Pacto de San José. Coherente con su punto de partida, se propone una definición distinta al concepto “concepción” y para aquello, a diferencia del modelo clásico, desestima los aportes de la biología en la determinación de la individualidad y capacidad racional del ser humano, y lo reemplaza por un concepto valorativo “de embarazo”. Es decir, el concepto “concepción” no se define desde el concepto de fecundación propio de la biología y embriología, que da cuenta de un dato objetivo de inicio de una vida humana individual y única, ni menos de la constatación de la capacidad natural para razonar que se posee desde la fecundación, sino que estaría unido indisolublemente al concepto de *embarazo* que comenzaría, a juicio de estos juristas, recién en la implantación. Esto es, el concepto de concepción que define el momento inicial del estatuto del “ser humano” en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, no se construiría desde las cualidades esenciales del

¹⁴ MEDINA, p. 75.

¹⁵ MEDINA, p. 76.

humano, sino que se funcionaliza para efectos de proteger el interés de la mujer en su “embarazo”¹⁶.

Las tesis de Medina y Bascuñán R. alteran, por lo mismo, el contenido valorativo y núcleo axiológico de la Convención basado en el valor intrínseco de los individuos de la especie humana en tanto seres humanos pertenecientes a la familia humana o, si se quiere ser más exactos, en tanto seres dotados de capacidad natural para el pensamiento conceptual, la deliberación y la libre elección, para proponer un estatus funcionalizado a una cualidad accidental del ser humano: representar un interés para su madre. Dicha funcionalización, sin embargo, tampoco representaría para esta tesis fuente moral que determine un estatus que eleve a dichos seres humanos a la calidad de “titular de derechos”, sino solo a la calidad de “objetos de protección” que obliga a los Estados en la medida que dicho interés se actualice para la madre. El estatus de persona, esto es, de titular de derechos subjetivos, es consecuencia de un hecho social, una cuestión meramente accidental en la vida de un individuo: su nacimiento. La destrucción del sistema de derechos humanos construido sobre la infranqueable regla jurídica de la dignidad humana se ve sobrepasada y aniquilada. La propuesta es, sin embargo, infundada.

Dicha tesis carente de valoración moral –en tanto presenta una valoración funcional y construida para servir a la ponderación de un ser humano–, encuentra su manifestación más importante en el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también “La Corte”) en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*¹⁷. El fallo en cuestión intenta compatibilizar dos tesis, en principio incompatibles entre sí y que dificultan su inteligibilidad: Tesis 1: el derecho a la vida del nonato como manifestación de un interés de la mujer y; Tesis 2: la protección del derecho a la vida de la criatura en tanto objeto de protección gradual, como lo muestran los considerandos citados a continuación:

¹⁶ BASCUÑÁN R., Antonio, “Después de la Píldora”, Anuario de Derechos Humanos, 2006, p. 239. “(...) El uso del término ‘concepción’ para referirse a la fecundación es incorrecto: para que haya concepción se requiere el embarazo de una mujer (...) La exigencia de una constatación empírica absolutamente verdadera para una proposición universal es epistémicamente imposible, porque la constatación empírica es necesariamente singular. La pregunta por el comienzo de la vida humana es, en términos biológicos, completamente irrelevante. Aparte de la pregunta por el surgimiento de la especie humana en la historia de la evolución, la expresión ‘comienzo de la vida humana’ es metafórica. Por ‘una vida’ se entiende una biografía individual, o sea, la historia de un individuo vivo. La cuestión es, pues, cuándo debemos reconocer, en ese proceso de transformación orgánica de entes vivos pertenecientes a la especie humana –los gametos también lo son–, un individuo. Esta no es una cuestión empírica, sino una cuestión conceptual”.

¹⁷ Para revisar el contenido del fallo, aunque con incorrecciones importantes relativas a aspectos de carácter penal chileno, véase: RUIZ MIGUEL, Alfonso/ZÚNIGA, Alejandra “Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo v. Costa Rica*”, en: Revista Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014, p. 90.; CHIA, Eduardo/CONTRERAS, Pablo, “Análisis de la sentencia *Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014, pp. 567-585.

Tesis 1: 222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

223. Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

Tesis 2: 264. (...) Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es 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.

La problemática de esta conjunción de tesis resulta compleja, ya que finalmente tanto la Corte Interamericana como la literatura¹⁸ no pueden diferenciar con cuál de las tesis se define el estatuto de la persona humana y en cuál se regulan los deberes de protección estatal. Esto, porque mientras la tesis 1 (derecho a la vida del nonato como manifestación de un interés de la mujer) se construye de manera rígida sobre la base de i) la distinción de dos estatutos (objeto de protección del nonato y persona del nacido) y ii) la existencia de la necesidad de protección del nonato dependiente de la existencia (o su falta) del interés que le sirve de fundamento (lo que implica el desconocimiento absoluto del estatuto de persona al nonato); la tesis 2 pareciera incorporar un nuevo criterio incompatible con la primera tesis: aceptar que el estatuto de la criatura o, al menos, la necesidad de protección se va adquiriendo gradualmente¹⁹, esto es, que limita gradualmente la injerencia en la vida del nonato y provee protección diferenciada²⁰. Cualquiera sea el caso, en esta segunda tesis el

¹⁸ Véase a modo de ejemplo CHIA/CONTRERAS, “Análisis...”, pp. 578 y ss.

¹⁹ Interpretado de esta forma en CHIA/CONTRERAS, “Análisis...”, pp. 578 y s.

²⁰ Recientemente (27 de julio de 2015) José Zalaquett sostuvo, en una ponencia desarrollada en la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, que el proceso de gestación merece respeto y protección, aunque sin referirse bajo qué estatus. Frente a los conflictos posibles que merecen de protección también, el derecho debería contemplar distintos hitos en el proceso de gestación: la fecundación, la implantación, la formación del sistema nervioso, la viabilidad y el nacimiento (Manuscrito, p. 12).

merecimiento y necesidad de protección se adquiere independientemente del interés de la madre en la protección del nonato.

En concreto, la extraña interpretación restrictiva de la Corte se caracteriza por:

1. Definir la titularidad de los derechos subjetivos, sin referencia sistemática a la estructura de la Convención [relación Título I (art.1) y Título II (Arts. 3 y 4)], mientras que en la determinación del contenido de los derechos no aluden al *prius* axiológico de la Convención, esto es, a la dignidad humana o valor definido desde sus cualidades intrínsecas.
2. Dar a los seres de la especie humana tres tratamientos diferenciados (objeto disponible sin interés, objeto de protección y persona) y dos estatutos diferentes (objeto de interés para la madre y persona). Para excluir a los nonatos del derecho a la personalidad jurídica, debe redefinir el concepto “ser humano” desde el concepto “autonomía” (u otro) y desecha o diluye el de “dignidad humana”. La interpretación anterior renuncia a la idea central de la Convención de que fin y objetivo de la misma es el reconocimiento y la protección de los seres humanos (entendidos todos los seres humanos como sujetos de derecho).
3. La Corte acepta la disponibilidad de la vida humana, en tanto no solo acepta “excepciones” relacionadas con las formas de protección legal, sino además “permite” la ponderabilidad de seres humanos inocentes en tanto ser objetos de protección gradual, aun cuando no expresa ninguna cualidad que permita valorar alguna etapa del desarrollo como más relevante que otra.
4. La Corte elige desarrollar una interpretación restrictiva del estatuto del ser humano y extensiva de la limitación de los derechos, en especial del derecho a la vida, rompiendo la costumbre general e internacional respecto de la interpretación de los tratados²¹.
5. Adicionalmente, adopta un criterio limitador del derecho a la vida.

En adelante se demostrará que la equivocada tesis expuesta, no obstante referirse a métodos de interpretación reconocidos, en la práctica los utiliza inadecuadamente. Asimismo, se formula una crítica a la interpretación restrictiva del *status personae* y extensiva de la limitación a la vida, contrariando la práctica asentada de la misma Corte.

²¹ Véase AGUIRRE, José Pedro, La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>

1. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCION AMERICANA

A nivel internacional existe acuerdo en cuanto a que los tratados internacionales relativos a derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración su *contexto, objeto y fin*. Por tanto, si bien se debe respetar el texto (principio de “supremacía del texto”) y su fin histórico, la interpretación preponderante es la sistemática, esto es, aquella que tiende a interpretar sus normas como un “todo” coherente²². Esta interpretación sistemática obliga a interpretar el artículo 4.1 de la Convención teniendo en cuenta su contexto, ubicación y ámbito de aplicación, esto es, su coherencia con los principios y valores establecidos en las demás normas de dicha Convención. De manera adicional o complementaria, puede reforzarse el sentido de la convención o aclararse un texto ambiguo o poco claro recurriendo a los trabajos preparatorios de la Convención Americana. Todo lo anterior se encuentra en absoluta coherencia con el artículo 29 de la misma Convención y que establece los principios de interpretación²³.

El artículo 4.1. señala:

“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”.

El artículo en cuestión se encuentra ubicado en la Parte I –Deberes de los Estados y Derechos Protegidos– y, específicamente, constituye el segundo derecho reconocido y garantizado en el Capítulo II, referido a los Derechos Civiles y Políticos, luego del derecho establecido en el artículo 3 que reconoce a todo ser humano, esto es persona, el derecho de exigir al Estado el “reconocimiento” de su “personalidad jurídica”.

Una correcta interpretación del artículo 4.1. debería considerar, en primer lugar, que la configuración del concepto de persona para efectos de la Convención no se encuentra construido o funcionalizado para servir

²² Opinión Consultiva CORTE IDH 20/09, de 29 de septiembre de 2009, párr. 23 y ss. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf

²³ Artículo 29. Normas de Interpretación. “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

a la atribución de responsabilidades de ninguna naturaleza o derechos patrimoniales, como podría serlo un sistema civil²⁴ o penal y que pretende determinar las cualidades del sujeto de imputación o atribución de responsabilidad, sino que tiene como objetivo definir la titularidad de derechos que provienen de los atributos de la persona humana. Por lo mismo, y en atención a dicho reconocimiento, es que se establece para dichos efectos en el capítulo I “sobre los deberes de los Estados”, artículo 1.2. que:

“Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Esta declaración es complementada con el artículo 3, el que consagra el derecho al reconocimiento a la *personalidad jurídica*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que este derecho implica la capacidad de ser titular de derechos y de deberes y que el desconocimiento de la personalidad jurídica supone “desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”²⁵. Este reconocimiento envuelve el derecho a exigir del Estado no ser sometido a un estatuto o tratamiento que ubique a la persona “en una situación de indeterminación jurídica” que imposibilite, obstaculiza o anule la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general²⁶. Además la Corte ha estimado que la falta del reconocimiento a la personalidad jurídica “lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”²⁷. Además, este reconocimiento de la personalidad jurídica debe ser desarrollado “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 1.1.).

Con la declaración de que persona es todo ser humano, reforzada por el principio de no discriminación (artículo 1.1.) y garantizado como derecho a la personalidad jurídica a toda persona en el artículo 3, el sistema interamericano configura un modelo absoluto de reconocimiento y protección de la personalidad jurídica, esto es, que el estatuto de persona no depende de cualquier consideración, sino de la mera condición de “ser humano”. En efecto, y reconociendo –como señala expresamente el Preámbulo de la Convención– “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que

²⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, en: *Revista Ius et Praxis* [online]. 2005, vol. 11, n. 1, pp. 37-53.

²⁵ CORTE IDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 2000, párr. 179.

²⁶ CORTE IDH, *Gelman vs. Uruguay*, 2011, párr. 92. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

²⁷ CORTE IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 179.

tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, es que se establece el primer deber a los Estados: reconocer en todo ser humano la calidad de persona, esto es, titular de derechos (artículo 3). El concepto de dignidad esencial de todo ser humano exige que el titular de derechos subjetivos humanos sean todos los que comparten dicha naturaleza, independiente de las circunstancias accidentales o caracteres vitales. Por tanto, los Estados no tienen la facultad de desconocer la personalidad a ningún ser humano o de limitar o privar de forma absoluta de sus derechos a ningún individuo de la especie humana.

Al interpretar el artículo 4.1 de la Convención a la luz de los artículos antes citados se concluye que el artículo 4.1 protege el derecho a la vida sin establecer excepciones. El artículo 4.1 está construido sistemáticamente sobre la base de tres frases con funciones diferentes²⁸: la primera, en tanto reconoce el derecho a la vida, es de carácter *declarativa*; mientras que la segunda y tercera frases tienen un contenido *operativo*, en tanto “explican” o aclaran la extensión de los deberes que surgen para los Estados del reconocimiento de tal derecho. En efecto, mientras la primera declara que toda persona –esto es, (en relación con el Art. 1.2.) todo ser humano– tiene derecho a la vida, la segunda explica el deber del Estado de generar una protección legal general. Dicha protección legal, como parte de los deberes de los Estados, incluye operativamente la extensión de dos deberes, uno establecido en la segunda parte de la segunda frase y uno establecido en la frase tercera: 1º no hacer distinciones en la protección legal, lo que queda de manifiesto en la frase “en general” y que incluye, a modo de ejemplificación, la protección antes (desde la concepción) y después del nacimiento (frase 2ª, segunda parte). Adicionalmente, la tercera frase se entiende como la aceptación de casos en que los Estados pueden exceptuar responsabilidad penal, ya sea por medio de causales de justificación como en la legítima defensa o de exculpación como el estado de necesidad, sea que se utilice una técnica legislativa en las normas generales o especiales del derecho penal.

Los Estados miembros tienen la obligación de proteger este derecho por medio de la legislación doméstica, pero dichas leyes no podrían disminuir o debilitar la protección entregada por la misma Convención Americana. Cada Estado tiene cierto margen, desde esa perspectiva, para definir los mecanismos más eficientes para la protección y menos intensos en la limitación de derechos de los ciudadanos, como también ciertos aspectos procesales de la protección del derecho a la vida, como la legitimación para solicitar la investigación de los crímenes contra estos derechos, los estándares probatorios así como las penas aplicables a los violadores de tales derechos. Estas regulaciones no pueden, sin embargo,

²⁸ Para mayor profundidad véase PAUL, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en: Revista Ius et Praxis, año 18, N° 1, 2012.

configurar un estatuto mermado relativo al derecho establecido en el tratado internacional.

Respecto de la protección del derecho a la vida del que está por nacer, la legislación podría variar entre los diferentes países, en tanto las modalidades de ataque que merezcan o necesiten de intervención estatal pueden ser diversas, así como los modelos y las técnicas legislativas más adecuadas pueden resultar diferentes de país en país, aunque es evidente que esta abarca la protección civil, administrativa y penal. Así, por ejemplo, en aquellos países en que el aborto clandestino muestra altos niveles de mortalidad materna, una opción ha sido algunas manifestaciones del modelo de asesoramiento que, si bien mantiene la ilegalidad y prohibición del aborto, parte de la protección penal es sustituida por un asesoramiento especializado destinado a evitar el delito y el riesgo de este para la vida de la madre; sin embargo, para un país con baja mortalidad materna dicho modelo puede configurar una merma en el estatuto de protección de la criatura. Un modelo diferente, y clásico, es el actual modelo chileno que penaliza el aborto directo, pero permite el acto médico tendiente a salvar a la madre que pudiera tener como consecuencia indirecta la muerte de la criatura (Art. 119 Código Sanitario). Este modelo contempla, adicionalmente, normas introducidas en la parte general del Código Penal que, de manera amplia, permitirían excepcionar la sanción penal, por considerar, por ejemplo, alguna circunstancia de “inexigibilidad de otra conducta” que excluye la culpabilidad (ej, Art. 10 N° 11 del CP), sin afectar el injusto penal. Dichas alternativas no legitiman un supuesto derecho al aborto ni buscan relativizar el estatuto jurídico del no nacido²⁹, pero establecen excepciones a la punibilidad. Por el contrario, mermarían el estatuto jurídico del nonato sistemas o modelos de plazos, en los que se desconoce el estatuto del embrión y la protección de los derechos se otorga de forma gradual de acuerdo con el grado de evolución del no nacido, asociándolo por tanto a facultades cognitivas o sensitivas y no al hecho de ser un ser humano como establece el artículo 1.2 de la Convención. También negarían el estatuto jurídico del no nacido los sistemas de indicaciones basados en la autonomía de la madre, como aquellos que establecen la legalidad del aborto en caso de violación de la madre o de inviabilidad del feto, ya que estos presuponen la despersonalización de la criatura.

Esta interpretación del derecho a la vida se encontraría en conformidad con otras normas reconocidas en instrumentos internacionales de derechos humanos. Un ejemplo es el artículo 4.5 de la Convención Americana, que prohíbe la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez. Otro ejemplo es la Declaración sobre los Derechos del Niño, que reconoce que el niño “necesita de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección

²⁹ Sin embargo, estos tipos de regulaciones a veces se han desvirtuado en la práctica y han servido como un peldaño para la legitimación del aborto y la relativización del estatuto jurídico del no nacido.

legal, tanto antes como después del nacimiento”. También es relevante citar el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, en el que se reafirma el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y el compromiso de los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Esta visión se opone a una protección gradual de los derechos basada en el desarrollo progresivo del ser humano o condicionada a ciertas habilidades cognitivas o sensoriales.

2. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 4.1

Contra la interpretación del artículo 4 recién presentada se suele oponer una interpretación restrictiva que indica que en la segunda frase del artículo 4.1 se configura un estatuto especial y diferenciado del no nacido, el que no estaría incluido en la primera frase (“toda persona...”)³⁰. Desde este punto de vista se considera que la expresión “en general” se incluyó en la redacción de la Convención con el objeto de autorizar el aborto en los Estados miembros. La Corte Interamericana va incluso más lejos al señalar en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* que la expresión “en general” es sinónimo de “excepcionalmente”.

Sin perjuicio que el estudio del establecimiento del tratado no puede aislarse de la interpretación sistemática, recurrir a los trabajos preparatorios de la Convención puede servir para reforzar el sentido de la Convención o aclararse un texto ambiguo o poco claro³¹, tarea que se realizará a continuación.

Las frases “en general” y “a partir del momento de la concepción” tienen contenidos diferenciados, ya que, por su contenido meramente operativo, no señalan “declarativamente” nada que no haya estado presente en el sistema de reconocimiento de derechos y establecimiento de deberes (Arts. 1.1., 1.2. y Art. 3). En efecto, el concepto “en general” recibe, a lo largo del desarrollo de las discusiones para acordar un texto común, dos interpretaciones, ninguna de ellas conduce al desconocimiento de la calidad de persona titular de derechos al nonato: 1º como concepto

³⁰ Un ejemplo de una interpretación asistemática y errónea puede observarse en MEDINA, p. 75. “El feto, por el contrario, tiene en la Convención Americana una situación particular. De partida, si hubiera sido considerado persona y, como consecuencia de ello, titular de los derechos establecidos convencionalmente, como el resto de los seres humanos, no habría sido necesario hacer la mención que existe en el artículo 4.1 de la Convención”; un ejemplo importante de la distorsión de la historia del establecimiento del artículo 4.1. de la Convención lo representa el voto de Mayoría en Comisión IDH, Caso N° 2141 *Commonwealth vs. Dr. Kenneth Edelin* (“Baby Boy”), 1981, considerando 21 y ss. Lo anterior se comprueba con la sola revisión y contrastación de los textos y la presente resolución; dicha manipulación histórica es repetida, ahora indirectamente sobre la base de citas a la resolución de la Comisión, por el fallo de la Corte Interamericana caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, pp. 53 y ss.

³¹ PAUL, “Estatus...”, p. 75.

que da cuenta de la falta de necesidad de ejemplificar mayor cantidad de condiciones de seres humanos que puedan ser valoradas como “infra-humanas” (enfermedades terminales, mentales, precariedad, etc.), y, por lo mismo, pretende acentuar el carácter “general” a todos los individuos de la protección y; 2º Como el reconocimiento que, en algunos casos calificados, los Estados pueden renunciar a la pena, como ya lo hace, por ejemplo, en relación con el estado de necesidad justificante o exculpante en relación con la responsabilidad penal.

En efecto, el artículo 4.1 de la Convención es consecuencia de largas discusiones que tuvieron como trabajos preparatorios, al menos, tres proyectos desarrollados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA):

El Primer Proyecto fue desarrollado por un grupo de trabajo “sobre Derechos del Hombre” creado por la Comisión Sexta de la Novena Conferencia Internacional Americana el 17 de abril de 1948 en Bogotá, Colombia (Resolución XXI). Este grupo de Trabajo tuvo como antecedentes previos el proyecto de “Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre” formulado por el Comité Jurídico Latinoamericano de Río de Janeiro, Brasil, de 1947; el Proyecto de Declaración Internacional sobre Derechos Humanos formulado por la Comisión de Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas (2ª sesión), Ginebra, 1947; las enmiendas y consideraciones al proyecto de Declaración del Comité Jurídico de Río de Janeiro sometido a consideración de la Novena Conferencia Internacional Americana por un grupo de países. Como consecuencia de aquel trabajo, según informa el Relator del Grupo de trabajo Guy Pérez Cisneros, se propuso el siguiente texto:

*Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad y a la integridad de su persona*³².

Según consta en el informe final del Relator de la Sexta Comisión (Documento CB-445/C. VI-36, p. 513), en relación con la técnica normativa utilizada:

Asimismo se dispuso redactarlos (los derechos y deberes) en su mera esencia, sin enumeraciones- ejemplares o taxativas, que llevan consigo el riesgo de la difusión inútil y de la confusión peligrosa de sus límites.

Lo anterior se explica como una reacción del grupo de trabajo –como bien lo expresa Luis Demetrio Tinoco Castro en su voto de minoría en el conocido caso *Commonwealth vs. Dr. Kenneth Edelin* (“Baby Boy”)³³–

³² Actas y Documentos de la Novena Conferencia Internacional Americana, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá, 1953, Vol. V, Doc. CB-310/CIN-41, pp. 474 y ss. (Se puede descargar en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29661.pdf>)

³³ COMISIÓN IDH, Caso N° 2141 *Commonwealth vs. Dr. Kenneth Edelin* (“Baby Boy”), 1981.

frente a la redacción del Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre presentado por el Comité Jurídico Interamericano (Documento CB-7, pp. 449 y ss.) el 8 de diciembre de 1947 y que utilizaba casos ejemplificadores:

Artículo 1. Derecho a la vida.

Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive (a) los que están por nacer, así como también (a) los incurables, dementes y débiles mentales.

Los textos sometidos formalmente a discusión se basaron precisamente en esta técnica legislativa que utilizará solo excepcionalmente casos ejemplificadores y solo si, con aquello, está aclarando o acentuando un caso de especial discriminación en el reconocimiento. Lo anterior explica que en los textos que sirvieron de modelo al posterior artículo 4.1. de la Convención solo aclararán y ejemplificarán el caso del no nacido, desde el momento de la concepción (aclarando la extensión del derecho) y que, en los últimos proyectos, se incluyera la frase “en general”.

En efecto, el segundo de los proyectos (en adelante Proyecto del Consejo) lo constituye el proyecto de Convención encargado al Consejo Latinoamericano de Jurisconsultos por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA (resolución VIII), celebrada en Santiago de Chile en 1959³⁴. Este segundo proyecto, en lo relativo al derecho a la vida, proponía en su Informe de septiembre de 1959 (IV Reunión del Consejo, Resolución XX):

Artículo 2.

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente³⁵.

Finalmente, el tercero de los proyectos, y definitivo, fue encargado al Consejo de la OEA durante la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de noviembre de 1965 en Río de Janeiro, Brasil, que tenía por objeto avanzar en la discusión e inmovilización en que había quedado el proyecto de 1959 (considerando la no realización de la Conferencia

³⁴ Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile 12 a 18 de agosto de 1959, Acta Final, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 1960, páginas 10/11; Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968-Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973; Comisión IDH, Caso N° 2141 *Commonwealth vs. Dr. Kenneth Edelin* (“Baby Boy”), 1981, considerando 21. Dicho consejo, que ya había sido convocado, se reunió inmediatamente. Como consta en el Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968-OEA, Washington, D.C. de 1973, el proyecto del consejo de jurisconsultos no fue aprobado sino en la Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en noviembre de 1965.

³⁵ Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968-Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, p. 67 y p. 236.

Interamericana de Quito). La resolución XXIV de la Conferencia extraordinaria de Río de Janeiro encargaba a dicho Consejo, con la cooperación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁶, introducir al Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1959 las enmiendas que estimara necesario. Adicionalmente, este proyecto final sería sometido a la consideración de los Estados, para la formulación de objeciones o enmiendas. Dicho Consejo tuvo a su vez dos proyectos adicionales a la vista: uno de Chile (documento 35) y otro de Uruguay (documento 49)³⁷ que, en lo relativo al tema del derecho a la vida –el de Chile (Art. 4) y Uruguay (Art. 2)– coincidían y repetían el artículo 2 del proyecto del Consejo:

“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley *a partir del momento de la concepción*. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

El Consejo de la OEA aprobó en la sesión de 7 de junio de 1967 el proyecto de resolución acerca de la materia sometida por la Comisión de Asuntos Jurídico-Políticos³⁸. Antes el Consejo, sin embargo, solicitó un dictamen a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el que fue entregado en dos partes³⁹. En su primera parte de fecha 4 de noviembre de 1966 el Dictamen de la Comisión se refería a los artículos 1 al 19 del proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1959, y proponía la siguiente redacción, la que agregaba la cláusula “en general, ...” :

Artículo 2

1. Todo ser humano 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 podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

La comisión preparó, con el objetivo de facilitar su trabajo, el documento que lleva el nombre de “Estudio comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos” (OEA/Ser.L/V /11.19/doc.18). En dicho documento el relator Sr. Carlos A. Dunshee de Abranches , expresa lo siguiente:

³⁶ La Comisión había sido creada por la Resolución VIII durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA de 1959 en Chile.

³⁷ Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968-Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, p. 68 (Resolución XXIV); 73-93. Un completo relato respecto de la historia de la Convención en: GROS ESPIELL, Héctor, La Convención Americana y Europea de Derechos Humanos, Análisis Comparativo, Editorial Jurídica, 1991, Santiago de Chile, p. 55.

³⁸ Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968-Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, pp. 170 y ss.

³⁹ La Comisión presentó el informe en dos partes: primera parte, presentado al Consejo el 4 de noviembre de 1966, y segunda parte, presentada el 10 de abril de 1967.

52. Derecho a la vida (artículo 6 del Pacto). Existen diferencias importantes, como se verá adelante.

a. El Proyecto y las Enmiendas disponen que este derecho debe ser protegido por la ley “desde el momento de la concepción” (artículo 2, numeral 1). Tal agregado no está contemplado en el Pacto, para evitar conflicto con la legislación de muchos Estados que permiten el aborto en diferentes casos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos trató de suavizar el rigor del principio consagrado en el Proyecto y por esto propuso intercalar las palabras “en general”, pero el relator quedó vencido por considerar preferible dejar abierta la cuestión, como hicieron el Pacto y la Convención Europea (artículo 2). Así, si prevalece en la futura Convención el texto del Pacto no habrá posibilidad de conflicto.

Como consecuencia de los estudios presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la viabilidad de un proyecto de Convención y de una Corte Interamericana, el Consejo de la OEA encargó la elaboración del “proyecto revisado” previsto en el párrafo 2 de la resolución XXIV, y que podía ser sometido a los gobiernos de los Estados Miembros de la Organización para que formulen las observaciones y enmiendas que estimen pertinentes para los efectos de la convocación de la Conferencia Especializada. El Consejo de la OEA, el 12 de junio de 1968, por intermedio de su Comisión de Asuntos Jurídico-Políticos, estudió el dictamen de la Comisión Interamericana. El informe presentado por la comisión de asuntos jurídicos al Consejo, en lo relativo al derecho a la vida, es el siguiente:

Con respecto a este artículo se propuso:

1. Eliminar, en el párrafo 1º, los términos ... “y, en general, a partir del momento de la concepción”. La eliminación de estos términos había sido recomendada por el relator a fin de evitar toda posibilidad de conflictos con el párrafo 1.º del artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que solamente consagra en forma general el mismo derecho.

La Comisión estimó que por razones de principio era fundamental consagrar la protección del derecho a la vida en la forma como lo había recomendado al Consejo de la Organización de los Estados Americanos en su dictamen (primera parte). En consecuencia, acordó mantener sin modificaciones el texto del párrafo 1.º.

El proyecto formulado y presentado finalmente a consideración final de los Estados durante la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, llevada a cabo del 7 al 22 de noviembre de 1969, sin embargo, mantuvo aquella cláusula, en los siguientes términos:

Artículo 3

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 podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Sometida la propuesta a la opinión de los Estados, el 10 de noviembre de 1969 el gobierno de Brasil presentó un documento denominado “Observaciones y Enmiendas al proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el gobierno del Brasil”. Dicho documento, en lo relativo al artículo 3.1. proponía la eliminación de la cláusula “en general, a partir del momento de la concepción”, y lo justificaba de la siguiente forma:

Justificación: En Brasil, el Código Civil protege los derechos de la criatura en gestación desde la concepción (Art. 4º) y el Código Penal reprime la provocación injustificada del aborto, pero faculta su práctica en los casos de estupro o de no haber otro medio de salvar la vida de la gestante (Art. 128).

El párrafo 1 del Artículo 3 del proyecto dispone que el derecho a la vida debe ser protegido por la ley “en general desde el momento de la concepción”. Esta cláusula final es vaga y por eso no tendrá eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto. Dicha cláusula podrá, por lo tanto, provocar dudas que dificulten no solo la aceptación de este artículo, como su aplicación, si prevaleciera la redacción actual. Mejor será así que sea eliminada la cláusula “en general desde el momento de la concepción”, pues es materia que debe ser dejada a la legislación de cada país (el destacado es nuestro).

Se trata, por lo tanto, de una especie de reserva –no ratificada con posterioridad– cuyo alcance es la solución de ciertas tensiones entre el derecho a la vida y otros intereses que en Brasil se habían resuelto con la despenalización del aborto y no, como se ha querido sostener, como una reserva destinada a desvirtuar o rechazar el estatus *personae* del nonato como fundamento para la legalización del mismo.

Luego, en el Acta de la Segunda Sesión de la (Sub)comisión especializada interamericana sobre derechos humanos, durante la Conferencia especializada, de 10 de noviembre de 1969, se discutió la propuesta del artículo y, en especial, la propuesta de Brasil. En esta, el representante de Venezuela, entendiéndolo que la propuesta de Brasil podía afectar el reconocimiento de derecho (y no solo tratarse de excepciones a la penalización), le reprocha de manera intensa la utilización de las normas internas para decidir sobre el reconocimiento de derechos. Asimismo, el representante de Ecuador, seguido por Chile, estimaba que era necesario eliminarse la frase “en general”, dejando la protección en términos más absolutos y claros. Dicha discusión se da en los siguientes términos:

“EL DELEGADO DEL ECUADOR (Sr. Juan Isaac Lovato) estima que la frase “y en general” debería suprimirse.

El DELEGADO DE CHILE (Sr. Mario Artaza) se pronuncia por el texto actual del artículo 3 del proyecto.

El DELEGADO DE EL SALVADOR (Sr. Manuel Castro A.) manifiesta su criterio favorable a la propuesta del Delegado de Colombia.

EL DELEGADO DEL URUGUAY (Sr. Julio César Lupinacci) señala que no es necesario recalcar el concepto de inherente respecto al derecho a la vida, tal como sugiere el Delegado de Colombia.

El DELEGADO DE PANAMÁ (Sr. Narciso E. Garay) manifiesta su apoyo a la Delegación uruguaya.

El DELEGADO DE ESTADOS UNIDOS (Sr. Richard D. Kearney) expone que las observaciones de su país sugieren que se acomode dicho texto con el Artículo 6, párrafo 1, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Agrega que está dispuesto a respaldar la posición de Colombia y el Brasil.

El DELEGADO DEL BRASIL (Sr. Carlos Alberto Dunshe de Abranches) expresa que la Conferencia no debe seguir de una manera servil el texto del Pacto de las Naciones Unidas.

El PRESIDENTE (Sr. Gonzalo García Bustillos) indica que el carácter de Delegado de su país, Venezuela, estima que en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones y que juzga inaceptable una Convención que no consagre dicho principio.

El DELEGADO DE GUATEMALA (Sr. Luis Aycinena S.) sugiere que se omita la cláusula sobre la privación de la vida en forma arbitraria.

El PRESIDENTE, una vez que han sido expuesto ampliamente los criterios anteriores, da por agotada la discusión y somete a votación el inciso 1 del Artículo 3 del Proyecto, el cual es aprobado sin modificaciones”.

Luego de esta sesión, solo hay constancia de alguna referencia al presente artículo de la solicitud de las Delegaciones del Brasil y Estados Unidos de que quedara constancia en Acta de la Segunda Sesión Plenaria de 20 de noviembre de 1969, de la siguiente declaración, en inglés:

The United States and Brazil interpret the language of paragraph 1 of Article 4 as preserving to State Parties discretion with respect to the content of legislation in the light of their own social development, experience and similar factors.

Esta declaración interpretativa, sin embargo, difícilmente puede tener un efecto general, no solo porque es expresada solo por dos de los Estados, sino también porque, en la actualidad, Estados Unidos no se ha hecho parte del Pacto y Brasil no ratificó dicha declaración al hacerse miembro de la convención.

La revisión anteriormente expuesta da cuenta de distintas cuestiones relevantes:

- i. El estatuto de persona y el derecho a la vida no se encuentran definidos desde una concepción instrumental: esto es, no se definen desde su posibilidad de ser o no objetos de ponderación, sino por la condición de ser humano (Art. 1.2.) del individuo titular de aquel derecho. En efecto, el estatuto del no nacido es consecuencia de la vinculación coherente entre los artículo 1.2. (Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano) y el 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.).

- ii. Solo Brasil y Estados Unidos realizaron expresamente objeciones al texto, de acuerdo con sus propias interpretaciones del mismo. Chile, por su parte, siempre interpretó y accedió a una redacción que abarcara la personalidad y el derecho “desde la concepción”. Se trata de la adopción soberana de un modelo concreto de reconocimiento y titularidad de derechos subjetivos humanos.
- iii. Nunca estuvo en mente de los países firmantes extraer al no nacido del estatuto de persona y titularidad de derechos, ni tampoco establecer la protección del no nacido en términos de protección de su madre.
- iv. La incorporación de la frase “en general”, en consecuencia, constituye una acentuación política de la decisión de comprender en dicho *status personae* a todos los seres humanos (vinculada con el Art. 1.2), sin necesidad de incorporar casos ejemplificadores como lo hacía el Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre presentado por el Comité Jurídico Interamericano (Documento CB-7, pp. 449 y ss.).
- v. Si la frase “en general” del artículo 4.1. es interpretada, en el sentido expuesto por Brasil, esto es –según entienden estos informantes–, como la posibilidad de compatibilizar decisiones internas justificantes o exculpantes de la punibilidad del aborto, sin embargo, aquello no exime de la exigencia de reconocimiento del *status personae* del nonato y de la necesidad de fundamentaciones materiales para aquellos casos en que se pretenda incorporar una excepción de la punibilidad. Dichas fundamentaciones materiales normalmente son consecuencia de ponderación de intereses, de bienes o males u otras que, sin embargo, nada tienen que ver con la determinación del “estatuto de persona” del no nacido. La necesidad o falta de necesidad de pena solo constituye una discusión de política criminal (legal) y no constitucional, que puede concluir en la sustitución de la amenaza penal por otra más eficiente, pero jamás con el desconocimiento o disminución del estatuto de protección de nonato.
- vi. Debe considerarse seriamente la advertencia formulada por Brasil en el sentido que la redacción del presente artículo corre el alto riesgo de ser “malinterpretada”, de manera tal que los Estados “incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto”. Lo anterior da cuenta que, incluso uno de los dos países que hicieron reserva respecto del tema, ha entendido la diferencia entre estatuto de persona, el reconocimiento del derecho, el estándar de protección y su regulación penal.
- vii. Adicionalmente, y para efecto de la regulación de la colisión de este derecho con otros intereses y derechos, no es legítimo desconocer el “estatuto de persona”.
- viii. De acuerdo con lo razonado, no puede aceptarse la interpretación desarrollada por el Dr. Andrés Aguilar M. en el llamado caso “Baby Boy”, en que no solo se interpreta el precepto de manera restrictiva,

sino que “contra texto”, al señalar que este derecho es una “transacción que si bien obviamente protege la vida desde el momento del nacimiento deja a cada Estado la facultad de resolver en su derecho interno si la vida comienza y merece protección desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento”.

- viii. Tampoco puede aceptarse la interpretación equivocada, tanto desde la perspectiva histórica (como latamente se ha demostrado aquí) como sistemática, desarrollada por la Corte Interamericana en el llamado caso *Murillo Artavia v. Costa Rica*. El estatuto de persona depende –por el reconocimiento de su dignidad humana– de la naturaleza racional de ser humano, y no de otras cualidades o circunstancias accidentales como acomodar su estatus a la posibilidad de desarrollar en torno a él ponderaciones.

III. CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO A LA VIDA

A las consideraciones anteriores respecto del *status personae* del no nacido queremos agregar algunas consideraciones respecto del carácter absoluto del derecho a la vida en la Convención Americana de Derechos Humanos. En la discusión respecto de la protección del derecho a la vida desde la concepción se ha señalado que “el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”⁴⁰. La negación del carácter absoluto del derecho a la vida no deja de ser controversial, ya que parece contradecir la interpretación extensiva del derecho a la vida realizada en el mismo sistema interamericano de derechos humanos. Este debilitamiento de la protección del derecho a la vida podría abrir la puerta para el debilitamiento del sistema de protección de derechos humanos en general. A continuación profundizaremos en estos problemas, concluyendo que una eficiente y enérgica protección de los derechos humanos debe ir en otra dirección.

Se consideran *derechos absolutos* aquellos derechos que no pueden estar sujetos a derogaciones, suspensiones o excepciones de ningún tipo y cuya violación no puede estar nunca justificada⁴¹. De esta categoría se excluyen, por tanto, los derechos que son reconocidos por normas que contienen cláusulas de limitación. Claros ejemplos de estos últimos son la libertad de expresión o el derecho a reunión, ya que su ejercicio es susceptible de la limitación basada en la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, entre otros⁴².

⁴⁰ CORTE IDH, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, 2012, párr. 258.

⁴¹ GEWIRTH, Alan, “Are there any absolute rights?” en: *The Philosophical Quarterly* 122 (1981) p. 2.

⁴² Artículo 13 (libertad de pensamiento y expresión); artículo 15 (derecho de reunión) Convención Americana de Derechos Humanos.

La doctrina respecto de las normas de *ius cogens* también ayuda a clarificar cuáles son los derechos que deberían considerarse absolutos. El artículo 53 de la Convención de Viena acerca del derecho de los tratados define como norma imperativa de derecho internacional o norma de *ius cogens* la “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Muy pocas normas han sido reconocidas dentro de esta categoría. Dentro de ellas encontramos algunas normas relacionadas con derechos humanos, como las que incluyen la prohibición de tortura, ejecuciones extrajudiciales, esclavitud, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra⁴³.

De acuerdo con la definición de derechos absolutos dada por la doctrina y a lo establecido respecto de las normas imperativas de derecho internacional, el derecho a la vida y la prohibición de tortura y esclavitud reconocida por los tratados internacionales de derechos humanos tiene el estatus especial de derecho absoluto, extrayéndolos de la discrecionalidad estatal toda vez que no se reconoce la facultad de suspenderlos, modificarlos o establecer excepciones respecto de ellos. Sin perjuicio de ello, cada Estado tiene cierto margen para definir los aspectos procesales y penales de la protección de dichos derechos. Estas regulaciones no pueden, reiteramos, dejar sin efecto las prohibiciones antes mencionadas.

El sistema interamericano de derechos humanos ha seguido esta línea exigiendo una sólida protección del derecho a la vida. La Convención Americana reconoce el derecho a la vida como un derecho no sujeto a excepciones en el artículo 4. Esta norma hay que vincularla y complementarla con el artículo 27.2 de la Convención, el que confirma lo dicho anteriormente, en el sentido de que prohíbe la suspensión de ese derecho incluso en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia.

La Corte Interamericana también ha dado una sólida y especial protección al derecho a la vida al establecer las obligaciones de los Estados en esta materia. Primero, ha señalado que el derecho a la vida es fundamental porque su goce es esencial para el disfrute de todos los otros derechos humanos⁴⁴. Como establece en *Villagrán Morales y otros contra Guatemala*, “de no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”⁴⁵. Por lo demás, la Corte ha indicado que el derecho a la vida envuelve no solo la obligación negativa del Estado de no privar arbitrariamente de la vida a todo ser humano, sino también

⁴³ Vienna Convention on the Law of the Treaties: A Commentary, Dörr & Schmalenback, 2012, pp. 937-938.

⁴⁴ CORTE IDH, “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*), 1999, párr. 144; CORTE IDH, *Vera Vera vs. Ecuador*, 2011, párr. 39.

⁴⁵ CORTE IDH, “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*), 1999, párr. 144.

las obligaciones positivas de tomar todas las medidas adecuadas para asegurar el derecho a la vida⁴⁶. Estas medidas incluyen la obligación de investigar, juzgar y castigar las privaciones a la vida evitando la impunidad y la obligación de prevenir ejecuciones arbitrarias⁴⁷.

Respecto de las obligaciones positivas, la Corte ha ido aún más lejos exigiendo que los Estados garanticen, como parte de sus obligaciones concernientes al derecho a la vida, el acceso a las condiciones que aseguren una existencia digna⁴⁸. Los Estados tendrían la obligación de generar condiciones mínimas de subsistencia que sean compatibles con la dignidad de la persona humana y la obligación de no crear condiciones que impiden o atentan contra dicha dignidad⁴⁹. Entre las condiciones necesarias para una vida digna se incluyen el acceso efectivo a servicios de salud, alimentación, agua limpia, educación, vivienda, etcétera⁵⁰.

La Corte Interamericana también exige a los Estados atender la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas. En el caso de las comunidades indígenas, la Corte considera fundamental atender al proyecto de vida de dichas comunidades y a su forma de vida diferente⁵¹. Tratándose de menores de edad, la Corte subraya que el respeto al derecho a la vida presenta modalidades especiales que se desprenden de las normas relativas a derechos de los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. En concreto, el Estado en su condición de garante tiene la responsabilidad de prevenir situaciones que pudieran conducir a la afectación del derecho a la vida, obligación que se acentúa en casos de niños que se encuentren bajo custodia del Estado o en otros centros de reclusión. Por ejemplo, en *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, la Corte criticó al Estado por no haber tomado las prevenciones suficientes para evitar incendios en el centro de reclusión de menores y no haber implementado todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia, como alarmas, extintores de incendio y capacitación de los guardias respecto de cómo responder en caso de emergencias. Dichas negligencias hicieron responsable al Estado de Paraguay de una violación al derecho a la vida establecido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, leído a la luz del artículo 19, el que establece los derechos de los niños⁵².

Sin que constituya un tratamiento exhaustivo de la protección del derecho a la vida en el sistema interamericano, las sentencias citadas

⁴⁶ CORTE IDH, "Niños de la calle" (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*), 1999, párr. 144; CORTE IDH, *Vera Vera vs. Ecuador*, 2011, párr.39; González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009, párr. 245, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, 2010, párr. 187.

⁴⁷ CORTE IDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 2003, párr. 153.

⁴⁸ CORTE IDH, "Niños de la calle" (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*), 1999, párr. 144;

⁴⁹ CORTE IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 162.

⁵⁰ CORTE IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 163.

⁵¹ CORTE IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 163.

⁵² CORTE IDH, *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, 2004, párr. 177-184.

muestran cómo la Corte Interamericana tiende a dar una protección extensiva al derecho a la vida que va más allá de una mera obligación negativa de evitar ejecuciones extrajudiciales por parte del Estado. Esta protección especial a este derecho incluye obligaciones positivas y toma en consideración la situación de vulnerabilidad de niños y comunidades indígenas. Los Estados miembros podrían, siguiendo la línea de la protección extensiva dada al derecho a la vida, dar una mayor protección dentro de su territorio al derecho a la vida. Resulta extraño, por tanto, que la Corte sostenga en *Artavia Murillo vs. Costa Rica* que la expresión del artículo 4.1 de la Convención *en general, a partir del momento de la concepción* signifique *excepcionalmente*, ya que cuando se trata del derecho a la vida la misma Corte ha dado siempre un tratamiento preferencial, incluyendo dentro del ámbito de protección del artículo 4, a las condiciones necesarias para una vida digna. La decisión en *Artavia Murillo* parece alejarse de esta protección preferencial, lo que podría llevar a un debilitamiento de la protección del derecho a la vida en otros casos, menoscabando la protección de los derechos humanos en la región. Aceptar posibles excepciones al derecho a la vida parece especialmente peligroso en una región en que gran porcentaje de los casos que llegan al sistema regional de derechos humanos sigue envolviendo violaciones al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. También parece especialmente peligroso en una época en que a nivel internacional se ha debilitado el consenso acerca de la absoluta prohibición de la tortura debido a prácticas de este tipo en el contexto de la lucha contra el terrorismo.

IV. CONCLUSIONES

El derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución chilena (en el artículo 5.2) reconocen que los derechos humanos son anteriores al Estado y que no surgen de la calidad de ser connacional u otra consideración accidental, sino que emanan de la naturaleza humana. Todo ser humano es reconocido como titular de esos derechos, sin que dicha protección pueda ser condicionada a características o cualidades especiales de los titulares. Las interpretaciones sistemática e histórica del artículo 4.1 llevan a concluir que tesis como las de Medina, Bascuñán o la de la Corte Interamericana en *Artavia Murillo*, que tienen como presupuesto la pérdida del estatus de persona o titular de derechos fundamentales del nonato, así como una merma en el estándar de protección, deben ser rechazadas. En especial, porque por una parte abandonan la idea fundamental de que el valor que desde la dignidad humana se le reconoce a cada individuo de la especie está radicado en cualidades esenciales de su naturaleza racional y no meramente accidentales como estas proponen. Adicionalmente, esto debe concordarse con la especial

protección otorgada al derecho a la vida en el sistema interamericano por medio de su jurisprudencia.

Por tanto, si bien el margen que los Estados poseen para evaluar los medios para proteger el derecho a la vida mediante la ley en un sentido maximizador les permite entregar una protección más sólida que la del derecho internacional, lo cierto es que no les autoriza para desconocer el estatus jurídico del no nacido.

EL ESTADO ACTUAL DEL ABORTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y ALGUNAS AFIRMACIONES ERRADAS DEL PROYECTO DE LEY CHILENO

ÁLVARO PAÚL DÍAZ¹

*Doctor en Derecho por Trinity College Dublin
Profesor de Derecho Internacional y de Derechos Humanos
Pontificia Universidad Católica de Chile*

INTRODUCCIÓN

Quienes buscan despenalizar el aborto en Chile suelen afirmar que nuestro país estaría faltando a sus obligaciones internacionales al prohibir el aborto en toda circunstancia². Algo similar ocurre con la sección de antecedentes del proyecto de ley que busca aprobar el aborto, proyecto que fue iniciado por mensaje de la Presidenta, presentado el 31 de enero de 2015 (en adelante “Mensaje”)³. Entre sus afirmaciones el Mensaje señala que “[d]e conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos la denegación de la interrupción del embarazo, en determinadas circunstancias, puede constituir vulneración a derechos fundamentales”⁴. Asimismo, se afirma que el Estado no puede mantener la situación actual, según “se le ha representado por los organismos internacionales de Derechos Humanos”.

¹ Abogado, licenciado en ciencias jurídicas por la U. de los Andes, magíster en Derecho por la U. de Oxford, y doctor en Derecho por *Trinity College Dublin*. El autor ha sido visitante o pasante en la Comisión y Corte Interamericanas de DD.HH., así como en el Tribunal Europeo de DD.HH. Una versión preliminar de este capítulo fue entregada para su publicación en la memoria de las Jornadas de Derecho Público de 2014, llevadas a cabo en la Pontificia Universidad Católica de Chile. El autor agradece las ideas aportadas por Tomás Henríquez. Correo electrónico: alvaro.paul@uc.cl.

² V.gr., CASAS BECERRA (2013), pp. 407 y 415; Universidad Diego Portales (2013), pp. 69-120.

³ “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales”. Mensaje N° 1230-362.

⁴ Mensaje N° 1230-362, p. 11.

Es por lo anterior que este capítulo busca analizar si tales afirmaciones son acertadas. Para hacerlo, se referirá primero a la situación jurídica internacional en materia de aborto y, luego, a la jurisprudencia interamericana. Antes de dar comienzo a esta revisión, es necesario aclarar una premisa respecto de la que se construye este análisis, pues ella determinará sus conclusiones. Este trabajo se basa en la importante distinción entre normas vinculantes e instrumentos no vinculantes. El autor está consciente de que algunos conciben el Derecho internacional como una suerte de proceso de creación de normas, más que como un conjunto estático y formal de las mismas. Más aún, el autor comparte la noción de que el Derecho internacional está en constante transformación. Sin embargo, considera que una disposición, durante el tiempo en el que se encuentra en el *iter* para convertirse en Derecho, no es Derecho. Ese sería el caso del *soft law*, que puede considerarse una crisálida de Derecho, pero no como Derecho propiamente tal. En ese sentido, si bien todo tipo de instrumentos –vinculantes y no vinculantes– pueden contribuir a la creación de una norma obligatoria de Derecho internacional, el *soft law* no obliga: solo vinculará la eventual norma que este haya contribuido a generar. Esto se afirma sin desmerecer la relevancia práctica que pueda tener el *soft law* en algunas materias técnicas o como elemento de presión política.

En efecto, los instrumentos no vinculantes no constituyen una obligación internacional, con independencia de la importancia que tenga el órgano que los emita. Ello, porque la mayor parte del Derecho internacional se explica por el principio de que los Estados son libres para obligarse o no⁵. Esta afirmación tiene importantes excepciones, por ejemplo, cuando existe una norma *ius cogens*, es decir, una norma internacional en contra de la que un Estado no podría pactar nada. Sin embargo, estas cuestiones son muy pocas y se discute cuáles son⁶. Lo único indiscutible es que la prohibición del aborto no viola ninguna norma de *ius cogens*. Esto último se nota, por ejemplo, en que tribunales internacionales respetados, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no han osado decir que los Estados están obligados a establecer normas acerca del aborto.⁷

⁵ Incluso algunos autores que consideran que “el derecho internacional es no formalista y voluntario”, y que el *soft law* “ha venido a erosionar en alguna medida el rol ‘clásico’ que han tenido los tratados y la costumbre internacional como fuentes principales del derecho internacional”, reconocen que es la “voluntad de los Estados la que determina el *quantum* de jurisdicción de los acuerdos que celebren”. GAUCHÉ MARCHETTI (2012) p. 116.

⁶ Está claro que las prohibiciones internacionales del genocidio, la piratería y la esclavitud son normas de *ius cogens*, pero no son muchas más las normas que caben dentro de esta categoría. Además, no es fácil que una norma alcance este rango, y es difícil probarlo.

⁷ Esto se observa en el caso *A, B y C vs. Irlanda*, donde el Tribunal Europeo de DD.HH. dispuso que la República de Irlanda era libre para decidir si prohibía o no el aborto (sin perjuicio de que la sentencia fue desfavorable a Irlanda). *A, B y C vs. Irlanda* (2010): Tribunal Europeo de DD.HH., Acción 25579/05, párrs. 237-241. Curiosamente algunos han afirmado que esta sentencia obliga a los Estados a contar con normas de aborto, cuestión que no es efectiva.

Es por lo anterior que este trabajo comenzará por analizar las fuentes del Derecho internacional reconocidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸, para ver si ellas establecen una obligación de permitir el aborto. Esta es una forma sistemática y nada original para analizar la existencia de una norma internacional.⁹ Al hacer esta revisión, analizaremos solamente los tratados y la costumbre, ya que los principios generales del Derecho tienen una naturaleza particular que los hace poco relevantes para nuestro trabajo¹⁰. Una vez revisados los tratados y costumbres relativas a la materia, se hará referencia a ciertos instrumentos no vinculantes que suelen ser usados para referirse a la supuesta obligación que tendría Chile de modificar su legislación en materia de aborto.

I. EL ABORTO A NIVEL DE TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados firmados y ratificados por Chile son la primera forma de norma vinculante que se analizará. De entre ellos, ninguno que vincule a Chile establece un derecho positivo al aborto. Más aún, el único tratado que exige legalizar el aborto es el Protocolo de Maputo, que funciona en el ámbito africano¹¹. Es por ello que quienes alegan una supuesta base convencional para afirmar la existencia de un derecho al aborto, hacen referencia a normas que resguardan otros derechos, como la integridad física y psíquica, el derecho a la libertad o a estar libre de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Lo interesante es que casi todos los derechos esgrimidos por los promotores del aborto suelen o pueden ser usados por los detractores del mismo¹².

⁸ Según la visión más generalmente aceptada, las fuentes del Derecho internacional estarían sistematizadas en este artículo. THIRLWAY (2006), p. 119. Tal norma (así como el artículo respectivo destinado a regir a la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional) busca ser aplicada solo por la Corte Internacional de Justicia, pero ha sido entendida por la doctrina como una enumeración autorizada –aunque perfectible– de las fuentes del Derecho internacional.

⁹ Por ejemplo, este método ha sido usado, en materia de aborto, en el estudio TOZZI (2010). La primera parte de nuestro estudio, al tratarse de este mismo tema, tiene varias similitudes con el estudio recién referido.

¹⁰ Tales principios son bastante generales, v.gr., el principio de la autoridad de la cosa juzgada, el que una sentencia no produce efectos para terceros, o que nadie puede disponer de lo que carece. Su generalidad no es lo único que los hace poco relevantes para este estudio. También lo son porque algunos autores consideran que no constituyen una fuente autónoma del Derecho, y porque se habría establecido como fuente solo en atención a la prohibición del *non liquet*. CASANOVAS y RODRIGO (2013), pp. 66-69.

¹¹ El nombre original del tratado es *Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y sobre los Derechos de las Mujeres en África*. Llama la atención que el único tratado que establece un derecho al aborto se encuentre en África, pues esta es la segunda región más protectora de los derechos del no nacido. UNITED NATIONS (2013). Ello puede deberse a la influencia europea y norteamericana mediante el condicionamiento de recursos a la modificación de ciertas políticas nacionales.

¹² V.gr. JOSEPH (2009), *passim*.

En cambio, sí hay tratados internacionales que protegen el derecho a la vida intrauterina. Entre estos se cuentan los que lo protegen de un modo implícito, al garantizar los derechos de un modo genérico, utilizando expresiones como “todo individuo o “todo ser humano”. Dentro de este grupo se encontrarían un par de instrumentos clásicos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, preferimos no hacer mayor referencia a este tipo de tratados, ya que hay algunas normas vinculantes para Chile que tienen una protección aún más clara y explícita del no nacido. Ellas son:

- a) El artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que dispone:

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

Esta norma muestra claramente que el no nacido tiene derecho a la vida y que dicha vida debe protegerse. Sin embargo, ella presenta dificultades interpretativas, pues no es fácil descubrir qué significa la expresión “en general”. Lo primero que debe notarse es que esta salvedad se hace a la *protección por ley* del derecho, no a la existencia del derecho mismo. En segundo lugar, debe señalarse que la interpretación de esta norma requiere de un análisis muy profundo. Tal desarrollo excede la finalidad de este trabajo, pero el autor ya hizo un análisis exhaustivo de este asunto en otro estudio¹³. La conclusión de dicho análisis fue que la interpretación que resulta más coherente con el texto de la CADH, así como con los trabajos preparatorios y otras vías de interpretación, es aquella que afirma que dicha expresión busca referirse al aborto que ocurre como consecuencia de la aplicación del principio del doble efecto¹⁴. En secciones posteriores de este capítulo se analizará lo que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de este artículo.

- b) La Convención de los Derechos del Niño dispone, por una parte, que niño es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (y que todo niño tiene derecho a la vida)¹⁵. Esa norma es bastante general, pero debiera ser interpretada a la luz de su preámbulo, que afirma que una persona es un niño antes y después de nacer. En efecto, dicho preámbulo dispone lo siguiente:

¹³ PAÚL DÍAZ (2012).

¹⁴ *Ibid.*, pp. 101-103

¹⁵ Arts. 1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

cada niño, por razón de su inmadurez física y mental, necesita especial protección y cuidado, incluyendo la apropiada protección legal, tanto antes como después del nacimiento¹⁶.

- c) Otras normas interesantes son aquellas que se contienen en tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la CADH, que establecen que no se aplicará la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez¹⁷. Estas disposiciones no buscan proteger “el cuerpo” de la mujer ni sus propios derechos, pues todos estos acaban con la aplicación de la pena de muerte. Estas normas buscan, claramente, proteger al no nacido.

El recuento precedente nos muestra que los tratados internacionales no obligan a legalizar el aborto y que, por el contrario, exigirían resguardar la vida intrauterina.

II. EL ABORTO A NIVEL DE COSTUMBRE INTERNACIONAL

La costumbre también es una fuente de obligaciones a nivel internacional. Como es sabido, para que exista una costumbre es necesario que se dé una práctica constante y uniforme de los Estados. Además, esta debe realizarse con *opinio juris*, es decir, con una convicción de que dicha práctica constituye una obligación jurídica internacional¹⁸. No es fácil definir cuándo existe una costumbre internacional. Sin embargo, no es difícil afirmar que ella no existe en materia de aborto. En efecto, por una parte, sería muy aventurado considerar que hay una práctica constante y uniforme de los Estados en materia de legalización del aborto¹⁹. Por otra, no sería posible sostener que tal regulación se realice basada en una *opinio juris*, pues no es fácil encontrar Estados que hayan modificado su legislación alegando una obligación a nivel internacio-

¹⁶ Esta norma fue obtenida de una norma idéntica del Preámbulo la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

¹⁷ Art. 6.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Art. 4.5 de la CADH.

¹⁸ PASTOR (2013), p. 69.

¹⁹ Por ejemplo, si bien se puede observar una cierta tendencia a la liberalización del aborto en ciertos Estados europeos, existen otros que van en la dirección opuesta, como Hungría, Rusia y Polonia. En los EE.UU., un país ícono en materia de aborto, la tendencia no es clara, ya que el precedente de *Roe vs. Wade* (1973) ha sido “aclorado” con casos como *Planned Parenthood vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) y *Gonzales vs. Carhart* (2007). Además, movidos por estos precedentes, muchos estados de EE.UU. han restringido la práctica de abortos. En el caso de los demás Estados de la OEA, el cambio en la normativa en materia de protección del no nacido no tiene una dirección absolutamente clara, ya que algunas se han vuelto más liberales, como en el caso de Colombia, el Distrito Federal de México o Uruguay (ver FORD (2010), pp. 119-127; C-355/06 (2006), y *Ley N° 18.987*), pero otras se han vuelto más protectoras, como ha sucedido en el caso de Nicaragua, El Salvador, Chile y la mayoría de los estados federados de México (ver Paúl (2012) pp. 80 y 81).

nal. Tanto es así, que incluso la Corte Constitucional de Colombia, al dejar sin efecto parte de su penalización del aborto, afirmó que “de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito”²⁰. Sí hay ejemplos contrarios, como lo sucedido en Uruguay el 2008, cuando el presidente Tabaré Vázquez Rosas afirmó que debía vetar un proyecto de ley que buscaba introducir el aborto hasta la duodécima semana de embarazo, por vulnerar obligaciones internacionales contraídas en la CADH y la Convención de los Derechos del Niño²¹.

Además, si de buscar una práctica internacional se tratara, podría tener más sustento el considerar que a nivel latinoamericano existe una de protección del no nacido, según se aprecia al revisar las constituciones, la legislación y jurisprudencia de los Estados de la región²². En efecto, un número muy significativo de Constituciones políticas de América –algunas recientes– protegen la vida desde el momento de la concepción²³. Asimismo, esta preocupación también puede observarse en la legislación de varios países cuyas Constituciones no hacen referencia explícita al momento de la concepción, pero que prohíben toda forma de aborto directo, como sucede en el caso de Chile, Honduras y Nicaragua²⁴.

Un capítulo acerca del Derecho internacional no necesita referirse al Derecho comparado. Sin embargo, atendido que estos temas están relacionados, y que el Mensaje se refiere a la legislación de otras naciones en más de una ocasión²⁵, parece conveniente hacer una muy breve referencia a dicha realidad. El Mensaje señala que Chile sería uno de los únicos cinco Estados que penalizan el aborto en toda situación, junto con El Vaticano, Nicaragua, El Salvador y Malta²⁶. Tal afirmación es errónea, pues no considera todos los países cuyas legislaciones afirman permitir el aborto para salvar la vida de la madre, pero que solo autorizan actos permitidos en Chile, es decir, aquellas acciones propias del arte médico que tienen, como consecuencia indirecta, no deseada, la muerte del no nacido, cuando no es posible salvar ambas vidas. Un país en esta situación sería, por ejemplo, Paraguay²⁷. En otras palabras, no serían solo seis o siete los países que se encuentran en la misma situación que Chile, sino

²⁰ C-355/06 (2006) p. 246.

²¹ Comunicación dirigida al señor presidente de la Asamblea General por la Presidencia de la República Oriental del Uruguay, 14 de noviembre de 2008.

²² En general, ver DE JESÚS y FRANCK (2014).

²³ PAÚL DÍAZ (2012), p. 72, nota al pie 41.

²⁴ *Ibid.*, p. 72, nota al pie 42 (véase también la nota al pie 43 de ese artículo).

²⁵ Mensaje N° 1230-362, pp. 2, 14 y 15.

²⁶ Mensaje N° 1230-362, p. 2.

²⁷ Su código penal establece que está “exento de responsabilidad cualquiera [de los enumerados en tal Código] que justificare haber causado el aborto indirectamente, con el propósito de salvar la vida de la mujer puesta en peligro por el embarazo o por el parto”. Art. 352, párrafo 3 del Código Penal de la República del Paraguay.

que, probablemente, algunas decenas. Lamentablemente no se ha hecho un estudio que diga cuántos, de entre los cerca de 60 países que permiten el aborto únicamente para salvar la vida de la mujer²⁸, lo permiten solo en circunstancias como Chile²⁹.

III. INSTRUMENTOS Y RECOMENDACIONES NO VINCULANTES

Las menciones del aborto a nivel internacional se realizan solo en instrumentos no vinculantes, de ellos algo se afirmó en la introducción de este trabajo. Son justamente estos documentos *no obligatorios* los que se usan para afirmar que Chile se encuentra *obligado* a permitir el aborto. Esa es la línea seguida por el Mensaje, que afirma que organismos de Naciones Unidas han hecho numerosas exhortaciones para que Chile enmiende su normativa en materia de aborto³⁰. Sin embargo, tales instrumentos no tienen más valor que el prestigio de quienes los aprueban y la mayor o menor solidez de su razonamiento³¹. En otras palabras, solo pueden ser invocados como un argumento de autoridad, cuya mayor o menor fuerza dependerá de la reputación que se le reconozca a sus autores. A continuación se pasa a revisar algunos de los instrumentos que suelen esgrimirse en las discusiones respecto del aborto.

1. CONFERENCIAS DE EL CAIRO Y BEIJING

Quienes promueven el aborto suelen referirse a los documentos emanados de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) de El Cairo, de 1994, y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, de Beijing, de 1995. Como cuestión preliminar a la revisión de estos documentos, es necesario recordar que las conferencias internacionales pueden redactar tratados, sometiéndolos a la ratificación de los Estados, o pueden también proponer simples declaraciones. Estas últimas no son vinculantes, y se suelen aprobar cuando no existe el consenso necesario para aprobar un tratado.

Con independencia de la no obligatoriedad de las declaraciones de El Cairo y Beijing, es importante notar que ellas no buscan promover el aborto. Ello puede notarse en el Programa de Acción CIPD, que dispone

²⁸ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 2014 de la Situación de los Derechos Humanos en Chile, 2014, p. 192.

²⁹ Este argumento es desarrollado en HENRÍQUEZ (2014).

³⁰ Mensaje N° 1230-362, pp. 11 y 12.

³¹ Es por ello que el fundamento del Mensaje, para aparentar una cierta obligatoriedad de las observaciones de algunos organismos de Naciones Unidas, dice que sus afirmaciones se basarían en los “compromisos internacionales del Estado que *surgen* de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes” (Mensaje N° 1230-362, p. 12; el destacado es nuestro).

que “[e]n los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas”³². Además, afirma que “[e]n ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia”³³, e “insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes [...] a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia”³⁴. También dispone que “[c]ualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional”³⁵. Estas expresiones nos muestran que esta conferencia, si bien tiene una mirada liberal en materia de anticonceptivos, tiene una visión más bien restrictiva en materia de aborto.

El documento de Beijing cuenta con un lenguaje similar. Ella reconoce expresamente lo dispuesto en el Programa de Acción de la Conferencia de El Cairo sobre la materia³⁶. No obstante ello, recomienda a los Estados “considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales”³⁷. Eso, sin embargo, no implica necesariamente despenalizar el aborto, como dijo la representante de la delegación argentina:

La delegación argentina participó del consenso para adoptar el párrafo [...] que recomienda a los gobiernos considerar la posibilidad de revisar el derecho que impone sanciones a la madre que comete un aborto. Esta posición fue asumida teniendo en cuenta la tradición jurídica argentina, la jurisprudencia de nuestros tribunales y las circunstancias atenuantes que generalmente se han considerado, sin que ello signifique una propuesta para despenalizar el aborto ni eximir de su responsabilidad criminal a quienes puedan ser coautores o partícipes de este delito³⁸.

En este sentido, es también interesante leer las declaraciones efectuadas por Estados específicos, algunos de ellos afirmaron que el aborto no debe ser considerado como una materia de salud sexual. La magnitud de la oposición a recomendar el aborto hizo que Gro Harlem Brundtland, Primera Ministra de Noruega, se quejara diciendo:

No comprendo por qué también aquí, en Beijing, los partidarios más elocuentes de lo que muchas de nosotras propugnamos, una sociedad protectora donde todas

³² Programa de Acción (1994), N° 8.25 p. 84 (el destacado es nuestro).

³³ *Ibid.*, N° 8.25, p. 83.

³⁴ *Ibid.*, N° 8.25, p. 83.

³⁵ *Ibid.*, N° 8.25, pp. 83 y 84. Esta redacción permite afirmar que, en caso de aprobarse el aborto, correspondería que ello se haga por la vía del “proceso legislativo” y no por la vía de decisiones judiciales activistas.

³⁶ Informe de la Cuarta Conferencia (1995), N° 106.k, p. 42.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, p. 165.

las mujeres puedan tener sus hijos en condiciones de seguridad, han afirmado de manera tan rotunda que estas decisiones dramáticamente difíciles deberían ser castigadas por ley³⁹.

Por todo lo anterior –tanto por su naturaleza no vinculante como por su contenido– resulta extraño que las conferencias de El Cairo y Beijing sean frecuentemente usadas para promover el aborto.

2. RESOLUCIONES DE COMITÉS DE MONITOREO DE LOS TRATADOS, Y DE ORGANISMOS DE N.U.

Nueve tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas establecen comités de monitoreo. Estos pueden emitir recomendaciones a los Estados, en las que ellos interpretarían lo que disponen tales tratados internacionales⁴⁰. Estas interpretaciones no son “interpretaciones auténticas”, como aquellas que puede hacer el legislador. En efecto, la doctrina es prácticamente conteste al sostener que dichas resoluciones no son vinculantes, por lo que no obligan al Estado⁴¹, y han sido llamadas una nueva especie de *soft law*⁴². Es por esto que ni siquiera el Instituto Nacional de Derechos Humanos, una entidad de naturaleza más político-activista que jurídica⁴³, con una conformación que representa mayoritariamente un sector político⁴⁴ con un interés bastante claro en materia de aborto⁴⁵, reconoció en su Informe Anual 2014 que solo *algunos* consideran que las recomendaciones u observaciones de los órganos de seguimiento de los tratados, así como los documentos de conferencias internacionales, tendrían “algún nivel de obligatoriedad”⁴⁶.

Los comités ya referidos suelen tener una agenda favorable al aborto, la que se ha manifestado en algunas observaciones generales acerca de los tratados que supervisan, así como en las observaciones que efectúan a los informes de los Estados. Esto se puede ejemplificar con la actividad del Comité de Derechos Humanos, el organismo que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En su Observación General 28, relativa a la equidad entre hombres y mujeres,

³⁹ *Ibid.*, p. 230.

⁴⁰ SCHMIDT (2010), p. 404.

⁴¹ RODRÍGUEZ y BARTOLINI (2014). Se ha afirmado, incluso, que los Comités de Naciones Unidas, así como el Consejo de DD.HH. y el Alto Comisionado, no tienen autoridad legal. Por ello, no se encontrarían en posición de alegar que sus interpretaciones deben prevalecer, y no pueden obligar a los Estados a adoptarlas o a obedecerlas. POSNER (2014), p. 47. En un sentido similar, Gerald Neuman afirma que la sola aparición de una proposición en una resolución de las Naciones Unidas o en la recomendación de un cuerpo de expertos no conlleva fuerza normativa *ipso facto*. NEUMAN (2008), p. 114.

⁴² SCHMIDT (2010), 409.

⁴³ *Cfr.*, VERDUGO y GARCÍA (2012), p. 217 ss.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 212-215.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 228-229.

⁴⁶ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2014), p. 192.

afirmó de cierto modo que la prohibición del aborto en caso de violación de la mujer constituiría un incumplimiento del artículo 7 del Pacto, es decir, del derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁷. Esta afirmación del Comité fue recogida luego por Juan Méndez, en el informe del Relator Especial sobre Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes⁴⁸.

El mismo Comité de Derechos Humanos en julio de 2014 emitió las “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile”, donde recomendó que Chile aprobara ciertas formas de aborto⁴⁹. Recomendaciones como esta no caben dentro de la categoría de *obligación internacional*, sino más bien de *influencia internacional*, pues buscan ser un instrumento que sirva para presionar al Estado en sede política para que modifique su legislación.

Además de los comités de monitoreo de tratados de derechos humanos, hay organismos de Naciones Unidas cuyo objetivo primordial es la defensa de los derechos fundamentales, pero que han recomendado la aprobación del aborto. Uno de ellos es el Consejo de Derechos Humanos. Este organismo es el sucesor de la antigua Comisión de Derechos Humanos, que operó hasta el 2006⁵⁰. El Consejo está formado por representantes de 47 Estados miembros, los que son elegidos por la Asamblea General de Naciones Unidas. Este es el órgano encargado de realizar el Examen Periódico Universal (EPU). Dicho examen fue ideado para que funcionara como una especie de diálogo y revisión entre pares⁵¹. Esto explica el formato que tiene el Informe del Grupo de Trabajo, el que contiene un listado largo de recomendaciones efectuadas por distintos Estados (no por el Consejo)⁵². Este informe es luego adoptado, junto con las respuestas correspondientes del Estado examinado, como resultado del EPU⁵³. Las recomendaciones que se observan en este documento no son vinculantes, y pueden, incluso, ser contradictorias, dependiendo de las políticas de los Estados que las emiten. Además, los Estados pueden oponerse a esas recomendaciones, como suele suceder. En efecto, en 2009 la primera administración Bachelet rechazó las recomendaciones que se le hicieron respecto de la legalización del aborto en ciertas circunstancias⁵⁴. El 2014, frente a nuevas recomendaciones efectuadas en el EPU en materia de

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos (2000), párr. 11.

⁴⁸ Informe del Relator (2013), párr. 50. Dicho párrafo se refiere también a que el Comité contra la Tortura habría hecho afirmaciones similares.

⁴⁹ Comité de Derechos Humanos (2014), Obs. N° 15.

⁵⁰ Este reemplazo se produjo por problemas de credibilidad de la Comisión. Los temas que motivaron el reemplazo de esta institución son descritos brevemente en MARKUS (2010) p. 393.

⁵¹ *Ibid.*, p. 395.

⁵² *V.gr.*, Consejo de Derechos Humanos (2014a).

⁵³ *V.gr.*, Human Rights Council (2009).

⁵⁴ Consejo de Derechos Humanos (2009), párrs. 98.

aborto, el gobierno de Sebastián Piñera volvió a rechazarlas⁵⁵. Sin embargo, la segunda administración Bachelet decidió revisar la posición del Estado de Chile y aceptar las recomendaciones del último EPU⁵⁶.

Los ya referidos instrumentos, aunque no son vinculantes, son usados para convencer a los legisladores de una supuesta necesidad de aprobar el aborto. En otras palabras, tienen un poder de autoridad importante, a pesar de que los Estados son libres para aceptarlos o no. Chile no es el único Estado contra el que se ejerce presión sobre la base de instrumentos no vinculantes. Ella afecta también a otros Estados⁵⁷.

Es importante señalar, en todo caso, que no todas las decisiones de los comités son desfavorables en materia de aborto. Así, por ejemplo, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha criticado en varias ocasiones las legislaciones de Estados que disponen condiciones más abiertas para el aborto de niños que padecen de alguna discapacidad⁵⁸. Esta declaración reafirma el carácter de persona de los no nacidos, pues si ellos no fueran personas, el aborto de los fetos discapacitados no pasaría de ser una práctica preventiva de la discapacidad.

IV. EL SISTEMA INTERAMERICANO

Según se afirmó, la CADH es el tratado más protector de la vida del no nacido. Sin embargo, los órganos del sistema interamericano no han interpretado tal convención de ese modo, por lo que es importante referirse a las decisiones más relevantes relativos a este tema, así como a sus efectos jurídicos para Chile⁵⁹.

1. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 4.1 EN EL CASO *ARTAVIA MURILLO*

1.1. Cuestión preliminar

La CADH solo afirma que las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes para el caso concreto que esta decida⁶⁰. No obstante ello, la

⁵⁵ Consejo de Derechos Humanos (2014b), párr. 15.

⁵⁶ Consejo de Derechos Humanos (2014c), párr. 4 y 8, y *cf.* con párr. 9.

⁵⁷ En el caso de México, también en relación con una norma que buscaba reconocer el derecho a la vida desde el momento de la concepción, ver RODRÍGUEZ y BARTOLINI (2014), pp. 231-249.

⁵⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2011), párrs. 17 y 18; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012), párrs. 17 y 18; Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2013) párrs. 14 y 15.

⁵⁹ En este breve comentario se dejan afuera otras decisiones relativas a la vida prenatal, como las decisiones de Xákmok Kásek, *Baby Boy* y otras, cuya importancia pasó a segundo plano después del caso *Artavia*. Para conocer más detalles acerca de esas decisiones puede verse PAÚL DÍAZ (2012), pp. 62-64 y 85-93.

⁶⁰ Arts. 68.1, 62 y 63 de la CADH. Ver también DULITZKY (2015), pp. 73 y 77.

Corte ha creado una doctrina llamada el “control de convencionalidad”⁶¹. Esta doctrina se encuentra en pleno desarrollo actualmente, por lo que es imposible saber cuál será su contenido definitivo. Según su formulación actual, los Estados no solo tendrían que cumplir con lo que dice la CADH, sino que también con las interpretaciones que de esta haga la Corte en sus decisiones, sea que ellas se emitan o no en contra del Estado concreto. Más aún, la Corte afirma que cada órgano que tome decisiones al interior de un Estado debe aplicar, directamente, tanto la CADH como su jurisprudencia, con independencia de lo que dispongan las correspondientes leyes nacionales, incluida la Constitución⁶². Tal interpretación ha sido adoptada por parte de la doctrina, pero muchos autores han considerado que es errada. Nuestros tribunales superiores no han aceptado esta interpretación⁶³. Recogerla implicaría un quiebre en el Estado de Derecho, a menos que la Constitución conceda este poder a la Corte Interamericana.

El control de convencionalidad, según el modo como es entendido por la Corte, se basa en cuestiones que son indiscutibles, como el hecho de que el Estado se encuentra obligado por las sentencias que dicte la Corte en un caso concreto, dentro de sus competencias. También se basa en el hecho de que sería una buena práctica que los jueces, al aplicar la normativa nacional, tuvieran en consideración lo que dispone la CADH. Sin embargo, si esta doctrina se entiende con todas las consecuencias que le asigna la Corte, ella terminaría siendo contraria al Derecho internacional general, y casi imposible de aplicar en la práctica. Lo primero se afirma porque, según el Derecho internacional, es prerrogativa del Estado determinar cómo se incorporan los tratados al Derecho interno. Lo segundo se sostiene, especialmente, porque la Corte no funciona con

⁶¹ Para una descripción general de esta doctrina, hecha por un ex-Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ver DULITZKY (2015), pp. 49-52. En sentido favorable a esta doctrina ver RUIZ CHIRIBOGA (2010). En un sentido crítico a esta doctrina ver CASTILLA JUÁREZ (2013) y MALARINO (2011).

⁶² La Corte hizo, en forma más o menos reciente, la siguiente formulación del control de convencionalidad: “en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo que deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”. *Gelman vs. Uruguay* (2013), párr. 69.

⁶³ Los altos tribunales de otros Estados han adoptado distintas posiciones frente a esta doctrina. Una Corte que no está de acuerdo con esta doctrina es la de Uruguay. *M. L., J. F. F.* (2013), págs. 12-24 (la paginación es la del documento alojado en internet). Para ver un listado de algunos países a favor y en contra de la aplicación de precedentes de la Corte Interamericana, ver también DULITZKY (2015), p. 80.

un sistema de precedentes. En efecto, incluso en materia de control de convencionalidad la Corte ha cambiado su postura de un modo radical, pues en una de sus primeras opiniones consultivas dispuso que no podía pronunciarse, ni siquiera, respecto de la autoexigibilidad de una norma de la CADH dentro de un Estado parte, dando a entender que ello era materia propia de las normas internas del Estado⁶⁴. Esta falta de precedentes hace que sea difícil predecir, sobre la base de la coherencia, cómo resolverá la Corte. En este sentido, en el mismo *caso Artavia*, el voto disidente del juez chileno Eduardo Vio Grossi afirma que Costa Rica, al prohibir la fecundación *in vitro* para proteger la vida del embrión, habría estado haciendo “lo que hoy se denomina ‘control de convencionalidad’”⁶⁵, pues habría dado una interpretación amplia al derecho a la vida, cuestión exigida por la jurisprudencia de la Corte. Estas son algunas de las razones que avalan la decisión de nuestros tribunales superiores, que no han sido convencidos por la doctrina del control de convencionalidad. Por desgracia, este capítulo no puede profundizar más en esta doctrina.

1.2. Detalle del *caso Artavia*

Teniendo presente que, según lo afirmado precedentemente, las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes solo para los casos concretos que ella decide dentro del ámbito de su competencia, corresponde referirse al caso *Artavia Murillo*⁶⁶. En él la Corte interpretó el artículo 4.1, referido al derecho a la vida. La demanda de este caso buscaba referirse solo a si la prohibición costarricense de la fecundación *in vitro* era o no violatoria de los derechos humanos. Sin embargo, ella dio pie para que la Corte se pronunciara acerca del derecho a la vida prenatal. A grandes rasgos la Corte dispuso lo siguiente:

1. El embrión no puede ser considerado persona⁶⁷;
2. La palabra “concepción”, utilizada en el artículo 4.1 de la CADH, se refiere a la “implantación”⁶⁸, y

⁶⁴ *Exigibilidad* (1986), párrs. 13 y 14, así como la opinión disidente conjunta de los jueces Nieto y Nikken, párrs. 12-15. Ver también FUENTES TORRJO (2008), pp. 485-487.

⁶⁵ Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi en *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012) (en adelante *Artavia*).

⁶⁶ *Artavia* (2012). Mayores comentarios sobre esta sentencia pueden verse en PAÚL DÍAZ (2013).

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 256. Conviene comparar esta decisión con la del Tribunal Europeo, que si bien no cuenta con una norma que se refiera explícitamente a la vida prenatal –como sí sucede con la CADH–, estableció en el caso *Vo vs. Francia* que no era posible determinar si el no nacido era una persona para efectos del artículo 2 de la Convención, por lo que el Estado podía legítimamente considerarlo como una persona y tratar de protegerlo. *A, B y C vs. Irlanda* (2010): Tribunal Europeo de DD.HH., Acción 25579/05, p. 222.

⁶⁸ *Artavia* (2012), párr. 264. Esto lo hizo basándose solo en la afirmación de Fernando Zegers, y contrariando la opinión de otros expertos y la jurisprudencia de los altos tribunales nacionales latinoamericanos que se habían referido al punto. También desdeñó otros mecanismos de

3. La expresión “en general”, usada en el artículo ya referido, significaría “en forma gradual e incremental”⁶⁹.

Con relación a si el no nacido es o no sujeto del derecho a la vida, la Corte se contradice. En efecto, afirma que existe un derecho a la vida –no absoluto– del ser humano implantado⁷⁰, pero también parece afirmar que la vida prenatal sería un mero interés donde no existiría una titularidad del derecho a la vida⁷¹.

Es importante recordar que este fallo solo podría vincular a Costa Rica, pues el control de convencionalidad (en el modo como lo entiende la Corte) es una figura bastante discutida por la doctrina y la jurisprudencia, y muy difícil de llevar a la práctica. Por otro lado, aunque se aceptara la doctrina del control de convencionalidad, la interpretación restrictiva del derecho a la vida que se hace en el *caso Artavia* no pasa de ser un *obiter dictum* que contraría la jurisprudencia de la misma Corte en relación con el derecho a la vida. En efecto, todos los casos anteriores a *Artavia* establecían que el derecho a la vida era absoluto y que, en razón de su carácter fundamental, “no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”⁷². Por ello, *Artavia* tampoco sería claramente aplicable, incluso por parte de quien comulga con la doctrina planteada por la Corte.

Sin perjuicio de que el caso *Artavia* no nos sea aplicable, no sería tan aventurado imaginar que en el futuro se dicte una sentencia específica concerniente al tema del no nacido respecto de Chile. Si esto fuera así, la Corte debiera prestar especial atención a los límites de su poder y al texto de la CADH. Ello, en virtud de la existencia de un principio general de Derecho llamado *extra compromisum arbiter nihil facere potest*. Según este, la sentencia dictada con exceso de poder es nula⁷³. En efecto, un fallo contrario al texto de la CADH podría generar que parte de la doctrina y ciertos órganos del Estado sostengan que, al haber actuado la Corte fuera de su competencia, su sentencia no podría ser respetada. Lamentablemente, afirmaciones en ese sentido –no obstante ser justificadas– podrían generar incertidumbre respecto de la jurisprudencia de la Corte.

interpretación, como el análisis del significado de la palabra concepción en otros idiomas auténticos de la CADH (en los que la “concepción” es un claro sinónimo de “fertilización”).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, párrs. 258-259.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 260. Sin embargo, en razón de lo ya dicho, no parece posible afirmar que la Corte fue tajante al descartar la titularidad de derechos del no nacido, como hacen algunos autores. Ver CHÍA Y CONTRERAS (2014) pp. 568 y 576-580.

⁷² “Niños de la Calle” (1999), párr. 144.

⁷³ CHENG (2006), pp. 259-266.

2. LA INEXISTENTE REFERENCIA AL ABORTO EN EL ASUNTO JUDICIAL *B CONTRA EL SALVADOR*

Otro caso en el que se afirma que la Corte Interamericana habría fallado exigiendo el aborto sería en las medidas provisionales del asunto *B contra El Salvador*⁷⁴. Este se refiere al caso de una mujer que padecía lupus, enfermedad que aparentemente estaba siendo agravada por su embarazo. El niño que ella llevaba en su seno era anencefálico. Este asunto llegó a la Corte cuando la mujer tenía ya más de seis meses de embarazo, y se buscaba que la Corte adoptara medidas para evitar un empeoramiento de la salud de *B*. En este asunto, la Corte ordenó como medida precautoria que el Estado

adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el personal médico tratante de la señora *B*. pueda adoptar, sin interferencia, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora *B*.⁷⁵

Como se puede observar, en esta orden la Corte no exige la realización de un aborto. En efecto, un no nacido de seis meses ya es viable, por lo que el niño fue extraído vivo del vientre materno y vivió la cantidad de tiempo que suele vivir un niño anencefálico⁷⁶. El hecho de que la Corte no solicitó la realización de un aborto quedó patente por el voto favorable del juez chileno Vio Grossi, quien se opuso contundentemente a la opinión de la mayoría del *caso Artavia*. A pesar de lo anterior, algunos han usado este caso para afirmar –erróneamente– que confirmaría la interpretación de que el aborto es un derecho en determinados casos.

3. LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Las decisiones de la Corte Interamericana, si bien no son vinculantes en aquellos casos en los que el Estado no comparece como parte, fijan criterios que suelen ser aplicados posteriormente por la Comisión Interamericana. Los informes y recomendaciones emitidos por la Comisión, a diferencia de lo que sucede con las sentencias dictadas por la Corte en un caso concreto, no pasan de ser recomendaciones. En materia de aborto, este organismo ya contaba con una postura contraria a la prohibición absoluta del aborto voluntario⁷⁷, pero el *caso Artavia* le ha dado mayor apoyo

⁷⁴ *Asunto B*. (2013a).

⁷⁵ *Asunto B*. (2013a), considerando 17.

⁷⁶ *Asunto B*. (2013b), considerando 6.c.

⁷⁷ La Comisión lo manifestó en algunos informes. Ver PAÚL DÍAZ (2012), p. 85, nota 106.

para promocionar la legalización del aborto. En efecto, la Comisión ha dedicado un mayor espacio a este tema en audiencias donde escucha a organizaciones de la sociedad civil, y recientemente manifestó, mediante su entonces presidenta Tracy Robinson, que la prohibición del aborto en determinados casos constituía un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer⁷⁸.

Por último, conviene hacer presente que la Comisión Interamericana acaba de conocer de una solicitud de medidas cautelares en el llamado *Asunto niña Mainumby respecto de Paraguay*⁷⁹. Este asunto tiene varias similitudes con el caso *B.*, y no sería de extrañar que sirva para afirmar –erróneamente– que la Comisión recomendó practicar un aborto. Este caso se refiere a una niña que quedó embarazada a los 10 años como consecuencia de abusos sexuales cometidos, aparentemente, por la pareja de su madre. En este asunto la Comisión hace recomendaciones similares a las que hizo la Corte en el caso *B.*, donde no se exigió el aborto. Además, el niño no nacido había pasado el umbral de la viabilidad, por lo que tampoco podría hablarse de aborto. No obstante ello, el lenguaje de la Comisión parece ser relativamente más proclive al aborto que el de la Corte.

V. LOS LLAMADOS “ESTÁNDARES INTERNACIONALES”

Por último, conviene hacer una breve mención a la expresión “estándares internacionales”. Esta expresión suele ser usada por parte de cierta doctrina y algunos organismos internacionales para afirmar que determinadas prácticas de los Estados serían inadecuadas⁸⁰. Muchas veces se afirma que Chile no estaría cumpliendo los “estándares internacionales” en materia de aborto. Sin embargo, el concepto de “estándar internacional” parece ser bastante arbitrario. Es un concepto poco definible, pero puede decirse que se refiere a las posturas de algunas organizaciones internacionales y ONGs en determinadas materias, que coinciden con las de varios Estados. Estos “estándares” descartan, en ocasiones, lo que sostienen otras organizaciones y otros Estados en los mismos temas. Muchas veces estos “estándares internacionales” no pasan de ser las prácticas técnicas o sociales en algunos Estados europeos y otros de origen anglosajón⁸¹.

⁷⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “En el Día Internacional de la Mujer, CIDH urge a los Estados a garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres”, Comunicado de Prensa 24 de 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/024.asp>.

⁷⁹ *Asunto niña Mainumby respecto de Paraguay* (2015).

⁸⁰ RODRÍGUEZ ALCÓCER y BARTOLINI ESPARZA (2014), p. 235. En este artículo se cita una carta enviada por parte de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ONU Mujeres y el UNFPA.

⁸¹ Al adoptar como referente las prácticas en otros Estados, bien podría arribarse a conclusiones opuestas.

Por eso, la expresión “estándar internacional” es bastante compleja, y solo sería autoritativa si es que se considera que quienes elaboran estos estándares merecen crédito.

VI. CONCLUSIÓN

La sección de antecedentes del proyecto de ley enviado recientemente por la Presidenta de la República afirma que “[l]a penalización del aborto sin excepciones en nuestro país constituye un incumplimiento inequívoco de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en relación con la garantía que debe existir respecto del pleno goce de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las mujeres”⁸². Dicha afirmación, a pesar de los términos tajantes en los que se presenta, constituye un error de Derecho, según se ha podido notar en las páginas anteriores.

El análisis del Derecho internacional nos muestra que no existen normas vinculantes que establezcan un derecho positivo al aborto. Por el contrario, algunos tratados protegen la vida del no nacido de modo más o menos explícito. En virtud de ello, Chile no se encuentra obligado internacionalmente a legislar respecto de la materia. En efecto, fuera de un tratado internacional de aplicación regional en África, los únicos instrumentos que apoyan el aborto son documentos que, a lo más, podrían ser calificados de *soft law*, tales como las recomendaciones de comités u otros organismos. Estas recomendaciones serán más o menos atendibles –aunque nunca obligatorias– dependiendo de la autoridad que se le conceda a quienes las emiten. La costumbre internacional, por su parte, tampoco prescribe una obligación internacional de regular el aborto.

A nivel regional, tampoco puede afirmarse que exista un deber de regular en favor del aborto. Ello, por cuanto el único caso referido a la vida prenatal en el sistema interamericano afectó a Costa Rica –el caso *Artavia*–. La sentencia en este caso, no obligaría a Chile, a menos que se adopte la doctrina del control de convencionalidad según el modo como lo entiende la Corte. Esta doctrina es bastante discutida y, según el contenido que le da la Corte en este momento, no es jurídicamente rigurosa. Por lo demás, la interpretación que hizo la Corte en el *caso Artavia* no es más que un *obiter dicta* que contraviene su jurisprudencia en materia de interpretación amplia del derecho a la vida. Por ello, aun aceptando la doctrina del control de convencionalidad, sus efectos no serían claros.

En virtud de todo lo anterior, puede afirmarse que no es cierto que Chile se encuentre en una “grave vulneración de derechos”, según afirma

⁸² Mensaje N° 1230-362, p. 11.

el Mensaje⁸³. Más aún, puede afirmarse que nuestro país se encuentra, justamente, haciendo esfuerzos por mantenerse dentro de lo que dispone el Derecho internacional en cuanto a la protección del no nacido⁸⁴. Chile lo estaría logrando a pesar de que, según se ha afirmado por algunos, los organismos internacionales se valen “de sus credenciales y del desconocimiento del derecho internacional para presionar a las autoridades nacionales con afirmaciones que distorsionan el contenido de los tratados o que pretenden darle fuerza vinculante a documentos que no la tienen”⁸⁵.

VII. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

- CASANOVAS, Oriol y Rodrigo, Ángel J. (2013): *Compendio de derecho internacional público* (Madrid, Editorial Tecnos, segunda edición).
- CASAS BECERRA, Lidia (2013): “Los Desafíos para Chile de la Decisión Artavia Murillo contra Costa Rica de la Corte IDH (Caso Fertilización in Vitro): Algunos Comentarios”, en Casas, Lidia *et al.* (edits.), *Anuario de Derecho Público 2013. Universidad Diego Portales* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 398-415.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2013): “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII: pp. 51-97.
- CHENG, Bin (2006), *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press).
- CHÍA, Eduardo y CONTRERAS, Pablo (2014): “Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y Otros (‘Fecundación in vitro’) Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, N° 1: pp. 567-585.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “En el Día Internacional de la Mujer, CIDH urge a los Estados a garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres”, Comunicado de Prensa 24 de 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/024.asp>
- DE JESÚS, Ligia M. y FRANCK, María Inés (2014): “Aborto y Derechos Prenatales en América Latina y el Caribe: Un Análisis Comparativo de Leyes y Jurisprudencia Relevantes tras la Adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Ars Boni et Aequi*, Año 10, N° 1: pp. 11-100.

⁸³ Mensaje N° 1230-362, p. 14.

⁸⁴ Ver, v.gr., R. JOSEPH, *Human Rights and the Unborn Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2009.

⁸⁵ A. RODRÍGUEZ ALCOCER; M. BARTOLINI ESPARZA, “Las Recomendaciones de los Organismos Internacionales como Herramientas de Presión Política”, cit., p. 231.

- DULITZKY, Ariel E. (2015): “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, Vol. 50, pp. 45-93.
- FORD, Allison (2010): “Mexico City Legalizes Abortion”, *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 16, pp. 119-127.
- FUENTES TORRIJO, Ximena (2008): “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77: pp. 483-505.
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2012): “Una Mirada a la No Discriminación por Identidad de Género y Orientación Sexual desde los Desarrollos Internacionales de *Soft Law*”, en Madrazo, Alejandro *et al.*, *Justicia, Género y Sexualidad. Primer Encuentro Académico - Santiago de Chile 2009* (Santiago, Red Alas y Centro de Derechos Humanos), 113-133.
- HENRÍQUEZ, Tomás (2014) *Aborto: Chile y los cinco países retrógrados*, en “El Mostrador” <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/06/01/aborto-chile-y-los-cinco-paises-retrogrados/>.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2014): Informe Anual 2014 de la Situación de los Derechos Humanos en Chile, p. 192.
- JOSEPH, Rita (2009): *Human Rights and the Unborn Child* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers).
- MALARINO, Ezquiel (2011): “Acerca de la Pretendida Obligatoriedad de la Jurisprudencia de los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, en Steiner, Christian (edit.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Vol. II. (Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.) 435-455.
- NEUMAN, Gerald L. (2008), “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. (2013): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Madrid, Tecnos, decimoséptima edición).
- PAÚL DÍAZ, Álvaro (2012): “Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación”, *Ius et Praxis*, Vol. 18, N° 1: pp. 61-112.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro (2013): “La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 2: pp. 303-345.
- POSNER, Eric. A. (2014): *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, New York.
- RODRÍGUEZ ALCÓCER, Adrián y BARTOLINI ESPARZA, Marcelo (2014): “Las Recomendaciones de los Organismos Internacionales como Herramientas de Presión Política”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 5: pp. 231-249.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R. (2010): “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America”, *Inter-American and European Human Rights Journal / Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, Vol. 3, N° 1-2: pp. 200-219.

- SCHMIDT, Marcus (2010): “United Nations”, en Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta y Sivakumaran, Sandesh, *International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press), 391-432.
- THIRLWAY, Hugh (2006): “The Sources of International Law”, en: EVANS, Malcolm D. (Ed.), *International Law* (Oxford - Nueva York, Oxford University Press, segunda edición) pp. 115-140.
- TOZZI, Piero A. (2010): *International Law and the Right to Abortion* (Nueva York, International Organizations Law Group, Legal Studies Series N° 1).
- UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. Population Division (2013): *World Abortion Policies 2013* (Nueva York, United Nations). Disponible en: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/WorldAbortionPolicies2013/WorldAbortionPolicies2013_WallChart.pdf> [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2014].
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2013): *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- VERDUGO R., Sergio; GARCÍA G., José Francisco (2012): “Radiografía al Instituto Nacional de DD.HH: entre la Política y el Derecho”, *Revista Actualidad Jurídica*, Vol. 26, p. 217 ss.

JURISPRUDENCIA

- A, B y C vs. Irlanda* (2010): Tribunal Europeo de DD.HH., Acción 25579/05.
- Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 257.
- Asunto B. respecto de El Salvador* (2013a): Corte Interamericana de DD.HH., Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de mayo).
- Asunto B. respecto de El Salvador* (2013b): Corte Interamericana de DD.HH., Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de agosto).
- Asunto niña Maimunby respecto de Paraguay* (2015): Comisión Interamericana de DD.HH., Medidas Cautelares N° 178/15 (8 de junio).
- C-355/06* (2006): Sentencia de la Corte Constitucional (Colombia). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm> [visitado el 07/11/2014].
- Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (1986): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-7/86, Serie A N° 7.
- Gelman vs. Uruguay* (2013): Corte Interamericana de DD.HH., Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013.
- Gonzales vs. Carbart* (2007): Corte Suprema de EE.UU., 550 U.S. 124.
- M. L., J. F. F., O. - Denuncia - Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la Ley Nro. 18.831* (2013): Sentencia de la Suprema Corte de Justicia (Uruguay), IUE 2-109971/2011. Disponible en: <http://medios.elpais.com.uy/downloads/2013/sentenciascj.pdf> [visitado el 11/11/2014].
- “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala (Caso de los)* (1999): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Serie C N° 63.

Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey (1992): Corte Suprema de EE.UU., 505 U.S. 833.

Roe vs Wade (1973): Corte Suprema de EE.UU., 410 U.S. 113.

NORMAS, TRATADOS Y OTROS INSTRUMENTOS

Comité de Derechos Humanos (2000), Observación General N° 28, “La Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres (Artículo 3)”, 29 de marzo.

Comité de Derechos Humanos (2014), Observaciones Finales sobre el Sexto Informe Periódico de Chile, 7 a 25 de julio.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2011), Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 35 de la Convención (Observaciones Finales. España), 19 a 23 de septiembre.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012), Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Hungría, Aprobadas por el Comité en su Octavo Período de Sesiones, 17 a 28 de septiembre.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2013), Concluding Observations on the Initial Report of Austria, Adoptada por el Comité en su Décima Sesión, 2 a 12 de septiembre.

Consejo de Derechos Humanos (2009), Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile.

Consejo de Derechos Humanos (2014a), Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile.

Consejo de Derechos Humanos (2014b), Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. Adición: Opiniones sobre las Conclusiones y/o Recomendaciones, Compromisos Voluntarios y Respuestas Presentadas por el Estado Examinado (5 de marzo).

Consejo de Derechos Humanos (2014c), Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. Adición: Opiniones sobre las Conclusiones y/o Recomendaciones, Compromisos Voluntarios y Respuestas Presentadas por el Estado Examinado (18 de junio).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990.

Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990.

Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de Naciones Unidas, Res. 1386 (XIV), 1959.

Decreto con Fuerza de Ley N° 725 del 31 de enero de 1968, Código Sanitario.

Human Rights Council (2009), Universal Periodic Review, Decision Adopted by the Human Rights Council.

Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, en la versión elaborada por Naciones Unidas en 1996.

Informe del Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2013), presentado al Consejo de Derechos Humanos, 1 de febrero.

Ley N° 18.987 (Uruguay), Ley por la que se Establecen Normas Relacionadas con la Interrupción Voluntaria del Embarazo. 22 de octubre de 2012.

Mensaje de S.E. la Presidenta de la Republica con el que Inicia un Proyecto de Ley que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales (Chile), Mensaje N° 1230-362, 31 de enero de 2015.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

Comunicación Dirigida al Señor Presidente de la Asamblea General por la Presidencia de la República Oriental del Uruguay, 14 de noviembre de 2008.

Programa de Acción Aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo (1994), Fondo de Población de las Naciones Unidas, 5 a 13 de septiembre de 1994.

Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y sobre los Derechos de las Mujeres en África, adoptada el 11 de julio de 2003.

**INFORME SOBRE LA NECESIDAD DE LA
INSTITUCIONALIZACIÓN DEL ABORTO
TERAPÉUTICO Y EL MODELO DE
CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO CONSENTIDO
EN CHILE**

GONZALO GARCÍA PALOMINOS

*Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Friburgo
Profesor de Derecho Penal
Universidad de los Andes*

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El 31 de enero de 2015, por medio del mensaje presidencial N° 1230-362, el Gobierno de Chile cumplió su promesa de enviar al Congreso Nacional un proyecto referente a despenalización del aborto con un contenido sistemático concreto y una fundamentación *filosófico-política* definida. El proyecto de ley, en términos específicos, no contiene modificaciones penales sustantivas, sino una completa institucionalización de la interrupción del embarazo en el Código Sanitario. La principal modificación se incorpora en el artículo 119 del Código Sanitario que regula el actuar del facultativo médico. Dicho proyecto del artículo 119 señala que, *mediando la voluntad de la mujer*, un médico cirujano se encontrará autorizado para interrumpir el embarazo, en tres casos (indicaciones) diferentes: a) riesgo vital de la mujer, presente o futuro; b) alteración congénita o genética del feto incompatible con la vida y c) se trate del resultado de una violación. Las únicas referencias al derecho penal la representa la introducción de una cláusula general en los artículos 344 y 345 (delito de autoaborto y al aborto del facultativo) en los siguientes términos: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario”.

De los muchos argumentos discursivos de carácter político-estratégicos que emplea este proyecto, uno de los principales dice relación con lo que llamaremos *el Mito de la criminalización absoluta* del aborto consentido: *La prohibición absoluta de interrumpir el embarazo no reconoce que existen circunstancias en las cuales no es exigible a una mujer, por medio de una amenaza de pena privativa de libertad, que continúe un embarazo.*

(Mensaje Presidencial N° 1230-362, págs. 12 y s.). Por añadidura, señala el citado mensaje que en nuestro país dicha prohibición y criminalización absoluta alcanzaría a todas las posibles hipótesis, sin excepción, incluyendo casos en que la continuación del embarazo constituya un peligro para la vida de la madre. También se sostiene que existiría incertidumbre en los equipos médicos respecto de la situación en que se encuentra el facultativo que debe enfrentarse a conflictos de esta naturaleza (Mensaje Presidencial N° 1230-362, pág. 19 y s.).

El presente artículo se abocará a contestar la interrogante de si, a diferencia de lo aseverado en el proyecto de ley, el ordenamiento jurídico chileno ya provee una solución de carácter normativa para aquellos casos en que el embarazo signifique un riesgo para la vida de la madre. La respuesta no tiene nada de novedosa: sí, ya contempla soluciones razonables para aquella hipótesis. El ordenamiento jurídico ya contempla normas prepenales (o extrapenales) y un sistema penal que configuran un todo coherente que no genera problemas para los riesgos creados por el actuar médico en la búsqueda de salvar la vida de la madre. Algunos de estos problemas, por constituir conductas riesgosas absolutamente legítimas, ni siquiera podrán configurar una conducta típica; mientras que otras, en especial, aquellas que contemplan como previsible la muerte de la criatura, necesitarán una explicación adicional.

II. CUESTIONES GENERALES Y SISTEMÁTICAS DEL DELITO DE ABORTO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

1. SISTEMÁTICA NORMATIVA DEL DELITO DE ABORTO

El aborto se encuentra criminalizado en los artículos 342 y siguientes del Código Penal (en adelante CP) desde su origen en 1874. Tanto la descripción de las conductas típicas como su sistemática normativa se han mantenido prácticamente inalteradas desde entonces. Solo se ha modificado la denominación del título VII, a la que se le agregó la frase "...y contra la integridad sexual", como consecuencia de la reforma a los delitos sexuales de 2004 y que se encuentran también incluidos en ese mismo título. Varias son las particularidades relativas a la decisión del legislador en torno a la punición del aborto, a su ubicación sistemática (clasificación en el Código), así como a la sistematización interna de sus normas, que resultan de interés para este trabajo.

Los antecedentes históricos del Código español, en lo relativo al aborto, y que fue asumido como modelo de sistemática interna por el codificador chileno –esto es, entre las distintas figuras de aborto contempladas en nuestro código–, se remontan al Código Penal español de 1822 (Parte II, Título I, Capítulo I en los artículos 639 y 640) y ciertas modificaciones

menores en el código de 1848¹. Así, las valoraciones y sus consecuencias en la sistemática interna son producto de la configuración conseguida de ambos cuerpos normativos. Previo a dicho proceso de codificación, las normas provenientes del *Digesto* (Lib. XLVIII, tít. 19, L. 38), del *Fuero Juzgo* (Ley 1^a, tít. 3^o, lib. VI; Ley 2^a, 3, 4, 5 y 6) y las *Siete Partidas* (Ley 8, tít. 8, P. VII), daban cuenta de una desvalorización de conductas abortivas y de ciertos conceptos que servirán, en la actualidad, de orden sistemático. Así, por ejemplo, la distinción entre casos de aborto con consentimiento y sin consentimiento de la mujer no solo están presentes en el *Fuero Juzgo* y en las *Siete Partidas* (no así en el *Digesto*), sino en todos los Códigos que sirvieron de modelo a los Códigos españoles de 1822 y 1848². En efecto, según informa Jiménez de Asúa, el Código Penal español de 1848 estaba inspirado en el Código del Brasil de 1830 que, a su vez, era una copia del napolitano y del francés de 1810³. Todos dichos Códigos establecían, de una u otra manera, un patrón común con diferenciaciones sistemáticas provenientes de la conducta de un tercero que afectaba adicionalmente a un interés de la mujer (contra su voluntad) o en que el sujeto, con el consentimiento de la mujer, vulnera el deber de no lesionar al nonato. El autoaborto producido directamente por la mujer, y la diferenciación sistemática proveniente de sujetos activos, tiene su antecedente directo en las siete partidas y en el Código Penal francés, sin encontrar otros antecedentes en las fuentes antes señaladas (por primera vez en el Código Penal de 1822). La aportación a la sistemática del Código de 1822 radica en incorporar un elemento vinculado con la “coacción”, propio de los modelos de protección de la libertad, esto es: la violencia; mientras que la producción del resultado de aborto “involuntario”, producido por la violencia voluntaria, es incorporado por el Código Penal español de 1848.

El Código Penal chileno de 1874, respecto de la sistemática interna del párrafo 1 “aborto” y el contenido de sus preceptos, sigue en consecuencia abiertamente al Código español de 1848. Las distintas figuras se encuentran vinculadas sistemáticamente en torno a los criterios diferenciadores antes mencionados, esto es: según el sujeto activo ejecutor de la conducta delictiva (aborto ejecutado por un tercero arts. 342, 343; por un facultativo art. 345 CP y; por la madre, art. 344) y según la concurrencia o no del consentimiento de la mujer (sin consentimiento, art. 342 N° 2; con consentimiento, arts. 344 y 342 N° 3 en relación con el art. 345). Adicionalmente, y referido a los casos de aborto sin el consentimiento

¹ Lo anterior es consecuencia de la simple comparación de los textos. Para analizar las figuras de aborto de los arts. 337 y siguientes del Código Penal español de 1848 véase: <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>

² Una comparación de los diversos cuerpos normativos es expuesta en FUENSALIDA, Alejandro, “Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno. Libro Segundo”, Imp. Comercial, Lima, 1883, t. III.

³ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1956, p. 710.

de la mujer, el tratamiento punitivo es consecuencia de la cualificación del injusto por la aplicación o no de ciertos medios comisivos especiales: la violencia (Arts. 342 y 343 CP). En el contexto del delito de aborto no consentido y por medios violentos, el legislador acepta la incorporación de una excepción de carácter subjetivo (que había sido incorporada a la figura de aborto por el Código Penal español de 1848): “maliciosamente”. Mientras pacífico resulta ser la exigencia de dolo directo relativo tanto al aborto como a la violencia en el art. 342 N° 1, en relación con el art. 343 –también denominado aborto preterintencional– su concurrencia deja de ser exigible, para reducir la intensidad subjetiva relativa al aborto y aceptar, como abarcadas, hipótesis que hoy consideramos tanto por el dolo eventual como por la culpa consciente⁴.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO DEL DELITO DE ABORTO CONSENTIDO

(aa) Desde el punto de vista de la configuración del injusto penal de aborto en el Código Penal chileno, se puede sostener que el delito de aborto ha sido objeto de evolución como consecuencia del desarrollo de la dogmática penal tanto de la parte especial como de la parte general. En efecto, desde el punto de vista del trabajo dogmático en torno a la parte especial, el injusto penal del aborto ha sido históricamente interpretado desde lo que la literatura llamaba el “verbo rector”, de tal manera que intereses diferentes a la vida del *no nacido* difícilmente eran considerados en el análisis dogmático de la configuración del injusto, siendo relegados a meros elementos agravantes de la pena⁵. En la actualidad, sin embargo, la doctrina –desde una perspectiva normativa– acepta la diferenciación de los injustos penales correspondientes a los arts. 342 N° 1 y N° 2 y 343 (sin consentimiento de la mujer) de los injustos del delito del art. 342 N° 3 y 344 (con consentimiento), acentuándose conflictos de intereses diversos en cada caso. Mientras el injusto del primer grupo de delitos se definiría por un ejercicio abusivo de la libertad contra un tercero –vida humana y libertad/deber negativo–, el segundo es consecuencia de la solución de un conjunto de deberes positivos y negativos tanto de la embarazada

⁴ Véase PIÑA, Juan Ignacio/VARGAS, Tatiana, *Código Penal comentado*, Ed. LegalPublishing, 2012, p. 339; con mayor información bibliográfica BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal: Parte especial* T. III., LexisNexis, 2ª Ed., 2007, p. 45; rechazando la inclusión de las hipótesis típicas como delito culposo POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 98; parece reafirmar esta tesis BALMACEDA, Gustavo, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Librotecnia, Santiago, p. 77 y ss.

⁵ Véase a modo de ejemplo LABATUT (*Derecho Penal, parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1996, p. 129) quien junto con omitir un análisis del consentimiento en el aborto, y a pesar de reconocer (p. 126) el posible interés de la mujer en ser madre como bien jurídico, afirma: “Al efecto distingue, para la penalidad, si se ejerce violencia en la persona de la embarazada...”.

como del facultativo, por una parte, y de los intereses de la madre y de la criatura especialmente expuesta a las decisiones de esta⁶. Aquí, la discusión se ha centrado en determinar si los deberes prepenales que se le imponen a la madre, incluso contra su deseo de mantener el embarazo, son deberes negativos que por la especial posición de la madre exigen prestaciones positivas o derechamente se tratan de “meros” deberes de solidaridad. La literatura hace depender de aquella discusión, por la diferenciada fundamentación de los deberes, el establecimiento de límites y posibilidades de solución de la colisión de intereses, derechos y deberes.

Para definir la relevancia de aquellos deberes se ha considerado especialmente la sistemática normativa y la gravedad de las penas asociadas a cada conducta. En efecto, como ya se ha señalado, el Código Penal ha optado por una sistemática que asocia la conducta del tercero o facultativo (arts. 342 N° 3 y 345 CP) con la del consentimiento de la madre (art. 344). La diferenciada penalidad de las conductas, sin embargo, da cuenta ya sea de una cualificación especial a la conducta de la madre (como la del parricidio en relación con el homicidio) o de la configuración de un injusto diferente⁷. Así, por ejemplo, la penalidad del tercero que, con consentimiento de la mujer, causa un aborto (art. 342 N° 3-), corresponde a presidio menor en su grado medio, mientras que el autoaborto o el aborto con consentimiento de la madre a que otro se lo cause (art. 344 inc. 1°) se encuentra sancionado con presidio menor en su grado máximo. La intención del legislador queda de manifiesto en dos cuestiones diversas: primero, descubre la idea que el consentimiento o falta de consentimiento de la madre permite cualificar especialmente ciertas situaciones como consecuencia de la incorporación a la valoración de ciertos intereses o bienes jurídicos adicionales a la vida del nonato. Así, en la medida que no exista consentimiento de la madre, el desvalor de la conducta no solo es concebido por la causación ilícita de la muerte de la criatura, sino además por afectar la autonomía (reproductiva) de la madre⁸ o, adicionalmente, su integridad física (ej. arts. 342 N° 1 o 343). En segundo lugar, queda de manifiesto que el delito de aborto se configura también desde deberes negativos con exigencias de prestaciones especiales y positivas de determinados sujetos en relación con el nonato.

Cuando se trata de una conducta voluntaria de la madre que causa el aborto o que consiente en que otro lo realice, dejan de ponerse en relevancia esos otros intereses o bienes jurídicos que configuran dichas

⁶ De una manera muy sistemática fue expuesto por el Prof. Dr. Luis Emilio Rojas en las VIII jornadas chilenas de Ciencias penales, de 26 de noviembre de 2011, titulada “Problemas de Legitimación de la punibilidad del aborto consentido” (aquí se cita el texto escrito de dicha ponencia). Sin embargo Rojas solo reconoce un plexo de deberes de carácter positivos.

⁷ Al respecto véase WILENMANN, Javier, “El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre), pp. 285 y ss.

⁸ Ver también WILENMANN, “El consentimiento...”, p. 286.

figuras; sin embargo, en estos casos se aproximan otros intereses, derechos y deberes que entran en juego, y que obligan a analizar con mayor intensidad la relación entre estos deberes y la conducta desvalorada: sea de la propia madre en relación con su salud y vida y a su hijo como también la del médico en relación con ambos. Esto explica que, por ejemplo, el autoaborto sea un tipo agravado en relación con los anteriores. La naturaleza y contenido de aquellos deberes explica la distinción entre el aborto consentido causado por un tercero y el realizado por un facultativo y la diferencia de punibilidad –más agravada para el segundo caso– correspondiente a un grado mayor (art. 345)⁹.

En este contexto, las tensiones entre los deberes de ciertos sujetos y sus propios intereses pueden recibir una solución extrapenal (ej., art. 119 del CP) o derechamente una respuesta de naturaleza penal que descriminalizan dichos supuestos, pero radicadas en las normas de la parte especial (ej. el elemento “maliciosamente” del art. 342 o la cláusula *abusando de su oficio* en el art. 345) o en normas o criterios de la parte general (ej. criterios de imputación objetiva).

(bb) Las limitaciones subjetivas a la punibilidad del aborto consentido.

En dicho marco sistemático, el legislador nacional decidió incorporar a la figura base del delito de aborto (art. 342) un elemento restrictivo de la punibilidad de naturaleza subjetiva, con el objetivo de servir de límite a la criminalización de ciertas conductas que resolvían determinadas colisiones de deberes. Así, si bien la figura base del aborto del art. 639 del CP español de 1822 (“El que empleando y á sabiendas...”) y del art. 328 del CP español de 1848 (“El que de propósito causare un aborto...”) utilizaban diferentes conceptos que daban cuenta de una exigencia subjetiva, sea acentuando un aspecto cognitivo o el volitivo, el legislador chileno decidió, por el contrario, emplear un concepto menos neutro que el utilizado por el legislador español: *maliciosamente*. En efecto, el comisionado Sr. Gandarillas sostuvo: *...la expresión de “propósito” pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fé proceden, por ejemplo, el médico que necesita causar un aborto i da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro*¹⁰.

Así las cosas, el art. 342 quedó, como sigue:

“El que *maliciosamente* causare un aborto será castigado:...”.

Como bien se extrae de aquella frase, el legislador chileno hace recaer primeramente en un elemento subjetivo de imputación la capacidad de distinguir la licitud o ilicitud de la interrupción del embarazo que, como

⁹ Un interesante artículo que aborda este tema, aunque siguiendo la tesis contraria, puede leerse en WILENMANN, “El consentimiento...”.

¹⁰ Acta, Sesión N° 160 de 25 de junio de 1873.

se analizará más adelante, terminará por tener una lógica en la colisión de derechos y deberes. Esto, porque solo comprendería como punibles aquellos actos que tuvieran como principal propósito causar la muerte del nonato, esto es, solo causar el aborto sin buscar, con dicha acción, la producción de la evitación de un mal grave para la madre. Lo anterior queda de manifiesto en el ejemplo utilizado por Gandarillas para justificar la necesidad de incorporar un elemento que solucione el amplio alcance del tipo penal: el médico que para evitar la muerte de la mujer embarazada debe dar un medicamento con el fin de procurar salvar la vida de la madre y, no obstante, debe causar el aborto. Sin perjuicio de la clara valoración del comisionado, sostiene hoy Bascuñán que, luego de una revisión de la literatura penal de principio de siglo XX, una interpretación del concepto “maliciosamente” basada en la teoría del doble efecto no fue seguida por la literatura en la evolución histórica y, por el contrario, dicho período se caracterizaría más por los intentos de vincular el concepto con constelaciones permitidas por la medicina o por el derecho, esto es, con el “conocimiento” del médico de ciertos supuestos de exclusión de la ilicitud¹¹.

El solo hecho de identificar diferenciadamente tal elemento subjetivo como una acentuación de la exigencia del conocimiento de la ilicitud de la conducta (y su solución como causa de exculpación por error de prohibición)¹² o como una solución a un problema de colisión de deberes que se soluciona en la antijuridicidad (de manera equivalente al art. 10 N° 10)¹³, en nada modifican el contenido valorativo general de la limitación de la punibilidad. Esto, porque independientemente de la ubicación sistemática que se le otorgue (cuestión que depende de consideraciones dogmáticas y sistemáticas previas), lo claro es que el legislador tuvo como objetivo valorativo de fondo no “criminalizar” la muerte no intentada, pero producida en el intento por proteger otro bien (por ejemplo, cuando existe colisión de deberes). Por cierto, y como bien indica Bascuñán, la forma de resolver tal asunto se modifica según exista o no una legislación que definía los criterios de *lex artis* o, al menos, que defina y solucione las situaciones conflictivas.

En efecto, con la entrada en vigencia del Código Sanitario en 1931 (DFL N° 226) y la incorporación de su art. 226 –esto es, la autorización legal de interrumpir el embarazo con fines terapéuticos–, dicho elemento subjetivo comenzó a ser interpretado como mera referencia al dolo “directo” y la exclusión de la punibilidad de casos de dolo indirecto y eventual¹⁴, con

¹¹ BASCUÑÁN, Antonio, “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”, Revista de Derecho y Humanidades, N° 10, 2004, p. 145 y s.

¹² BASCUÑÁN, “La licitud ...”, p. 146.

¹³ BASCUÑÁN, “La licitud ...”, p. 146.

¹⁴ Un completo análisis al respecto, y con mayores referencias, véase OSSANDÓN, 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 Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios, Año 18 - N° 2, 2011, pp. 103-136 (véase en especial pp. 112 y 113); VARGAS/PIÑA,

la sola excepción ya señalada del llamado aborto preterintencional del art. 343 CP. En otras palabras, la figura del art. 342, incluido su elemento subjetivo, se entiende como base de los demás delitos de aborto, con excepción de la figura del art. 343¹⁵.

La modificación posterior del artículo 119 (226 antes de 1967) del Código Sanitario en 1989¹⁶, en el sentido de restringir los criterios de legitimación del acto terapéutico de la madre con riesgo de vida para el feto solo a acciones indirectas, esto es, que no utilicen la expulsión del feto como medio, sino como un resultado colateral indeseado, provocó que dicho elemento subjetivo siguiera siendo entendido en un sentido clásico, aunque con una exigencia más intensa relativa a su contenido volitivo¹⁷. Por su parte, en relación con el art. 345 –esto es, el aborto provocado por el facultativo y relacionado con el art. 344 relativo al consentimiento de la madre–, la modificación del art. 119 del Código Sanitario configura un todo coherente con los límites fijados por la relación, adicional, entre el contenido de dicha norma prepenal y los elementos típicos “maliciosamente” del tipo base y la cláusula “abuso de oficio” del tipo especial.

En conclusión, mientras el dolo del delito de aborto consiste en la exigencia de conocimiento del estado de embarazo y en la capacidad abortiva del medio empleado, la exigencia adicional “maliciosamente” solo cobra sentido, como señala Ossandón, si se entiende que: “el tipo requeriría que este hubiere sido el particular propósito o finalidad que motivó el actuar del sujeto”¹⁸. Si bien dicha exigencia se incorpora de manera expresa solo en el art. 442 del CP, también se extiende a los arts. 344 y 345 (aunque esta última reforzada por un elemento especial), con la sola excepción del art. 343 CP que de manera expresa abarca casos de dolo eventual.

III. LAS DIFICULTADES TERAPÉUTICAS Y LA SITUACIÓN ESPECIAL DEL ABORTO DEL FACULTATIVO, CONSENTIDO POR LA MADRE (ART. 345)

En la discusión pública relativa a la necesidad de incorporar una causal terapéutica al Código Penal o al Código Sanitario vinculada con la autonomía de la madre, es recurrente que se sostenga que la actual legislación no permitiría limitar la punición o, al menos, la prohibición.

Nota Explicativa art. 432, p. 338; así, por ejemplo, el J. de Garantía de Santa Cruz, 30 de enero de 2007, en causa Ruc N° 0600690287-k, exige dolo directo o, incluyendo en dolo directo e indirecto, pero excluyendo el dolo eventual la C. de Apelaciones de Antofagasta, 25 de octubre de 2011, en casusa Rol N° 257-2011.

¹⁵ Una visión similar en OSSANDÓN, “La intención...”, p. 115.

¹⁶ Sobre la evolución de las normas del Código Sanitario ver BASCUÑAN, “La licitud ...”, pp. 147 y ss.

¹⁷ Véase con mayor profundidad en OSSANDÓN, “La intención...”, pp. 112 y ss.

¹⁸ OSSANDÓN, “La intención...”, p. 112.

Se repite que cualquier solución al respecto dependería del buen criterio y conocimientos del médico tratante, ya que la legislación no contemplaría soluciones. Lo anterior por cierto es equivocado, como se pasará a demostrar.

1. CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL DE ABORTO CONSENTIDO REALIZADO POR EL FACULTATIVO (ART. 345)

El aborto consentido realizado por un facultativo se encuentra tipificado en el Código Penal de la siguiente forma:

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

Se trata, como ya se explicó anteriormente, de un tipo penal estructurado sobre la base de la descripción de un acontecer lesivo (“causar aborto”), lo que le permite abarcar de manera amplia los distintos modos de comisión, pero que luego cualifica con la incorporación de un elemento configurador de la tipicidad objetiva: “abusando de su oficio”.

La estrategia legislativa es similar a la seguida por el legislador al incorporar el concepto “maliciosamente”. De hecho, se debe dejar constancia que la frase utilizada por el comisionado Gandarillas para solicitar la inclusión del concepto “maliciosamente” para la figura base, coincide exactamente con un comentario oficial al Código Penal español de 1848 relativo al concepto “abusando de su arte” de su art. 331. Los autores, en un análisis bastante más fino que el desarrollado por Gandarillas, dan cuenta de dos aspectos: el primero dice relación con la definición de la conducta típica, que es entendida de forma diversa a la actual: *expulsión prematura del producto de la concepción* (original) y; segundo, da cuenta de ciertos casos problemáticos en los que el médico se enfrenta ante la circunstancia de que la única posibilidad de salvar a la madre, frente a un peligro “grave e inminente” de su vida, es dicha expulsión; también considera casos en que no existe dicha inminencia, pero el peligro lo enfrentan tanto la madre como el feto. La solución provendría de la “licitud” del adelantamiento del parto o adelantamiento del parto del feto viable, en tanto dicho acto salvaría “felizmente” la vida de ambos¹⁹. Se trata, en consecuencia, de casos en que los médicos deben realizar la conducta riesgosa que aumenta las probabilidades de vida de la madre e hijo y, por lo tanto, que persigue salvar la vida de ambos y aquellos

¹⁹ Véase Comentarios oficiales de los abogados de los tribunales del reino en: Código penal de España sancionado por S.M. en 19 de marzo de 1848: arreglado á los reales decretos de 21 y 22 de setiembre de 1848. 30 de mayo y 2 de junio de 1849, 7 y 8 de junio de 1850 y comentado por, tercera ed.: imprenta y librería Politécnica de Tomás Gorchs, p. 187.

riesgos que deben ser asumidos por el médico como consecuencia del cumplimiento de un deber, pero que tienen como resultado la muerte segura del feto (inviabilidad)²⁰.

En consecuencia, y como da cuenta la referencia histórica, tanto la cláusula incorporada por el legislador en el tipo del art. 342 (“maliciosamente”) como del art. 345 (“abusando de su oficio”) tienen como objetivo reducir las constelaciones desvaloradas y cualificar especialmente la punibilidad del aborto, entendiendo que el médico debe asumir riesgos tanto para aumentar los niveles de salud del nonato o salvar su vida, como la vida de la madre o su salud²¹. Se entiende, por tanto, la existencia de un ámbito de riesgos regulados o establecidos por la *lex artis* que permitirían o tolerarían desarrollar actos médicos riesgosos, que no obstante hayan tenido como consecuencia la muerte del nonato, son consecuencia de la asunción de un riesgo que *ex ante* se consideraba permitido. El injusto penal, por tanto, está configurado –en un vocabulario más moderno– solo por el cumplimiento abusivo de un deber médico (*lex artis*) o ejercicio desproporcionado de aquel deber, con resultado de la muerte del feto.

2. ABORTO E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Desde la perspectiva de la dogmática de la parte general más moderna, cada vez más lejana aparece la concepción de que tanto el homicidio como el aborto sean explicados esencialmente como una relación causal entre una conducta y el resultado de muerte y que obligara al legislador a incorporar ciertos elementos subjetivos para solucionar un problema de imputación del resultado. Así como para el delito de homicidio, también para el de aborto, atendido a su estructura típica, se exige el desarrollo de criterios de imputación objetiva. El injusto penal del aborto lo configura no solo una conducta vinculada causalmente con el resultado, sino esencialmente la ejecución de modos de conducta desproporcionadamente riesgosos para la vida del nonato (riesgos prohibidos o no tolerados) que se han realizado o concretado en resultados de muerte. Lo anterior descarta esa decimonónica concepción del aborto como “acción de causar la muerte del feto”, para concebirlo como toda acción desproporcionadamente riesgosa y, por tanto prohibida o no tolerada, que afecta al nonato y que se realiza en el resultado de muerte.

Así, casos que con anterioridad eran concebidos como “típicos” –como aquel en que un médico para salvar la vida de la madre, debe adelantar el parto en un estado del embarazo que puede resultar todavía riesgoso (ej. 23 semanas) para la vida del nonato– y que exigían para su exclusión

²⁰ Véase *op. cit.* Nº 19, p. 186 y s.

²¹ Véase *op. cit.* Nº 19, p. 187.

un análisis de los elementos subjetivos o de una causa de justificación, en la actualidad pueden ser concebidos como “efectos de un riesgo permitido o tolerado”. Esto, porque –por ejemplo– si bien se ha producido el resultado de muerte relacionado causalmente con el acto médico, el médico en esos casos ha elevado las probabilidades de vida tanto de la madre como del nonato (disminución del riesgo previo), no pudiendo concebirse como un riesgo prohibido o no tolerado. Una concepción del injusto extremada o esencialmente causalista, debía necesariamente recurrir, para exceptuar la punibilidad de estos casos, ya sea al análisis posterior del tipo subjetivo (maliciosamente) o alguna causa de justificación (como la del art. 10 N° 10 del CP o entender el art. 119 del Código Sanitario como norma de permisión).

Además, es vital señalar que aquellos casos de aborto provocados por un facultativo (art. 345), como se ha dicho, incorporan el elemento especial en la descripción típica del “abuso de su oficio”. Así, y si se entiende que con dicho elemento vincula la ejecución de actos médicos con criterios médico-terapéuticos (*lex artis*) que legitiman la producción de un riesgo para la vida del nonato como la producción de ciertas lesiones, se debe forzosamente concebir dicho elemento ya sea como una acentuación de la necesidad del análisis de la “imputación objetiva” a nivel de tipicidad (en especial, la definición del riesgo permitido o tolerado), o como un elemento referido a la exclusión de la antijuridicidad (causa de justificación que relaciona el art. 10 N° 10 con dichos criterios). En este último caso, exigiría la existencia de causas de justificación extralegales o una vinculación con el art. 119 del Código Sanitario, que se podría concebir, en parte, como una autorización de generación de un riesgo o como un relajamiento de la prohibición en los casos de muerte segura y prevista de la criatura²². Parte de la literatura, sin embargo, vincula este elemento con la exigencia de “dolo directo” que formaría parte de este tipo penal²³, mientras otros –la doctrina mayoritaria– la entienden como una vinculación con “finalidades” no terapéuticas, excluyendo aquellos actos médicos fundados en consideraciones humanitarias y altruistas, aun cuando aquello termine con la muerte del nonato²⁴.

²² OSSANDÓN, (“La intención...”, p. 114) parece no compartir las posibilidades de configurar causas de justificación extralegales ni una concepción como tal del art. 119 del C. Sanitario.

²³ OSSANDÓN, “La intención...”, p. 114.

²⁴ Véase, por todos, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, p. 89; con múltiples referencias OSSANDÓN, “La intención...”, p. 114.

IV. ABORTO CONSENTIDO Y DOBLE EFECTO: *ABORTO DIRECTO (PERSEGUIDO) COMO LÍMITE A LA TENSIÓN DE DERECHOS*

(aa) Como se explicará, a diferencia del aborto “no consentido”, la configuración de estos tipos penales y el sistema prepenal representan un todo coherente y sistemático que le permiten solucionar la tensión entre el interés social de proteger al nonato y el complejo de derechos y deberes de la madre y el médico: deberes y derechos de la madre; deberes y derechos del facultativo, derechos del nonato, etc. El sistema, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana de todos los seres humanos desde sus cualidades esenciales (y no accidentales), prohíbe la instrumentalización de los seres humanos y, como efecto, la prohibición de la producción de la muerte directa de seres humanos inocentes. No obstante, como se demostrará, en la solución de las tensiones el legislador opta por definir un ámbito de conductas lícitas, como se pasará a demostrar. Si bien no toda producción de la muerte del nonato se considerará ilícita, aunque mantendrá el núcleo de la prohibición: sí lo será toda muerte provocada directamente.

Objeto de este informe son las soluciones que nuestro ordenamiento jurídico provee para casos en que se genera una aparente colisión de derechos (o de deberes), ya que una posible solución al problema médico de la madre radicaría en la generación de un riesgo para el nonato o derechamente en la producción de su muerte. La norma que constituiría el estatuto de regulación de aquella constelación es exclusivamente, por decisión expresa del legislador, del art. 119 del Código Sanitario que está redactado de la siguiente forma:

“Artículo 119.- No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

Dicha norma, no obstante lo que se pudiera pensar de primera lectura, no tiene como objetivo negar toda posibilidad de actos médicos que pudieran ser riesgosos o que pudieran afectar la vida del nonato²⁵. En realidad, y como consta históricamente²⁶, se resolvió en 1989 modificar –y no derogar– el art. 119 del Código Sanitario de manera de regular razonablemente las intervenciones terapéuticas riesgosas que, como efecto colateral, pudieran afectar la vida del nonato, no dejando la solución al arbitrio de cualquier médico o profesional de la salud o a ponderaciones de intereses de cualquier naturaleza. Con esta decisión legislativa se opta por una concepción normativa concreta respecto del contenido de los deberes, el estatus jurídico de lo protegido y las posibilidades de solución de la tensión entre los diferentes derechos e intereses en juego. Antes que

²⁵ Incorrectamente –esto es, en un sentido restringido y como una réplica de la prohibición del Código Penal– lo han interpretado, por ejemplo, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, p. 97.

²⁶ Ver el análisis histórico en BASCUÑÁN, “La licitud ...”, p. 152 y ss.

producir un conflicto de deberes y derechos no solucionables y absolutos, la norma constituye un modelo de solución de aquella tensión.

Esta decisión legislativa, que pudiera ser cuestionada por algún déficit democrático en su origen o alguna limitación de carácter religioso, sin embargo coincide –lo que hace decaer la posible crítica– con el criterio elegido por el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, del que no puede alegarse una orientación religiosa, que, junto con reconocer como paciente a los seres humanos desde su existencia intrauterina hasta la muerte natural extrauterina (art. 8) y manifestar la existencia de deberes en relación con el hijo como a la madre en dicho, opta por la limitación de la prohibición absoluta de los riesgos para la vida de las personas solo a los actos abortivos directos de la siguiente forma:

“Artículo 9 del Código de ética (2011). El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”.

(bb) La constelación problemática que pretenden regular estas normas prepenales (y sociales) es aquella en que un ciudadano –en especial, el médico– que, enfrentado a una situación riesgosa para la madre, cualquiera sea su opción –esto es, cumplir su deber médico solo en relación con la madre, solo para con la criatura o derechamente la omisión de ambas–, necesariamente se vería enfrentado al incumplimiento de alguno de los deberes. Como consecuencia de lo anterior, sea por acción o por omisión, adicionalmente cumpliría los requisitos típicos del delito de homicidio (por omisión) o aborto (por acción). Por cierto, esta solución es considerada absurda²⁷, por todas las concepciones normativas y filosóficas. No obstante lo anterior, las soluciones planteadas teóricamente se basan en concepciones de la sociedad, de la persona y de la justicia muy diferentes.

Previo al análisis de la concepción elegida por el legislador en su art. 119 del Código Sanitario, y el Colegio Médico en su art. 9, se analizarán las concepciones alternativas:

Una primera solución consistirá en aplicar a constelaciones de casos de colisión ineludibles de derechos o intereses, el principio básico de todas las causales de justificación: el sujeto actúa conforme a Derecho si da preferencia al interés más valioso²⁸. Por tratarse de casos de colisión entre el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida de la madre u otros intereses de la madre, la prohibición absoluta de no matar, sobre la base de autorizar el “mal menor”, necesariamente significará entender que nuestro ordenamiento jurídico puede instrumentalizar seres humanos como medio para alcanzar un fin bueno. *Esto significa que la opción es*

²⁷ MIRANDA, Alejandro, “¿Qué es el aborto indirecto?”, La Prohibición del aborto y el principio del doble efecto, en: Acta Bioethica, 2014, 20 (2), p. 11.

²⁸ Véase ROXIN, Claus, Derecho Penal, parte general, § 16 Sección 4, p. 672.

autorizar matar a un ser humano –en este caso, al nonato– como “medio” para lograr el fin de salvar o mejorar a la madre. Esta tesis encontraría su legitimidad, como se ha señalado, en el desarrollo de ponderaciones entre los bienes que se salvan y los que se sacrifican como en el “estado de necesidad justificante”²⁹. En la constelación propuesta –esto es, la tensión entre el derecho a la vida de dos seres humanos– sería necesario abandonar la estructura valorativa de nuestra Constitución Política en relación con los arts. 1.2 y 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y sostener que el hijo en el vientre materno no es un sujeto de derechos –esto es, persona–, sino un mero objeto de interés: valorable, pero instrumentalizable en ciertas circunstancias³⁰. Con aquella degradación de sujeto a objeto de interés de la criatura se permitiría entender como un “mal menor” su eliminación y se autorizaría su instrumentalización.

A este modelo de razonamiento obedece de manera extrema y sin pudores la opinión de Hermosilla que, aunque con ciertas incorrecciones dogmáticas, asocia la solución de este conflicto con el art. 10 N° 7 que regula el estado de necesidad justificante, cuando el mal menor recae sobre bienes de carácter o significación patrimoniales y meramente instrumentales³¹:

“En mi opinión, el médico que realiza una acción destinada a proteger la salud y la vida de la madre, que implica la muerte del feto, no realiza una acción matadora propia del tipo del aborto, sino que una acción sanadora conforme a la *Lex Artis*, adecuada a derecho y amparada en el artículo 10 N° 7 del Código Penal (estado de necesidad)”³².

Una segunda opción es la defendida en Chile por Bascuñán³³ y aplicada de *lege lata* por Wilenmann³⁴, y que propone una reconstrucción amplia y sistemática de los delitos de aborto, replanteándose el contenido de los deberes y los derechos en tensión. Así, por ejemplo, reconstruyen el deber de respetar la vida del no nacido, ya no como un deber negativo de “no matar”, sino como un deber de solidaridad “por necesidad” de la madre en relación con el hijo que obligaría, a su vez, a replantearse los límites de la solidaridad. Así, por ejemplo, para Wilenmann el deber de la madre en relación con su hijo no nacido, esto es, un mandato de tolerancia, sería un deber asimilable al del estado de necesidad, ya que “el feto se encuentra en estado de necesidad agresivo respecto de la mujer,

²⁹ Véase VAN WEEZEL, Alex, en: HERMOSILLA, Juan Pablo; VAN WEEZEL, Alex, “Contrapunto: El Aborto Terapéutico”, en: Rev. chil. derecho, Santiago, v. 36, n. 1, abr. 2009, pp. 205-208.

³⁰ VAN WEEZEL, Alex, en: HERMOSILLA, Juan Pablo; VAN WEEZEL, Alex, “Contrapunto: El Aborto Terapéutico”, en: Rev. chil. derecho, Santiago, v. 36, n. 1, abr. 2009.

³¹ Véase al respecto COUSO, Jaime, Comentario Art. 10 N° 7 CP, en: COUSO, Jaime/ HERNÁNDEZ, Héctor (Directores), Código Penal comentado, parte general, AbeledoPerrot, p. 236.

³² HERMOSILLA, p. 206..

³³ BASCUÑÁN, “La licitud ...”, pp. 167 y ss.

³⁴ WILENMANN, “El consentimiento...”, pp. 281-319.

ya que requiere la tolerancia de su dependencia para sobrevivir”³⁵. Ya que se trataría de un deber de tolerancia impuesto por ley, frente a la imposibilidad del Estado por sustituir la obligación de la mujer, que –en todo caso– exigiría ausencia de ciertos márgenes de daño respecto de la persona obligada. En principio, y si bien el deber de tolerancia abarca la afectación del cuerpo de la mujer, el deber no se extendería a casos en que exista peligro para la vida de la madre. No se trataría de una causa de justificación –esto es, de una permisión que reemplaza la prohibición original–, sino de una prohibición no aplicable. Por lo mismo, y para el caso del deber del médico, el aborto terapéutico sería la evitación de una muerte que la mujer no tiene deber de tolerar y que el derecho no prohíbe (al menos su prohibición no alcanza); por lo mismo, la conducta del médico sería impune³⁶: “por un mínimo de racionalidad en la protección de la mujer, el sistema tiene que cancelar la validez de la prohibición del aborto también respecto de terceros”³⁷.

Una tercera y cuarta opción dogmático-filosófica, a diferencia de las anteriores, se ubica respetuosa de los reconocimientos constitucionales antes analizados, consistente en limitar el deber negativo de no matar y su correlativa prohibición de matar, aunque renunciando a cualquier solución que implique ponderación de bienes (o seres humanos), esto es, instrumentalizar al niño nonato o a la madre como medio para un fin terapéutico.

Así, la tercera opción –clásica en el derecho penal– entiende que no es posible someter a una ponderación de bienes o intereses la vida humana, precisamente como consecuencia del reconocimiento de la dignidad del ser humano y la imposibilidad de su instrumentalización. Señala Roxin –refiriéndose, sin embargo, en general y no en relación con el aborto– que *Solo conduciría a la inhumanidad si se quisiera reconocer, aunque solo fuera en los casos extremos de estado de necesidad para la vida, la categoría de la “vida sin valor vital” (...); este es un principio que actualmente resulta indiscutido*³⁸. Por esta razón, serían inadmisibles tanto las cualificaciones entre dos o más vidas como la cuantificación de las mismas. No podría ser considerado como un “mal menor” la conducta de un médico que le quita a un paciente el 30% de posibilidades de sobrevivir con el único aparato de respiración artificial existente para poder salvar de ese modo a un paciente ingresado posteriormente con 70% de posibilidades de sobrevivir”. Tampoco podría aceptar el derecho –según este modelo– que se sacrifique a unos pocos inocentes para salvar a muchas personas³⁹. Así las cosas, una ponderación de la vida

³⁵ WILENMANN, “El consentimiento...”, p. 296.

³⁶ WILENMANN, “El consentimiento...”, p. 316.

³⁷ WILENMANN, “El consentimiento...”, p. 317.

³⁸ ROXIN, Claus, Derecho Penal, parte general, § 16 Sección 4, nm. 29.

³⁹ ROXIN, PG, § 16 Sección 4, nm. 29 y s.

no podría ser aceptada y debe optarse por el principio de que “matar a una persona, aunque esté perdida de todos modos, sigue siendo un acortamiento arbitrario de su vida” y “que incluso la vida del condenado a morir está bajo la protección del ordenamiento jurídico”⁴⁰. La solución, en consecuencia, para este tipo de conflictos, no pueden estar radicadas en el ámbito de la licitud de la conducta, sino –más bien– en el ámbito del análisis del reproche al sujeto infractor y, en concreto, en el estudio de las condiciones para desarrollar dicho reproche: esto es, si en las condiciones del caso es razonable que el Estado exija a dicha persona comportarse conforme a la norma de conducta (“exigibilidad de otra conducta”) y, por lo mismo, se trataría de un problema a analizar en la categoría de la culpabilidad y que este autor lo trata como “estado de necesidad excluyente de responsabilidad”⁴¹.

Esta opción teórica, entonces, entiende que el deber negativo de “no matar a una persona inocente” constituye un deber absoluto que no acepta una excepción, ya que toda ponderación obligaría a ser arbitrario con la dignidad de dicha persona. El deber positivo de sanar, de salvar o de impedir la muerte no exige ni abarca el deber de eliminar a un inocente. No obstante lo anterior, aquello no significa que el derecho penal no pueda renunciar a la pena en ciertos casos, por ejemplo de estado de necesidad exculpante. Refiriéndose al estado de necesidad exculpante del § 35 de StGB, y específicamente a los casos en que una persona debe eliminar a otra para evitar un mal para su persona, señala Roxin: “El que a pesar de ello el § 35 exima al sujeto de pena no se debe por tanto a la falta de desaprobación del hecho por el ordenamiento jurídico, sino a que su conducta, pese a la desaprobación, no se juzga necesitada de pena”⁴². Así las cosas, ya sea por no poder exigir un comportamiento conforme a la norma de parte del sujeto imputado o por falta de necesidad de la reacción penal, el Estado renuncia a la sanción penal, pero no así ni a la protección del ordenamiento jurídico de la vida ni a la constatación de un injusto en aquella conducta.

La cuarta opción, y que será objeto de análisis en el próximo apartado, la constituye la teoría del doble efecto, que se encuentra cristalizada legalmente en el art. 119 del Código Sanitario chileno y manifestada moralmente también en el Código de Ética médico en su art. 9. Esta teoría plantea la configuración de los deberes de una manera diferenciada, reduciendo el ámbito de lo absolutamente prohibido solo a “la búsqueda de la muerte intencional”. Así, y si bien el ordenamiento puede ponderar ciertos aspectos del deber de no matar a un inocente (como cuando se produce como efecto colateral y como consecuencia de una conducta descuidada o desproporcionada), le es irrenunciable solo el más esen-

⁴⁰ ROXIN, PG, § 16 Sección 4, nm. 29 y s.

⁴¹ ROXIN, PG, § 22, nm. 138 ss.

⁴² ROXIN, PG, § 22, nm. 2.

cial: la provocación de muerte directa. Como consecuencia de aquello, y de modo operativo en los casos de una aparente colisión de derechos (incompatibles: vida v/s vida), dicha concepción resuelve el problema con el siguiente criterio:

“Un efecto malo que jamás puede ser lícitamente procurado como fin o como medio, puede aceptarse justificadamente cuando es solo el efecto colateral de una acción en sí misma lícita y necesaria para conseguir un efecto bueno de importancia proporcionada”⁴³.

Se trata por tanto de un criterio que autoriza la ejecución de conductas que en sí mismas no sean malas, pero que, no obstante que de ellas surjan efectos tanto buenos como malos, sean la *ultima ratio* para evitar un mal que proporcionadamente aparece como inexigible. La licitud de esta conducta riesgosa, o incluso lesiva, está radicada en que se trata de la única forma de conseguir un fin bueno que, a su vez, es la única forma de evitar un daño tan grave en proporción al efecto malo, que no esté obligado a sufrir⁴⁴. La conducta buena necesaria, ya que de otra forma se estaría obligado a omitir a costa de sufrir un mal irreparable al agente o un tercero (p. ej. la muerte), solo produce como efecto colateral el resultado dañino.

Este razonamiento práctico, que tiene como origen trabajos de moralistas de la Iglesia católica, tiene como fundamento postulados filosóficos y morales generalmente aceptados⁴⁵, como son, por ejemplo, que:

- a. No es lícito procurar la muerte de un ser humano, porque eso equivale a negarle su valor intrínseco, esto es, de fin en sí mismo. Por lo mismo, nunca es lícito procurar la muerte de un ser humano *inocente* como medio para salvar a otro ser humano.
- b. No obstante estar absolutamente prohibido procurar la muerte de otro ser humano, no lo está siempre emprender conductas que puedan tener como efecto colateral o indirecto la capacidad de procurar la muerte.

La importancia de esta teoría es que permite resolver los conflictos de interés, aunque manteniendo una configuración social, idea de Estado instrumental al individuo respetuosa de la dignidad humana y del estatus de la persona humana. Así, esta solución no es incompatible con la aplicación del sistema diferenciado del delito (injusto y culpabilidad), de manera que criterios como el estado de necesidad exculpante o la falta

⁴³ MIRANDA, “¿Qué es el aborto indirecto?”, pp. 159 y ss; El Mismo, “El Principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, en: Rev. chil. derecho [online]. 2008, vol.35, n.3, pp. 485-519.

⁴⁴ UGARTE, José Joaquín, Curso de Filosofía del Derecho, Tomo I, Ediciones UC, 2010, p. 394.

⁴⁵ MIRANDA, “¿Qué es el aborto indirecto?”, pp. 5 y ss.

de necesidad de pena resultan ser, en el resto de los casos, no abarcados por el riesgo permitido, una posibilidad.

(cc) El art. 119, en los términos expresados, configura una norma de conducta especial para el médico, que a diferencia de lo que se suele interpretar no configura una norma de conducta general de las conductas médicas. Se trata solo de aquella norma que busca solucionar y dar seguridad jurídica al facultativo, al menos, en dos de las constelaciones complejas relativas a los “efectos colaterales” del acto médico: la de efectos lesivos que se producen como consecuencia de riesgos médicos (que, en realidad, dogmáticamente no requiere de este artículo) y la de la colisión de deberes: muerte prevista del nonato. A todas estas constelaciones les es común el hecho de que el médico se encuentra en una situación compleja, derivada de la existencia de deberes médicos que colisionan y lo ubican en una situación absurda: cometería delito de aborto por acción o de homicidio por omisión impropia, ya que cualquiera sea su decisión infringirá alguno de sus deberes (entendidos como absolutos), enfrentándose el ordenamiento jurídico a la necesidad de replantear su sistema normativo.

La solución de la teoría del doble efecto orientada al acto médico del facultativo radica en que, en casos de colisión de deberes, lo prohibido en el acto médico no es tanto la producción de resultados lesivos –como la muerte del *nasciturus* o las lesiones al feto–, sino el desarrollo de conductas “cuyo fin sea provocar un aborto”. Así las cosas, el art. 119 acepta que la muerte pueda ser consecuencia o efecto colateral de un acto médico, solo en tanto la muerte no se haya buscado directamente (que el acto no sea malo en sí mismo), que la intención sea recta, buena o neutra, que el efecto malo no sea medio para conseguir el bueno, y que exista proporcionalidad: el mal que se evita con el acto médico constituye un mal tan grande en proporción al efecto dañino colateral, que se entiende permitida la conducta buena o neutra del médico⁴⁶. En consecuencia, la teoría del doble efecto en la actividad médica –sea en el art. 119 o más amplia en el art. 9 del Código de Ética médica– prohíbe de manera absoluta, por constituir un acto intrínsecamente malo, la producción directa de la muerte del *nasciturus*, mientras que no lo considera así (prohibición relativa) cuando la muerte constituye un efecto colateral, de la producción de riesgos “permitidos o tolerados” (proporcionalidad), así como en casos de colisión de derechos en que el médico ha debido cumplir el deber en relación con la madre. Piénsese en constelaciones como las siguientes⁴⁷:

Aproximadamente 2/100 de los embarazos son ectópicos, esto es, embarazos cuya anidación procede en un lugar distinto del endometrio

⁴⁶ Mayores referencias relativas al doble efecto, véase Miranda, *op. cit.*, N° 44.

⁴⁷ Se agradece la colaboración del Prof. Dr. Sebastián Contreras, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, en la elaboración de los ejemplos expuestos.

materno. El 98% de dichos embarazos ectópicos son tubarios. Ahora bien, sea que se trate de un embarazo tubario o de un embarazo cervical, lo cierto es que esas estructuras corporales no están diseñadas para recibir a un embrión y, a causa de su tamaño y delicadeza, fácilmente pueden ser destruidas producto de la implantación ectópica. El problema que se genera en situaciones como esta es que la vida de la madre podría correr peligro, si se considera que el rompimiento de la trompa de Falopio que no puede seguir albergando el feto ectópico podría ocasionar una hemorragia de tal condición que la salud de la madre podría verse gravemente comprometida. Lo mismo ocurriría si, producto del rompimiento de la trompa, se ocasionara una sepsis.

Una primera posibilidad de solución radica en la aceptación de que el embarazo ectópico constituye un grave riesgo tanto para la vida del *nasciturus* como de su madre. Esto, porque –como ya se ha dicho– en muchos casos dicha condición puede ocasionar la muerte de la madre, mientras que tal muerte, en caso de no realizar ningún acto médico, constituye también una segura muerte de la criatura. Entendido así, una posibilidad es monitorear el crecimiento del embrión y el riesgo de dicho embarazo hasta las 24 semanas de embarazo (hasta que el nonato esté en condiciones de nacer con probabilidades de sobrevivir), haciendo permanecer hasta dicho tiempo un riesgo controlado para la vida de la madre; para luego generar un riesgo para el menor, adelantando el parto desde dicha edad gestacional. Por cierto, se trata de un riesgo que, por aumentar las posibilidades de vida –tanto para la madre como para la criatura–, se encuentra dentro del llamado “riesgo tolerado”, de manera tal que, si el acto médico resulta fallido y se provoca el daño colateral no querido, no puede ser entendido como un efecto de un “riesgo prohibido”, sino un caso de “disminución del riesgo”. Esta solución, si bien está abarcada por el art. 119 del Código Sanitario, sin embargo no lo requiere.

Para aquellos casos en que el médico no pueda esperar llegar a un estado de desarrollo fetal compatible con el adelantamiento del parto (esto es, estado de viabilidad), en atención al riesgo para la salud o vida de la madre, o por la imposibilidad técnica de monitorear el crecimiento fetal con un consiguiente riesgo descontrolado para la madre, la tradición del doble efecto –regulada en el art. 119– acepta la remoción del tubo, y por tanto el embrión o feto ectópico del lugar “anormal” en que se encuentra implantado. Lo anterior se realiza mediante una cirugía llamada salpingectomía. Con dicha operación, que consiste en la extirpación de la trompa con el feto en su interior (sin afectación directa del feto), el médico cumple su deber de salvar la vida de la madre y no incumple su deber en relación con el feto.

En este caso, el art. 119 del Código Sanitario actúa como solución a la tensión, toda vez que el derecho prepenal –esto es, el derecho sanitario que establece los deberes del facultativo– ante la posibilidad de entender

la prohibición de causar la muerte del feto de manera extensiva o absoluta (toda causación / dolo directo, indirecto, eventual y⁴⁸ culposo) y mantener el deber del médico a costa de la vida de la madre y del feto, opta por limitar los deberes irrenunciables solo a los riesgos médicos asumidos que impliquen el aborto directo (núcleo de la prohibición) e instrumentalicen al niño. En consecuencia, mantiene en el ámbito de lo permitido la ejecución de actos médicos riesgosos que buscan sanar a un paciente (conducta buena) –única forma de evitar un mal grave a una persona (en este caso la muerte)–, pero que, como efecto colateral, podría producir o producen la muerte de la criatura. No se trata de una solución inmediata, requiere operativamente que se sigan ciertos parámetros, todos dirigidos a comprobar la no instrumentalización del ser humano. El centro del criterio radica, entonces, en la no prohibición absoluta de realizar conductas terapéuticas riesgosas o lesivas, en tanto medida de *ultima ratio* (necesaria) y proporcionada en relación con el mal grave amenazado.

Los requisitos del doble efecto, manifestados metodológicamente, pueden ser formulados como condiciones:

1. La acción debe ser buena o, al menos, indiferente o permitida.
2. La acción no busca producir resultado malo ni mal alguno.
3. No se usa un mal como medio para obtener algún resultado.
4. El resultado final es que lo bueno debe ser proporcionado, esto es, que las metas positivas deben ser mayores que los males acumulados como consecuencia de los actos.
5. No debe existir otra manera de conseguir el efecto bueno.

En otras palabras, como señala Miranda, frente a la tensión de deberes del médico existen dos soluciones: entender que frente a su deber de no lesionar (se vulnera por acción) y su deber de actuar (por omisión), debe preferirse siempre el cumplimiento del primero, esto es, no producir causalmente la muerte, viéndose el médico en la obligación de omitir su deber terapéutico en relación con la madre; o entender que la distinción entre acción u omisión desde la perspectiva moral no es relevante –y establecer el criterio de que solo está prohibido intentar directamente la muerte de feto⁴⁹–. El art. 119 del Código Sanitario opta por este último.

(dd) Otros casos complejos:

Producto del cada vez más frecuente retardo en la edad para embarazarse, es cada vez menos infrecuente también el surgimiento de complicaciones gestacionales por *cáncer uterino*. Una mujer podría encontrarse en una etapa avanzada, por ejemplo, de cáncer de papiloma, cuando descubre

⁴⁸ MIRANDA, “¿Qué es el aborto indirecto?”, p. 11.

⁴⁹ MIRANDA, “¿Qué es el aborto indirecto?”, pp. 11 y s.

que está embarazada, y que la única alternativa de tratamiento terapéutico es que su médico la someta a tratamientos de radioterapia o quimioterapia. La quimioterapia o radioterapia, o el uso de antineoplásicos, podrían afectar la salud del feto e, incluso, causarle la muerte. Para la teoría del doble efecto, si estos tratamientos son la única solución para el avance del cáncer, sería lícito someter a la paciente a ellos. Para verificar la intención de la mujer se utiliza normalmente el siguiente contrafáctico: si no estuviera embarazada, ¿se sometería a la terapia que causará la muerte del feto? Si la respuesta es no, entonces es claro que la intención ha sido producir el aborto.

Otra de las complicaciones se refieren a la llamada “placenta previa”. Casi todas las mujeres con placenta previa necesitan una cesárea. Ahora bien, si la placenta cubre todo o parte del cuello uterino, un parto vaginal podría causar tal nivel de sangrado, que este procedimiento podría ser mortal para la madre y el bebé. Si el feto se “extrae completo”, entonces la operación por placenta previa agravada no implicaría ningún reproche moral.

Se debe tener en cuenta que los problemas que puede ocasionar la placenta previa a la mujer están en estrecha relación con su tipología: cuanto más obstruye el cuello del útero, mayores son las posibilidades de sintomatología relacionada con su posición y de riesgo para la madre o para el bebé. La principal complicación que puede ocasionar la placenta previa es una hemorragia, debido a la fijación inestable de la placenta en el útero. La hemorragia puede causar desprendimientos del borde placentario. Y este sangrado podría generar complicaciones adicionales, que aumentan cuanto menor sea la edad gestacional.

En casos como el tumor ovárico en una mujer embarazada se podría prescribir la realización de una histerectomía abdominal total con feto in útero, más salpingooforectomía bilateral (extracción de ambas trompas y ovarios). Si en la realización de la histerectomía se tiene la previsión de no dañar directamente al feto, entonces, aunque este muera producto de que ha sido removido del útero, entonces la muerte del feto es praeterintencional.

La eclampsia consiste en el agravamiento de la preeclampsia o enfermedad hipertensiva gestacional. Si el feto no tiene las semanas necesarias para ser cualificado como viable, la inducción de parto vaginal, cuando no existe otra alternativa, podría causar la muerte del feto.

Otras situaciones: i. Infección ovular: i. Desprendimiento de placenta; iii. Placentectomía

V. CONCLUSIÓN

Este artículo se ha propuesto contestar a la interrogante acerca de si la constelación compleja producida por el riesgo para la vida de la madre

derivada de su embarazo, tendría alguna solución en nuestro ordenamiento jurídico. Aun cuando parece ser una conclusión evidente, lo claro es que el proyecto de ley y sus defensores han extremado sus argumentos en el sentido diverso.

Nuestro análisis ha demostrado las siguientes conclusiones:

1. El ordenamiento jurídico chileno le impone a la madre que lleva en su vientre un hijo y a los terceros que interactúan con ella el deber general negativo de organizar sus vidas sin afectar la del *nasciturus* (*naeminem laedere*). Adicionalmente, y en atención a que a dicha madre o a ciertos terceros –por ejemplo al facultativo– se le imponen deberes prestacionales adicionales, más intensos en relación con el *nasciturus*, es que la punibilidad resulta ser también más gravosa. La literatura chilena, aunque con cierta incorrección, denomina a aquellos deberes “de garante”, ya que surgen de una especial relación simbiótica de dependencia de la criatura con la madre o jurídica con dichos terceros, lo que exige no solo la no afectación, sino también dicho tipo de prestaciones positivas. No obstante lo anterior, respecto de estos mismos sujetos especiales, precisamente también se producen de manera permanente colisiones de derechos e intereses, que pueden hacer complejo o más intenso el cumplimiento del deber negativo.
2. En el caso del facultativo médico, por cierto que se presentan constelaciones de conflictos complejos, como aquel en que el deber de asistir a la madre colisiona con el deber de asistir y proteger a niño o niña no nacida. Más allá de aquello que se puede haber aceptado a lo largo de nuestra historia, lo claro es que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico provee soluciones a aquella constelación problemática.

En realidad, se pueden observar tres hipótesis diferentes, las que reciben distinto tratamiento extrapenal y penal: 1) aquella en que el médico debe emprender un riesgo como consecuencia de una necesidad médica en beneficio de la madre y que significa un peligro proporcionado para la vida del *nasciturus*, sin ello ambos corren riesgo para la salud y su vida; 2) una segunda constelación es aquella en que el riesgo asumido para salvar la vida de la madre, con seguridad significará la muerte de la criatura y; 3) aquella en que el médico emprende un acto médico tendiente a matar al feto, ya que su eliminación podría ser como un medio para salvar la salud y vida de la madre.

1. La primera constelación, representa un problema que en la literatura penal se le denomina “disminución del riesgo”, esto es, no se considera un riesgo prohibido, y por tanto no puede fundar el injusto del delito de aborto aquella conducta riesgosa que se ha asumido con el objetivo de evitar un resultado dañoso más intenso, ya que este mejoró

- la situación preexistente de la víctima. Si bien no se pudo alcanzar a evitar el resultado, este es consecuencia de una conducta que no puede considerarse prohibida y, por tanto, tampoco típica.
2. La segunda constelación requiere una solución normativa, en tanto se trata de definir si una conducta que crea un riesgo que puede considerarse desproporcionadamente alto en relación con el no nacido, puede considerarse lícito. Dicha solución normativa es aceptada de manera limitada, en tanto se acepta en aquellos casos en que el médico se enfrenta a dos deberes incompatibles: en relación con la madre y de su hijo no nacido. El legislador solo mantiene el núcleo de la prohibición: matar directamente a un inocente, pero relaja la prohibición relativa a la producción de un riesgo previsible para el nonato, pero que no persigue directamente su muerte. Dicho criterio se encuentra establecido en el art. 119 del Código Sanitario que acepta que la muerte pueda ser consecuencia o efecto colateral de un acto médico, solo en tanto la muerte no se haya buscado directamente (que el acto no sea malo en sí mismo), que la intención sea recta, buena o neutra, que el efecto malo no sea medio para conseguir el bueno, y que exista proporcionalidad. En otras palabras, el riesgo asumido, en la medida que no busque la muerte directa –lo que debe verse no solo expresada en términos subjetivos, sino también objetivos– se trata de un riesgo permitido y no de una norma de permisión de eliminar al nonato. En términos estrictamente penales, este tipo de conductas, en principio, no serían típicas en tanto no constituyen una vulneración a la norma de conducta prepenal que regula el actuar médico, no pudiendo configurar un injusto penal⁵⁰. Pero la no punibilidad, adicionalmente, se encuentra asegurada por lo demás en dos categorías de naturaleza penal que, en la estructura del sistema del delito, son analizadas con posterioridad, y, por lo mismo, solo tendrán rendimiento si no se comparte la primera afirmación relativa al contenido del art. 119: en las exigencias subjetivas generales y especiales (dolo y maliciosamente) y en la categoría de la antijuridicidad (ej. Ejercicio de un deber o profesión).
 3. La única constelación que se mantiene en el ámbito de la prohibición y de la punibilidad es aquella en que el médico procura la muerte del niño no nacido sea como medio para salvar a la madre (instrumentalizando al ser humano) o como un fin.

⁵⁰ En un sentido parecido véase ROJAS, p. 3 y s.

III. MEDICINA

ABORTO: ANÁLISIS CRÍTICO DEL NUEVO PROYECTO DE LEY DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MEDICINA

SEBASTIÁN ILLANES

*Magíster en Ciencias Médicas por la Universidad de Chile
Profesor de Gineco-Obstetricia
Universidad de los Andes*

ELARD KOCH

*Director of Research
MELISA Institute*

I. EL EMBRIÓN HUMANO, INDIVIDUO DE NUESTRA ESPECIE

En la discusión acerca del aborto se ha generado un debate importante respecto de la identidad y estatuto del embrión humano. Se ha argumentado que previo a la implantación, que ocurre una semana después de la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide), el embrión sería solo un puñado de células, por lo que no sería sujeto del derecho que asiste a todos los individuos de la especie humana, y que después de la implantación, estos derechos no se adquirirían de manera automática, sino que de manera gradual a medida que el embrión se desarrolla. En esta particular visión se señala que el embrión, como individuo, se va generando de manera gradual desde la fecundación, mediante la división y diferenciación celular, lo que establece órganos y sistemas específicos, que le permitirán adquirir las características propias de los seres humanos, y ser clasificados en algún momento como personas. En esta visión existiría un antes y un después en la adquisición del estatuto de persona. Esta distinción permitiría señalar solo como verdaderos titulares de derechos a los seres autónomos, ya que solo ellos serían personas, mientras que el resto serían simplemente seres humanos con derechos subordinados.

El argumento de fondo que existe en este planteamiento es que no seríamos individuos desde la concepción, y que adquiriríamos nuestros derechos a medida que reunimos características propias de los individuos de la especie humana. Por tanto, la pregunta que es necesario responder primariamente es *¿desde cuándo somos individuos de la especie humana?* La forma en cómo respondamos a esta pregunta permitirá estructurar el resto de la argumentación.

Desde el ámbito biológico es evidente que somos individuos de la especie humana desde el momento de la fecundación, ya que en ese momento adquirimos un genoma particular humano. Sin embargo, sería una simplificación biológica señalar que solo este hecho es relevante. Este genoma también debe ser decodificado para adquirir un fenotipo propio de la especie humana. El genotipo es solo la información, el fenotipo es la conformación y configuración que hace realidad el proyecto general genético y que permitirá que nos desarrollemos como seres humanos. Existe bastante evidencia que demuestra que el genoma empieza a ser decodificado solo algunos instantes postfecundación, y por tanto ese individuo empieza a adquirir características fenotípicas propias del ser humano desde el principio.

Es importante entender que el genoma humano debe ser concebido como la totalidad de la información genética almacenada en las células, que es específica para cada especie y que determina las características físicas, psicológicas e intelectuales de un individuo. Esta información genética es idéntica en todas las células de nuestro organismo, pero se expresa de manera diferenciada a medida que el individuo se desarrolla. En otras palabras, esta información genética podría ser representada como el conjunto de palabras contenidas en 46 libros (que representarían a los cromosomas) que especifican todo lo que necesitamos para nuestro desarrollo. Nadie puede pretender que todos los libros se lean al mismo tiempo y todas las palabras a la vez, sino que se van leyendo a medida que el individuo los requiere para su desarrollo. ¿Somos individuos de la especie humana cuando recibimos esa biblioteca, o cuando nos hemos leído el último de sus libros?

La evidencia biológica actual señala claramente que el embrión es el mismo individuo desde la fecundación hasta la vida adulta, y que desde el inicio posee procesos biológicos complejos propios de nuestra especie. Esta evidencia nos muestra claramente que el embrión humano es ya un individuo diferente de la madre desde la concepción; que se desarrolla en forma continua desde ese momento hasta la vida adulta; que posee toda la información genética necesaria para este desarrollo desde la fecundación; que esta información no varía con los procesos de división celular que permiten su crecimiento, y que la expresión genética de este nuevo individuo durante el embarazo no está determinada por el intercambio fisiológico con el organismo de la madre.

Por tanto, el embrión se presenta como una realidad biológica única y definida ya como individuo totalmente humano en desarrollo desde la fecundación, que autónomamente, momento tras momento, sin ninguna discontinuidad, actualiza su propia forma realizando un diseño presente en su mismo genoma. *El embrión se demuestra desde el inicio como protagonista de su propia existencia biológica.* El embrión es un individuo completa e integralmente humano desde la concepción, aunque demore

muchos años en adquirir las características propias que nos permitan distinguirlo como individuo de la especie humana.

Solo se puede ser un real defensor de los derechos humanos cuando defendemos a los individuos de nuestra especie por lo que son, cuando los defendemos en su más radical desnudez, en su vulnerabilidad absoluta, en la ausencia de todo atributo; solo por lo que son y no por lo que tienen. Y quien más que el embrión en desarrollo posee esas características, un ser humano que solo tiene como defensa el hecho de ser humano. Cómo podremos justificarnos como sociedad, cómo no podremos ser acusados de discriminación, cómo no podremos ser acusados de violación a los derechos humanos, si al más débil de todos los nuestros lo dejamos abandonado a su suerte.

II. DEFINICIONES DE ABORTO, QUÉ DEBEMOS ENTENDER CUANDO SE HABLA DE ABORTO

El aborto, de latín *abortus* o *aborsus*, a su vez de *aborior*, “contrario a *orior*”, “contrario a nacer”, puede ser definido como la interrupción del desarrollo embrionario o fetal durante el embarazo. Este concepto puede tener varias especificaciones dependiendo de las circunstancias clínicas que lo rodeen, la edad gestacional a la que ocurra, o la intencionalidad que exista en el equipo médico a cargo de la paciente.

En cuanto a las circunstancias clínicas que lo rodeen existen abortos denominados **espontáneos** que son la pérdida de un embrión o feto que se produce de manera natural o por causas no provocadas intencionalmente. En la gran mayoría de los casos la razones para estos abortos espontáneos son alteraciones cromosómicas embrionarias o patologías maternas. Este término solo se puede aplicar cuando ocurre antes de las 20 semanas de gestación, ya que posterior a eso pasará a ser un parto prematuro. Este aborto espontáneo puede ser a su vez **retenido**, cuando se diagnostica un embrión o feto muerto *in utero* mediante ecografía pero sin haberse expulsado ningún elemento de la gestación; **incompleto**, cuando la expulsión de restos gestacionales ha sido parcial, o **completo**, cuando ha sido total. En contraposición a los abortos espontáneos, están los abortos **provocados o inducidos** en donde la intención es provocar la muerte biológica del embrión o feto, para su posterior eliminación. Este tipo de aborto a su vez puede tener algunas especificaciones dependiendo si es o no con asistencia médica o de las circunstancias sociales o legales que lo rodean.

En cuanto a la intencionalidad se pueden clasificar en indirectos o directos. El **aborto indirecto** se da en circunstancias clínicas específicas en que el embarazo se interrumpe por peligro de vida de la madre, y producto de esta intervención muere el embrión o feto. Esto sucede habitualmente en mujeres que se encuentran en peligro de muerte por

tener una enfermedad que es agravada por el embarazo o por tener un embarazo patológico propiamente tal. En ambas situaciones los protocolos de manejo clínico vigentes en nuestro país contemplan la posibilidad de interrupción del embarazo como una alternativa para salvar la vida de la madre. En todos estos casos, la pérdida del embrión o feto se produce de manera indirecta y no buscada. Nadie podría sancionar como culpable de homicidio al capitán de un buque que, no pudiendo salvar a dos náufragos, escoge solo a uno. La muerte del embrión/feto no es deseada, ni buscada, sino que solo tolerada como un efecto involuntario del manejo médico que es necesario aplicar a la paciente en riesgo vital.

El principio ético fundamental que está en juego en el aborto indirecto es el de **doble efecto**, el que se refiere a un único procedimiento necesario para salvar la vida de un paciente, pero que a la vez tiene un efecto deletéreo inevitable. Este principio ético es de común aplicación en medicina, como es el caso de la amputación de una mama en caso de cáncer o la amputación de una pierna en caso de gangrena. En su definición, no distingue si aquel único acto del médico, con dos efectos inmediatos, ejerce en forma directa o indirecta la consecuencia negativa del mismo. Aquel único acto debe por sí mismo ser causa necesaria de ambos efectos, el bueno y el malo. Además, debe excluir la omisión como posibilidad, es decir, el daño será proporcionalmente mayor si el médico no actúa oportunamente. Por tanto, la intención original del agente se define por la búsqueda del bien positivo como antecedente, siendo insalvable su consecuencia negativa. Por ejemplo, en el caso de un cáncer invasivo como el coriocarcinoma uterino, la cirugía puede inevitablemente causar la muerte fetal; en el caso de una eclampsia complicada debajo del límite de viabilidad (22 semanas), la interrupción del embarazo puede salvar la vida de la madre, pero el feto no podrá sobrevivir fuera del útero. En ambos casos opera el doble efecto, pues la omisión o retardo del actuar médico puede ser proporcionalmente más dañina ocasionando la muerte de la madre y su hijo en gestación. El efecto negativo es inevitable y nuevamente el aborto es tolerado por el médico, pero no buscado.

También está el **aborto directo**, que al contrario del indirecto busca eliminar directamente al embrión/feto. Las causas por las que se indica pueden ser de diferente naturaleza, como abortos eugenésicos (por malformaciones fetales), por motivos psicológicos, sociales, etcétera. En estas situaciones la acción del aborto no mejora la enfermedad, sino que más bien elimina al enfermo.

La legislación chilena hoy se hace cargo de esta distinción entre aborto indirecto y directo claramente. Los casos de aborto indirecto o por doble efecto están contemplados en la ley y en los protocolos de manejo clínico en todas las maternidades del país, y su aplicación permite tener las buenas tasas de mortalidad materna que presenta nuestro país. Los casos de aborto directo están prohibidos en todas sus formas.

¿Qué debemos entonces entender por **aborto terapéutico**? Este término se acuñó primariamente para señalar la necesidad de interrumpir el embarazo cuando existía peligro de muerte para la mujer relacionado o agravado por el embarazo. Posteriormente y con el advenimiento en la década de los ochenta del diagnóstico de malformaciones fetales mediante la ecografía, se empezó a plantear la posibilidad de realizar abortos terapéuticos en fetos con diagnóstico de malformaciones con una alta probabilidad de muerte intrauterina o una vez nacido. Es por esto que el concepto de aborto terapéutico es extremadamente equívoco, ya que mezcla el aborto indirecto o por doble efecto, en el caso de riesgo vital materno, que es algo necesario y amparado por la legislación vigente, con el aborto directo, en el caso de abortos de fetos malformados, algo que no persigue ningún fin terapéutico ni está amparado por la ley.

III. ¿ES NECESARIO TENER UNA LEY DE ABORTO EN CHILE?

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo plantea la necesidad de legislar acerca del aborto para poder resolver de manera adecuada diferentes situaciones clínicas complejas: (i) cuando existe peligro de muerte para la mujer relacionado o agravado por el embarazo, (ii) aborto clandestino; (iii) cuando el feto tiene una condición patológica grave incompatible con la vida extrauterina o (iv) en caso de violación. Se analizarán estas cuatro circunstancias de manera separada.

1. MORTALIDAD MATERNA

El proyecto sustenta esta causal planteando que la mortalidad materna en nuestro país sería más alta por tener una legislación muy poco permisiva respecto del aborto, lo que llevaría a un aumento de los abortos clandestinos con el consiguiente aumento de las muertes maternas. Sin embargo, la buena calidad de los datos chilenos (Koch E, *et al.*, *Public Health* 2014) ha permitido descartar esta hipótesis. Los estudios de serie temporal más detallados mostraron que 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). Luego del cambio de ley en 1989, las muertes por aborto continuaron disminuyendo, desde 10,8 hasta 0,39 por 100.000 nacidos vivos, lo que, como materia de hecho científico, desafía la noción que una legislación menos permisiva conduce a mayor mortalidad por aborto (Koch E, *Linacre Quarterly* 2013). De hecho en Chile demostró efecto nulo respecto de las tendencias (Koch E, *et al.*, *PLoS One* 2012). Más

recientemente, los hallazgos de un impacto nulo de las legislaciones del aborto ha sido confirmado en un experimento natural que comparó leyes más y menos permisivas del aborto en 32 estados mexicanos, mostrando que los estados con leyes menos permisivas tuvieron 20% a 40% menos mortalidad materna, comparado con los estados con leyes más permisivas en la última década. Similar al caso de Chile, los factores que mostraron impacto significativo independiente en la menor mortalidad materna no fueron las leyes de aborto *per se*, sino variables como el nivel de educación de la mujer, cuidado prenatal, atención profesional del parto, acceso al cuidado obstétrico de emergencia, tasa de fecundidad, agua potable y alcantarillado. En el estudio mexicano el nivel de violencia de la pareja contra la mujer fue otro factor identificado. En general, estos factores pueden explicar casi el 90% de las diferencias de mortalidad materna y mortalidad por aborto entre territorios (Koch E, *et al.*, *BMJ Open* 2015)

Es importante considerar que, de acuerdo con los estudios más recientes, ninguna de las muertes maternas ocurridas en los últimos años se hubiera prevenido de estar aprobado este proyecto, ya que esas muertes no ocurrieron por falta de intervención médica, sino por complejidad de las patologías (hipertensión, diabetes, eclampsia, toxemias y enfermedades crónicas), la mayoría por complicaciones graves durante el tercer trimestre de embarazo, asociadas al parto o durante el puerperio (Koch E, *PLoS One* 2012). Estas muertes obedecen principalmente al envejecimiento materno, es decir, aumento de embarazos en edades avanzadas, un grupo expuesto a mayor riesgo de complicaciones obstétricas (Donoso SE *et al.* *Rev Med Chil* 2012). Además, el manejo de patologías complejas del embarazo está estandarizado en la guías de manejo clínico aprobadas por los organismos científicos competentes y basadas en la mejor evidencia disponible de la literatura médica (González *et al.*, *Rev Chil Obstet Ginecol* 2013). Estas guías plantean sin lugar a interpretaciones la posibilidad de interrupción del embarazo frente al peligro grave de la vida de la madre. De hecho, no existe ningún médico condenado por la justicia por haber actuado como exige la *lex artis*. Por último, el proyecto plantea la posibilidad de interrupción frente a un riesgo a futuro de la madre. Es importante señalar que más del 70% de las pacientes embarazadas que presentan complicaciones obstétricas no posee ningún factor de riesgo, y que en aquellas que los poseen, la posibilidad de calcular de manera objetiva la probabilidad de desarrollo de enfermedad es aun muy pobre.

2. ABORTO CLANDESTINO

El tema de la magnitud del aborto clandestino en Chile y Latinoamérica es controversial y marcadamente politizado. Es común leer en la prensa declaraciones de diversos actores sociales mencionando abultadas cifras de aborto. La mayor de las veces estas son ficticias, sin ninguna fuente

o estudio serio que las soporte o permita evaluar la validez del método de estimación, y que en su mayoría señalan que en Chile se practicarían de 150 a 160 mil abortos clandestinos al año. Sin embargo, las cifras de mortalidad materna mostradas en los párrafos anteriores hacen prácticamente imposible tan abultada cifra de abortos clandestinos, y esas cifras están muy alejadas de estudios epidemiológicos serios respecto de esta materia. Como se señaló, después de la prohibición del aborto en 1989, la mortalidad continuó cayendo y la tasa de hospitalización por cualquier tipo de aborto, espontáneo o inducido, se redujo en paralelo. Entre 2001 y 2008, 12,2% a 19,1% de estas hospitalizaciones sería atribuido a complicaciones por abortos inducidos ilegales. Más aún, mientras las hospitalizaciones por pérdidas espontáneas, molas, embarazos ectópicos y otros productos anormales de la concepción han permanecido constantes, las hospitalizaciones por abortos de causa desconocida han disminuido más de 30% en la última década. Considerando la fracción que no se complica, el intervalo de abortos ilegales totales es entre 13.573 y 18.071; vale decir, cualquiera sea la cifra, caerá entre esos intervalos mínimo y máximo, muy lejos de 160 mil (Koch E, *Issues Law Med* 2015).

Recientes investigaciones en varios países latinoamericanos advierten que la magnitud del aborto clandestino ha sido sobrestimada. Dos estudios del Instituto Guttmacher, uno en 2006 y otro en 2009, sugirieron que en México DF ocurrían más de 190 mil y 120 mil abortos al año, respectivamente. No obstante, transcurridos cinco años de legalización del aborto en esta ciudad, tiempo suficiente para que la mayoría de los abortos clandestinos fueran reemplazados por abortos legales, la cifra no había superado los 15 mil abortos por año. Aún considerando un subreporte en el sector privado de 30% o incluso más –en México la mayoría de la población utiliza los servicios públicos– los números no cuadran (Koch E *et al.*, *Int J Womens Health*. 2012). Además, en una detallada revisión y análisis mediante un método conocido como “estandarización epidemiológica”, se compararon estimaciones realizadas por el Instituto Guttmacher para Colombia, México, Argentina, Guatemala, República Dominicana, Perú, Brasil y Chile. Los resultados mostraron que los números de abortos clandestinos habrían sido sobrestimados 10 o más veces en estos países. La razón, las metodologías estuvieron basadas en estadísticas hospitalarias incompletas, encuestas de opinión a terceros difíciles de reproducir, utilización de factores de expansión subjetivos, muestras pequeñas sometidas a sesgos de selección, incluyendo posibles sesgos ideológicos en los individuos entrevistados (Koch E, *Ginecol Obstet Mex* 2012). Un ejemplo aún más reciente en el ámbito latinoamericano es el de Uruguay. Un argumento recurrente durante la discusión de la ley de aborto aprobada por diferencia de un voto parlamentario a fines de 2012 en aquel país, fue que ocurrían 33 mil abortos clandestinos al año. Otra vez una cifra alarmante, considerando que nacen alrededor de 48 mil niños anualmente. Transcurrido el primer año de la nueva ley que permite

el aborto, solo se practicaron 6.676 abortos. La pregunta siguiente es qué habrá ocurrido con los abortos faltantes para completar los supuestos 33 mil. Resulta difícil pensar que 27 mil abortos desaparecieran luego de promulgada la ley en un país pequeño como Uruguay –en los países donde se ha legalizado el aborto, las cifras se incrementan al menos durante las primeras dos décadas–. Posiblemente, aquellos abortos nunca fueron reales. Al igual que en México, solo se trató de un mito; pero un mito gravitante para la legalización del aborto.

3. ABORTO EN CASO DE MALFORMACIONES

La segunda causal de este proyecto de ley considera la posibilidad de abortar cuando el embrión o feto padece una malformación incompatible con la vida. El objetivo que tendría el proyecto es mitigar el sufrimiento de esas madres permitiéndoles la posibilidad de abortar una vez hecho el diagnóstico. El proyecto busca hacerse cargo de un drama real, el sufrimiento de una madre y su familia frente a un hijo con una malformación, sin embargo es una simplificación pensar que este proyecto de ley pueda resolver de manera integral este drama.

Aunque el diagnóstico de algunas de estas patologías puede hacerse precozmente en el embarazo, la gran mayoría de las veces se hace después de las 20 semanas. A esta edad gestacional toda madre ha establecido un vínculo con su hijo, por lo que la sola interrupción, no asociada a lo que realmente esa madre necesita, que es comprensión, apoyo y acompañamiento, es no solo insuficiente, sino que contraproducente.

También el concepto de “incompatible con la vida” es un concepto ambiguo e implica una gran complejidad en su manejo cuando se desea interrumpir los embarazos. En casos extremos como la anencefalia, esta no es sinónimo de muerte cerebral, de hecho la ley no los considera fallecidos para efectos de la donación de órganos. En cuanto a cifras, el 72% de estos fetos nacen vivos, 67% muere el primer día, 25% entre el 2 y el 5, y 8% entre 6 y 28 días (Jaquier M *et al.*, *BJOG* 2006). Además, la confirmación diagnóstica de la malformación es compleja. En centros de referencia nacional solo se confirma el 20% de las malformaciones que son derivadas, lo que hace inviable el proyecto de ley en esta causal, ya que nuestro país no tiene la infraestructura necesaria para un diagnóstico prenatal adecuado (Mayorga C, *et al.*, *Rev. chil. obstet. ginecol* 2013).

No queda claro en el proyecto cómo se va a manejar médicamente el aborto de fetos malformados. Actualmente, el diagnóstico de la gran mayoría de las malformaciones fetales es realizada cuando el feto ya es viable. Si se produce una interrupción del embarazo a esta edad gestacional, hay una alta probabilidad de que el recién nacido se mantenga vivo por un tiempo variable, dependiendo de la patología que padezca. Para evitar esta circunstancia, en los países en que el aborto eugenésico es legal, se realiza una inyección intracardiaca con cloruro de potasio,

de tal manera de asegurarse de que el feto muera antes de nacer. Esto no solo tiene consecuencias psicológicas para la mujer, sino que hace técnicamente más complejo y riesgoso el procedimiento médico. Ante lo trágico de esta situación, parece poco razonable agregar al dolor que ya tiene esa madre, las potenciales complicaciones que tiene la realización de un aborto a esta edad gestacional. Pareciera más lógico que una vez realizado un diagnóstico de esta naturaleza, acoger a la madre y brindarle todo el apoyo profesional que ella necesite, que le permita avanzar con su embarazo y parto, permitiéndole la posibilidad de acoger a su hijo que va a fallecer. Es una experiencia universal, que esta vivencia permite a las mujeres hacer un duelo completo, equilibrado y normal frente a esta pérdida, el que agradecen como una experiencia que las enriqueció a ellas y a sus familias.

Por último, el aborto está asociado a un mayor riesgo para la paciente. Está demostrado que este aumentaría las tasas de parto prematuro, en el embarazo siguiente al aborto inducido (Klemetti R, *et al.*, *Hum Reprod*, 2012), o los riesgos psicológicos para la paciente. En este sentido, algunos legisladores asumen que la realización de un aborto permitiría evitar el potencial daño psicológico para la mujer que continúa con un embarazo, sabiendo que su hijo es portador de una patología que podría provocar su muerte una vez nacido. La evidencia científica actual no apoya este supuesto, y más bien cuestiona considerablemente el consenso general que se ha mantenido por décadas respecto de este punto. La evidencia demuestra que el aborto por anomalías fetales afecta profundamente a los padres y que una parte considerable sufre de síntomas de estrés postraumático, sentimientos depresivos, abuso de sustancias e ideación suicida, varios meses posteriores al aborto (Coleman PK *Br J Psychiatry* 2012).

4. ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN: PERPETUADO EN UN CICLO DE VIOLENCIA

Respecto de la cuarta causal, el objetivo del proyecto es que mujeres que han sido violadas no carguen con el drama de tener al hijo del violador, y se propone permitir el aborto en cualquier caso de violación con resultado de embarazo como una suerte de solución positiva, y agravado porque este proyecto establece la no necesidad de denunciar el delito, y no hay referencia alguna a medios de prueba para confirmar la violación cuando han pasado ya 12 o 18 semanas. Sin embargo, **un robusto cúmulo de evidencia científica sugiere actualmente que el aborto como tal no resuelve el problema. Hasta la fecha, ningún estudio en la literatura biomédica ha sido capaz de demostrar cualquier beneficio del aborto electivo sobre la salud mental o reproductiva de la mujer.** Por el contrario, el aborto electivo más bien provoca efectos deletéreos serios para la salud posterior de mujeres y niñas enfrentadas a situaciones de violencia

como abuso sexual o violación, una cuestión de fondo que debería ser considerada seriamente en el actual debate.

Desde una perspectiva epidemiológica, el riesgo o probabilidad de un embarazo en casos de una violación aislada es extremadamente infrecuente, esto indudablemente no le resta gravedad al delito. Sin embargo, es en los casos de violación reiterada, habitualmente relacionado con abusos sexuales de niñas adolescentes al interior del grupo familiar o violencia de la pareja contra la mujer, donde estos casos son más frecuentes. Más aún, el aborto inducido legal o ilegal por coerción (i.e. mujer presionada u obligada a abortar), permanece muchas veces oculto, especialmente en menores de edad, convirtiéndose en una forma de perpetuar un ciclo de violencia que puede dejar impune al violador y condenar a la mujer o niña abusada a permanecer en este círculo vicioso.

Los estudios más recientes señalan unívocamente una lamentable realidad: el aborto inducido por coerción es cada vez más frecuente, y se encuentra entrelazado en una compleja cadena de eventos asociados a diversas formas de violencia contra la mujer que impactan seriamente su salud mental posterior. Una investigación reciente en Canadá demostró que existe una estrecha relación entre aborto inducido repetido, coerción y violencia física o sexual reiterada, llegando a 40% la historia de violencia intrafamiliar en mujeres que buscan un aborto inducido (Fisher W *et al.*, *CMAJ* 2005). Esta evidencia ha sido confirmada también por estudios de la OMS en diferentes países que han demostrado la estrecha relación que hay entre aborto inducido y coerción sexual (Pallitto C *et al.*, *Inter J Obst and Gyn* 2013). Además, estudios prospectivos muestran que la historia de abuso sexual en la niñez predice el incremento en las tasas de abortos electivos en adolescentes y mujeres jóvenes (Boden JM *et al.*, *child abuse negl* 2009). Más aún, en adolescentes se ha determinado que aquellas que se han realizado abortos o fueron abusadas tienen más riesgo de presentar ideación o conducta suicida. Una mayor red de apoyo en estas niñas demostró un considerable rol protector previniendo esta conducta (Pinheiro RT *et al.*, *J Affect Disord* 2002).

En consecuencia, el aborto en casos de violación debe ser evitado o prevenido, no facilitado. Proponer como solución el aborto legal, como una suerte de derecho positivo, es una propuesta simplista, fracasada y estéril. Solo empeora la situación, favoreciendo que se incrementen los abortos por coerción sexual, perpetuando un ciclo de violencia que puede afectar seriamente la salud mental futura de mujeres y niñas violadas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

KOCH E., CALHOUN B., ARACENA P., GATICA S., BRAVO M. Women's education level, contraceptive use and maternal mortality estimates. *Public Health* 2014;128(4):384-7.

- KOCH E. Impact of Reproductive Laws on Maternal Mortality: The Chilean Natural Experiment. *The Linacre Quarterly* 2013;80(2):151-160.
- KOCH E., THORP J., BRAVO M., GATICA S., ROMERO C.X., AGUILERA H., AHLERS I. Women's Education Level, Maternal Health Facilities, Abortion Legislation and Maternal Deaths: a Natural Experiment in Chile from 1957 to 2007. *PLoS ONE* 2012; 7(5):e36613.
- KOCH E., CHIREAU M., PLIEGO F., STANFORD J., HADDAD S., CALHOUN B., ARACENA P., BRAVO M., GATICA S., THORP J. Abortion legislation, maternal healthcare, fertility, female literacy, sanitation, violence against women and maternal deaths: a natural experiment in 32 Mexican states. *BMJ Open*. 2015 Feb 23;5(2):e006013.
- DONOSO S.E., CARVAJAL C. JA.[The change in the epidemiological profile of maternal mortality in Chile will hinder the fulfillment of the Millennium 5th goal]. *Rev Med Chil* 2012;140:1253–62
- GONZALES R., KOCH E., POBLETE J.A., VERA C., MUÑOZ H., CARROLI G., *et al*. Consenso salud materna para Chile en el nuevo milenio. *Rev Chil Obstet Ginecol* 2013;78(2): 142-7
- KOCH E. The Epidemiology of Abortion And Its Prevention in Chile. *Issues Law Med*. 2015 Spring;30(1):71-85.
- KOCH E., ARACENA P., GATICA S., BRAVO M., HUERTA-ZEPEDA A., CALHOUN B. Fundamental discrepancies in abortion estimates and abortion-related mortality: A reevaluation of recent studies in Mexico with special reference to the International Classification of Diseases. *Int J Women Health* 2012;4:613-23.
- KOCH E., BRAVO M., GATICA S., STECHER J.F., ARACENA P., *et al*. Sobrestimación del aborto inducido en Colombia y otros países latinoamericanos. *Ginecol Obstet Mex* 2012;80(5):360-372. Available <http://www.nietoeditores.com.mx/ginecologia-y-obstetricia-de-mexico/5/4883-sobrestimacion-del-aborto-inducido-en-colombia-y-otros-paises-latinoamericanos.html>

ABORTO DESDE LA PERSPECTIVA DE SALUD
“ABORTO INDUCIDO: UN DAÑO PARA LA SALUD
MATERNA Y PARA LA SOCIEDAD”

MARÍA TERESA VALENZUELA B.

Magister en Salud Pública y Microbiología por la Universidad de Chile
Profesora de Epidemiología y Salud Pública
Universidad de los Andes

GABRIEL CAVADA CHACÓN

Doctor en Biometría y Estadística por la Universidad de Barcelona
Profesor de Bioestadística, Epidemiología y Medicina Social
Universidad de los Andes

I. ANTECEDENTES

1875 Código Penal de Chile declara que el aborto es un delito.

1931 Se aprueba el aborto terapéutico: Código de Derecho Sanitario en su artículo 119 decía: “Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo, para lo cual basta la firma de dos médicos cirujanos”.

Desde septiembre de 1989 se reemplaza este artículo por el que dice: Artículo 119 “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

La promoción del cuidado materno ha sido un pilar fundamental en la elaboración de políticas públicas alrededor del mundo, particularmente interpuestas por los Objetivos del Milenio como parte del quinto compendio que se enfocó en la salud materna. Las Naciones Unidas pusieron como meta que todos los Estados deben disminuir la mortalidad materna en 75% para el 2015, en cambio, esta ha disminuido en 50% globalmente.

Según cifras de la Organización Mundial de la Salud (OMS) actualizadas al 2014, se calcula que cada año se realizan 22 millones de abortos inseguros en todo el mundo, casi todos ellos en países en desarrollo. Las defunciones debidas a “abortos peligrosos” representan el 13% de todas las defunciones maternas. África se ve desproporcionadamente afectada, ya que dos tercios de todas las defunciones relacionadas con el aborto tienen lugar en ese continente (2).

Cada año, 5 millones de mujeres ingresan a hospitales como consecuencia de un aborto peligroso y más de tres millones de mujeres que han sufrido complicaciones no reciben atención médica (2).

49 países permiten el aborto en el mundo sin restricción alguna
52 países lo permiten solo si es necesario para salvar la vida de la mujer
23 países extienden el permiso por la salud de la mujer
20 países lo permiten además si afecta la salud mental de la mujer
6 países agregan motivos económicos.

Solo cinco Estados de los 193 que integran la Organización de las Naciones Unidas (ONU) prohíben totalmente el aborto: Malta, El Vaticano, El Salvador, Nicaragua y Chile (3).

Los determinantes inmediatos de los riesgos de un aborto provocado, como el método utilizado para la interrupción del embarazo y la edad gestacional, se ven influidos, a su vez, por determinantes sociales subyacentes, como el contexto jurídico, la disponibilidad de servicios de aborto sin riesgos, el nivel de estigmatización que rodea el aborto, el grado de acceso de la mujer a información respecto del aborto, así como la edad de la mujer y su situación socioeconómica. El contexto jurídico y el nivel de seguridad están estrechamente entrelazados, pero la asociación depende del contexto.

1. ¿QUÉ ES LO QUE NOS LLEVA A REVISAR EL TEMA DEL ABORTO?

En Chile se está discutiendo un Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales:

- Frente a riesgo vital de la madre.
- Por malformaciones fetales incompatibles con la vida.
- Por embarazos secundarios originados por casos de violación sexual.

Para ello contextualizaremos el aborto desde una perspectiva de priorización de un problema de salud pública.

II. ¿CÓMO SE PRIORIZAN LOS PROBLEMAS DE SALUD PÚBLICA?

El diagnóstico de situación de salud de una población, aplicando la epidemiología como disciplina fundamental para analizar los problemas y generar indicadores de salud, es la herramienta más importante para la priorización en salud. Estos criterios, según la OPS-CENDES (4) se basan en:

- a) **Magnitud del problema**, expresada como prevalencia (casos de una enfermedad existente en un período determinado), incidencia (casos nuevos que se diagnostican en un año).
- b) **Severidad del problema**, expresada como letalidad, mortalidad, AVISA (años de vida potencialmente perdidos, ya sea por discapacidad o muerte prematura), costos de atención.

- c) **Trascendencia** del problema de salud, se refiere al valor o impacto social según rol o edad de la población afectada.
- d) **Vulnerabilidad** del problema, se refiere a qué capacidades reales existen para evitar un daño o para solucionarlos y qué factibilidad de intervenciones existen.
- e) **Evaluación de costo-efectividad** de la o las intervenciones. Se mide la efectividad y costo de las intervenciones.

III. ENTONCES LA SIGUIENTE PREGUNTA ES: ¿ES EL ABORTO UN PROBLEMA PRIORITARIO DE SALUD EN CHILE?

Definición de aborto: es la interrupción de la gestación antes de las 20 semanas de embarazo o cuando el feto tiene un peso menor a 500 gramos. Existen diferentes tipos de aborto y nos referiremos a:

- **Aborto espontáneo:** aborto involuntario y que no plantea problemas de tipo moral ni legal. Ocurre en uno de cada cuatro embarazos comúnmente por problemas genéticos del embrión o del feto, por problemas de anidación, por malformaciones del útero materno o bien por enfermedades de la madre.
- **Aborto provocado:** es la interrupción voluntaria del embarazo. Consiste en provocar la muerte biológica del embrión o feto para su posterior eliminación. Esta práctica se puede realizar con o sin asistencia médica.

Chile ha asumido importantes compromisos con organismos internacionales, así como con nuestra propia población mediante las Metas Sanitarias. Para el período 2000-2010 la meta fue reducir la tasa de mortalidad materna en 50%, es decir, reducirla desde 23,0 * 100.000 NV a 12*100.000 NV (5).

En la década 2011-2020 no hubo un objetivo de la década en torno a este indicador, sin embargo se ha trabajado en torno a la consecución de la meta del objetivo del milenio, de lograr una tasa de mortalidad materna de 10*100.000 NV al 2015 (6).

Para responder la pregunta analizamos indicadores de salud y la tendencia de ellos, directamente relacionados con el aborto y otros en forma indirecta.

Tasa de mortalidad materna se refiere al número de muertes maternas respecto de los recién nacidos vivos (RNV), amplificado por 1.000, 10.000 o 100.000. Estas muertes maternas ocurren durante el embarazo, parto o puerperio, por causas propias de la gestación o agravadas por esta, excluidas las causas accidentales e incidentales.

Tasa de mortalidad materna por causas específicas, incluido el aborto.

Egresos hospitalarios debido a abortos y dentro de los cuales se encuentra la proporción debido a abortos no especificados, cuyo código es O06, en los que eventualmente pudiesen estar incluidos los abortos inducidos.

Mortalidad neonatal precoz: corresponde a la mortalidad que ocurre durante los primeros siete días de vida del recién nacido.

Muertes por anomalías congénitas. Para el análisis se registraron las muertes maternas y los egresos hospitalarios de acuerdo a la Clasificación Internacional de Enfermedades 10 (CIE-10) e incluye los códigos desde O00 a O99. En la Tabla 1 se detallan estos códigos.

TABLA 1

CODIFICACIÓN DE MUERTES MATERNAS Y EGRESOS HOSPITALARIOS SEGÚN CIE-10.

O00-O07	Aborto
O10-O16	Edema, proteinuria y trastornos hipertensivos en el embarazo, parto y el puerperio
O20-; O46.; O67.; O72.	Hemorragia en el embarazo, parto y el puerperio
O21-O26; O29-O45; O47-O48; O60-O66; O68-O71; O73-O75	Complicaciones predominantes, relacionadas con el embarazo y el parto
O85.-;O86.-; O91.	Sepsis puerperal y otras infecciones
O87-O90; O92.	Complicaciones relacionadas con el puerperio
O95.	Muertes obstétricas de causa no específica
O96.-; O97	Muerte materna debida a cualquier causa obstétrica que ocurre después de 42 días pero antes de un año del parto
O98.-; O99.-	Muertes obstétricas indirectas

Tasa de mortalidad materna: en la Figura 1 se observa la tendencia de la tasa de mortalidad materna en Chile entre 1982 y 2012. Se deduce que el descenso de este indicador ha sido exponencial, $p=0.0000$, con una calidad del ajuste de 92,6% (raíz cuadrada de R2).

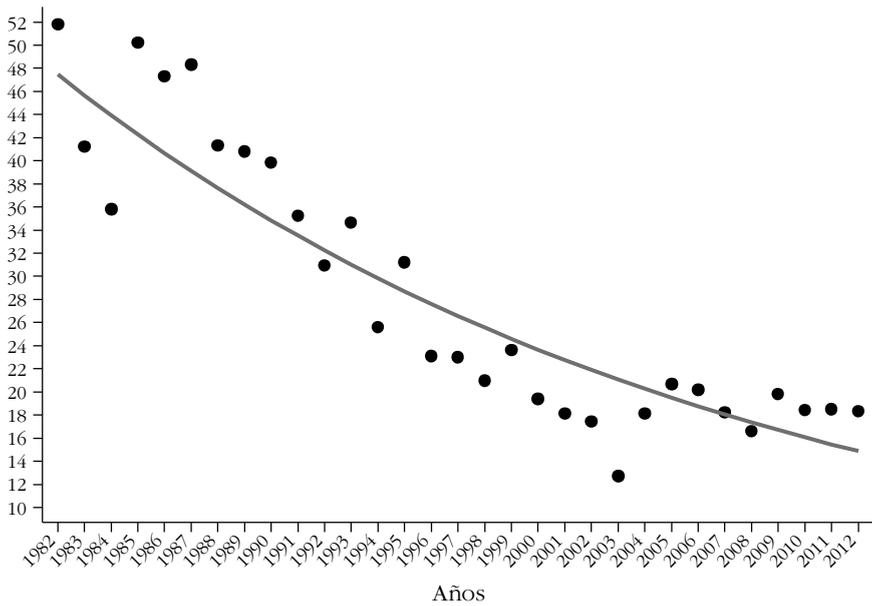
La tasa del 2011 fue de $18,5 * 100.000$ RNV y en el 2012 de $18,3 * 100.000$ RNV. A pesar de ello Chile no ha logrado la meta propuesta de reducción de este indicador a $12 * 100.000$ RNV. Sin embargo si comparamos la tasa de Chile con la de los países de América del Sur ($44,2 * 100.000$ RNV), es sustentablemente una cifra inferior.

Sin embargo, lo importante es conocer las causas específicas que configuran esta mortalidad materna. En la Figura 2 se muestra la tendencia de las causas específicas más importantes de **mortalidad materna**.

Las causas más importantes son en primer lugar muertes obstétricas indirectas; en segundo lugar: edema, proteinuria y trastornos hipertensivos en el embarazo, parto y puerperio; en tercer lugar: complicaciones del embarazo, parto y puerperio y en último lugar el aborto. Las tasas de mortalidad materna por estas causas desde el 2000 al 2011 son los

FIGURA 1

TENDENCIA DE LA TASA DE MORTALIDAD MATERNA EN CHILE (X100.000 RNV),
DESDE EL AÑO 1982 A 2012.



siguientes: la primera causa ha tenido un aumento desde 3,1 *100.000 RNV a 4,8 *100.000 RNV, la segunda causa ha sufrido un incremento desde 4,6*100.000 RNV a 5,6*100.000 RNV, la tercera causa ha disminuido desde 3,1*100.000 RNV a 0,8 *100.000 RNV y aborto ha disminuido desde 5,0*100.000RNV a 3,2*100.000 RNV.

Al extraer el aborto como causa de mortalidad materna esta no sufre ninguna alteración (no tiene peso significativo diferente a otras causas). Por tanto el aborto no es una causa relevante en la mortalidad materna en Chile.

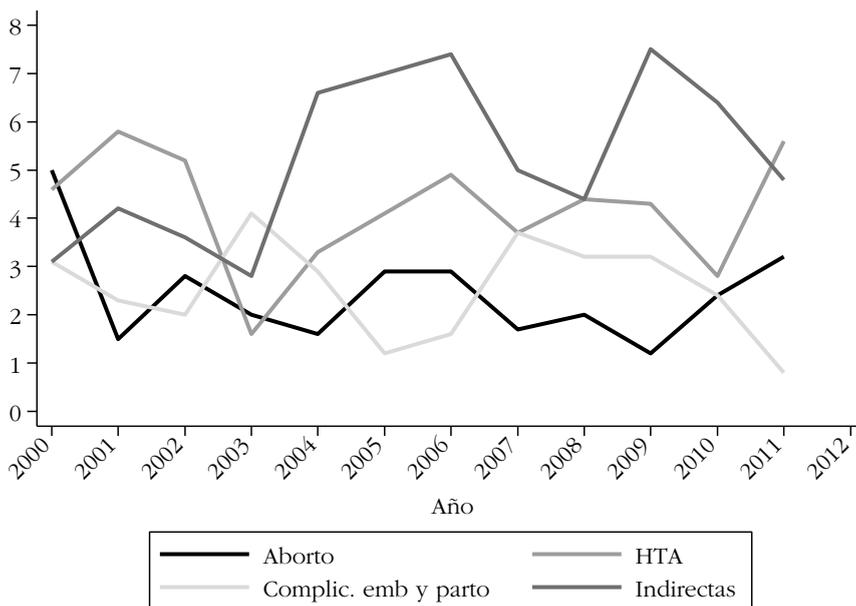
1. EGRESOS HOSPITALARIOS POR CAUSA DE ABORTO (CIE-10 O00-O08) Y POR ABORTO NO ESPECIFICADO (CIE-10 O06)

Otra importante fuente de información son los egresos hospitalarios, reconociendo que en ello se registran eventos que conllevan a la hospitalización y no casos.

Para tales efectos se analizó la información oficial proporcionada por el Departamento Estadísticas e Información en Salud, DEIS-Chile (Tabla 2).

FIGURA 2.

TENDENCIA DE LAS CAUSAS MÁS IMPORTANTES DE MORTALIDAD MATERNA EN CHILE (X100.000 RNV), DESDE EL AÑO 2000 A 2011.



Complic: complicaciones del embarazo y parto; hta: Hipertensión Arterial

TABLA 2

EGRESOS POR ABORTO EN CHILE 2001-2012

Año	Abortos totales (CIE 10: O00-O09)	Abortos por causas no especificadas (O06)	Proporción de abortos por causas no especificadas en relación a abortos totales (%)
2001	33991	12436	36,59
2002	34456	12971	37,65
2003	33030	11970	36,24
2004	33305	12113	36,37
2005	32721	11646	35,59
2006	32672	11213	34,32
2007	32035	10980	34,28
2008	32918	10914	33,16
2009	33277	10247	30,79
2010	31344	9785	31,22
2011	30383	8751	28,80
2012	30023	7838	26,11

Fuente de Información: DEIS-MINSAL

Se puede observar en la Tabla 2 que el número de abortos totales van en disminución, al igual que los abortos por causas no especificadas, donde eventualmente pudiesen estar incluidos los abortos inducidos. Los abortos por esta última causa han disminuido desde 36,6% a 26,1% en el periodo 2001-2012 en Chile. Por tanto se confirma que el aborto por causas no especificadas ha disminuido en Chile desde el 2001 al 2012.

Con los indicadores ya analizados podemos concluir que el aborto no es un problema prioritario de salud pública en Chile.

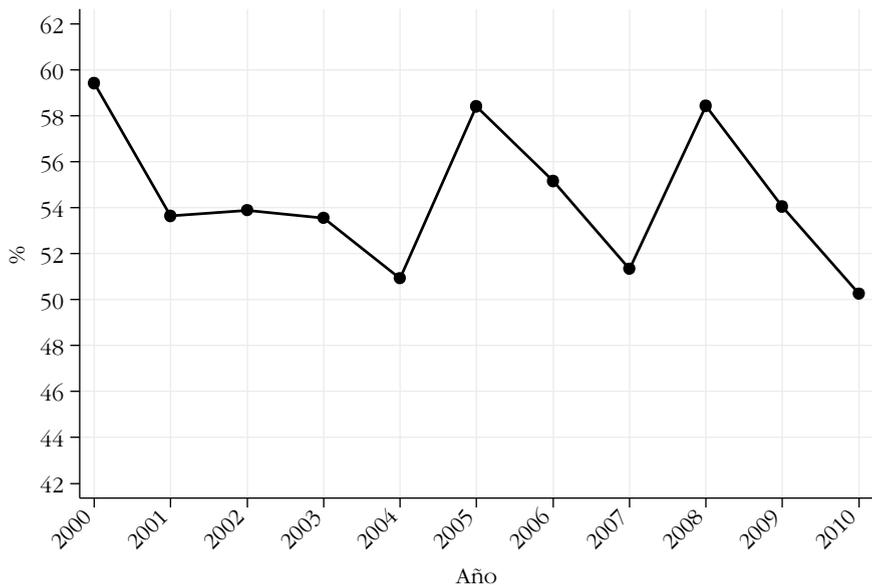
2. ANÁLISIS DE LA TENDENCIA DE LA MORTALIDAD NEONATAL PRECOZ CHILE 2000-2010

En la Figura 3 se muestra la proporción de muertes de neonatos durante los primeros siete días de vida respecto de las muertes infantiles (menores de 1 año), desde el año 2000 al 2011. Durante el decenio la mortalidad neonatal precoz, como proporción de la mortalidad infantil, se ha mantenido constante, en promedio 55,4%. (p -value= 0,439).

Posteriormente se quiso identificar cuáles eran las principales causas de mortalidad neonatal precoz (RNV que fallecen desde que nacen hasta los siete días de vida). La Tabla 3 muestra estas causas cuyas frecuencias acumulan sobre el 50% de ellas.

FIGURA 3

PROPORCIÓN DE LA MORTALIDAD NEONATAL PRECOZ EN LA MORTALIDAD INFANTIL EN CHILE (%), DESDE EL AÑO 2000 A 2011.



Entre el 50% más frecuente se encuentran, en orden descendente: la dificultad respiratoria del recién nacido (RN), los trastornos relacionados con la duración del embarazo, la hemorragia intracraneal no traumática, la sepsis bacteriana del RN, la hemorragia pulmonar, el síndrome de Edwards y síndrome de Patau y otras malformaciones congénitas del corazón.

TABLA 3

PRINCIPALES CAUSAS DE MUERTE NEONATAL PRECOZ, CHILE 2000-2010.

Causa	Frecuencia (n)	Porcentaje (%)
Dificultad respiratoria del recién nacido	526	13,92
Trastornos relacionados con la duración corta de la gestación y con bajo peso al nacer	418	11,06
Hemorragia intracraneal no traumática	237	6,27
Sepsis bacteriana del recién nacido	222	5,87
Hemorragia pulmonar originada en el período perinatal	200	5,29
Síndrome de Edwards y síndrome de Patau	190	5,03
Otras malformaciones congénitas del corazón	171	4,53

Fuente de Información: DEIS-MINSAL

Por último se analizaron los datos respecto de **muerres por anomalías congénitas** en el total de muertes infantiles. Entre las anomalías congénitas estarían incluidas causas incompatibles con la vida, más aún las que causan muertes en el período neonatal precoz. De 7.292 muertes en el menor de un año en el período 2000-2010, 2.492 ocurrieron debido a anomalías congénitas, es decir, el 34,2%. Si se analiza la mortalidad neonatal precoz en el mismo período, de 3.976 muertes, 1.310 fallecieron a causa de anomalías congénitas, es decir, el 32,95% (Figura 4).

Mediante una regresión de Poisson se observa que la tendencia de la proporción de anomalías congénitas en muertes precoces no ha cambiado en el decenio ($p=0,763$).

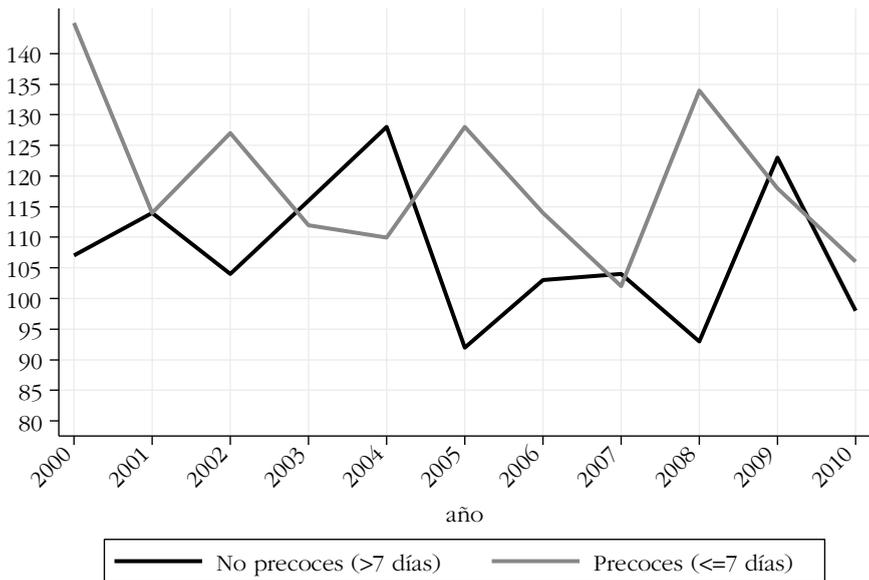
IV. FACTORES DE RIESGO

Frente a cada una de las causales antes señaladas existen factores de riesgo que permiten prever y prevenir el aborto, más aun estando en conocimiento de los importantes riesgos a los que se somete la mujer durante o después de un aborto.

Información de España señala que las mujeres que abortaron el 100% no recibió información completa; 99,1% no conoció las alternativas de solución; 99,7% de ellas fueron presionadas por su médico, 92% no recibió información acerca de apoyo; 85% sufren abandono psicológico o físico

FIGURA 4

NÚMERO DE MUERTES NEONATALES PRECOCES Y TARDÍAS POR ANOMALÍAS CONGÉNITAS EN CHILE, DESDE EL AÑO 2000 A 2011.



de la pareja; 50% de las embarazadas menores de 18 años abortó, de ellas el 85% forzadas por sus padres. En cambio, razones que hubiésemos pensado que tenían mayor relevancia solo forman parte de una pequeña fracción: 3% de la muestra fue debido a malformación de su hijo. Sumado a lo anterior, mujeres que abortan una vez tienen más riesgo de abortar dos, tres o más veces consecutivas (7).

El riesgo de abortar aumenta después de los 20 años directamente proporcional al aumento de edad, *odds ratio* (OR)= 1,11 (IC95% 1,07-1,15). Mujeres que tienen un tercer aborto o más tienen historia de abuso físico y violencia sexual, OR= 2,5 (IC95%1,50-4,28) comparado con una mujer que ha tenido un aborto. Adicionalmente tienen antecedentes de infecciones de transmisión sexual, con un OR= 2,26 (IC95% 1,28-4,02). Ellas mismas, sus parejas o ambos estaban usando algún método de control de natalidad (anticonceptivos), OR= 2,60 (1,51-4,46) (7).

V. CUÁLES SON LAS COMPLICACIONES A LAS QUE CONDUCE EL ABORTO

El riesgo de morir a raíz del aborto es 2,95 veces más elevado que el de un embarazo llevado a término (8). La mortalidad de mujeres que abortan se duplica en los siguientes 2 años (9). Las principales complicaciones

son: perforación uterina en 1,2% (10), trombosis de la vena ovárica (11), muertes sépticas tras la mifepristona (RU-486) (12) y pérdida del hijo en el siguiente embarazo (13). En el caso de placenta previa en el siguiente embarazo y parto prematuro, con posible aborto espontáneo, el riesgo se triplica (14). Graves alteraciones en el estado del ánimo (depresión y autolesión) (15) y síndrome de estrés generalizado presentan 30% más de probabilidad (16).

Un metaanálisis que incluyó 36 artículos, estudió la asociación entre aborto inducido (AI) y cáncer de mama entre mujeres chinas, concluyó que el riesgo de esa patología comparado con mujeres sin historia de AI presentan un OR de 1,44 (IC95% 1,29-1,59). El riesgo fue aún mayor en quienes tuvieron 2 y 3 abortos, OR=1,76 (IC95%1,39-2,22) y OR=1,89 (IC95%1,40-2,55), respectivamente (17).

VI. ¿QUÉ EVIDENCIA EXISTE RESPECTO DEL IMPACTO QUE TIENEN LAS LEYES DE ABORTO EN LA MORTALIDAD MATERNA?

Los resultados de una interesante investigación permiten conocer la tasa de muerte materna y las causas que la configuran, así como estudiar la tendencia de ella y conocer diferencias entre lugares que cuentan con legislaciones más o menos permisivas respecto del aborto.

En el 2015 se acaba de publicar un estudio que compara la tasa de mortalidad materna en 32 estados mexicanos, con el objetivo de ver si existe asociación entre una legislación estricta relativa al aborto y mortalidad materna, después de controlar varios otros factores que pueden influir en la salud materna (18).

En la parte legal se observa que el aborto, entendiéndose como la terminación del embarazo y expulsión del feto, es un factor que influiría en la salud materna en una nación. Existe una percepción que en lugares donde la legislación es menos permisiva, habría un aumento de la mortalidad materna debido a complicaciones de atenciones del embarazo realizadas en forma clandestina e insegura. Por tanto, en países donde se es más permisivo se reduciría la mortalidad materna. El estudio antes señalado, basado en los registros oficiales de muertes maternas y nacidos vivos que ocurren en los Estados Unidos Mexicanos, cubrió 10 años desde 2002 al 2011. El Distrito Federal aprobó una ley que permite el aborto de acuerdo con la demanda durante el primer trimestre del embarazo, otros estados sin embargo han modificado su Constitución en dirección opuesta, fortaleciendo la protección del no nacido desde la concepción. De esta forma México ofrece un escenario inédito para ver las diferencias en la tasa de mortalidad materna entre estados más (14 estados) o menos permisivos (18 estados) (18).

Después de estos 10 años en los que se analizaron tres eventos principales: tasa de mortalidad materna, tasa de mortalidad materna con algún evento abortivo y mortalidad materna por aborto inducido, los estados con legislación menos permisiva mostraron las tasas más bajas que en los permisivos, respectivamente:

- Tasa de mortalidad materna: 38,3 *1000 nacidos vivos (NV) versus 49,6*1000 NV
- Tasa de mortalidad con algún evento abortivo: 2,7*1000 NV versus 3,7*1000 NV
- Tasa de mortalidad materna por aborto inducido: 0,9*1000 NV versus 1,7*1000 NV.

En los tres indicadores las diferencias fueron estadísticamente significativas.

Otras variables independientes predictoras de mortalidad materna por aborto inducido son: alfabetismo de la mujer, bajo peso al nacer, atención profesional del parto y violencia con intimidación de la pareja (18).

Este estudio encontró que la alfabetización femenina fue la variable con mayor influencia en la tasa de mortalidad materna (TMM), por cada 1% de incremento de alfabetización femenina disminuye un 1,1 la TMM, y 0,12 por aborto inducido por 100.000 nacidos vivos (18).

VII. REFLEXIONES

Después de haber analizado los indicadores epidemiológicos asociados al aborto, se puede concluir que este no es un problema de salud pública en Chile, más aún, las cifras demuestran en forma clara que nuestro país ha reducido en forma sustancial las muertes por aborto de cualquier causa. La ley promulgada en 1989 que prohíbe el aborto no tuvo una influencia negativa en la tendencia de la mortalidad materna así como tampoco en los egresos hospitalarios a causa de abortos analizados en el período 2001 al 2012.

Cualquier análisis que se realice en relación con la mortalidad materna y sus causas debe incluir otras variables altamente relacionadas a ella, como lo son: nivel de la educación de las mujeres, programas de nutrición complementaria para mujeres embarazadas pobres, acceso a control del embarazo, acceso a centros de atención especial para la salud materna equipadas con unidades de emergencia obstétricas, atención profesional del parto, acceso a servicios sanitarios, los que en su conjunto pueden facilitar una transición epidemiológica en la disminución de tasas de mortalidad materna.

La evidencia del estudio realizado en México con datos de 10 años si bien no permiten concluir como única razón el tener legislación más o

menos permisiva en torno al aborto, demuestra que lo más relevante es el mejoramiento de determinantes en salud y sociales para disminuir la mortalidad materna.

En Chile las razones fundamentales que han conducido a la importante disminución de la mortalidad materna e infantil son el sostenido desarrollo educacional, social, económico y sanitario (19).

Un importante factor de riesgo es el antecedente de haber tenido un aborto previo, por tanto en estas mujeres es necesario conocer los factores de riesgo, de manera tal de ofrecer o referenciar a consejería, que podría ser de gran apoyo en la prevención de futuros abortos.

El aborto provocado es, a todas luces, un acontecimiento negativo en el plano de la salud sexual y reproductiva de toda mujer, porque existe certeza de los daños físicos y psicológicos que este provoca durante el ciclo de vida de la mujer.

Los fundamentos de la legislación que se está configurando a causales de aborto abiertas podrían conducir a una reiteración de la elección de abortar, ya que la experiencia de un aborto previo puede ser un riesgo para futuros abortos.

Está claro que una consejería preventiva ante la posibilidad real de aborto es no solo saludable sino indispensable. Pero los contenidos de dicha consejería deben basarse en hechos objetivos y fundamentarse en el conocimiento científico existente, los que debieran enseñarse desde la etapa escolar. Solo de esta forma se podría conducir a una medida eficiente en la prevención del aborto.

Las tasas más altas de mortalidad materna se concentran en las mujeres mayores de 35 años, por ello sería recomendable definirlo como embarazo de alto riesgo a embarazos que ocurren en mujeres por sobre esa edad, así como mantener programas de educación continua para el personal de salud, de modo que estén capacitados para diagnosticar y tratar las enfermedades concomitantes que se puedan encontrar en mujeres de esas edades, siendo la hipertensión arterial una de las principales (20).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- (1) UNITED NATIONS MILLENNIUM DECLARATION. United Nations Millennium Declaration; 8 September 2000; <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>: United Nations; 2000.
- (2) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Prevención del aborto peligroso. Hallado en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/es/>
- (3) GOBIERNO DE CHILE. Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Hallado en: <http://www.minsepres.gob.cl/wp-content/uploads/2015/01/1230-362-despenalia-interrupcion-emabrazo-3-causales-con-ingreso-camara.pdf>

- (4) Organización Panamericana de la Salud. El método OPS-CENDES. Cap 6. Hallado en: [http://whqlibdoc.who.int/php/WHO_PHP_46_\(part2\)_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/php/WHO_PHP_46_(part2)_spa.pdf)
- (5) GOBIERNO DE CHILE. Objetivos Sanitarios para la década 2000-2010. El Vigía 2002;Especial(15):5-6.
- (6) GOBIERNO DE CHILE. Estrategia Nacional de Salud 2011-2020. 2011.
- (7) FISHER W., SINGH S., SUPER P., CAREY M., OTCHET F., MACLEAN-BRINE D., *et al.* Characteristics of women undergoing repeat induced abortion. CMAJ 2005 March 1, 2005; 172(5): 03-Jun-2015.
- (8) GISSLER M., BERG C., BOUVIER-COLLE M., BUEKENS P. Pregnancy-associated mortality after birth, spontaneous abortion, or induced abortion in Finland, 1987-2000. Am J Ob Gyn 2004; 190(2): 422-427.
- (9) REARDON D.C., NEY P.G., SCHEUREN, C.J., COLEMAN P.K., STRAHAN T.W. Deaths associated with pregnancy outcome: a record linkage study of low income women. South Med 2002; 95(834-841).
- (10) CAMUS E., NISAND I. Induced abortion. Legislation, epidemiology, complications. Rev Prat 1995; 15(18): 2361-2369.
- (11) SREENARASIMHAIAH S., MCALISTER R. Ovarian vein thrombosis after elective abortion. Obstet Gynecol 2000; 95:828-830.
- (12) MIECH R.P. Pathophysiology of mifepristone-induced septic shock due to Clostridium sordellii. Ann Pharmacother 2005; 39(9): 1483-1488.
- (13) SUN Y., CHE Y., GAO E., OLSEN J., ZHOU W. Induced abortion and risk of subsequent miscarriage. Int J Epidemiol 2003; 32(3): 449-454.
- (14) ANANTH C.V., SMULLIAN J.C., VINTZILEOS A.M. The association of placenta previa with history of cesarean delivery and abortion: a metaanalysis. Am J Obstet Gynecol 1997; 177(5): 1071-1078.
- (15) THORP J.M. Jr, HARTMANN K.E., SHADIGIAN E. Long-term physical and psychological health consequences of induced abortion: review of the evidence. Obstet Gynecol Surv 2003; 58(1): 67-79.
- (16) COUGLE J.R., REARDON D.C., COLEMAN P.K. Generalized anxiety following unintended pregnancies resolved through childbirth and abortion: a cohort study of the 1995 National Survey of Family Growth. J Anxiety Disord 2005; 19(1): 137-142.
- (17) HUANG Y., ZHANG X., LI X., SONG F., DAI H., WANG J., *et al.* A meta-analysis of the association between induced abortion and breast cancer risk among Chinese females. Cancer Causes Control 2014; 25(2): 227-236.
- (18) KOCH E., CHIREAU M., PLIEGO F., STANFORD J., HADDAD S., Calhoun B., *et al.* Abortion legislation, maternal healthcare, fertility, female literacy, sanitation, violence against women and maternal deaths: a natural experiment in 32 Mexican states. BMJ Open 2015; 23(5).
- (19) GOBIERNO DE CHILE. Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional. 2013.
- (20) DONOSO E. C.E. El cambio del perfil epidemiológico de la mortalidad materna en Chile dificultará el cumplimiento del 5° objetivo del Milenio. Rev méd Chile 2012; 140(10): 1253-1262.

¿ES EL ABORTO BENEFICIOSO PARA LA SALUD MENTAL DE LA MUJER? DISCUSIÓN Y EVIDENCIA EN LA RELACIÓN ENTRE ABORTO Y SALUD MENTAL

MARIARITA BERTUZZI BERTAGNOLIO

Psicóloga Universidad de la Sapienza, Roma
Magíster en Psicología Clínica por la Universidad de los Andes
Profesora de Matrimonio y Familia; y Teoría sistémica familiar
Universidad de los Andes*

CRISTIÁN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

*Licenciado en Psicología y Filosofía por la Pontificia
Universidad Católica de Chile
Profesor de Psicología Social
Universidad de los Andes*

I. INTRODUCCIÓN

Las discusiones públicas acerca del aborto inducido como procedimiento médico para interrumpir un embarazo han estado siempre vinculadas, en algún sentido, a una visión respecto de su incidencia en la salud mental de la mujer embarazada. Desde mediados del siglo XX se ha argumentado que el embarazo y la maternidad, en estado de “insuficiencia psíquica”, puede tener “contraindicaciones psiquiátricas”, por lo que sería necesario recurrir a “intervenciones terapéuticas” como el aborto y la esterilización (ÅMark, 1959; Kummer, 1953). A pesar de que tales posiciones médicas siempre han encontrado resistencia (Arkle, 1957), la salud mental de la mujer, junto con su integridad física, se ha erigido históricamente como un fundamento para liberalizar la legislación del aborto (Dubin, 1961; Harper Mills, 1958). En el caso chileno, el reciente proyecto de ley (“Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, Boletín 9895) también hace referencias a la salud mental de la madre como fundamento para justificar la despenalización del aborto (véase la discusión planteada por Correa, 2015).

En este contexto, una discusión informada relativa al aborto exige una actualización en los distintos aspectos psicológicos relacionados con el aborto. En particular, intentaremos responder la pregunta si es que el aborto puede ser considerado como una medida terapéutica en vistas a la salud mental de la mujer. Una respuesta integral nos lleva a revisar cuatro temas más amplios: (1) Factores de riesgo: ¿Qué características psicoló-

* Título convalidado por la Universidad de Chile.

gicas son las que suelen estar presentes en las mujeres que buscan un aborto? (2) Alternativas: ¿En qué medida resultan efectivas algunas medidas disuasivas que se han propuesto en otras legislaciones, para evitar que una mujer aborte? (3) Síndrome postaborto: en términos cuantitativos, ¿se han detectado asociaciones de efectos psicológicos negativos con la realización de un aborto? (4) Experiencia del aborto: ya desde una visión cualitativa, ¿de qué manera reportan su vivencia las mujeres que han abortado? Al revisar lo que la investigación científica ofrece respecto de cada uno de estos aspectos, se puede obtener una comprensión más global y compleja de la dimensión psicológica del aborto, para poder sostener si se trata de una medida terapéutica justificada en términos de salud mental o no.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La revisión de la literatura científica que aquí presentamos debe ser leída con atención y prudencia, particularmente por dos razones. Debido a que el aborto en Chile está penalizado desde 1989, existe escasa literatura científicamente validada que se aproxime a la realidad puntual de las mujeres chilenas que buscan y se sometan a un aborto ilegal. Por lo mismo, nuestro aporte consiste en reunir la evidencia internacional, fundamentalmente del ámbito anglosajón y europeo occidental. La literatura latinoamericana es escasa y de calidad científica irregular. Las diferencias socioculturales como también legales en relación con el aborto obligan a interpretar con cautela las conclusiones, considerando que no es científicamente válida la generalización de una población a otra distinta. Por lo demás, el alto grado de apasionamiento y controversia política y moral en torno al aborto también tiñe la investigación científica, aunque sea de una manera más sutil y no confesada. Como ha mostrado la psicología social, estos sesgos actúan ya en un nivel **psicológico** (Baron, 1995; E. C. Nisbet, Cooper, & Garrett, 2015; M. Nisbet & Markowitz, 2014; The Huffington Post, 2015), que pueden conducir a sesgos sistemáticos en la recolección y análisis de datos (Grimes & Schulz, 2002). Además, hay también sesgos de índole **institucional**: una parte importante de las revistas especializadas en temas de salud maternal son financiadas y publicadas por instituciones explícitamente favorables al aborto como método de planificación familiar, como *Perspectives on Sexual and Reproductive Health* editada por el Alan Guttmacher Institute o *Contraception* editada por la Society of Family Planning. Asimismo, muchas investigaciones son financiadas por fondos de organizaciones con agenda política abortista: International Planned Parenthood Federation, The Ford Foundation, The Hewlett Foundation, The Jacobs Institute, etc. Cuesta ver una institucionalización semejante en el caso de los defensores de la vida, quizá con la excepción del Eliot Institute o MELISA. Sería, no obstante, una simplificación grosera afirmar que toda la investigación generada por investigadores afiliados a estas instituciones o que explícitamente sostienen una posición favorable al aborto sean intrínsecamente sesgadas y nada más que un trozo de propaganda

disfrazada de ciencia, y lo mismo corre –o debería correr– a la inversa. Las herramientas del método científico, si bien falibles y no siempre bien utilizadas, permiten aproximarse hacia la verdad de los fenómenos, a pesar de que sea una verdad parcial y limitada (Artigas, 2006). La interpretación particular de los estudios y comprensión global del problema exige, en consecuencia, un esfuerzo especial para sopesar la evidencia y analizarla críticamente. Revisamos la literatura científica con la convicción de que tanto detractores como defensores del aborto, en tanto proceden con honestidad y rigor científico, pueden contribuir a un conocimiento más preciso de la realidad que está en juego en una mujer que busca abortar.

II. CAMINO AL ABORTO: FACTORES DE RIESGO PSICOLÓGICOS

No resulta fácil hacer una lista precisa y exhaustiva de los factores psicológicos y psicosociales involucrados en la decisión de abortar. Nos enfrentamos a la intimidad y subjetividad de cada mujer, en la que se articulan las diversas razones, sobre la base de la presencia e intersección de diferentes factores que pensamos se puedan combinar de manera específica en cada caso. Siguiendo a Coleman *et al.* (Coleman, Reardon, Strahan, & Cogle, 2005), la perspectiva ecológica propuesta por Bronfenbrenner (1979) resulta un marco de referencia válido al considerar factores demográficos, individuales, relacionales, situacionales, sociales y culturales que entrarían en juego al momento de decidir abortar. Es así que Biggs *et al.* (2013) estudiaron las razones para abortar en un grupo de mujeres (Turnaway Study) y, evidenciaron que el 40% aducía razones económicas, 36% refería haberse quedado embarazada en un momento no adecuado, otro 31% se refirió a razones relacionadas con su pareja y 29% indicó necesitar focalizarse en los actuales hijos. Sin embargo, el 64% de estas mujeres reportaron más de una de estas razones.

En términos de **salud mental y conductas de riesgo**, hay estudios que evidencian que conductas antisociales y de abuso de drogas en jóvenes adolescentes muestran una íntima asociación con el embarazo y el aborto en adolescencia. Estas conductas podrían reflejar una disposición latente a un estilo de personalidad impulsiva y así mayormente propenso a gratificaciones inmediatas y a tomar riesgos (Nilsen *et al.*, 2012). Además, no hay evidencias concluyentes acerca de la asociación posible entre síntomas depresivos y aborto (Rees & Sabia, 2007).

Investigando acerca del **contexto relacional de pareja** al interior del cual las mujeres se quedan embarazadas, su calidad y estabilidad junto a la posibilidad de proyectarse en el tiempo pueden ser elementos importantes al momento de decidir abortar. En este sentido Chibber *et al.* (2014) estudiando este factor evidenciaron que 1/3 de las mujeres evaluadas decidieron abortar pensando en la pobre calidad de la relación de pareja y considerando el escaso grado de apoyo que recibirían por parte del

hombre, y aquellas mujeres que se encontraban expuestas a situaciones de violencia por parte del hombre, reportaron como principal razón para abortar el querer terminar con una relación abusiva.

Seguramente otro aspecto a considerar que se relaciona con la decisión de abortar es la **edad de la mujer** al momento de embarazarse, lo que sugiere frecuentemente relaciones con algún grado de dependencia en personas cercanas y significativas para ella, como se podría pensar ocurra en el embarazo adolescente. En este sentido nos encontramos con investigaciones (Cabezas-García, Langer-Glass, Álvarez-Vázquez, & Bustamante, 1998) que evidencian que el riesgo de abortar en el primer embarazo es elevado en mujeres muy jóvenes y que aún no han cumplido sus expectativas profesionales, laborales y de pareja, en términos de formalizar la relación en la que se encuentran y casarse. Mientras otras investigaciones (Calderón & Alzamora de los Godos, 2006) destacan que **factores familiares** relacionados con el aborto en adolescencia serían la presencia de dificultades en la comunicación familiar y la falta de confianza de las jóvenes en sus padres, lo que no facilitaría poderles contar su situación de embarazo; así como reacciones negativas de la familia entera frente a la noticia del embarazo. Steinberg (2014) indica que los principales factores que se han evidenciado estar relacionados con la decisión de jóvenes mujeres de abortar son el éxito y el proyectarse académica y profesionalmente, el pertenecer a clases sociales media-alta y alta y vivir en barrios acomodados, además de contar con padres con un alto grado de instrucción y cuyas personas significativas apoyan la decisión de abortar y que, finalmente, tienden mayormente a buscar apoyo en la consejería una vez embarazadas para poder definir su decisión.

Ante la ausencia de estudios validados y actualizados, solo podemos trazar parcialmente un perfil de las mujeres que buscan abortar en Chile a partir de datos del embarazo adolescente no deseado (Baeza, Póo, Vásquez, Muñoz, & Vallejos, 2008; Vigil, Molina, & Cortes, 2009), de las mujeres que buscan ayuda a fundaciones provida (Ruiz-Tagle, Echeverría, & Robert, 2014) o de estudios sin revisión de pares (Bustos, Muñoz, & Sánchez, 2011; Casas & Vivaldi, 2014; Gómez & Henríquez, 2014; Sandoval *et al.*, 1997; Schnake & Bennett, 2003, 2005). Según uno de estos últimos estudios, las mujeres que buscan abortos son caracterizadas como “provenientes de un nivel socioeconómico bajo, sin instrucción, sin principios de tipo religioso, y que inicia sus relaciones sexuales muy precozmente y se embaraza en edad temprana, y a la cual le es indiferente si se embaraza” (Sandoval *et al.*, 1997).

III. ¿CALLEJÓN SIN SALIDA? MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA CAMBIAR LA INTENCIÓN DE ABORTAR

Siendo así, las mujeres que buscan un embarazo se encuentran en una situación de desprotección en la que el aborto parece ser la única

alternativa a seguir. No obstante, en varios países se ha enfrentado el problema del aborto mediante la introducción legal de medidas que buscan, directa o indirectamente, disuadir a las mujeres de proseguir con su decisión de abortar, como el consentimiento por parte de los padres, la espera de un tiempo de reflexión, la consejería obligatoria, o presenciar una ecografía de su bebé.

1. CONSENTIMIENTO PARENTAL, TIEMPOS DE ESPERA Y CONSEJERÍA OBLIGATORIA

La opinión tanto de los pacientes como de los trabajadores de clínicas abortistas es crítica al respecto del **consentimiento parental** y los **tiempos de espera** (Lupfer & Silber, 1981; Mercier *et al.*, 2015). Ahora bien, la evidencia muestra que restricciones más altas generan una baja en los abortos, en particular en el caso de la necesidad de certificar el consentimiento de los padres (Coles, Makino, Stanwood, Dozier, & Klein, 2010). No obstante, se ha detectado que la reducción de abortos va de la mano de un aumento en los abortos en Estados vecinos que carecen de estas restricciones (Henshaw, 1995; Joyce & Kaestner, 2000, 2001). En esta misma línea, otra de las variables estructurales que se ha hallado asociada a la reducción de abortos es la baja en el financiamiento público a los abortos, especialmente en el caso de las mujeres solteras de bajos recursos (Adamczyk, 2008).

Mención especial merece la **consejería** (*counseling*) como requisito legal para permitir el aborto. Desde la defensa de la vida, algunos han visto en la consejería una oportunidad para ofrecer apoyo a la mujer que no ve otra salida posible al aborto. Así, por ejemplo, en Estados Unidos han surgido centenas de Centros de Crisis del Embarazo (*Crisis Pregnancy Center*), en los que se ofrece información y orientación a las mujeres que buscan un aborto. No obstante, estas iniciativas han sido criticadas por “ofrecer información no avalada por la evidencia científica” o por tener una clara inclinación a “disuadir a las mujeres de ejercer sus derechos reproductivos” (Bryant & Levi, 2012; Bryant, Narasimhan, Bryant-Comstock, & Levi, 2014). A su vez, muchas clínicas abortivas también ofrecen procesos de consejería, en los que se oscila desde la orientación en la toma de decisiones (*options counseling*) hasta la discusión de detalles higiénicos y administrativos vinculados con el aborto (*pre-abortion counseling*, Conte, 2013; Hoggart, 2015). La evidencia científica no muestra una tendencia clara respecto del efecto de las consejerías preaborto. Según algunos estudios, las mujeres embarazadas que buscan abortar lo consideran un trámite innecesario, que no reporta mayor información ni ofrece una mejor orientación que la que han podido obtener con sus cercanos (Brown, 2013; Cameron & Glasier, 2013; Lupfer & Silber, 1981). Por el contrario, otros estudios muestran una percepción positiva de las mujeres en estas instancias, en cuanto reducen sus niveles de ansiedad, reciben información

que buscaban y que solo una instancia técnica podría ofrecerles (Conte, 2013; Vandamme, Wyverkens, Buysse, Vrancken, & Brondeel, 2013). Esto se ve especialmente en las mujeres que reportan no tener apoyo social en su situación, las que tienen una probabilidad 2,6 veces más alta de describir la experiencia de consejería como muy útil (Gould, Foster, Perrucci, Barar, & Roberts, 2013). En relación con las mujeres que deciden no abortar tras la consejería, hay un efecto más bien marginal, no mayor a 5%, en el que no se puede distinguir con claridad si el cambio de opinión fue producto de la consejería o de otras características situacionales (Brown, 2013; Gould *et al.*, 2013). Además, debe tenerse a la vista que en la mayoría de estos estudios se está frente a una consejería preaborto, y no una que ofrezca alternativas. En ninguno de estos estudios se evalúan consejerías que busquen acompañar y apoyar a las mujeres en su embarazo, especialmente en los socialmente más complejos.

Sin perjuicio de estos resultados, es necesario tener en cuenta que la totalidad de los estudios citados se realizan en países con aborto libre y con mujeres de nivel socioeconómico acomodado, que llegan con la decisión tomada, y no como sucede en el contexto nacional, mujeres socialmente vulnerables, bajo presión social y familiar, en las que se conoce la existencia de presiones y coerciones ante la decisión de querer abortar (Pantelides, 2004; Ruiz-Tagle *et al.*, 2014).

2. ECOGRAFÍA OBLIGATORIA: DISCUSIÓN Y EVIDENCIA

En algunos estados de Estados Unidos como en varios países de Europa se ha permitido la legalización del aborto solo después de haber presenciado una **ecografía prenatal** (Benson & Nash, 2007). Esta medida ha sido impulsada por movimientos provida, considerando los estudios que documentan cómo las ecografías potencian el vínculo materno-filial (Atluru, Appleton, & Plavsic, 2012; Ji *et al.*, 2005), esperando que las mujeres embarazadas decididas a abortar desistan de su intención tras ver a su hijo. La evidencia, no obstante, presentada por los movimientos sociales por la vida, es fundamentalmente testimonial y recogida de la experiencia en centros de acompañamiento (Kertscher, 2015; K. S. Thomas, 2015; Vincent, 2005). Se plantea por lo demás que la utilización de la ecografía contribuye a la construcción social de un significado “personalizante” del feto, atribuyéndole características humanas a una entidad biológica aún indeterminada (Kimport & Weitz, 2015; Mikołajczak & Bilewicz, 2014; Mitchell & Georges, 2015). Finalmente, la crítica más radical es de índole normativa: la exposición obligatoria de las mujeres embarazadas a tales imágenes involucraría una suerte de coerción emocional para no abortar, privándolas de ejercer libremente su “derecho reproductivo” (Evans, Johnson, Isada, & Holzgreve, 1994; Kelland & Macleod, 2015; Palmer, 2009; Sanger, 2008).

Por lo general, los estudios muestran que la mayoría de las mujeres muestra actitudes positivas y satisfactorias antes de ver ecografías de

sus hijos en gestación (García *et al.*, 2002). Estudios iniciales acerca de mujeres en busca de un aborto muestran que una mayoría de ellas están dispuestas a ver una ecografía, y suelen encontrarlo una medida positiva y recomendable (Bamigboye, Nikodem, Santana, & Hofmeyr, 2002; Wiebe & Adams, 2009), mientras que otros estudios destacan una primacía de emociones negativas, ya sea de arrepentimiento por el aborto como también de mantener la decisión, pero viviéndolo de forma mucho más dura (Kimport, Preskill, Cockrill, & Weitz, 2012). En algunos casos solo se reportan emociones positivas, porque son mujeres que no estarían dispuestas a revisar su decisión de abortar y les sirve para satisfacer su curiosidad y procesar su aborto (Cappiello, Merrell, & Rentschler, 2014). Un estudio más amplio con 702 mujeres norteamericanas muestra que las mujeres que reportan mayor dificultad en haber tomado la decisión de abortar son las que tienen más posibilidad de reportar emociones negativas (Kimport, Tracy, & Foster, 2014).

El estudio más completo hasta la fecha, utilizando registros de *Planned Parenthood* en el sur California, analiza los datos de más de 15.000 mujeres que buscaban abortar y se les ofreció ver o no una ecografía (Kimport, Upadhyay, Foster, Gatter, & Weitz, 2013). El 42,5% de las mujeres escogen verla. Factores que mejor predicen la probabilidad de ver la ecografía son:

- Edad temprana
- Etnicidad no europea
- Baja edad gestacional (<9 semanas)
- Bajo nivel socioeconómico
- Baja certeza en la decisión de abortar

Un dato relevante que surge de este estudio es que **hay una asociación significativa** entre las mujeres que llegan a los centros de *Planned Parenthood* con baja o media certeza en su decisión de abortar y la renuncia a querer seguir el proceso de aborto (Gatter, Kimport, Foster, Weitz, & Upadhyay, 2013). A nuestro juicio, no deja de ser sugerente que este último dato haya sido presentado por las autoras en el North American Forum on Family Planning (Seattle, WA, Octubre 6–7, 2013), pero que no haya sido incluido en el artículo final de esta investigación publicado en *Contraception*.

Ante el debate acerca de la ecografía previa al aborto, puede decirse que, a la luz de la evidencia disponible, que las mujeres con mayor certeza a la hora de abortar, usualmente de un perfil menos vulnerable, o bien deciden no ver la ecografía, o bien al verla, no cambian su decisión. En cambio, los perfiles de mujeres más vulnerables, como suele ser el caso de las mujeres chilenas que buscan interrumpir su embarazo, la visualización de la ecografía prenatal sí puede generar una diferencia y ayudarlas a cambiar de opinión. No obstante, hay que tener presente que la mayoría de estos estudios fueron realizados en contextos de aborto legal y con

pacientes que se acercan a las clínicas para realizarse un aborto. Por eso tiene sentido que solo un porcentaje menor de las muestras tenga baja certeza de querer abortar, y sean precisamente aquellas mujeres las que tienen mayores probabilidades de cambiar de opinión.

3. CONCLUSIONES

Como muestra esta sección, las distintas medidas que buscan reconsiderar la decisión de abortar tienen una efectividad discutible. A diferencia de la visión dominante en los círculos provida (K. S. Thomas, 2015; Vincent, 2005), no se puede afirmar con los datos que tenemos actualmente que las ecografías prenatales reviertan la decisión de abortar. No obstante, tampoco contamos con investigaciones que ofrezcan garantías suficientes de no estar alineadas en la discusión política respecto de este tema.

En términos de salud mental y teniendo en vista las particularidades demográficas del caso en Chile, probablemente la mejor intervención ante una madre con intenciones de abortar es un proceso de consejería que no solo sea informativo y técnico respecto de sus opciones, o del procedimiento por el que pasaría y sus posibles secuelas, sino más bien un acompañamiento que permita acoger a la mujer en sus dificultades que la llevan a considerar el aborto y que, a la luz de los factores de riesgo psicológicos, tenga por objetivo una reconsideración de los recursos psicológicos y sociales con los que podría contar la mujer para sacar adelante su embarazo.

IV. DISCUSIÓN Y EVIDENCIA ACERCA DE SÍNDROME POSTABORTO Y EL ABORTO COMO CAUSA DE PROBLEMAS DE SALUD MENTAL

Dentro de la discusión científica relativa al aborto y sus aspectos psicológicos, probablemente el debate más relevante es el que se ha dado en torno a la existencia de un Síndrome Postaborto [SPA]. Por ponerlo en términos más amplios, se discute concerniente a la existencia o ausencia de consecuencias psicológicas negativas permanentes en las mujeres que han tenido un aborto, en contraste a las que no. Si se pudiese demostrar que la sola realización del aborto está consistentemente asociada con secuelas psicopatológicas, sería entonces difícil de sostener que el aborto sea una medida que busca proteger la salud mental de la mujer (Coleman, 2011; Fergusson, Horwood, & Boden, 2013). O a la inversa, la posibilidad de mostrar que el aborto *per se* no está relacionado con consecuencias negativas para la mujer, sino que ellas son producto de otras variables psicosociales (nivel educacional, estrato socioeconómico, violencia intrafamiliar, etc.) o de condiciones mórbidas previas al aborto, implicaría entonces que los problemas no son específicamente atribuibles al aborto en cuanto tal (American Psychological Association, 2008;

Robinson, Stotland, Russo, Lang, & Occhiogrosso, 2009). Esta hipótesis la llamaremos el modelo de factores de riesgo comunes (*common-risk-factors*; Steinberg & Finer, 2011). Argumentos de este tenor han sido reiteradamente esgrimidos tanto por detractores como por defensores del aborto legal.

Debido a lo decisivo de este punto en el debate público respecto del aborto en general, la investigación científica se ha visto constantemente rodeada de controversias, refutaciones, críticas por falta de rigor metodológico y acusaciones de querer llevar al plano científico (i.e. descriptivo) una discusión eminentemente social y política (i.e. normativa). Como sucede regularmente en las ciencias sociales como la sociología, la psicología o la epidemiología, no hay algo así como datos aislados que el científico sencillamente descubre y exhibe, sino que los resultados son, al menos en parte, producto de ciertas decisiones metodológicas, fundamentadas por razones teóricas, intuitivas o, en el peor de los casos, por tener en vista un cierto tipo de resultados (Artigas, 2006; Lakatos, 1978; Popper, 1959). Como se discutió anteriormente, nos interesa revisar algunos aspectos más generales de la discusión en torno a las consecuencias psicológicas negativas del aborto, intentando mostrar de manera equilibrada los méritos científicos de las investigaciones más difundidas y debatidas. La conclusión que podemos adelantar a este respecto es que no hay evidencia suficientemente sólida que confirme o desmienta la existencia del SPA, como entidad nosológica independiente, comparable a los estándares científicos usualmente exigidos en psiquiatría (Charles, Polis, Sridhara, & Blum, 2008; Major *et al.*, 2009). Pero tampoco contamos con un nivel de certeza suficiente para descartar relaciones de causalidad entre aborto y consecuencias negativas de salud mental. Es más, afirmar que el aborto sea una medida “psicológicamente beneficiosa” no tiene fundamento empírico (Coleman, 2012; Fergusson *et al.*, 2013). Todo esto no quita que existan estudios que nos puedan ayudar a aproximarnos mejor a la pregunta por la asociación entre el aborto y efectos en la salud mental de las mujeres.

1. EL CONCEPTO DE SÍNDROME POSTABORTO

A mediados de la década de 1980 comenzaron a aparecer las primeras publicaciones indicando la posibilidad de que el aborto esté vinculado a una particular serie de perturbaciones emocionales en las mujeres. En Estados Unidos, durante el gobierno de Reagan, se le encargó al entonces *General Surgeon*, Dr. C. Everett Koop, la máxima autoridad de salud en el país, la confección de un informe respecto de las consecuencias físicas y psicológicas del aborto. El Dr. Koop desistió de dar una respuesta científica, escribiéndole una carta al Presidente indicando que en ese entonces no existían estudios suficientes para afirmar la conexión entre aborto y consecuencias negativas (Koop, 1989). En paralelo, la American Psychological Association (APA) reunió una comisión para revisar la lite-

ratura, afirmando que el estrés provocado por el aborto no es mayor que el esperable en otras situaciones vitales relativamente comunes (Adler *et al.*, 1990). Fueron Anne Speckhard y Vincent Rue quienes desde 1992 acuñaron el concepto de SPA para agrupar varias evidencias, como variante del síndrome de estrés postraumático específicamente asociado a las mujeres que se han realizado un aborto (Andón, 2011; Fuentes, 2009). Básicamente, consistiría en un patrón de malestar emocional constante, con síntomas inexistentes antes del aborto, como memoraciones e intrusiones del evento traumático o sensaciones crónicas de culpa por haber sobrevivido y duelo (Speckhard & Rue, 1992). Una de las características más llamativas de este cuadro es que tendría rasgos universales, con independencia de la cultura, de las posiciones morales de la mujer y que tiene repercusión en su pareja (Gurpegui & Jurado, 2009; Schnake & Bennett, 2003; Speckhard & Mufel, 2003).

Según un estudio internacional con 217 mujeres americanas y 331 rusas, las mujeres que han abortado mostrarían los siguientes síntomas (Rue, Coleman, Rue, & Reardon, 2004):

– Culpabilidad con incapacidad para perdonarse a sí mismas.	79%
– Situaciones de volver a revivirlo	73%
– Sentirse mal consigo mismas.	68%
– Percepción de estar “emocionalmente entumecidas” (<i>numb</i>)	67%
– Miedo respecto de sus futuros embarazos y maternidad	63%
– Pensamientos suicidas relacionados directamente con el aborto	58%
– Pesadillas y preocupación con el aborto	55%
– Problemas al estar cerca de bebés.	49%

Recopilando antecedentes de la experiencia clínica, Verdier distingue dos subtipos clínicos de SPA: el Tipo A, propio de mujeres menores de 29 años, caracterizado por índices de promiscuidad, conductas de autocastigo, consumo de sustancias e intentos de suicidio; y el Tipo B, presente en mujeres mayores de 30 años, marcado por depresión, angustia y divorcio o separación (Andón, 2011; Verdier, 1993).

Seguendo el marco conceptual, hay solo un estudio en Chile (Schnake & Bennet, 2005) en el que se entrevistó a 46 mujeres que experimentaron un aborto y a sus parejas, que indicaron la presencia de los síntomas de dolor (95,65%), remordimiento (93,47%), rabia (84,78%), falta de concentración (84,38%), soledad y angustia (78,26%), arrepentimiento (73,91%) temor a Dios (69,56%), tristeza y depresión (65,21%), vacío (60,86%), pena (58,69%) y culpa (56,52%). La incidencia del SPA se estimó en 78,3% en las mujeres, mientras que en 21,7% de los hombres de este grupo. No hay estudios con los que se pueda contrastar estas cifras, cuya metodología de extracción también podría ser cuestionada por sesgo de selección (muestra obtenida del Proyecto Esperanza: pacientes 285 que están buscando

ayuda frente al SPA) y por falta de instrumentos de medición adecuados (Schnake & Bennett, 2005)..

Este concepto, no obstante, no fue universalmente aceptado dentro de la comunidad de psiquiatras y psicólogos, como lo muestra el hecho de que hasta hoy no haya ningún reconocimiento del SPA o equivalente en el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM) o en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud (Robinson *et al.*, 2009; Rondón, 2009). Es decir, a pesar de que haya evidencia de que las mujeres que han abortado no tienen características de salud mental semejantes al resto de la población, o incluso a las mujeres que han llevado a término embarazos no deseados o las que han sufrido pérdidas espontáneas (Fergusson, Horwood, & Boden, 2008), no cabría atribuirle tales diferencias a un cuadro o patrón más o menos estable y universal de síntomas, que pudiésemos agrupar bajo el concepto de SPA (American Psychological Association, 2008). Algunos autores han considerado que el SPA y su rechazo por el *establishment* de la salud mental fue un intento de los grupos provida de “crear una aflicción” para sus fines políticos, que terminó cayendo por su propio peso (Dadlez & Andrews, 2010; Lee, 2001).

2. DESPLAZAMIENTO DE LA DISCUSIÓN: ASOCIACIÓN ENTRE ABORTO Y PROBLEMAS DE SALUD MENTAL

Sin perjuicio de la negativa por parte de la comunidad científica en reconocer al SPA como entidad nosológica independiente, con una etiología y manifestaciones sintomáticas propias, o bien como una variante del síndrome de estrés postraumático, la discusión científica actual ha desplazado su eje. La pregunta de investigación ya no gravita respecto de la existencia del SPA, sino acerca de **la asociación entre aborto y trastornos psicológicos específicos** (i.e. trastornos de ansiedad, depresión) o problemas mentales en general, como consumo problemático de alcohol, dependencia de sustancias ilícitas o conductas e ideación suicidas.

Así, por ejemplo, Coleman y colaboradores publicaron en 2005 una sistematización teórica de los aspectos que posiblemente estarían influyendo en las consecuencias negativas asociadas al aborto (Coleman *et al.*, 2005). Utilizando aproximación teórica *ecológica*, esto es, integradora de diversos niveles individuales y sociales (Bronfenbrenner, 1979), distingue moderadores y mediadores de las experiencias negativas posteriores al aborto. Entre los **factores moderadores**, es decir, aquellos que pueden intensificar o disminuir la dificultad de ajuste postaborto, destacan la edad (i.e. mujeres más jóvenes sufren más que las mayores), apego al feto (i.e. a mayor vinculación emocional al no nacido, mayor dificultad de ajuste posterior), creencias de la humanidad del feto (i.e. a mayor atribución de humanidad, más difícil resulta lidiar con el aborto), moderadores culturales, étnicos y socioeconómicos. Entre los **factores mediadores**, es

decir, aquellos aspectos que estarían generando los efectos postaborto se cuentan las creencias de autoeficacia (i.e. la mujer que aborta tiende a creer menos en sus propias capacidades de enfrentarse a las dificultades), la atribución de culpa (i.e. después del aborto, el culparse a sí misma es lo que origina otros síntomas negativos) y eventos reproductivos posteriores (i.e. el estado anímico tiende a empeorar al momento de enfrentarse a un nuevo embarazo, una pérdida o problemas de fertilidad). Con este marco teórico, apoyado por la evidencia recogida hasta ese entonces, si bien no se puede trazar una relación causal entre el aborto y las consecuencias negativas posteriores, sí puede comprenderse de manera más integral el fenómeno psicológico y social que es el aborto.

A pesar de estas contribuciones, la pregunta por la asociación entre aborto y salud mental posterior fue abordada directamente por la APA, comisionando un grupo de especialistas para generar un reporte actualizado de la evidencia (American Psychological Association, 2008; Major *et al.*, 2009). Los resultados del informe concluyen que:

“Basados en nuestra revisión y evaluación comprensiva de la literatura empírica publicada desde 1989 en publicaciones periódicas con revisores independientes, este grupo de trabajo sobre Salud Mental y Aborto concluye que la investigación metodológicamente más sólida indica que entre las mujeres que tienen un solo aborto legal en el primer trimestre, de un embarazo no planificado, y por razones no terapéuticas, los riesgos relativos de problemas de salud mental no son mayores que los riesgos entre las mujeres que dan a luz en un embarazo no planificado” (American Psychological Association, 2008, p. 92).

Esta conclusión es producto de un detallado análisis metodológico, especialmente crítico de los artículos que habrían encontrado diferencias entre mujeres que han abortado y las que no. No obstante, es vital rescatar que este informe reitera en varias oportunidades que **resulta científicamente imposible determinar una relación causal –o la falta de ella– entre aborto y problemas mentales**. La razón de esto estriba en que los estándares científicos para la determinación de causalidad exigiría estudios experimentales aleatorizados controlados (RCT; *Randomized Controlled Trials*), en los que se intervenga de manera controlada y aleatoria a una muestra representativa. Es decir, tomar a un conjunto representativo de mujeres con embarazos no deseados y asignarles al azar si es que abortan o no, y medir los resultados antes y después del proceso. La obvia imposibilidad ética y social de realizar estudios con estas características hace cualquier tipo de inferencia causal una atribución injustificada (American Psychological Association, 2008; Bradshaw & Slade, 2003; Casey, 2010; Thorp, Hartmann, Shadigian, & Shadigan, 2005). La consecuencia lógica de esta dificultad metodológica es que tampoco se pueda afirmar con certeza la ausencia de relaciones causales entre aborto y los problemas de salud mental que reportan muchas mujeres (Fergusson *et al.*, 2013). Que sea imposible determinar causalidad, no implica lógicamente que

tal causalidad no exista: al decir de Carl Sagan, **la ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia** (Ghaemi, 2009; Sagan, 2007).

En paralelo a este informe de la APA, un grupo independiente de investigadoras hizo una revisión de la calidad metodológica de los estudios disponibles hasta 2008, categorizándolos en cinco niveles entre “muy pobre” y “excelente”. De los 21 mejores estudios encontrados, ninguno satisface los estándares necesarios para establecer relaciones entre aborto y salud mental, o la ausencia de ellas, solo cuatro son clasificados como “muy bueno”, mientras que la mayoría se califican como “aceptable” o “pobre” (Charles *et al.*, 2008). Además, las investigadoras denuncian que la calidad de los estudios está inversamente relacionada con presencia de consecuencias negativas después del aborto. Sin embargo, el rigor metodológico que estas revisiones exigen a las investigaciones, especialmente a aquellas que afirman la existencia de secuelas negativas del aborto, no se cumple con ellas mismas, como se ha criticado en varias ocasiones (Coleman, 2011, 2012; Gurpegui & Jurado, 2009).

Esto refuerza la idea de que **la evidencia disponible no permite ni afirmar ni descartar la existencia de asociaciones causales entre aborto y problemas de salud mental**, por razones de índole metodológica: es imposible –o más bien, impracticable– probar causalidad, como se prueba, por ejemplo, la causalidad de los efectos de un fármaco o de una kinesioterapia determinada. En este mismo contexto se puede entender por qué el Royal College of Psychiatrists (Reino Unido) cambió la posición sostenida desde 1994, declarando en marzo de 2008 la necesidad de incluir en el consentimiento informado para las mujeres que van a abortar una cláusula acerca de eventuales daños a la salud mental que puede traer su decisión (Fergusson, 2008)

3. PRUEBAS INDIRECTAS DE CAUSALIDAD: ESTUDIOS LONGITUDINALES Y METAANÁLISIS

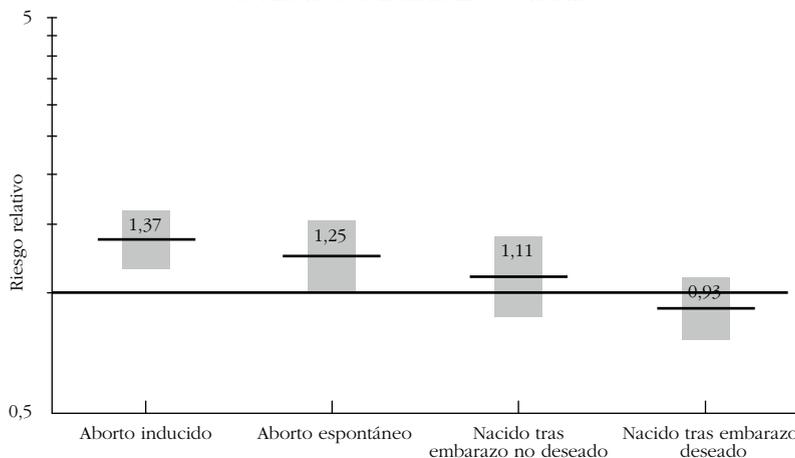
Ante la imposibilidad de determinar experimentalmente una relación de causalidad entre aborto y problemas de salud mental, se han propuesto dos vías alternativas. Los estudios longitudinales, por una parte, son aquellos estudios en los que se ha hecho un seguimiento a un grupo de mujeres, dentro de las cuales ha habido algunas que han abortado y otras que no. Los metaanálisis, a su vez, son reportes estadísticos de una serie amplia de estudios validados, que permite contrastar efectos del aborto en distintas muestras, controlando estadísticamente aquellos aspectos que pudiesen llevar a confusión.

3.1. Estudios longitudinales

El estudio longitudinal más importante al respecto fue publicado por David Fergusson y sus colaboradores, a partir de los datos del *Christchurch*

Health and Development Study, en el que más de 500 mujeres neozelandesas fueron monitoreadas en su salud mental y condiciones sociales desde el nacimiento hasta los 30 años (Fergusson *et al.*, 2008). Dentro de esta cohorte, hubo suficientes casos de mujeres con embarazos deseados y no deseados, y entre las últimas, mujeres que abortaron y mujeres que tuvieron a sus hijos. Estas condiciones óptimas, dentro de lo éticamente permisible, harían posible contrastar con bastante precisión los índices de malestar emocional, comparando a las mujeres que abortaron con las que decidieron tener a su hijo no deseado, y cómo ambas difieren de las que tienen un hijo deseado o las que lo perdieron espontáneamente. En términos generales, el estudio indica que **hay efectos modestos pero consistentes en las probabilidades de tener desórdenes mentales en las mujeres que han abortado** por sobre la media de la población, como también por sobre aquellas que han tenido pérdidas o que han tenido un hijo no deseado (véase Figura 1).

FIGURA 1
RIESGO RELATIVO DE PROBLEMAS DE SALUD MENTAL EN MUJERES QUE HAN TENIDO UN ABORTO INDUCIDO, UN ABORTO ESPONTÁNEO, EMBARAZO NO DESEADO LLEVADO A TÉRMINO Y EMBARAZO NORMAL.



La línea horizontal (valor =1) representa el riesgo de problemas de salud mental normal de la población. La franja gris representa el intervalo de confianza del 95% (tomado de Gurpegui & Jurado, 2009 con datos de Fergusson *et al.*, 2008)

Cuando se revisan las probabilidades de diferentes problemas mentales específicos destacan los riesgos de depresión mayor (OR=2,15 95% CI 1,44-3,23), trastornos de ansiedad (OR= 2,25 95% CI 1,49-3,42) e ideación suicida (OR=2,25 95% CI 1,30-3,89), siendo todos en promedio más del doble de lo normal de la población, y especialmente el riesgo de dependencia de sustancias ilícitas, que sería hasta de siete veces más probable que en la población normal (OR = 7,08 95% CI 3,06-16,4).

En una publicación posterior basada en los mismos datos, se analiza la reacción emocional de las mujeres ante el aborto y si es que esta tendría relación con las consecuencias a largo plazo. Los datos revelan que las mujeres que abortan presentan reacciones ambivalentes, tanto positivas como negativas, y que existiría una asociación entre la presencia e intensidad de emociones negativas con el peor pronóstico de salud mental en los años siguientes. En otras palabras, este estudio de 30 años muestra que las mujeres que reportan mayores emociones negativas dentro de su ambivalencia postaborto son aquellas que a la larga terminan reportando mayores dificultades en términos de salud mental (Fergusson, Horwood, & Boden, 2009b).

La calidad del diseño de este estudio ha sido reconocido transversalmente (Casey, Oates, Jones, & Cantwell, 2008; Gurpegui & Jurado, 2009; Rowlands & Guthrie, 2009), aunque algunos críticos han enfatizado la imposibilidad de generalizar sus conclusiones a contextos sociales (Cooper, 2009) y legales distintos al neozelandés (Kendall, Bird, Cantwell, & Taylor, 2012; Robinson *et al.*, 2009; Russo, 2014). De esta forma, estudios como este reflejan que, aun manteniendo varias otras variables controladas, habría diferencias en las probabilidades de sufrir consecuencias psicológicas negativas entre haber abortado un embarazo indeseado y no haberlo abortado. A pesar de que no pueda ser considerado una muestra robusta de causalidad, son datos que sugieren que la conexión entre aborto y problemas de salud mental no se debería exclusivamente a las condiciones psicológicas mórbidas previas al aborto, como afirma el modelo de factores comunes de riesgo. Hasta ahora no se han publicado estudios con la amplitud y alcances semejantes a este, aunque la tendencia se ha inclinado a privilegiar los diseños longitudinales por sobre los transversales (Munk-Olsen, Laursen, Pedersen, Lidegaard, & Mortensen, 2011; J. R. Steinberg, McCulloch, & Adler, 2015).

3.2. Metaanálisis: integración estadística de resultados

Otra vía científica de mostrar que la relación entre aborto y problemas de salud mental no es una mera superposición de condiciones es mediante metaanálisis, análisis estadísticos de segundo orden, en los que se introducen los resultados estandarizados de varias investigaciones, obteniendo valores promedio, que permiten eliminar la diferencia y heterogeneidad entre las muestras. A diferencia de las revisiones narrativas o sistemáticas, que solo describen lo que aparece en distintos estudios, un metaanálisis permite someter a prueba estadística la solidez de una hipótesis, lo que disminuye las posibilidades de sesgo por parte del mismo autor. En este género de estudios, probablemente el que más ha generado controversias ha sido el publicado por Priscilla Coleman en 2011. Tomando 22 estudios que comparan a mujeres que han abortado con otras que no, introduce sus

resultados particulares y obtiene las probabilidades promedio para varios indicadores distintos. Su conclusión más general es que **las mujeres que han abortado tienen 81% más probabilidades de tener problemas de salud mental que las que no** (OR=1,81 95% CI 1,57-2,09). Al ir separando los distintos tipos de problemas de salud mental, aparecen probabilidades distintas, como se ve en la Tabla 1.

TABLA 1
 PROBABILIDADES (OR) DE TENER PROBLEMAS DE SALUD MENTAL PARA LAS MUJERES QUE HAN ABORTADO, EN RELACIÓN CON EL GRUPO DE COMPARACIÓN SIN ABORTAR (VALOR =1,00).

Problemas de salud mental	Probabilidad (OR)	Intervalo (95%)
Abuso de alcohol	2,10	1,76-2,49
Trastornos de ansiedad	1,34	1,12-1,59
Depresión	1,37	1,22-1,53
Consumo de marihuana	3,50	1,64-7,44
Conductas suicidas /autodestructivas	2,55	1,31-4,96

Por ejemplo, “mujeres que han abortado tienen más del doble de probabilidades de tener conductas de abuso de alcohol” (o bien, “110% más de probabilidades”). El intervalo designa posibles variaciones que pueda tener la probabilidad, considerando 5% de error. Cuando el valor inferior del intervalo es mayor que 1, se considera estadísticamente significativo (datos tomados de Coleman, 2011).

Coleman también distinguió en sus análisis las probabilidades según grupos de contraste, es decir, cómo aumentan o disminuyen las probabilidades de tener problemas de salud mental, según se compara a las mujeres que han abortado con las mujeres en general, las que tienen un hijo o con las que tienen un hijo no deseado. Los resultados de sus metaanálisis separados por grupo se ven en la Tabla 2.

TABLA 2
 PROBABILIDADES (OR) DE TENER PROBLEMAS DE SALUD MENTAL PARA LAS MUJERES QUE HAN ABORTADO SEGÚN GRUPO DE COMPARACIÓN.

Grupo de comparación	Probabilidad (OR)	Intervalo (95%)
Mujeres que dan a luz en general	2,38	1,62-3,50
Mujeres que no abortan (pudiendo hacerlo)	1,59	1,36-1,85
Mujeres con embarazos no deseados	1,55	1,30-1,83

Por ejemplo, “mujeres que han abortado tienen más del doble de probabilidades de tener problemas de salud mental que aquellas que dan a luz” (o bien, “138% más de probabilidades”). El intervalo designa posibles variaciones que pueda tener la probabilidad, considerando 5% de error. Cuando el valor inferior del intervalo es mayor que 1, se considera estadísticamente significativo (datos tomados de Coleman, 2011).

En ambos casos, la agregación de los resultados de estudio muestra **diferencias estadísticamente significativas entre mujeres que abortan y las que no**, habiendo controlado factores vinculados al nivel socioeconómico, educación y otras covariables sociales y psicológicas. Los datos

muestran que el aborto tiene incidencia en la salud mental de la mujer, incluso sugiriendo que el llevar el embarazo a término puede ser considerado un factor protector frente a problemas de salud mental como la ideación o conductas suicidas (cf. Coleman, 2011, pp. 183-4).

La publicación de este estudio en el *British Journal of Psychiatry* generó una extendida controversia, en la que intervinieron más de 10 grupos de investigadores distintos mediante cartas y artículos. Las críticas a Coleman son de la más diversa especie: ataques personales por ser abiertamente provida (Goldacre & Lee, 2012; Littell & Coyne, 2012), por incluir sus propios estudios en el análisis estadístico (Littell & Coyne, 2012; Polis, Charles, Blum, & Gates, 2012) o por no incluir estudios que fueron publicados después del suyo (Abel, Susser, Brocklehurst, & Webb, 2012; Howard, Rowe, Trevillion, Khalifeh, & Munk-Olsen, 2012; Lagro-Janssen, van Weel, & Wong, 2012; Robinson, Stotland, & Nadelson, 2012). Se le critica también por no alcanzar los estándares metodológicos de un metaanálisis (Goldacre & Lee, 2012; Littell & Coyne, 2012) o por asuntos más técnicos del cálculo estadístico (Kendall *et al.*, 2012; J. R. Steinberg, Trussell, Hall, & Guthrie, 2012). En sus descargos, Coleman muestra cómo su estudio sigue las prácticas usuales en salud mental, aunque no alcance los estándares ideales, incluso con mayor precisión que los estudios citados por ellos mismos como referentes (American Psychological Association, 2008; Charles *et al.*, 2008, ambos ya comentados más arriba). En términos de honestidad intelectual, tendríamos que agregar, no obstante, que la mayoría de los estudios que Coleman incluye en su metaanálisis son estudios en los que pueden identificarse autores que sistemáticamente han publicado resultados que asocian significativamente el aborto con efectos negativos para la salud mental, que a su vez se identifican con activismo social y político en contra de las políticas de aborto (cf. Reardon, 2012).

Otro metaanálisis digno de consideración fue el que realizaron Fergusson y colaboradores (2013), en el que recopilan estudios validados transversalmente por investigadores y asociaciones científicas de distinto signo. Sus resultados muestran de forma patente que no hay evidencia para indicar que el aborto pueda traer algún tipo de beneficio de salud mental para la mujer, y que habría evidencia modesta para afirmar que trae algunas consecuencias negativas, específicamente en consumo de alcohol (OR = 2,34 95% CI 1,05-5,21), de drogas ilícitas (OR=3,91 95% CI 1,13-13,55) y conductas suicidas (OR=1,69 95% CI 1,12-2,54). No deja de ser interesante ver cómo en estos resultados, que incluyen la consideración de los mejores 14 estudios de “lado y lado”, los trastornos del ánimo y la depresión ya no se ven significativamente asociadas al haberse hecho un aborto, como lo indican los estudios longitudinales citados anteriormente (Fergusson *et al.*, 2008), pero el aborto sí revela un aumento en las probabilidades de consumo de alcohol y drogas, como también de conductas suicidas. Los autores concluyen que “a la fecha no hay evidencia directa que muestre que las mujeres que tengan un aborto estén en un menor riesgo de problemas de salud mental que los grupos

de mujeres equivalentes que lleven a término sus embarazos no deseados” (Fergusson *et al.*, 2008, p. 984). Si bien ha habido críticas respecto de estos resultados (J. R. Steinberg, 2013).

Tras este amplio recorrido por la evidencia científica en torno al SPA y la asociación causal entre el aborto y consecuencias negativas de salud mental, la conclusión que más salta a la vista es que el debate sigue abierto. Las declaraciones de la APA o de otras instituciones colegiadas no han cesado las publicaciones y discusiones en las revistas indexadas, por lo que nos encontramos lejos de afirmar que la cuestión está zanjada. Si bien es cierto que no hay evidencia científica que permita fundamentar la afirmación de que las mujeres quedan destrozadas y deterioradas de por vida, **tampoco se puede sostener con evidencia científica que el aborto sea beneficioso para la salud mental de la mujer.** La hipótesis que ha recibido más apoyo en los datos es que en el mejor de los casos –cuando hay condiciones sociales y familiares ideales– el aborto podría no generar cambios significativos en la salud mental de la mujer (American Psychological Association, 2008; Fergusson *et al.*, 2013; J. R. Steinberg *et al.*, 2015). Sin perjuicio de lo anterior, las asociaciones modestas pero consistentes entre aborto y la probabilidad de conductas suicidas y consumo de sustancias no han sido desmentidas por la comunidad científica (Fergusson *et al.*, 2008; Fergusson, Horwood, & Boden, 2009a).

V. MÁS ALLÁ DE LAS CIFRAS: LA VIVENCIA DEL ABORTO

A modo complementario a la discusión más dura de las cifras, los estudios cualitativos nos ofrecen narrativas y orientaciones para comprender la vivencia de las mujeres que han pasado por una situación de aborto: cuáles son sus sentimientos al respecto, cómo miran la vivencia en retrospectiva, y qué implicancias trae para ellas y para su narrativa biográfica personal.

El siguiente informe busca recopilar la evidencia existente en la literatura especializada acerca de las vivencias experimentadas por mujeres que se han realizado un aborto. Se cubrió un universo de 16 estudios cualitativos, tanto del ámbito europeo como latinoamericano, concentrando la atención en la descripción de las vivencias próximas al aborto y a la elaboración remota que realizan las mujeres que han abortado. En total, se contabilizan entrevistas a 197 mujeres de diversas situaciones culturales, sociales y personales.

1. EL ABORTO COMO VIVENCIA TRAUMÁTICA

En consistencia con algunos estudios cuantitativos (Fergusson *et al.*, 2009b), en el período inmediatamente después del aborto inducido o

quirúrgico, lo que marca la vivencia individual de las mujeres es la **ambivalencia**. Por un lado, existe una sensación de *alivio* ante la ansiedad y temor producido por la situación del embarazo no deseado, la presión del entorno social o la falta de apoyo por parte de este. La maternidad proyectada era experimentada como una tarea imposible de ser realizada, por lo que su terminación abrupta implica, entonces, un alivio. Por otra parte, no obstante, los estudios muestran que las mujeres reconocen un episodio de sufrimiento agudo, con distintos significados.

En primer lugar, la experiencia misma del aborto resulta ser tremendamente significativa. En el caso del aborto inducido químicamente (i.e. misotrol), la afección corporal (malestar general, vómitos, mareos, etc.) es tan importante, que suele ser reportado por las mujeres como indeseable y desagradable. Además, por su carácter farmacológico, muchas mujeres deciden realizarlo en su hogar, solas, sin posibilidad de contar con apoyo y contención de terceros (Casas & Vivaldi, 2014; Fielding, Edmunds, & Schaff, 2014; Gómez & Henríquez, 2014). En el caso del aborto quirúrgico, el contexto médico no implica necesariamente una mayor contención (Aléx & Hammarström, 2004; Broen, Moum, Bødtker, Ekeberg, & Ekeberg, 2005; Marquina & Bracho, 2007; Törnborn & Möller, 1999). En el caso de los países donde el aborto es ilegal, la clandestinidad también incide en el carácter traumático del episodio mismo (Bustos *et al.*, 2011; Carril & López Gómez, 2007; Casas & Vivaldi, 2014; Gómez & Henríquez, 2014; Rondón, 2009).

Usualmente, la vivencia próxima al aborto está marcada por una *desorientación vital*:

“Cuando lo hice, después, entré en una depresión máxima, ultra negativa y o sea, descontrol, o sea no sabía qué hacer, estaba en un caos mental brígrado, y me dediqué a carretear, a pasarla bien, a consumir droga, a todo, a hacer vida, a sentir algo, que me remeciera, que me dijera, conchetumadre estay en este planeta, estay aquí parada” (chilena, 25 años, testimonio citado en Gómez & Henríquez, 2014, p. 66).

También se reportan dudas e incertidumbres respecto de las posibilidades futuras de maternidad y ansiedad ante un posible daño en la fertilidad (Aléx & Hammarström, 2004; Carril & López Gómez, 2007; Fielding *et al.*, 2014). No obstante, la constelación emocional que más se reitera en los estudios cualitativos son las sensaciones de *tristeza*, *pena* y *culpabilidad* (Bustos *et al.*, 2011; Gómez & Henríquez, 2014; Lie, Robson, & May, 2008; Marquina & Bracho, 2007; Peña Pasapera & Pérez Ramón, 2011). Son minoritarios los estudios en los que se ha podido entrevistar a mujeres que hayan tenido una experiencia del aborto, libre de sentimientos negativos (Ávalos, 1999; Goodwin & Ogden, 2007), siendo consideradas, no obstante, como situaciones puntuales, no halladas fuera de contextos europeos o norteamericanos.

Asimismo, se ha visto cómo estas emociones negativas estarían mediadas por el *grado de conciencia respecto de la vida humana en gestación*, lo que a su vez puede estar marcado de forma cultural o social (Ávalos, 1999; Carril & López Gómez, 2007; Goodwin & Ogden, 2007; Kimport, 2012; Lie *et al.*, 2008; Marquina & Bracho, 2007; Rondón, 2009) como también por el grado de certeza y convicción respecto del aborto como la única solución para la situación en la que se encontraban (Casas & Vivaldi, 2014; Domingos, Merighi, Jesus, & Oliveira, 2013; Fielding *et al.*, 2014; Kimport, 2012)

2. VIVIR DESPUÉS DE UN ABORTO: NARRATIVA VITAL DE LAS MUJERES QUE HAN ABORTADO

Salvo excepciones, la mayoría de las mujeres entrevistadas reportan que la experiencia del aborto no es un tema olvidado y cerrado, sino que sigue presente hasta hoy “con lo que se tiene que vivir siempre” (norteamericana, que abortó hace más de 15 años, citado en Trybulski, 2006, p. 686). Se experimenta una dificultad en integrar significativamente el aborto como una experiencia vital constitutiva, y suele ser vivido como un asunto en curso (Boulind & Edwards, 2008; Carril & López Gómez, 2007; Fielding *et al.*, 2014; Peña Pasapera & Pérez Ramón, 2011; Trybulski, 2006). Algunos autores califican esta presencia constante del aborto como intromisiones de pensamiento, e incluso, alocuciones, fantasías y sueños con el hijo ausente. La gran mayoría de las mujeres que han abortado, según los estudios, asegura que no tenía otra alternativa y están convencidas de que abortar era la única salida a la situación en la que vivían (Carril & López Gómez, 2007; Gómez & Henríquez, 2014; Törnborn & Möller, 1999).

Estudios reportan que regularmente las mujeres experimentan *sensaciones y pensamientos relacionados al posible hijo que no tuvieron*, pensando cómo habría sido el embarazo, su infancia, cómo se vería ahora, de qué manera la vida suya y familiar habría sido distinta a la de ahora (Aléx & Hammarström, 2004; Fielding *et al.*, 2014; Kimport, 2012; Peña Pasapera & Pérez Ramón, 2011; Trybulski, 2006). Además se reportan situaciones ansiógenas relacionadas con la maternidad –embarazos siguientes– como también en el trato de niños pequeños (sobrinos, alumnos, pacientes), que evocan al hijo perdido (Fuentes, 2009; Rue *et al.*, 2004).

En algunos estudios, los sentimientos negativos persistentes se reportan como la vivencia de una *pérdida*, teniendo la estructura de un *duelo*, semejante al modelo clásico de Negación-Rabia-Negociación-Depresión-Aceptación, mientras que otros estudios muestran que no hay un patrón común en la dinámica postaborto; dinámicas tipo “caja de pandora” (negación y reventón emocional años después), estrategias de desviación de la atención, situaciones de dolor y sufrimiento insuperables, reparación simbólica o mediada, proyección de la culpa en el entorno social, etc. (Ávalos, 1999; Boulind & Edwards, 2008; Goodwin & Ogden, 2007; Lie *et al.*, 2008; Marquina & Bracho, 2007)

Para prácticamente todas la mujeres estudiadas, el aborto realizado constituye un *secreto* íntimo, un dolor profundo que no puede ser abiertamente liberado y compartido, tanto por la vergüenza como por el estigma que existiría respecto de este tipo de actos, o ilegalidad en algunos países (Astbury-Ward, Parry, & Carnwell, 2012; Boulind & Edwards, 2008; Bustos *et al.*, 2011; Fielding *et al.*, 2014; Gómez & Henríquez, 2014; Kimport, 2012; Marquina & Bracho, 2007).

La *ambivalencia* que reportan las mujeres en la proximidad del aborto se convierte en un hilo conductor de su propia significación biográfica del aborto: por un lado están las “razones” que justificarían la necesidad de abortar, pero por otro lado, el episodio traumático, la pérdida, el duelo del hijo ausente, el rechazo –temporal– a la propia maternidad. Esta ambivalencia, que ha sido descrita como un conflicto cabeza-corazón (Kimport, 2012), suele permanecer como una constante en la historia vital de la mujer que aborta. Si bien la historia personal de cada mujer puede haber evolucionado para mejor o peor después del aborto, su persistencia es patente en la vida psíquica de cada una de ellas, ya sea como una medida necesaria o como un error. Hay evidencia de procesos terapéuticos en los que esta persistencia puede ser mejor asimilada e integrada en la biografía, mediante el reconocimiento pleno de la personalidad del hijo y de la pérdida, y la paciente se pueda perdonar a sí misma (Boulind & Edwards, 2008).

Valga tomar en consideración que estas características psicológicas del proceso suelen ser independientes de las posiciones morales y políticas que las mujeres tengan concernientes a la legalización o despenalización del aborto, su ilicitud moral (Aléx & Hammarström, 2004; Astbury-Ward *et al.*, 2012; Gómez & Henríquez, 2014; Lie *et al.*, 2008; Trybulski, 2006).

Esta recopilación de los aspectos más reiterados en el discurso de la vivencia del aborto y de las narrativas vitales de las mujeres que han pasado por esta experiencia, recoge de manera más vívida varios de los elementos mencionados en la discusión acerca de los efectos negativos del aborto en la salud mental de las mujeres. Hay una consistencia entre los datos recogidos de forma colectiva y agregada y las entrevistas individuales, lo que nos permite sugerir que son características atribuibles a la realidad misma del aborto y sus circunstancias. Naturalmente, la investigación cualitativa no permite hacer inferencias causales o comparaciones que tengan una validez científica, pero sí entrega una visión interpretativa en la que la comprensión global del aborto como problema médico, social y humano queda puesto de relieve.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A la luz de la revisión de la literatura científica relativas a las relaciones entre aborto y salud mental, ya nos encontramos en una posición mejor situada para contestar la pregunta si es que el aborto es una medida que

beneficia la salud mental de la mujer. Según lo revisado con anterioridad, no hay fundamentos científicos para afirmar que haya beneficios en términos de salud mental. Al ser el aborto un evento que suele sumarse a una constelación de dificultades de orden psicológico y social, no resulta razonable afirmar que la terminación del embarazo sea un factor protector de posibles enfermedades mentales, sino más bien lo contrario. La misma vida de las mujeres queda marcada por la vivencia, lo que en ningún caso implica que estén irremediabilmente determinadas de por vida a un proceso depresivo o marcado por la desgracia. Las mujeres que abortan reportan tener un cierto alivio, que se entiende a la luz de la presión y los factores de riesgo que conducen a tomar la decisión de abortar. Mas una vez resuelta esta dificultad, no resulta prudente afirmar que la mujer podrá vivir exactamente igual que antes.

Una de las limitaciones de esta revisión es que los estudios revisados principalmente trataban el caso del aborto escogido libremente, una posibilidad que está desde ya descartada por el proyecto de ley en discusión. Hay relativamente poca literatura que trate las consecuencias psicológicas del aborto en casos de violación o incesto (Blake *et al.*, 2014). En relación con las consecuencias psicológicas del aborto por anomalías fetales, como también del efecto que puede tener el acompañamiento paliativo perinatal, hay una mayor cantidad de literatura, que por razones de espacio no fue posible incluir aquí (entre los artículos más relevantes, referimos a Balaguer, Martín-Ancel, Ortigoza-Escobar, Escribano, & Argemi, 2012; Gourounti, Karpathiotaki, & Vaslamatzis, 2015; Kersting, Kroker, & Steinhart, 2010; Korenromp, Page-Christiaens, Van den Bout, Mulder, & Visser, 2009; Wool, 2013).

Las mujeres que buscan abortar en nuestro país, a diferencia de otras realidades, no lo hacen fuera de un contexto de falta de apoyo social, ausencia de oportunidades, escasez de espacios de acogida y presión por parte de la familia (Casas & Vivaldi, 2014; Fuentes, 2009; Gómez & Henríquez, 2014; Ruiz-Tagle *et al.*, 2014; Sandoval *et al.*, 1997; Schnake & Bennett, 2003). Al ver que el aborto como tal no constituye una solución en términos de salud mental, al despenalizar el aborto no solo estamos dejando de lado la situación vulnerable de estas mujeres, sino que las ponemos en riesgo de mayores dificultades personales. Si el objetivo del proyecto de ley en cuestión apunta a proveer mejores condiciones de salud mental para la madre, el aborto no es una solución razonable. Tendría sentido, como se ha propuesto (Ruiz-Tagle *et al.*, 2014), poner el énfasis de la acción estatal en mejorar las condiciones que llevan a las mujeres a querer abortar. Esto pasa por:

- Generar programas de educación sexual efectivos que apunten a la integridad emocional y al respeto de sí mismo, a la responsabilidad

y al proyecto vital (Greene, Monahan, Ditmar, & Roloson, 2011; C. L. Thomas & Dimitrov, 2007; Vigil *et al.*, 2009)

- En consonancia con la anterior, generar programas y potenciar los ya existentes de educación afectiva, tanto personal como relacional, para contribuir a fortalecer los vínculos familiares, afectivos y románticos de las poblaciones de riesgo (Chibber *et al.*, 2014).
- Generar un foco específico de la red de protección social a las mujeres embarazadas con casas de acogida, programas de acompañamiento médico y psicológico (Ruiz-Tagle *et al.*, 2014).

En este contexto y a la luz de la experiencia de instituciones como Chile Unido o Proyecto Esperanza, podemos esbozar algunas orientaciones psicológicas y sociales que deberían tener los programas de acompañamiento:

- a) **Acompañamiento psicoterapéutico**, enfatizando los recursos psicológicos y sociales de la mujer. En caso de ser necesario, un **seguimiento psicofarmacológico** que permita estabilizar eventuales trastornos del ánimo.
- b) Trabajo psicosocial y psicoeducativo que permita fortalecer las **redes familiares y sociales** de la mujer, atendiendo a su presente embarazo y a su futura maternidad, en caso que descarte la adopción.
- c) Evaluación social de las posibilidades de **inserción comunitaria, educacional y laboral**, a la luz de los proyectos vitales de la madre.
- d) En caso que se requiera, alternativas de **acompañamiento espiritual** para confortar y enfrentar con esperanza las dificultades de todo el proceso.

Esto exige un esfuerzo importante por parte de la autoridad, en la promoción y creación de centros o casas de acogida que permitan reunir las condiciones de protección social, como también a los distintos profesionales involucrados (psicólogos, psiquiatras, matronas, trabajadores sociales, sociólogos). Ante un problema complejo como el embarazo vulnerable, se necesita de una visión común y una coordinación social que refleje la preocupación real por la mujer y su hijo en gestación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, K. M., SUSSER, E. S., BROCKLEHURST, P., & WEBB, R. T. (2012). Abortion and mental health: guidelines for proper scientific conduct ignored. *The British Journal of Psychiatry*, 200(1), 74-5. doi:10.1192/bjp.200.1.74a
- ADAMCZYK, A. (2008). The effects of religious contextual norms, structural constraints, and personal religiosity on abortion decisions. *Social Science Research*, 37, 657-672. doi:10.1016/j.ssresearch.2007.09.003

- ADLER, N. E., DAVID, H. P., MAJOR, B., ROTH, S. H., RUSSO, N. F., & WYATT, G. E. (1990). Psychological responses after abortion. *Science*, 248(4951), 41-44. doi:10.1126/science.2181664.
- ALÉX, L., & HAMMARSTRÖM, A. (2004). Women's experiences in connection with induced abortion - a feminist perspective. *Scandinavian Journal of Caring Sciences*, 18, 160-168.
- ÅMARK, C. (1959). Indications for abortion in states of psychic insufficiency. *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 34, 221-230. doi:10.1111/j.1600-0447.1959.tb07801.x
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. (2008). *Mental Health and Abortion*. Washington, DC.
- ANDÓN, A. R. (2011). *Síndrome postaborto y el proceso de duelo*. Asociación Mexicana de Educación Continua.
- ARKLE, J. (1957). Termination of pregnancy on psychiatric grounds. *British Medical Journal*, 100(16), 558-560. doi:10.1136/bmj.1.5018.558.
- ARTIGAS, M. (2006). *Filosofía de la Ciencia*. Pamplona: EUNSA.
- ASTBURY-WARD, E., PARRY, O., & CARNWELL, R. (2012). Stigma, abortion, and disclosure--findings from a qualitative study. *The Journal of Sexual Medicine*, 9(12), 3137-47. doi:10.1111/j.1743-6109.2011.02604.x
- ATLURU, A., APPLETON, K., & PLAVSIC, S. K. (2012). Maternal-Fetal Bonding: Ultrasound Imaging's Role in enhancing this important relationship. *Journal of Ultrasound in Obstetrics and Gynecology*, 6(4), 408-411.
- ÁVALOS, L. (1999). Hindsight and the abortion experience: What abortion means to women years later. *Gender Issues*, 17(2), 35-57. doi:10.1007/s12147-999-0014-8.
- BAEZA, B., PÓO, A. M., VÁSQUEZ, O., MUÑOZ, S., & VALLEJOS, C. (2008). Identificación de factores de riesgo y factores protectores del embarazo en adolescentes de la novena región. *Revista Chilena de Obstetricia Y Ginecología*, 72(2), 76-81. doi:10.4067/S0717-75262007000200002.
- BALAGUER, A., MARTÍN-ANCEL, A., ORTIGOZA-ESCOBAR, D., ESCRIBANO, J., & ARGEMI, J. (2012). The model of palliative care in the perinatal setting: a review of the literature. *BMC Pediatrics*, 12(25). doi:10.1186/1471-2431-12-25.
- BAMIGBOYE, A. A., NIKODEM, V. C., SANTANA, M. A., & HOFMEYR, G. J. (2002). Should women view the ultrasound image before first-trimester termination of pregnancy? *South African Medical Journal*, 92(6), 430-432.
- BARON, J. (1995). Myside bias in thinking about abortion. *Thinking & Reasoning*, 1(3), 221-235. doi:10.1080/13546789508256909.
- BENSON, R., & NASH, E. (2007). State Abortion Counseling Policies and the Fundamental Principles of Informed Consent. *Guttmacher Policy Review*, 10(4), 6-13.
- BIGGS, M. A., GOULD, H., & FOSTER, D. G. (2013). Understanding why women seek abortions in the US. *BMC Women's Health*, 13(29), 1-13. doi:10.1186/1472-6874-13-29.
- BLAKE, M. D. T., DREZETT, J., MACHI, G. S., PEREIRA, V. X., RAIMUNDO, R. D., OLIVEIRA, F. R., ... DE ABREU, L. C. (2014). Factors associated to late-term abortion after rape: literature review. *Reprodução & Climatério*, 29(2), 60-65. doi:10.1016/j.recli.2014.08.003.

- BOULIND, M., & EDWARDS, D. (2008). The assessment and treatment of Post-Abortion Syndrome: a systematic case study from Southern Africa. *Journal of Psychology in Africa*, 18(4), 539-548.
- BRADSHAW, Z., & SLADE, P. (2003). The effects of induced abortion on emotional experiences and relationships: A critical review of the literature. *Clinical Psychology Review*, 23, 929-958. doi:10.1016/j.cpr.2003.09.001.
- BROEN, A. N., MOUM, T., BÖDTKER, A. S., EKEBERG, O., & EKEBERG, Ö. (2005). Reasons for induced abortion and their relation to women's emotional distress: a prospective, two-year follow-up study. *General Hospital Psychiatry*, 27(1), 36-43. doi:10.1016/j.genhosppsy.2004.09.009.
- BRONFENBRENNER, U. (1979). *The Ecology of Human Development: Experiments by nature and design*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- BROWN, S. (2013). Is counselling necessary? Making the decision to have an abortion. A qualitative interview study. *The European Journal of Contraception and Reproductive Health Care*, 18(1), 44-48. doi:10.3109/13625187.2012.750290.
- BRYANT, A. G., & LEVI, E. E. (2012). Abortion misinformation from crisis pregnancy centers in North Carolina. *Contraception*, 86(6), 752-756. doi:10.1016/j.contraception.2012.06.001.
- BRYANT, A. G., NARASIMHAN, S., BRYANT-COMSTOCK, K., & LEVI, E. E. (2014). Crisis pregnancy center websites: Information, misinformation and disinformation. *Contraception*, 90(6), 601-605. doi:10.1016/j.contraception.2014.07.003.
- BUSTOS, C., MUÑOZ, D., & SÁNCHEZ, C. (2011). *Autocomprensión de dos mujeres chilenas que han vivido la experiencia de un aborto. Estudio de casos*. Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- CABEZAS-GARCÍA, E., LANGER-GLASS, A., ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, L., & BUSTAMANTE, P. (1998). Perfil sociodemográfico del aborto inducido. *Salud Pública de México*, 40(3), 265-271. doi:10.1590/S0036-36341998000300007.
- CALDERÓN, J., & ALZAMORA DE LOS GODOS, L. (2006). Influencia de las Relaciones Familiares sobre el Aborto Provocado En Adolescentes. *Revista Peruana de Medicina Experimental Y Salud Pública*, 23(4), 247-253.
- CAMERON, S. T., & GLASIER, A. (2013). Identifying women in need of further discussion about the decision to have an abortion and eventual outcome. *Contraception*, 88(1), 128-132. doi:10.1016/j.contraception.2012.10.032.
- CAPPIELLO, J., MERRELL, J., & RENTSCHLER, D. (2014). A qualitative study of women's decision to view or not view an ultrasound image before early medication abortion. *Women's Health Issues*, 24(4), e413-e418. doi:10.1016/j.whi.2014.04.004.
- CARRIL, E., & LÓPEZ GÓMEZ, A. (2007). *Aspectos psicológicos del aborto voluntario en contextos de ilegalidad y penalización*. Montevideo (Uruguay).
- CASAS, L., & VIVALDI, L. (2014). Abortion in Chile: the practice under a restrictive regime. *Reproductive Health Matters*, 22(44), 70-81. doi:10.1016/S0968-8080(14)44811-0.
- CASEY, P. R. (2010). Abortion among young women and subsequent life outcomes. *Best Practice and Research: Clinical Obstetrics and Gynaecology*, 24(4), 491-502. doi:10.1016/j.bpobgyn.2010.02.007.

- CASEY, P. R., OATES, M., JONES, I., & CANTWELL, R. (2008). Invited commentaries on... Abortion and mental health disorders. *The British Journal of Psychiatry*, 193(6), 452-4. doi:10.1192/bjp.bp.108.059550.
- CHARLES, V. E., POLIS, C. B., SRIDHARA, S. K., & BLUM, R. W. (2008). Abortion and long-term mental health outcomes: a systematic review of the evidence. *Contraception*, 78(6), 436-450. doi:10.1016/j.contraception.2008.07.005.
- CHIBBER, K. S., BIGGS, M. A., ROBERTS, S. C. M., & FOSTER, D. G. (2014). The role of intimate partners in women's reasons for seeking abortion. *Women's Health Issues*, 24(1), e131-e138. doi:10.1016/j.whi.2013.10.007.
- COLEMAN, P. K. (2011). Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995 - 2009. *The British Journal of Psychiatry*, 199, 180-186. doi:10.1192/bjp.bp.110.077230.
- COLEMAN, P. K. (2012). Author's reply: *The British Journal of Psychiatry*, 200(1), 79-80. doi:10.1192/bjp.200.1.79.
- COLEMAN, P. K., REARDON, D. C., STRAHAN, T., & COUGLE, J. R. (2005). The psychology of abortion: A review and suggestions for future research. *Psychology and Health*, 20(2), 237-271. doi:10.1080/0887044042000272921.
- COLES, M. S., MAKINO, K. K., STANWOOD, N. L., DOZIER, A., & KLEIN, J. D. (2010). How are restrictive abortion statutes associated with unintended teen birth? *Journal of Adolescent Health*, 47(2), 160-167. doi:10.1016/j.jadohealth.2010.01.003.
- CONTE, J. M. (2013). *Understanding the Work of Pre-abortion Counselors*. Ohio University.
- COOPER, J. E. (2009). Abortion and mental health disorders. *The British Journal of Psychiatry*, 194(6), 570; author reply 570-571; discussion 571. doi:10.1192/bjp.199.5.432.
- CORREA, M. (2015). La salud mental, la ley de aborto y sus contradicciones. Retrieved June 5, 2015, from <http://www.chileb.cl/perspectiva/la-salud-mental-la-ley-de-aborto-y-sus-contradicciones-columna/>.
- DADLEZ, E. M., & ANDREWS, W. L. (2010). Post-Abortion Syndrome: Creating an affliction. *Bioethics*, 24(9), 445-452. doi:10.1111/j.1467-8519.2009.01739.x.
- DOMINGOS, S., MERIGHI, M., JESÚS, M., & OLIVEIRA, D. (2013). Experiencia de mujeres con el aborto provocado en la adolescencia por imposición de la madre. *Revista Latino-Americana Enfermagem*, 21(4), 1-8.
- DUBIN, L. (1961). The antiquated abortion laws. *Temple Law Quarterly*, 34, 146-151.
- EVANS, M. I., JOHNSON, M. P., ISADA, N. B., & HOLZGREVE, W. (1994). Coercion for Fetal Therapy? In F. K. Beller & R. F. Weir (Eds.), *The Beginning of Human Life* (pp. 319-324). Dordrecht: Springer Netherlands. doi:10.1007/978-94-015-8257-5_23.
- FERGUSON, D. M. (2008). Abortion and mental health. *Psychiatric Bulletin*, 32(9), 321-324. doi:10.1192/pb.bp.108.021022.
- FERGUSON, D. M., HORWOOD, L. J., & BODEN, J. M. (2008). Abortion and mental health disorders: evidence from a 30-year longitudinal study. *The British Journal of Psychiatry*, 193(6), 444-51. doi:10.1192/bjp.bp.108.056499.

- FERGUSON, D. M., HORWOOD, L. J., & BODEN, J. M. (2009a). Authors' reply: *The British Journal of Psychiatry*, 195(1), 83-84. doi:10.1192/bjp.195.1.83a.
- FERGUSON, D. M., HORWOOD, L. J., & BODEN, J. M. (2009b). Reactions to abortion and subsequent mental health. *The British Journal of Psychiatry*, 195(5), 420-6. doi:10.1192/bjp.bp.109.066068.
- FERGUSON, D. M., HORWOOD, L. J., & BODEN, J. M. (2013). Does abortion reduce the mental health risks of unwanted or unintended pregnancy? A re-appraisal of the evidence. *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 47(9), 819-827. doi:10.1177/0004867413484597.
- FIELDING, S. L., EDMUNDS, E., & SCHAFF, E. A. (2014). Having an abortion using Mifepristone and home Misoprostol: A qualitative analysis of women's experiences. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 34(1), 34-40.
- FUENTES, X. (2009). Síndrome postaborto. Reacciones psicológicas postaborto. *Ars Medica*, 18, 183-193.
- GARCÍA, J., BRICKER, L., HENDERSON, J., MARTIN, M., MUGFORD, M., NIELSON, J., & ROBERTS, T. (2002). Women's Views of Pregnancy Ultrasound: A Systematic Review. *BIRTH*, 29(4), 225-250.
- GATTER, M., KIMPORT, K., FOSTER, D. G., WEITZ, T. A., & UPADHYAY, U. D. (2013). Viewing the pre-abortion ultrasound image. *Contraception*, 88(3), 440-441. doi:10.1016/j.contraception.2013.05.044.
- GHAEMI, S. N. (2009). *A Clinician's Guide to Statistics and Epidemiology in Mental Health. Measuring Truth and Uncertainty*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GOLDACRE, B., & LEE, W. (2012). Abortion and mental health: Guidelines for proper scientific conduct ignored. *The British Journal of Psychiatry*, 200(1), 77. doi:10.1192/bjp.200.1.77.
- GÓMEZ, C., & HENRÍQUEZ, I. (2014). *El aborto inducido en Chile. Clandestinidad y confianza en redes de apoyo. Investigación cualitativa acerca de las experiencias de aborto inducido y sus significados*. Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- GOODWIN, P., & OGDEN, J. (2007). Women's reflections upon their past abortions: An exploration of how and why emotional reactions change over time. *Psychology & Health*, 22(2), 231-248. doi:10.1080/14768320600682384.
- GOULD, H., FOSTER, D. G., PERRUCCI, A. C., BARAR, R. E., & ROBERTS, S. C. M. (2013). Predictors of abortion counseling receipt and helpfulness in the United States. *Women's Health Issues*, 23(4), e249-e255. doi:10.1016/j.whi.2013.05.003.
- GOUROUNTI, C., KARPATHIOTAKI, N., & VASLAMATZIS, G. (2015). Psychosocial stress in high risk pregnancy. *International Archives of Medicine*, 8(95), 1-9. doi:10.3823/1694.
- GREENE, V. L., MONAHAN, D. J., DITMAR, M., & ROLOSON, T. (2011). Effectiveness of an abstinence-only intervention sited in neighborhood community centers. *Journal of Children and Poverty*, 17(1), 111-124. doi:10.1080/10796126.2011.532481.

- GRIMES, D. A., & SCHULZ, K. F. (2002). Bias and causal associations in observational research. *Lancet*, 359, 248-252.
- GURPEGUI, M., & JURADO, D. (2009). Complicaciones Psiquiátricas del Aborto. *Cuadernos de Bioética*, 20(3), 381-392.
- HARPER MILLS, D. (1958). A medicolegal analysis of abortion statutes. *Southern California Law Review*, 41(00), 181-199.
- HENSHAW, S. K. (1995). Factors hindering access to abortion services. *Family Planning Perspectives*, 27(2), 54-59. doi:10.2307/2135905.
- HOGGART, L. (2015). Abortion Counselling in Britain: Understanding the Controversy. *Sociology Compass*, 9(5), 365-378. doi:10.1111/soc4.12256.
- HOWARD, L. M., ROWE, M., TREVILLION, K., KHALIFEH, H., & MUNK-OLSEN, T. (2012). Abortion and mental health: guidelines for proper scientific conduct ignored. *The British Journal of Psychiatry*, 200(1), 74. doi:10.1192/bjp.200.1.74.
- JI, E. K., PRETORIUS, D. H., NEWTON, R., UYAN, K., HULL, A. D., HOLLENBACH, K., & NELSON, T. R. (2005). Effects of ultrasound on maternal-fetal bonding: a comparison of two- and three-dimensional imaging. *Ultrasound in Obstetrics and Gynecology*, 25, 473-477. doi:10.1002/uog.1896.
- JOYCE, T., & KAESTNER, R. (2000). The Impact of Mississippi's Law on the Timing of Abortion. *Family Planning Perspectives*, 32(1), 4-13.
- JOYCE, T., & KAESTNER, R. (2001). The impact of mandatory waiting periods and parental consent laws on the timing of abortion and state of occurrence among adolescents in Mississippi and South Carolina. *Journal of Policy Analysis and Management*, 20(2), 263-282. doi:10.1002/pam.2025.
- KELLAND, L., & MACLEOD, C. (2015). When is it legitimate to use images in moral arguments? The use of foetal imagery in anti-abortion campaigns as an exemplar of an illegitimate instance of a legitimate practice. *Philosophy Social Criticism*, 41(2), 179-195. doi:10.1177/0191453714556691.
- KENDALL, T., BIRD, V., CANTWELL, R., & TAYLOR, C. (2012). To meta-analyse or not to meta-analyse: Abortion, birth and mental health. *The British Journal of Psychiatry*, 200, 12-14. doi:10.1192/bjp.bp.111.106112.
- KERSTING, A., KROKER, K., & STEINHARD, J. (2010). Psychiatric morbidity after termination of pregnancy for fetal anomaly. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 202(4), e6. doi:10.1016/j.ajog.2009.09.023.
- KERTSCHER, T. (2015). More than 90% of women change their minds about having an abortion after seeing an ultrasound, Rachel Campos-Duffy says. Retrieved May 25, 2015, from <http://www.politifact.com/wisconsin/statements/2013/jul/12/rachel-campos-duffy/more-90-women-change-their-minds-about-having-abor/>.
- KIMPORT, K. (2012). (Mis)Understanding Abortion Regret. *Symbolic Interaction*, 35(2), 105-122. doi:10.1002/symb.11.
- KIMPORT, K., PRESKILL, F., COCKRILL, K., & WEITZ, T. A. (2012). Women's perspectives on ultrasound viewing in the abortion care context. *Women's Health Issues*, 22(6), e513-e517. doi:10.1016/j.whi.2012.09.001.
- KIMPORT, K., TRACY, A., & FOSTER, D. G. (2014). Beyond Political Claims: Women's Interest In and Emotional Response to Viewing Their Ultrasound

- Image in Abortion Care. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 46(4), 185-191. doi:10.1363/46e2414.
- KIMPORT, K., UPADHYAY, U. D., FOSTER, D. G., GATTER, M., & WEITZ, T. A. (2013). Patient viewing of the ultrasound image prior to abortion. *Contraception*, 88(5), 666-670. doi:10.1016/j.contraception.2013.07.006.
- KIMPORT, K., & WEITZ, T. A. (2015). Constructing the meaning of ultrasound viewing in abortion care. *Sociology of Health and Illness*, 1-14. doi:10.1111/1467-9566.12237.
- KOOP, C. E. (1989). Post abortion syndrome: myth or reality? *Health Matrix*, 7(2), 42-44.
- KORENROMP, M. J., PAGE-CHRISTIAENS, G. C. M. L., VAN DEN BOUT, J., MULDER, E. J. H., & VISSER, G. H. a. (2009). Adjustment to termination of pregnancy for fetal anomaly: a longitudinal study in women at 4, 8, and 16 months. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 201(2), 160.e1-160.e7. doi:10.1016/j.ajog.2009.04.007.
- KUMMER, J. M. (1953). Psychiatric contraindications to Pregnancy with reference to Therapeutic Abortion and Sterilization. *California Medicine*, 79(1), 31-35.
- LAGRO-JANSSEN, T., VAN WEEL, C., & WONG, S. L. F. (2012). Abortion and mental health: guidelines for proper scientific conduct ignored. *The British Journal of Psychiatry*, 200(1), 78. doi:10.1192/bjp.200.1.78a.
- LAKATOS, I. (1978). *The methodology of scientific research programmes. Criticism and the Growth of Knowledge* (Vol. 1). Cambridge: Cambridge University Press.
- LEE, E. (2001). The context for the development of "Post-Abortion Syndrom." *Symposium: The Psychological Sequelae of Abortion - Myth and Facts*. Berne, Switzerland.
- LIE, M. L. S., ROBSON, S. C., & MAY, C. R. (2008). Experiences of abortion: a narrative review of qualitative studies. *BMC Health Services Research*, 8(150), 1-9. doi:10.1186/1472-6963-8-150.
- LITTELL, J. H., & COYNE, J. C. (2012). Abortion and mental health: guidelines for proper scientific conduct ignored. *The British Journal of Psychiatry*, 200(1), 75-6. doi:10.1192/bjp.200.1.75.
- LUPFER, M., & SILBER, B. G. (1981). How patients view mandatory waiting periods for abortion. *Family Planning Perspectives*, 13(2), 75-79.
- MAJOR, B., APPELBAUM, M., BECKMAN, L., DUTTON, M. A., RUSSO, N. F., & WEST, C. (2009). Abortion and mental health: Evaluating the evidence. *The American Psychologist*, 64(9), 863-90. doi:10.1037/a0017497.
- MARQUINA, M., & BRACHO, C. (2007). El significado del aborto para la adolescente que ha vivido la experiencia. *Cultura de Los Cuidados*, 22, 16-25.
- MERCIER, R. J., BUCHBINDER, M., BRYANT, A., BRITTON, L., DONNAI, P., & BRITTON, L. (2015). The experiences and adaptations of abortion providers practicing under a new TRAP law: a qualitative study. *Contraception*, 91(6), 507-512. doi:10.1016/j.contraception.2015.03.003.
- MIKOŁAJCZAK, M., & BILEWICZ, M. (2014). Foetus or child? Abortion discourse and attributions of humanness. *British Journal of Social Psychology*, n/a/n/a. doi:10.1111/bjso.12096.

- MITCHELL, L. M., & GEORGES, E. (2015). Cross-cultural cyborgs: greek and canadian women's discourses on fetal ultrasound. *Feminist Studies*, 23(2), 373-401.
- MUNK-OLSEN, T., LAURSEN, T. M., PEDERSEN, C. B., LIDEGAARD, Ø., & MORTENSEN, P. B. (2011). Induced first-trimester abortion and risk of mental disorder. *The New England Journal of Medicine*, 364(4), 332-339. doi:10.1056/NEJMoa0905882.
- NILSEN, W., OLSSON, C. a., KAREVOLD, E., O'LOUGHLIN, C., MCKENZIE, M., & PATTON, G. C. (2012). Adolescent depressive symptoms and subsequent pregnancy, pregnancy completion and pregnancy termination in young adulthood: findings from the Victorian Adolescent Health Cohort Study. *Journal of Pediatric and Adolescent Gynecology*, 25(1), 6-11. doi:10.1016/j.jpag.2011.06.013.
- NISBET, E. C., COOPER, K. E., & GARRETT, R. K. (2015). The Partisan Brain: How Dissonant Science Messages Lead Conservatives and Liberals to (Dis)Trust Science . *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* , 658(1), 36-66. doi:10.1177/0002716214555474 .
- NISBET, M., & MARKOWITZ, E. M. (2014). Understanding Public Opinion in Debates over Biomedical Research: Looking beyond Political Partisanship to Focus on Beliefs about Science and Society. *PLoS ONE*, 9(2), e88473. Retrieved from <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pone.0088473>.
- PALMER, J. (2009). Seeing and knowing. Ultrasound images in the contemporary abortion debate. *Feminist Theory*, 10(2), 173-189. doi:10.1177/1464700109104923.
- PANTELIDES, E. (2004). Aspectos Sociales del Embarazo y la fecundidad adolescente en América Latina. *Notas de Población*, 31(78), 7-34.
- PEÑA PASAPERA, G. del P., & PÉREZ RAMÓN, M. del C. (2011). *Historias de vida de mujeres que experimentaron un aborto entre los 20 a 35 años en el Instituto Nacional Materno Perinatal, periodo noviembre 2010-enero*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- POLIS, C. B., CHARLES, V. E., BLUM, R. W., & GATES, W. H. (2012). Abortion and mental health: guidelines for proper scientific conduct ignored. *The British Journal of Psychiatry*, 200(1), 76-7. doi:10.1192/bjp.200.1.76.
- POPPER, K. R. (1959). *The Logic of Scientific Discovery*. Book. New York: Routledge.
- REARDON, D. C. (2012). Abortion, mental health and charges of guilt by association. *The British Journal of Psychiatry*, 200, 254-257. doi:10.1192/bjp.200.3.254.
- REES, D. I., & SABIA, J. J. (2007). The relationship between abortion and depression: new evidence from the fragile families and child wellbeing study. *Medical Science Monitor: International Medical Journal of Experimental and Clinical Research*, 13(10), CR430-R436. doi:502357 [pii].
- ROBINSON, G. E., STOTLAND, N. L., & NADELSON, C. C. (2012). Abortion and mental health: guidelines for proper scientific conduct ignored. *The British Journal of Psychiatry*, 200(1), 78. doi:10.1192/bjp.200.1.78.

- ROBINSON, G. E., STOTLAND, N. L., RUSSO, N. F., LANG, J. A., & OCCHIOGROSSO, M. (2009). Is there an "abortion trauma syndrome"? Critiquing the evidence. *Harvard Review of Psychiatry*, 17(4), 268-290. doi:10.1080/10673220903149119.
- RONDÓN, M. B. (2009). *Resultados de la investigación sobre las consecuencias emocionales y psicológicas del aborto inducido*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX).
- ROWLANDS, S., & GUTHRIE, K. (2009). Abortion and mental health. *The British Journal of Psychiatry*, 195(1), 83; author reply 83-4. doi:10.1192/bjp.195.1.83.
- RUE, V. M., COLEMAN, P. K., RUE, J. J., & REARDON, D. C. (2004). Induced abortion and traumatic stress: a preliminary comparison of American and Russian women. *Medical Science Monitor: International Medical Journal of Experimental and Clinical Research*, 10(10), SR5-R16.
- RUIZ-TAGLE, C., ECHEVERRÍA, F., & ROBERT, L. (2014). *Embarazo Vulnerable: Realidad y Propuestas*. Santiago. Retrieved from <http://www.embarazo-vulnerable.cl>.
- RUSSO, N. F. (2014). Abortion, unwanted childbearing, and mental health. *Salud Mental*, 37(4), 283-291.
- SAGAN, C. (2007). The Fine Art of Baloney Detection. In *Paranormal Claims: A Critical Analysis* (pp. 1-12).
- SANDOVAL, J., MOLINA, R., SILES, T., CUMSILLE, F., PEREDA, C., MARTÍNEZ, L., & MOLINA, T. (1997). Aborto inducido de adolescentes en comunidades de Santiago. *Revista Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia*, 4(3), 1-10.
- SANGER, C. (2008). *Seeing and believing: mandatory ultrasound and the path to a protected choice*. (No. 09-195). New York, NY.
- SCHNAKE, C., & BENNETT, V. (2003). Síndrome del Postaborto (SPA). Retrieved June 15, 2015, from <http://psicopediahoy.com/sindrome-post-aborto-spa/>.
- SCHNAKE, C., & BENNETT, V. (2005). Síndrome Postaborto: Descripción sintomática del síndrome en Santiago de Chile. Retrieved June 15, 2015, from <http://psicopediahoy.com/post-aborto-sintomas/>.
- SPECKHARD, A., & MUFEL, N. (2003). Universal responses to abortion? Attachment, trauma, and grief responses in women following abortion. *Journal of Prenatal & Perinatal Psychology & Health*, 18(1), 3-37.
- SPECKHARD, A., & RUE, V. M. (1992). Postabortion Syndrome-an emerging public-health concern. *Journal of Social Issues*, 48(3), 95-119.
- STEINBERG, J. R. (2013). Another response to: "Does abortion reduce the mental health risks of unwanted or unintended pregnancy?" Fergusson *et al.*, 2013. *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 47(12), 1204-1205. doi:10.1177/0004867413493522.
- STEINBERG, J. R., & FINER, L. B. (2011). Examining the association of abortion history and current mental health: A reanalysis of the National Comorbidity Survey using a common-risk-factors model. *Social Science and Medicine*, 72(1), 72-82. doi:10.1016/j.socscimed.2010.10.006.
- STEINBERG, J. R., MCCULLOCH, C. E., & ADLER, N. E. (2015). Abortion and mental health: Findings from the national comorbidity survey-replication. *Obstetrics & Gynecology*, 123(2), 263-270. doi:10.1097/AOG.000000000000092.Abortion.

- STEINBERG, J. R., TRUSSELL, J., HALL, K. S., & GUTHRIE, K. (2012). Fatal flaws in a recent meta-analysis on abortion and mental health. *Contraception*, 86(5), 430-437. doi:10.1016/j.contraception.2012.03.012.
- STEINBERG, L. (2014). *Age of Opportunity: Lessons from the new science of Adolescence*. Boston, MA, MA: Houghton Mifflin Harcourt.
- THE HUFFINGTON POST. (2015). Liberals and conservatives are both biased against science, but in different ways. Retrieved February 10, 2015, from http://www.huffingtonpost.com/2015/02/12/political-science-bias_n_6655670.html.
- THOMAS, C. L., & DIMITROV, D. M. (2007). Effects of a teen pregnancy prevention program on teens' attitudes toward sexuality: A latent trait modeling approach. *Developmental Psychology*, 43(1), 173-85. doi:10.1037/0012-1649.43.1.173.
- THOMAS, K. S. (2015). Ultrasound Saves Four out of Five Babies in Ireland. Retrieved from <http://www.hli.org/2015/03/ultrasound-saves-irish-babies-from-abortion/>.
- THORP, J. M., HARTMANN, K. E., SHADIGIAN, E., & SHADIGAN, E. (2005). Long-Term Physical and Psychological health consequences of induced abortion: a review of the evidence. *The Linacre Quarterly*, 72(1), 44.
- TÖRNBORN, M., & MÖLLER, A. (1999). Repeat abortion: a qualitative study. *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, 20, 21-30.
- TRYBULSKI, J. (2006). Women and abortion: the past reaches into the present. *Journal of Advanced Nursing*, 54(6), 683-90. doi:10.1111/j.1365-2648.2006.03871.x.
- VANDAMME, J., WYVERKENS, E., BUYSSE, A., VRANCKEN, C., & BRONDEEL, R. (2013). Pre-abortion counselling from women's point of view. *The European Journal of Contraception and Reproductive Health Care*, 18, 309-318.
- VERDIER, P. (1993). Subtipos clínicos del síndrome postaborto. *Caminos de Esperanza*, 23, 1-2.
- VIGIL, P., MOLINA, C., & CORTÉS, M. (2009). La sexualidad de las jóvenes chilenas. *Ars Medica*, 18, 195-208.
- VINCENT, L. (2005). Moving pictures. *World Magazine*, 4. Retrieved from http://www.worldmag.com/2005/04/moving_pictures.
- WIEBE, E., & ADAMS, L. (2009). Women's perceptions about seeing the ultrasound picture before an abortion. *The European Journal of Contraception and Reproductive Health Care*, 14(2), 97-102. doi:10.1080/13625180902745130.
- WOOL, C. (2013). State of the science on perinatal palliative care. *Journal of Obstetric, Gynecologic, and Neonatal Nursing*, 42(3), 372-382. doi:10.1111/1552-6909.12034.

