

APLICACIÓN Y DENEGACIÓN DE LAS TRES CAUSALES PARA ABORTAR EN CHILE

REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE DE APELACIONES Y LA CORTE SUPREMA RESPECTO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN CONTRA HOSCAR

En septiembre del año 2017, fue promulgada y publicaba la ley 21.030, que permite el aborto en tres causales: en caso de riesgo de vida para la madre, por inviabilidad fetal y en caso que el embarazo sea fruto de una violación. Esta norma, fue objeto de requerimiento Constitucional, estableciendo el Tribunal Constitucional que debía ser modificada para que esta no vulnerase nuestra Carta Magna.

Respecto a las causales que la ley ha incorporado al Código Sanitario en su artículo 119, el Tribunal Constitucional señaló enfáticamente que estas son una excepción, y que por lo mismo para su aplicación, se debe cumplir con todos los requisitos que la ley establece para poder invocarlas. Esto, pues en Chile el aborto es un delito, y estas causales únicamente se han contemplado como casos especiales respecto de los cuales, quien participe de la provocación de un aborto, no será sancionado.

Aprobada la ley 21.030, se despenalizó el aborto en 3 causales: 1) Riesgo de vida para la madre, 2) Inviabilidad fetal y 3) Violación.

En el presente documento, se pretende vislumbrar el efectivo carácter de excepcional de las causales para abortar en Chile, y en particular respecto de la causal N.º 2 (inviabilidad fetal). Para ello, se expondrá el caso en que el Hospital de Carabineros (HOSCAR) se negó a efectuar un aborto bajo la causal señalada a doña [REDACTED] (en adelante la “solicitante”), puesto que a juicio del establecimiento no se habían configurado los requisitos exigidos por la ley. Ante esta negativa, la solicitante presentó un recurso de protección afirmando que esta negativa “arbitraria e injustificada” vulneraba su integridad psíquica. Tanto la Corte de Apelaciones al fallar el recurso de protección, como la Corte Suprema al resolver la apelación del mismo, consideraron que el actual del HOSCAR en absoluto habría sido arbitrario, puesto que efectivamente no se habría configurado la causal para poder solicitar el aborto.

En la situación descrita, se controvirtieron principalmente dos hechos: Que no se cumplieron los requisitos que establece la ley para invocar el aborto por la segunda causal respecto de los informes que solicita la ley y que la patología invocada no cumplía con el carácter de letalidad que establece la norma.

El artículo 119 del Código Sanitario, establece en lo pertinente; *“Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando: 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. 2) **El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.** 3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. (...)”*.

Por su parte, el artículo 119 bis, establece: *“Para realizar la intervención contemplada en el número 1) del inciso primero del artículo anterior, se deberá contar con el respectivo diagnóstico médico. En el caso del número 2) del inciso primero del artículo referido, para realizar la intervención **se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. Todo diagnóstico deberá constar por escrito y realizarse en forma previa.**”*.

El recurso de protección entablado, se sustentó en que la recurrente, al momento de la presentación del mismo, se encontraba embarazada con 25 semanas de gestación, y contaba con cuatro diagnósticos médicos que establecían que su feto padece: trisomía 21 más una hipoplasia ventricular “izquierda, doble salida de grandes arterias por el ventrículo derecho (DSVD), canal ventricular izquierdo (CIV) amplia.”¹. Lo anterior implica que por padecer de trisomía 21 (síndrome de down) es imposible la corrección quirúrgica de la cardiopatía al nacimiento, dado que estos pacientes no toleran la hipertensión venosa de esta cirugía, resultando finalmente en la muerte para ellos. Tras pormenorizar las épocas y especialistas que llegaron a los diagnósticos antedichos, expone que éstas patologías permiten la aplicación de la interrupción voluntaria del embarazo, en los términos de la ley N° 21.030, dado que al no tolerar estos pacientes la corrección cardíaca, termina en definitiva siendo fatal.

HOSCAR contesta a la pretensión deducida, que analizando los diversos estudios presentados por la solicitante y los mismos resultados obtenidos por el hospital, no se trataba de un diagnóstico de incompatibilidad con la vida extrauterina. Únicamente se puede deducir de todos los informes que el niño en gestación padece trisomía 21 y que conjuntamente con eso, sufre de una cardiopatía. Además, si bien uno de los médicos que informa señala que configurándose estas dos situaciones se configuraría a causa 2° del artículo 119 del Código Sanitario, no se cumple el requisito exigido en la ley por cuanto esta señala que para optar a dicha causal se debe contar con el informe de dos médicos especialistas, no cual no ocurre en el caso. Por el contrario, la mayoría

¹ Considerando primero del fallo Rol N°26002-2019 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

de los informes presentados reconocen la situación descrita, mas señalan que esto no implica una incompatibilidad con la vida. Si bien el pronóstico de vida a largo plazo no es bueno, no se trata de una cardiopatía inviable².

Habiendo analizado los diversos informes y lo señalado por ambas partes, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago estuvo por rechazar el recurso de protección³. La Corte, a la luz de las normas citadas precedentemente, señaló que no procedieron los presupuestos para considerar que el actuar del HOSCAR se trató de un acto ilegal o arbitrario, sino que por el contrario actuó conforme a la normativa vigente. Esto, pues la ley requiere que los informes aportados por los médicos especialistas coincidan tanto en el diagnóstico de la patología misma como de su pronóstico, cuestión que no ocurrió en los hechos. Además, cuestionó la Corte la falta de especialización de algunos médicos que concurrieron a dichos informes, puesto que si bien la ley no especifica, señala que debe tratarse de médicos especialistas, y que por tanto debe entenderse que la especialidad exigida en el caso de autos, tratándose de una patología cardíaca del feto, debe entenderse que el médico debe ser especialista en cardiología infantil.

Agrega La Corte en su considerando Undécimo, que *“la normativa aplicable en la especie es clara y establece causales precisas y categóricas a fin de interrumpir el embarazo, requiriéndose para su procedencia el cumplimiento de los requisitos que la misma ley contempla (...)”*.

Ante la resolución de la Corte de Apelaciones, la Excelentísima Corte Suprema señaló que las normas citadas en el recurso establecen tres condiciones para dar aplicación a la causal N°2 del artículo 119 del Código Sanitario⁴:

- a) Que la IVE sea solicitada por la mujer, con conocimiento de causa y debidamente informada.
- b) Que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.
- c) Que se cuente con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas, por escrito y en forma previa a la intervención.

Señaló Además el Excelentísimo Tribunal que respecto de la causal N.º 2, para que esta se constituya, la patología debe ser congénita y que *“haga incompatible la vida extrauterina independiente del embrión o feto. Esto es, que no pueda vivir, aunque sea apoyado por tecnología, fuera del vientre materno. (...) Esta causal exige la intervención de dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas”*⁵.

2 Considerando segundo del fallo Rol N°26002-2019 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

3 Considerando Duodécimo del fallo Rol N°26002-2019 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

4 Considerando Sexto del fallo Rol N°15.460-2019 de la Excelentísima Corte Suprema

5 Considerando Séptimo del fallo Rol N°15.460-2019 de la Excelentísima Corte Suprema

Uno de los aspectos más relevantes del fallo es que destacó el motivo octogésimo quinto de la sentencia de la Corte de Apelaciones⁶, que señala que *“el proyecto de ley a diferencia de lo sostenido por los requirentes, no desprotege al que esta por nacer. En primer lugar, porque sigue habiendo delito de aborto. En segundo lugar, porque el proyecto sólo libera de reproche penal en tres causales. En tercer lugar, porque las causales están sometidas a estrictos requisitos, que no dependen sólo de la voluntad de la mujer, pues exigen un diagnóstico médico. Finalmente, porque el proyecto no deroga ni modifica el conjunto de disposiciones legales de todo tipo que buscan proteger al que está por nacer.”*

En su considerando Octavo, al fallar la apelación al recurso de protección interpuesto, la Corte Suprema se remitió a lo establecido por el Tribunal Constitucional en cuanto a la causal N.º 2 del art. 119 del Código Sanitario, el cual dejó en claro que *la IVE constituye una medida de última ratio, lo cual conlleva una restricción en cuanto a su aplicación e interpretación.*

En los considerandos Noveno y Décimo, la Excelentísima Corte analiza los diversos informes, concluyendo que dos de ellos no podrían ser considerados por no tratarse de especialistas en la materia y que los otros no permiten concluir que efectivamente la patología que sufre el feto sea incompatible con la vida extrauterina. Además, en su considerando Undécimo, se citan diversos estudios⁷ que cuestionan la tesis principal de la recurrente, es decir, que la patología que afecta al feto sería inoperable y como consecuencia de ello, el pronóstico letal sería altamente probable.

Por todos los argumentos esgrimidos, es que la Corte Suprema estuvo por rechazar la apelación del recurso de protección, ratificando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Por último, la Excelentísima Corte hace presente que tratándose de un embarazo avanzado, ya no se estaría en presencia de una interrupción del embarazo, sino de una inducción o aceleración del parto.

Tal como lo señalaron todos nuestros tribunales superiores (el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones), el aborto en Chile es un delito, y sus causales se han contemplado únicamente como excepción a la penalización. Por lo mismo, los requisitos exigidos por la ley se deben interpretar y aplicar de forma restrictiva, para que así, en forma alguna se vea lesionada la

6 Considerando Séptimo inciso final del fallo Rol N°15.460-2019 de la Excelentísima Corte Suprema

7 “Resultados comparativos de cirugía de Fontan en pacientes con y sin hipoplasia de corazón izquierdo” *Revista Chilena de Pediatría*, 2016, 87 (5), pp. 366-372.

“Outcome of univentricular repair in patients with Down syndrome” TAKESHI FURUKAWA, IN-SAM PARK, TADAHIRO YOSHIKAWA, et al, *The Journal of Thoracic and Cardiovascular Surgery* ; Volumen 146, N°6, diciembre 2013.

“Survival in Children With Down Syndrome Undergoing Single-Ventricle Palliation” JOHN L. COLQUITT, SHAINÉ A. MORRIS, SUSAN W. DENFIELD, et al, *The Society of Thoracic Surgeons* (2016).

vida del que está por nacer. Nuestro derecho ha impuesto una obligación a los órganos del Estado a proteger la vida del que está por nacer, motivo por el cual, cualquier caso en que se busque la aplicación de un aborto deberá analizarse con el más alto rigor.