

MINUTA SOBRE PROYECTO DE LEY ABORTO LIBRE

Ideas principales:

Se trata de un proyecto que cuenta con poca aprobación parlamentaria; es inconstitucional, y por lo tanto con pocas posibilidades de éxito en la actualidad;

El proyecto se presenta como una norma general e inclusiva; sin embargo, en la práctica tiene una aplicación que no es tanto más amplia que la que se puede dar actualmente respecto de la ley 21.030;

El proyecto no constituye un verdadero aporte, ya que no mejora la situación real de la mujer, no se hace cargo de los bajos índices de responsabilidad parental masculina y finamente constituye un retroceso en términos de inclusión e integración;

Es preciso concentrarse más en la sociedad y en su concepto de persona, que sólo en el proyecto de ley mismo, o los mecanismos de control existentes.

Esta minuta tiene por objeto resumir los principales aspectos de legislar sobre el aborto libre en nuestro país.

CONTEXTO

Es importante señalar que el año pasado se aprobó la ley N° 21.030, que despenaliza el aborto en 3 causales. En realidad se trata de una ley que derechamente legaliza el aborto y lo incluye como prestación médica gratuita (en la práctica un derecho) para tres causales específicas: Inviabilidad del feto, riesgo vital de la madre, y violación a la madre, hasta las 14 semanas de gestación en caso de menores de edad, y hasta las 12 semanas en caso de mayores de edad.

El requerimiento de inconstitucionalidad presentado por la cámara de diputados en contra de esta ley fue rechazado en razón de un análisis de ponderación de derechos en virtud del cual se establecía que el derecho a la vida y la integridad de la madre, sólo en

estos casos, prima por sobre el derecho a la vida del feto, entendiendo que éste no tiene la calidad jurídica de persona, y que ningún derecho, ni siquiera la vida, es absoluto.

Posteriormente, se presentó un requerimiento por inconstitucionalidad en contra del reglamento para ejercer la objeción de conciencia en lo relativo a la ley N°21.030, decreto N°67 del Ministerio de Salud. El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento, dando como resultado la posibilidad de objetar de conciencia para médicos y personal auxiliar, tanto a nivel personal como institucional.

Así las cosas, durante el 2018, el MINSAL estima que, bajo esta ley se realizaron 666 abortos. De estos, 312 se ampararon en la causal de riesgo vital de la madre, 248, en la inviabilidad del feto, y sólo 106 en violación a la madre¹.

Por otro lado, se han denunciado ya las enormes dificultades que implica lograr un aborto en Chile, aún cuando se cumple con alguna de las 3 causales, debido principalmente a la falta de personal médico calificado que realice los procedimientos y que no tenga objeción de conciencia.² El MINSAL mismo reporta que, de un total de 1.140 médicos obstetras que trabajan en sector público, 231 se reconocen como objetores a la primera causal, 311 objetan a la segunda y a la tercera objetan un total de 538.³ El mismo informe señala que no existe ningún hospital en el que no haya ni obstetras, ni anestesistas, ni personal de matronería que no hayan presentado objeción de conciencia. De hecho el único hospital en donde no hay obstetras que objeten de conciencia es el hospital de Talcahuano.

EL PROYECTO

Con fecha 21 de agosto de 2018, un grupo de 10 diputadas de oposición presentaron un proyecto de ley, el boletín N°12.038-34, que legaliza el aborto sin necesidad de invocar causal hasta las 14 semanas, causando gran polémica a nivel nacional. El proyecto de ley en cuestión propone modificar el código penal, del artículo 342 al 345, mediante la adición de la frase “*después de las catorce semanas de gestación*” a cada artículo en el lugar que corresponda.

1 «IVE: Reporte mensual actualizado al 25 de diciembre de 2018», Ministerio de Salud – Gobierno de Chile, accedido 5 de marzo de 2019, <https://www.minsal.cl/ive-reporte-mensual-actualizado/>.

2 «[Todos los obstáculos y presiones que impiden a las mujeres acceder al aborto por tres causales – CIPER Chile](https://ciperchile.cl/2018/09/04/todos-los-obstaculos-y-presiones-que-impiden-a-las-mujeres-acceder-al-aborto-por-tres-causales/)», accedido 6 de marzo de 2019. <https://ciperchile.cl/2018/09/04/todos-los-obstaculos-y-presiones-que-impiden-a-las-mujeres-acceder-al-aborto-por-tres-causales/>.

3 «[Funcionarios objetores de conciencia por Servicio de Salud](https://www.minsal.cl/funcionarios-objetores-de-conciencia-por-servicio-de-salud/)», Ministerio de Salud – Gobierno de Chile, accedido 1 de marzo de 2019. <https://www.minsal.cl/funcionarios-objetores-de-conciencia-por-servicio-de-salud/>. «[Funcionarios objetores de conciencia por Servicio de Salud](https://www.minsal.cl/funcionarios-objetores-de-conciencia-por-servicio-de-salud/)».

Así, lo que se pretende con este proyecto es modificar la realidad chilena en relación al aborto sin tocar la constitución, cuestión que en nuestra opinión es absolutamente inviable, por tratarse de una modificación que afecta derechamente un precepto constitucional, por medio de una norma de carácter legal; en otras palabras, se pretende contradecir una norma de carácter superior por medio de una de menor rango, sin molestarse en vez en modificar la norma de rango constitucional para que quede como resultado un ordenamiento coherente.

A pesar de ser promocionado como “aborto libre”, este proyecto en realidad tiene más consecuencias ideológicas, dado que el eliminar las causales no implica eliminar todas las dificultades que sufre una mujer para poder abortar, e implica, en su tramitación, mucha mayor dificultad que la ley N°21.030. En el actual estado de cosas, puede ser, eventualmente, que la ley sea aprobada en el congreso, pero, es ciertamente difícil que pase el control del Tribunal Constitucional, de presentarse algún requerimiento de inconstitucionalidad en su contra.

EFFECTOS PRÁCTICOS DE LA LEY

La limitada aplicación práctica que tendría este proyecto de ley no se debe a un defecto del proyecto mismo, sino a la amplitud de aplicación que tiene la ya citada ley N°21.030, específicamente en lo relativo a la causal de violación, en conjunto con los médicos que actualmente se reconocen como objetores, y el cumplimiento del protocolo. La ley en este caso no obliga a denunciar al supuesto violador ni a probar que el hecho ocurrió, sino simplemente a invocar la causal y hacerla creíble para el personal- pues un equipo médico debe confirmar la concurrencia de los hechos que lo constituyen. De todas formas, queda facultado para informar. En caso de menores de edad, se debe contar con autorización de uno de los padres o del juez en su caso. Es importante señalar que en el reglamento se establece claramente que, de ser mayor de edad la mujer no tiene obligación de denunciar ni de iniciar investigación. En el caso de la menor de edad que solicita aborto por tercera causal, se trata de una acción penal pública y por ende el ministerio público iniciará la investigación con los antecedentes entregados. Teniendo en cuenta el modo en el que opera el proyecto actual, el proyecto de ley que pretende legalizar el aborto en cualquier causal hasta las 14 semanas tiene 3 efectos:

1. Las mujeres menores de 14 años no requerirán de autorización alguna para abortar;
2. Las mujeres mayores de 14 años adquirirán un “periodo de gracia” de 2 semanas, dado que, con la ley actual, de invocar la tercera causal y lograr que esta sea admitida coma tal, sólo están facultadas para abortar hasta las 12 semanas y esta ley propone ampliar el periodo a catorce semanas;

3. Se eliminaría la obligación del personal médico de informar al ministerio público sobre la violación de menor de 14 años, de aplicarse la causal N°3. Esto es grave, pues implica necesariamente dejar a una menor en absoluta desprotección frente a su abusador;
4. No sería necesario invocar causa alguna, ni juzgar si la causal se da o no en el caso concreto para solicitar un aborto, pasando la edad del feto a ser el único factor limitante;

A nuestro juicio, el último efecto es sin duda el más relevante, porque implica necesariamente elevar una excepción legal a categoría de derecho universal, no sólo en la práctica, sino formalmente, mediante un texto de carácter legal y obligatorio. Esto es a todas luces lo que muchas agrupaciones feministas persiguen, bajo la premisa de un derecho a autonomía sobre el propio cuerpo en la que no es necesario dar razones ni justificar nada ante nadie.

Es importante recordar que, la limitación del aborto a tres causales no se opone en esencia a que los abortos que se realicen sean seguros y gratuitos. Esta prestación estaría cubierta tanto por FONASA como por ISAPRES, obligatoriamente. Así, la verdadera razón para aprobar una ley de esta naturaleza no es la seguridad de la madre o un factor económico, sino convertir al aborto en un derecho garantizado en cualquier circunstancia y consagrar el estatus de la mujer por sobre el del niño que espera, de tal modo que las mujeres que pretendan un aborto y no caen en las causales no tengan que mentir ni actuar fuera de la ley para conseguirlo. Si en la realidad las mujeres no pueden acceder a un aborto seguro y gratuito en las causales establecidas, se debe más bien a razones de práctica médica y realidad concreta que difícilmente una ley de este tipo puede solucionar.

Por otro lado, es claro que el temor de cometer un delito y llegar a la cárcel u otras sanciones es un riesgo que toda mujer responsable debe tener en cuenta a la hora de hacerse un aborto amparándose en una falsa violación; sin embargo, es importante señalar que, según datos entregados por Gendarmería de Chile, a noviembre del 2018 ninguna mujer se encontraba condenada exclusivamente por delito de aborto. Sólo por aborto en conjunto con otros delitos.⁴

Finalmente nos parece fundamental concluir que, aún eliminando la ilegalidad jurídica del aborto en nuestro ordenamiento, la culpa que pueda llegar a sentir la madre por hacerse un aborto no se soluciona por la vía legal, y es en muchos casos, irreparable.

⁴ [Gendarmería de Chile. «Documento respuesta solicitud N°AK006T0009762, Ley de transparencia.», 4 de noviembre de 2018.](#)

Otra circunstancia que es necesario tener en cuenta, es que, al ya haberse aprobado el aborto para el caso de violación, el proyecto de ley en análisis se aplicaría necesariamente respecto de mujeres que actúan en circunstancias de dificultad menos extremas. Es posible que la mujer no haya buscado puntualmente un embarazo en el caso concreto, pero eso no significa que no exista una responsabilidad frente al mismo. Parte de la lucha feminista consiste en tratar como sociedad a la mujer como un sujeto responsable y no como una simple víctima de las circunstancias que en caso concreto no es capaz ni de decidir, ni de hacerse cargo de sus propias decisiones. En este sentido, quienes reclaman la autonomía sobre el propio cuerpo olvidan que, desde un inicio la autonomía se sienta sobre la base de la responsabilidad de las propias acciones, qué significa justamente hacerse cargo de las consecuencias de los propios actos, evitando que un tercero inocente cargue con estas.

Por otra parte, argumentar que, el aborto es legítimo por ser la mujer dueña de su propio cuerpo implica necesariamente que una mujer mayor de 14 años podría decidir autónomamente hacer cualquier acto en detrimento de su cuerpo con toda libertad, incluyendo toda clase de cirugías estéticas, heridas autoinflingidas, drogas, alcohol, cigarro, prostitución, amputación, mutilación, donación o tráfico de órganos, dejar de comer o beber, e incluso suicidio.

Lo anterior puede parecer extremo, pero real. No se puede pretender tener derecho para matar a otro sujeto, por morar en el propio cuerpo, si no se puede, previamente, hacer con el propio cuerpo, cualquier cosa.

Quisiéramos hacer hincapié en que, esta ley mantiene la tendencia de legislar el embarazo y el hecho de traer una nueva vida como un hecho atribuible sólo a la mujer, cuestión que en nuestra opinión es absolutamente injusta, y no contribuye en nada a la realidad equilibrada que soñamos como sociedad en relación en la crianza y educación de los hijos. Todo lo contrario; aumenta la mala percepción y discriminación de la sociedad hacia las madres solteras y disminuye la responsabilidad que le corresponde a los varones por su propia sexualidad y paternidad.

En la misma línea que lo anterior, este proyecto es un claro retroceso en materia de inclusión e integración de personas discapacitadas, que poco a poco desaparecen del mapa y son mirados por la sociedad como seres indeseables cuyas madres fueron poco compasivas o irresponsables, y por ende culpables de esta realidad, en circunstancias en que se trata de verdaderos testimonios de dedicación y abnegación que permiten que en el mundo sea un lugar con miradas y testimonios diversos a los del éxito y perfeccionismo.

Finalmente, es evidente que esta ley pone en jaque la protección que se le ha intentado dar a las menores de 14 años frente a una violación. Una menor de 14 años embarazada es de por sí un suceso grave que hace sospechar del consentimiento que pueda o no tener una niña respecto de tener relaciones sexuales. Con la ley actual la causal debe ser expresada, y el personal médico está obligado a presentar denuncia del suceso ante el ministerio público. Eliminar la obligación de mencionar la causal es una manera de desinvolucrar al personal médico de un suceso grave del que tienen conocimiento y así desproteger a la niña, que muy posiblemente no tiene muchas otras oportunidades de pedir ayuda frente a la injusta situación en la que vive.

ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

La dificultad que supone aprobar un proyecto de esta naturaleza radica en la frontal inconstitucionalidad que este supone. La constitución en su artículo 19 N°1, inciso segundo establece claramente que *“La ley protege la vida del que está por nacer”*. Este precepto es tajante en otorgar protección al que aún no nace al margen de la discusión de si es o no persona y por lo tanto de si se le aplican o no el resto de los derechos del artículo 19. En el caso de la ley 21.030, como explicamos anteriormente, se armoniza el mandato constitucional con la ley es a través de un juicio de proporcionalidad en el que, en virtud de las especiales circunstancias del embarazo en cuestión, se realiza una excepción, sólo en esas tres causales. Nada tiene que ver en este caso, el dilema de si considerar o no al feto como persona, para efectos constitucionales.

En el proyecto de ley de aborto hasta las 14 semanas de gestación en cambio, el juicio de proporcionalidad es de difícil aplicación. Esto, porque ya no estamos hablando de circunstancias especiales en las que se ponen dos derechos constitucionales en una balanza, sino, derechamente de un precepto constitucional que, cualquiera sea el caso, estará por sobre otro, eliminándolo, y dejándolo prácticamente sin vigencia alguna. El único límite al derecho de la madre en este caso sería el de la edad del feto, que no podría ser superior a las 14 semanas.

La razón de este límite está simplemente en obtener mayor aprobación pública, dado que un embarazo a esas alturas aún no es notorio, y el feto es sin duda muy pequeño, y por lo tanto, el delito, menos evidente.

Nos parece que se trata evidentemente de una distinción arbitraria, que, en el proyecto de ley ni siquiera se proponen justificar; y que desde el punto de vista constitucional, no resiste mayor análisis: La razón por la que se elige el derecho de la madre por sobre el de la creatura es simplemente que la madre es de mayor edad, y el carácter de persona que la ley le otorga a la madre y no al feto; cuestión que la ley chilena sólo establece para efectos civiles y patrimoniales, pero jamás constitucionales. La constitución

establece claramente en su artículo 19 N°2, que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. Puede que la igualdad ante la ley sea una garantía establecida para quienes se consideran personas según nuestro ordenamiento. Sin embargo, resulta difícil seguir el espíritu del precepto constitucional y al mismo tiempo sacar, como de sombrero de conejo, un plazo específico, de hasta 14 semanas en este caso, para considerar si se le aplica el 19 N°1 ó si simplemente se hace caso omiso y pasa a dominar cualquier otro derecho que pueda tener o simplemente pretender la mujer.

CONCLUSIÓN: EL CAMINO ES LARGO

Así las cosas es posible pensar que legislar sobre aborto libre hasta las 14 semanas de gestación en Chile actualmente es descabellado: Se trata de un proyecto de ley abiertamente inconstitucional, con un impacto práctico muy reducido, y que no cuenta con la aprobación popular que se debería requerir para llevar a cabo una ley de este estilo.

Sin embargo, es importante señalar que, pese a que popularmente no se aprueba y que no se cuenta con los votos suficientes en el congreso en la actualidad, la sola presentación de la ley es una forma de poner el asunto en el tapete lentamente, con el ánimo de lograr victoria en unos años más.

La estrategia en este caso, sería la misma que se utilizó para aprobar el aborto en tres causales: Se comienza por presentar los proyectos de ley que no son aprobados por mayoría pero que sacan el tema a la luz, tanto en la cámara como en la opinión pública. Luego de unos años, se aprueba la norma luego de gran polémica y entonces una minoría parlamentaria disconforme presenta un requerimiento de inconstitucionalidad. El tribunal constitucional entonces falla y con razón, en favor de los requirentes, por tratarse de una ley abiertamente inconstitucional, y entonces la opinión pública reclama escandalizada que el tribunal constitucional es poco técnico, parcial y conservador.

La diferencia, con lo que ha sucedido ya en otras ocasiones radica claramente en que, en este caso, es difícil que el Tribunal Constitucional pueda rechazar un eventual requerimiento, por las razones ya expuestas. Puede que el tribunal lo rechace, pero en la actualidad no se conocen posturas de tipo doctrinal que avalen tal decisión.

Las salidas alternativas en este caso son bastante difíciles. Una opción sería eliminar el control constitucional, pero al tratarse de una norma igualmente constitucional, los quórums exigidos son demasiado altos. De hecho, para modificar el artículo 19 N°1 se requiere exactamente el mismo quórum (dos terceras partes de los senadores o diputados en ejercicio), y actualmente no contamos con ellos en el congreso. Otra

opción sería derechamente que se redacte y apruebe una nueva constitución, cuestión que, además de requerir el mismo quórum recientemente señalado implica aprobar y redactar una nueva carta fundamental. Todas estas opciones se ven lejanas.

Todo lo anterior implica que, en estos momentos es fundamental entregar una formación de fondo a la población, respecto de la vida, la muerte, la libertad, la personalidad, el bien, el mal y lo que realmente significa ser persona; entendiendo que lo que mantiene un sistema constitucional de derechos y deberes, más que la constitución misma y sus mecanismos de control, es la sociedad toda, convencida de mantener y promover aquello que le conviene y evitar lo que le perjudica. La opinión popular ya ha producido en varias ocasiones que la legislación, en la práctica se haga innecesaria para obtener lo que se desea, mediante la aplicación torcida de la ley y los resquicios legales que la ley pueda presentar.