



Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación
Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales

Magister en Derecho de Familia e Intervención Familiar

“Aborto. Una figura de vulneración a la normativa internacional sobre de los derechos de la infancia”

Para optar al Grado Académico de Magister

Profesor guía, Sr. Jorge Jofré Rojas.

Estudiante : Oscar Andrés González Gómez

| | |
|--|----|
| RESUMEN | 1 |
| INTRODUCCION | 2 |
| CAPITULO I | 4 |
| 1) ABORTO. | 4 |
| 1.1.- Conceptos y clasificaciones necesarias. | 4 |
| 1.2.- Situación jurídica del aborto en Chile, historia y situación actual. | 5 |
| 1.3 Situación jurídica del aborto en la legislación comparada. | 13 |
| A) La situación en África. | 13 |
| A.1) Sudáfrica. | 15 |
| B) La situación en Asia. | 15 |
| B.1) Japón. | 15 |
| B.2) China. | 15 |
| B.3) India. | 16 |
| B.4) Pakistán. | 17 |
| B.5) Nepal. | 17 |
| C) Europa. | 18 |
| C.1) Situación en el bloque de Europa oriental hasta la caída de la Unión Soviética. | 18 |
| C.2) Eslovaquia. | 19 |
| C.3) Portugal | 19 |
| C.4) España. | 20 |
| C.5) Gran Bretaña. | 21 |
| C.6) Irlanda. | 22 |
| C.7) Alemania. | 22 |
| D) La situación en Oceanía. El caso australiano. | 24 |
| E) La situación en América. | 24 |
| E.1) Canadá | 24 |
| E.2) Argentina. | 25 |
| E.3) Colombia. | 26 |
| E.4) Estados Unidos de Norteamérica. | 28 |
| CAPITULO II | 35 |
| 1) LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL ABORTO. | 35 |
| 1.1) Los argumentos a favor del derecho a abortar. | 36 |
| A) El nasciturus no es persona, por tanto, carece del derecho a la vida. | 36 |
| B) El aborto como un derecho fundamental de las personas. | 41 |
| C) El caso Artavia murillo vs Costa Rica (posición mayoritaria) | 42 |
| 1.2) Los argumentos en contra del aborto. | 46 |
| A) El nasciturus es persona. | 46 |
| A.1) El concepto de niño en la Convención sobre Derechos del Niño. | 49 |
| B) El carácter absoluto del derecho a la vida. | 52 |
| C) El fallo Artavia Murillo vs Costa Rica, voto disidente (serie C257). | 53 |
| CONCLUSIONES | 57 |
| BIBLIOGRAFÍA | 61 |

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis dogmático teórico de la figura del aborto partiendo por describir el tratamiento jurídico en Chile, entregando una breve mirada de la situación comparada, las argumentaciones doctrinarias a favor y en contra del mismo para continuar haciendo un análisis en profundidad de la figura a la luz de la normativa internacional sobre derechos humanos de la infancia, con miras a determinar en definitiva la existencia de reconocimiento de la personalidad del no nacido y desde ahí si el aborto constituye o no una vulneración a la normativa internacional del derecho de familia y la infancia.

INTRODUCCION

El futuro de los niños es siempre hoy

Gabriela Mistral

Pocos temas pueden generar opiniones tan encontradas como el aborto puesto nuevamente en la discusión pública a consecuencia de la derogación en Estados Unidos del precedente del caso Roe Vs Wade, en este se señaló que el aborto se consideraba amparado como proyección de los derechos fundamentales a la libertad y a la privacidad resguardados principalmente por la décimo cuarta enmienda de la Constitución Estadounidense, el caso Roe fue comúnmente citado para sostener posiciones favorables al aborto por sus defensores, sin embargo fue recientemente abolido por la Suprema Corte de Estados Unidos de América mediante el fallo del caso Dobbs Vs Jackson Women's Health Organization., en este la Corte realiza una dura crítica al precedente, cambiándolo radicalmente y señalando finalmente que la constitución no consagra ni explicita ni implícitamente un derecho a abortar, ni que pueda este quedar amparado al alero de otros derechos fundamentales, sosteniendo que la regulación del aborto debe volver a los congresos estatales. Tal cambio tan radical de criterio traerá con seguridad repercusiones importantes en la futura regulación legal del aborto al caer uno de los principales precedentes que fundaban argumentos de los partidarios del aborto libre.

Debemos advertir que aunque interesante jurídicamente, dicha situación aborda el problema desde un enfoque diverso a lo que ocurre en nuestro país, pues mientras en Estados Unidos de América se evita emitir pronunciamiento respecto de la personalidad jurídica del no nacido, la discusión en Chile se aboca justamente en este punto a partir del cual se determina la titularidad de derechos subjetivos o no del nasciturus y en razón de ello la titularidad de su derecho a la vida amparado en el artículo 19 n°1 de nuestra Constitución, posición que según lo considere o no persona, repercute luego en la postura de entender como atentatorio o no el aborto a dicho derecho. La discusión se desarrolla mediante la entrega de argumentaciones jurídicas, filosóficas y médicas observándose a la fecha la inexistencia de consenso en todas ellas sobre el punto. La posición mayoritaria en nuestro país, parece ser aquella contraria al aborto y que

considera persona al no nacido. En nuestro país se abordó latamente el tema mientras se discutía y luego de promulgada la ley 21.030 conocida como la ley de aborto en tres causales, antes de ello, cuando se conoció el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murrillo vs Costa Rica, y previo a ello, mientras se debatió respecto la píldora del día después. Lo que se aprecia en todas ellas, tal como ocurre en otras latitudes, es que el tema no resulta pacífico y está lejos de haber sido zanjado, y como se observará en el desarrollo del trabajo, la cuestión de la regulación del aborto tiene que ver más con una posición valórica social del tema en un momento o época determinados que de tradiciones jurídicas históricas arraigadas.

El presente trabajo pretende analizar la figura del aborto desde la óptica del derecho internacional de la infancia y sus principios rectores, y así analizar su conformidad con el corpus iuris de la infancia. De uno modo general y desde una óptica cualitativa esperamos aportar al debate y desentrañar si el aborto constituye una forma de vulneración a los principios jurídicos y normas que orientan la legislación internacional en materia de la infancia. Para lograrlo en primer término esperamos conocer cuál es el concepto de niño contenido en la convención sobre los derechos del niño, para verificar si el ser por nacer se encuentra incluido en dicha definición y como tal goza de reconocimiento de personalidad jurídica y titularidad del derecho a la vida. Finalmente esperamos verificar la existencia de un conflicto entre la figura legal del aborto y la normativa internacional de la infancia con miras a determinar si el aborto puede ser concebido como un atentado al derecho fundamental a la vida del no nacido.

Para lograr los objetivos planteados, iniciaremos exponiendo la situación jurídico-histórica del aborto en Chile y el actual estado de nuestra legislación sobre la materia, luego como ha sido tratada la figura del aborto en normativa comparada histórica y actual, de modo que nos ayude a conocer y comprender los motivos de estos ordenamientos para optar por su regulación en un sentido u otro. En la segunda parte presentaremos los argumentos de quienes están a favor de su establecimiento legal y a continuación de quienes se oponen a ello, culminando con la entrega de la posición que creemos ajustada a la normativa internacional de los derechos humanos de la infancia, sostenida en el texto de la convención de los derechos del niño a través de un ejercicio interpretativo de la misma.

CAPITULO I

1) ABORTO.

En un sentido común entendemos por aborto a la interrupción del embarazo. Nuestro ordenamiento jurídico y pese a establecerlo como delito y contemplar causales en que se permite sin sanción no lo ha definido, desde ahí para su adecuado análisis se requiere entregar ciertas precisiones, resultando necesario para abocarnos al tema entregar los diferentes conceptos que existen sobre el aborto y las diversas categorías o clasificaciones que se han dado. Luego procederemos a indicar cual es el marco jurídico que ha tenido la interrupción del embarazo en nuestro país y cómo ha evolucionado su regulación hasta la actual. Finalmente revisaremos su tratamiento en la legislación comparada, la revisión de su regulación histórica y actual en algunos ordenamientos jurídicos representativos de los cinco continentes, ello permitirá observar que el fenómeno del aborto es universal y cuáles han sido los motivos del desarrollo de su regulación legal, podremos así apreciar similitudes y diferencias en argumentos y discusiones sobre la materia y compararlo con lo que ocurre en nuestro país; asimismo desentrañar la existencia de alguna tendencia global sobre la forma de regulación legal del aborto.

1.1.- Conceptos y clasificaciones necesarias.

En el lenguaje común del español, la RAE¹ define al aborto entregando cuatro acepciones para la palabra aborto: 1) acción y efecto de abortar, 2) interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas, 3) ser o cosa abortados y 4) engendro, monstruo.

Desde la ciencia médica lo definen como la interrupción del desarrollo embrionario o fetal durante el embarazo, distinguiendo entre abortos espontáneos en que la interrupción se produce por causas naturales o no provocadas intencionalmente y los abortos inducidos o provocados entendiéndose por aquel el que produce intencionalmente la interrupción del embarazo provocando la muerte biológica del embrión o feto, dentro de esta última categoría además se distingue entre el aborto indirecto y el directo, el indirecto producido a través de acciones que tienen la finalidad de salvar la vida o salud de la persona

¹ Real Academia Española.

gestante y como consecuencia de dichas acciones, generando lo que se ha llamado doble efecto², el directo por su parte es aquel en que se realiza la acción con la finalidad de interrumpir el embarazo, ya sea por razones de malformación del feto (aborto eugenésico), razones sociales, psicológicas (Illanés y Koch, 2015) o por motivos éticos como cuando el embarazo es producto de una violación, hablandose de aborto ético (Rubio, 2016). En base a lo anterior se ha distinguido asimismo entre el aborto terapeutico y no terapeutico, entendiendo que el primero es un medio para resguardar la salud o vida de la persona gestante, el segundo referido a la interrupción del embarazo voluntaria y cuya finalidad no obedece al resguardo de la vida del o la gestante (Palavecino, 2014), se incluyen en este último los abortos por malformaciones en el feto.

A nivel jurisprudencial nuestra Corte Suprema en la década del 60 señaló que consistía en la interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de evitar el nacimiento del feto o detener el curso natural del embarazo (Palavecino, 2014).

El lector debe entender que en el presente trabajo cuando nos referimos al aborto sin más expresión, hacemos uso del término en la concepción de interrupción voluntaria del embarazo de manera provocada, que es la figura que resulta relevante en el presente análisis.

1.2.- Situación jurídica del aborto en Chile, historia y situación actual.

El aborto inicialmente no recibió regulación en Chile, no fue sino hasta la dictación del código penal en el año 1874 en que aparecen normas sobre la materia (Palavecino, 2014), desde dicha época se sancionaba el aborto que lo tipificaba como delito en el título VII del libro segundo de los “*Crímenes y Simple delitos contra el orden de las familias i Contra la moralidad pública*”³ y regulaba en los artículos 342 al 345 las figuras relativas al aborto. La primera de las normas sancionaba al que maliciosamente causare un aborto y variando la pena si se ejecutaba con violencia y con o sin el consentimiento de la mujer, la segunda de ellas sancionaba el aborto causado sin intencionalidad constando el embarazo y la tercera de las normas constituye un tipo penal especial para la mujer que causaba su aborto o consentía en

² El doble efecto se refiere a la acción necesaria y orientada a un fin legítimo que produce a la vez un efecto negativo no querido. En el caso del aborto se refiere a la acción encaminada a salvar a la persona gestante cuya vida o salud está en riesgo a consecuencia del embarazo y que como consecuencia no querida trae aparejada la muerte del embrión o feto.

³ Se presenta el texto original usado en dicha época, con la conjunción i.

el mismo, disminuyendo la pena si el fin era ocultar su deshonra, la última de las normas establecía un tipo penal para el facultativo que practicaba el aborto o consentía en el mismo, agravando las penas.

Así se mantuvo la regulación hasta la dictación del código sanitario a través del DFL 226 de 15 de mayo de 1931 que en su artículo 226⁴ permitía con fines terapéuticos la realización de un aborto directo, exigiendo la opinión de tres facultativos debidamente documentada, permitiendo ante falta de facultativos proceder mediante la documentación de un médico y dos testigos (Undurraga, 2013).

Ya en el año 1967 con la dictación del nuevo código sanitario mediante el DFL 725 del Ministerio de salud se estableció en el artículo 119 se mantuvo la legalidad del aborto terapéutico (Undurraga, 2013).

Artículo 119° Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.

Dicha autorización de la interrupción del embarazo con fines terapéuticos se mantuvo hasta el año 1989, cuando la ley 18.826 procede a modificar el texto del artículo 119 del código sanitario, para prohibir todo tipo de aborto directo (Palavecino, 2014; Undurraga, 2013).

Artículo 119. No podrá ejecutarse ninguna acción destinada a provocar el aborto.

La etapa de prohibición absoluta de aborto se extendió hasta el 23 de septiembre de 2017 con la publicación de la ley 21.030 que regula la despenalización voluntaria del embarazo en tres causales y modifica el código sanitario. Actualmente el aborto se encuentra regulado por el código penal que lo sanciona como delito, con excepción de las causales no penadas que prevé el código sanitario en el artículo 119 en la redacción dada por la ley 21.030. El código penal mantiene las figuras de aborto referidas en el apartado anterior contemplándolas entre los artículos 342 al 345, con una nueva redacción que dio la mentada ley al artículo 344.

ART. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

- 1.° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
- 2.° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

⁴ Artículo 22: solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.

Para proceder a esta intervención se requiere la opinión documentada de tres facultativos.

Cuando no fuera posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso o falta de facultativo en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente.

3.º Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

ART. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

ART. 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

ART. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.

Por su lado la ley 21.030 entrego una nueva redacción al artículo 119 del código sanitario y a su vez incorporó al código los artículos 119 bis, 119 ter y 119 quáter.

Artículo 119. 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.⁵

En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la ley N°20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos siguientes. En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación

⁵ Lo destacado es mío.

para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley N°20.422 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Si la mujer ha sido judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla.

Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiendo por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva. Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito.

La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos del representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución será apelable y se tramitará según lo establecido en el artículo 69, inciso quinto, del Código Orgánico de Tribunales.

La voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada a su representante legal. Si la adolescente tuviere más de uno, sólo se informará al que ella señale.

Si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generar a ella un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u

otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale.

En el caso de que la adolescente se halle expuesta a alguno de los riesgos referidos en el inciso anterior, el jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular deberá informar al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda, para que adopte las medidas de protección que la ley establece.

El prestador de salud deberá proporcionar a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica, según lo establecido en los artículos 8 y 10 de la ley N° 20.584. Asimismo, deberá entregarle información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. La información será siempre completa y objetiva, y su entrega en ningún caso podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer. No obstante lo anterior, el prestador de salud deberá asegurarse de que la mujer comprende todas las alternativas que tiene el procedimiento de interrupción, antes de que éste se lleve a cabo, y de que no sufra coacción de ningún tipo en su decisión.

En el marco de las tres causales reguladas en el inciso primero, la mujer tendrá derecho a un programa de acompañamiento, tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo anterior y posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso. Este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico y en cualquier otro momento de este proceso. En caso de continuación del embarazo, junto con ofrecer el apoyo descrito, se otorgará información pertinente a la condición de salud y se activarán las redes de apoyo. Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice, deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso de concurrir la circunstancia descrita en el número 3) del inciso primero, se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido.

Las prestaciones incluidas en el programa de acompañamiento a las mujeres que se encuentren en alguna de las tres causales serán reguladas por un decreto de las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 143 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del

Ministerio de Salud. Asimismo, se establecerán los criterios para la confección de un listado de instituciones sin fines de lucro que ofrezcan apoyo adicional al programa de acompañamiento, el que deberá ser entregado de acuerdo al inciso undécimo. La madre podrá siempre solicitar que el acompañamiento a que tiene derecho le sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil, las que deberán estar acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud, todo ello conforme a un reglamento dictado al efecto. La mujer podrá elegir libremente tanto la entidad como el programa de acompañamiento que estime más adecuado a su situación particular y convicciones personales.

En el caso de que el acompañamiento no sea ofrecido en los términos regulados en este artículo, la mujer podrá recurrir a la instancia de reclamo establecida en el artículo 30 de la ley N° 20.584. Ante este reclamo, el prestador de salud deberá dar respuesta por escrito dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde el día hábil siguiente a su recepción y, de ser procedente, adoptar las medidas necesarias para corregir las irregularidades reclamadas dentro del plazo máximo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la respuesta. Si la mujer presentare un reclamo ante la Superintendencia de Salud, de ser procedente según las reglas generales, ésta deberá resolverlo y podrá recomendar la adopción de medidas correctivas de las irregularidades detectadas, dentro de un plazo no superior a treinta días corridos. Sin perjuicio de lo anterior, toda mujer que hubiere sido discriminada arbitrariamente en el proceso de acompañamiento podrá hacer efectiva la acción de no discriminación arbitraria contemplada en los artículos 3 y siguientes de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

El artículo 119 bis por su parte se preocupa de determinar los requisitos para proceder al aborto en las causales previstas.

Artículo 119 bis. 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.

En el caso del número 3) del inciso primero del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que

lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.

En los casos en que la solicitante sea una niña o adolescente menor de 18 años, los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares en que se solicite la interrupción del embarazo procederán de oficio conforme a los artículos 369 del Código Penal, y 175, letra d), y 200 del Código Procesal Penal. Deberán, además, notificar al Servicio Nacional de Menores.⁶

Tratándose de una mujer mayor de 18 años que no haya denunciado el delito de violación, los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público este delito, con la finalidad de que investigue de oficio al o los responsables.

En todos los casos anteriores se respetará el principio de confidencialidad en la relación entre médico y paciente, adoptándose las medidas necesarias para resguardar su aplicación efectiva.

En el proceso penal por el delito de violación, la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento será siempre voluntaria y no se podrá requerir o decretar en su contra las medidas de apremio contenidas en los artículos 23 y 33 del Código Procesal Penal."

Por su lado el artículo 119 ter establece la objeción de conciencia que permite a los profesionales de salud a quienes se requiera o deban intervenir en la práctica del aborto no realizarla, atendiendo a sus creencias personales. Mas ello no libera al establecimiento público de salud de la obligación de proporcionar la interrupción del embarazo verificado que se encuentra en alguno de los casos que contempla el artículo 119. Si no existe otro profesional que pueda realizarlo y la persona requirente del aborto se encuentra en la causal de peligro de la vida para el gestante, aquel estará de todas formas obligado a realizar el procedimiento.

Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo

⁶ La mención al Servicio Nacional de Menores (SENAME) hoy debe entenderse efectuada al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (Servicio Mejor Niñez) que lo reemplazo en el aspecto proteccional de la infancia.

cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención.

Finalmente, el artículo 119 quáter prohíbe publicidad respecto de establecimientos que practiquen el procedimiento.

Artículo 119 quáter. Queda estrictamente prohibida la publicidad sobre la oferta de centros, establecimientos o servicios, o de medios, prestaciones técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción del embarazo en las causales del inciso primero del artículo 119.

Lo anterior no obsta al cumplimiento de los deberes de información por parte del Estado ni a lo dispuesto en el párrafo 4° del título II de la ley N°20.584."

Se acentúa que el programa de acompañamiento que debe ofrecerse conforme al artículo 119 bis debe tener la característica de ser voluntario, respetuoso del paciente, neutro en cuanto a fines disuasivos o sugestivos de someterse al procedimiento y entregar información veraz, en resumen, respetuoso de la autonomía personal de la persona que le permita confiar en el mismo (Undurraga, 2018).

1.3 Situación jurídica del aborto en la legislación comparada.

A continuación expondremos la forma en que se ha desarrollado la regulación legal del aborto en legislación comparada mediante un breve examen de algunos ordenamientos jurídicos de los distintos continentes, principalmente en los últimos dos siglos. Advertiremos que mientras en Europa o América la situación histórica del aborto no fue preocupante y se entendía como un problema privado hasta la aparición de regulaciones hacia los siglos 19 y 20, en Asia históricamente por cuestiones culturales y religiosas se miraba con reproche, entendiéndose que privaba de una fuerza laboral importante a la familia y también porque afectaba la función de dar y criar hijos que se atribuía a las mujeres, posición que se extendió hasta la segunda mitad del siglo 20 (Tribe, 2012). En todos los casos veremos que los cambios legales sobre la materia se van produciendo por motivos no necesariamente vinculados a la conciencia de derechos individuales de la persona gestante ni del reconocimiento de la personalidad del no nacido y ello hasta ya casi el final del siglo pasado. Se observará un movimiento tendiente cada vez más hacia la liberalización progresiva, eximiendo en general del castigo penal en casos de aborto terapéutico, eugenésico y de embarazos producto de violación (Rubio, 2016), el bloque occidental particularmente pasó de posiciones restrictivas del aborto en el siglo 19 a unas más liberales en el siguiente (Tribe, 2012). Si miramos más al pasado en las sociedades ágrafas se ha estudiado la existencia del aborto cuya ocurrencia obedece a diversas causales, en las sociedades griegas y romanas se advierte también se producía el fenómeno al que no parecía darle mayor importancia (Tribe, 2012) la normativa del Digesto de hecho daba cuenta clara de considerar al no nacido simplemente como parte del cuerpo de la mujer (Barcia, 2000).

Lo importante de este apartado es que luego de dar a conocer la situación comparada, ello nos permitirá verificar la existencia del fenómeno del aborto como universal en las diversas sociedades y tendremos conocimiento de los motivos o fundamentos de la evolución jurídica en su regulación, pudiendo apreciar puntos en común o diferencias con lo ocurrido en Chile, mejorando nuestra comprensión del fenómeno y de los motivos del cambio jurídico que ha presentado.

A) La situación en África.

El continente africano presenta una diferencia notable con el resto de los continentes, es el único que reconoce en un instrumento internacional expresamente como derecho fundamental la interrupción del embarazo (Paúl, 2015; Zúñiga, 2013). La regulación inicial tuvo su origen en la regulación de los países que establecieron colonias en la región, Bélgica, Francia, Italia, España, Portugal y leyes de

Inglaterra, todas penalizadoras del aborto, y que fueron replicadas por las diversas las leyes de los estados africanos, estableciendo la sanción penal o restringiéndolo notablemente, manteniéndose dicha situación incluso pese a producirse procesos de independencia (Ngwena, 2016). Sin embargo, la aparición de la normativa regional sobre derechos humanos emanada en 1981 reconoció expresamente como derecho humano el aborto. Así ocurre con la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, conocida como carta de Banjul (Undurraga, 2013; Ngwena, 2016). Por su parte el protocolo de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y sobre los Derechos de las Mujeres en África del año 2003, conocido como protocolo de Maputo, exige la legalización del aborto (Paúl, 2015), este protocolo cuya vigencia data del año 2005 ha sido ratificado por dos terceras partes de los estados que conforman la Unión Africana (Ngwena, 2016). El artículo 14 del protocolo trata sobre salud y derechos reproductivos y señala en el apartado n°1 que los Estados parte velaran por la salud de la mujer incluyendo la salud sexual y reproductiva que deberá ser promovida y respetada, la letra b) del mismo establece el derecho de la mujer a decidir si tener hijos, y su número. El apartado n°2 letra c) obliga a los Estados parte a adoptar medidas apropiadas para proteger los derechos reproductivos de las mujeres autorizando el aborto medico en casos de agresión sexual, violación, incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en riesgo la salud mental, física o la vida de la mujer o el feto⁷ (Ngwena, 2016). Sin embargo y pese a una marcada tendencia hacia la liberalización en la región, sobre todo en las décadas finales del siglo 20 e inicios del siglo 21 el problema principal radica en la falta de implementación efectiva de las legislaciones que lo autorizan, al punto que de los países que han ratificado el protocolo de Maputo solo Ruanda modificó sus leyes sobre la materia para concordarlas al instrumento, el resto de los suscriptores aún mantienen legislación sobre el aborto incompatible con dicho protocolo (Ngwena, 2016).

⁷ Traducción libre del autor, el texto en inglés del artículo 14 es el siguiente:

Article 14 Health and Reproductive Rights.

1. States Parties shall ensure that the right to health of women, including sexual and reproductive health is respected and promoted. This includes: a) the right to control their fertility; b) the right to decide whether to have children, the number of children and the spacing of children; c) the right to choose any method of contraception; d) the right to self-protection and to be protected against sexually transmitted infections, including HIV/AIDS; e) the right to be informed on one's health status and on the health status of one's partner, particularly if affected with sexually transmitted infections, including HIV/AIDS, in accordance with internationally recognised standards and best practices; g) the right to have family planning education.

2. States Parties shall take all appropriate measures to: a) provide adequate, affordable and accessible health services, including information, education and communication programmes to women especially those in rural areas; b) establish and strengthen existing pre-natal, delivery and post-natal health and nutritional services for women during pregnancy and while they are breast-feeding; c) protect the reproductive rights of women by authorising medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the foetus.

A.1) Sudáfrica.

En Sudáfrica se permite el aborto a solicitud de la mujer dentro de las primeras 12 semanas, norma que ha sido declarada constitucional por la Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica en el año 2004, señalando que la interrupción del embarazo está amparada constitucionalmente bajo las secciones 12 (2) (a) relativa al derecho a la integridad física y psicológica que incluye las decisiones reproductivas y la sección 12 (2) (b) que resguarda el derecho al control del propio cuerpo, por su lado el tribunal entiende que la adquisición de personalidad en sentido jurídico no se logra sino hasta el nacimiento (Sieguel, 2016).

B) La situación en Asia.

B.1) Japón.

Los antecedentes muestran la existencia del aborto desde la era medieval y con documentación desde fines de la era Tokugawa que se extendió desde inicios del año 1600 y hasta 1867 dando cuenta de su práctica en dicho periodo al igual que el infanticidio en especial el femenino. A partir de la restauración de la era Meiji en octubre de 1868 y hasta 1912 se prohibió el aborto en el país (Tribe, 2012). Terminada la segunda guerra mundial en 1948 Japón permitió los abortos mediante dictación de leyes de protección eugenésica cuya finalidad era buscar proteger la vida de la mujer y especialmente la prevención de nacimientos de descendencia considerados inferiores, para 1949 se modificó la norma para incluir entre las cuales que justificaban el aborto legal como situaciones de salud de la mujer y la penuria económica permitiéndole por alguna de estas consideraciones acceder a un aborto legal (Tribe, 2012). En la actualidad Japón mantiene la posibilidad de aborto legal con bastante libertad, influenciado por posiciones occidentales, siendo incluso el mecanismo de mayor uso para el control de la natalidad con una fuerte injerencia de la profesión médica para alentarlos por sobre otros métodos anticonceptivos (Tribe, 2012). En los aspectos religiosos la presencia del budismo y sintoísmo contrarios al aborto no ha tenido mayor repercusión, pues existe escasa movilización de sus partidarios al área política (Tribe, 2012). Llama la atención que pese a permitirse el aborto desde hace más de 70 años el uso de píldora abortiva queda sujeto a que la pareja de la mujer lo autorice (BBC, 2022) y si bien la mayoría de la población aprueba el aborto lo hace basado en criterios de salud o económicos que permitan justificarlo, no existe mayor conciencia de entenderlo como un derecho reproductivo, ni de la personalidad asociado o integrante de la privacidad o libertad corporal (Tribe, 2012).

B.2) China.

La historia da cuenta que el aborto se practicaba en China y no se establecía por ello ninguna sanción penal, esta aparece recién a inicios del siglo veinte, para 1953 se redujeron las restricciones a los abortos, presentándose su regulación orientada al cumplimiento de objetivos económicos o demográficos planteados por el partido comunista, pasada la década del sesenta las restricciones al aborto fueron menos intensas y ya con la política de un hijo por familia se establecieron abortos obligatorios del segundo hijo (Tribe, 2012). La política del aborto obligatorio sin embargo encontró fuertes detractores a nivel interno principalmente en zonas rurales del país, basado en el ideal confuciano de que una familia numerosa con la mayor cantidad de hijos posibles configura la unidad básica y esencial de la sociedad (Tribe, 2012). En lo que a la tradición cultural se refiere en la República Popular China la preferencia de varones es conocida, lo que ha llevado al infanticidio femenino o abandono en búsqueda del hijo varón, práctica por lo demás histórica de la cultura china (Tribe, 2012). Se informa que al año 2015 China presentaba una tasa de abortos anuales de 13 millones, según datos entregados por el Centro de Investigación de Tecnología bajo la Comisión Nacional de Planificación Familiar y de la Salud de China, se estima la muerte de 400 “niños”⁸ desde la implementación de la política del hijo único (aciprensa, 2015) que data de 1979 y fue dejada sin efecto en el año 2013, permitiendo un segundo hijo si un integrante de la pareja no tenía descendencia, en octubre del 2015 se elimina totalmente pasando a una política de 2 hijos por pareja y para el año 2021 se permiten hasta 3 (BBC, 2021). Lo relevante es que la discusión y regulación del aborto no está relacionada a temas de derechos individuales, ni de la mujer ni del ser por nacer, sino que se arraiga en intereses políticos de la regulación de la natalidad (Tribe, 2012).

B.3) India.

En India inicialmente no se aprecian intenciones de restringir o prohibir las prácticas abortivas, en 1971 se dicta una ley que regula la materia permitiéndolo en caso de probabilidad de presencia de anomalías físicas o mentales importantes o en caso de amenaza a la salud física o mental de la embarazada que ha sido interpretada laxamente para permitirlo, la revisión de los motivos de la regulación del aborto son ajenos a la consideración de derechos reproductivos de las mujeres y obedecen más a querer hacer frente a problemáticas de salud que traen como consecuencia los abortos ilegales, o control de natalidad, encontrándose registros que datan incluso previo al nacimiento de cristo de considerar la figura del aborto como un delito muy menor (Tribe, 2012). Las corrientes musulmanas presentes en India no están cohesionadas en cuanto a la posición sobre el aborto, así varias lo entienden permitido en tanto el embrión no esté formado, en general el islam entiende procedente el aborto mientras

⁸ El artículo periodístico que se usa de fuente utiliza el término niños que hemos puesto en comillas.

el feto no adquiera alma, lo que ocurriría entre los 40 y 120 días desde la gestación, existiendo una minoría que considera cualquier forma de control de natalidad configura una forma de infanticidio. (Tribe, 2012).

B.4) Pakistán.

En Pakistán la postura musulmana contraria al aborto por otro lado es la predominante, dicha práctica es considerada una forma de asesinato, en este caso y por la influencia religiosa se explica la posición en el bajo estrato en que se considera a la mujer y cuya función se entiende es la de tener y criar hijos (Tribe, 2012). Se advierte la alta tasa de abortos de fetos de sexo femenino como consecuencia del valor que la cultura india otorga a los hijos varones al punto de modificar significativamente la proporción de los sexos en el país, revelando en el censo de 1985 que por cada 1.000 hombres había 935 mujeres, ello explica por ejemplo que en ciertos recintos de salud público se suspendiera la prueba para conocer el sexo del bebé e incluso el estado de Maharashtra suspendiera la prueba en mujeres de menos de 35 años, fuertemente criticada por inmiscuirse en la privacidad propia de la relación médico-paciente (Tribe, 2012).

B.5) Nepal.

La historia del aborto en la república Federal Democrática de Nepal no difiere en los orígenes a la de India, de hecho el propio sistema jurídico del país proviene o tuvo su origen en el hindú, basado en textos filosóficos que otorgaban a la mujer una posición desmejorada en relación al hombre, que niega la igualdad entre ambos. Así en esta cultura se consideraba al aborto inaceptable desde puntos de vista éticos, morales y sociales, recordando la función de la mujer de tener hijos, aquellas que habían abortado debían ser tratadas socialmente como marginadas. Ello llevó a la codificación de la normativa generando la prohibición legal del aborto en el año 1854, que resistió posteriores intentos de modificaciones en 1935 y 1963 (Upreti, 2016).. Para el año 2002 Nepal mantenía la prohibición del aborto y su sanción criminal y aunque la legislación presentaba la excepción de sanción para el caso de que el aborto fuera producto de un acto cuya finalidad fuera benéfica no existían lineamientos claros de su procedencia y por temor a las consecuencias penales en los hechos no recibía aplicación, al punto que estadísticas registran que al año 2000 el 20% de mujeres encarceladas lo estaba por haberse practicado un aborto y que entre 1979 y 2002 el 70% de los casos de mujeres procesadas por delitos relacionados al aborto terminaban en condena, cifra muy mayor a cualquier otro delito, con falencias serias en los procesos de investigación (Upreti, 2016). El escenario de más de un siglo cambió en el año 2002 al modificarse el código nacional que si bien mantiene la prohibición del aborto, la interrupción del embarazo se permite a petición de la mujer dentro de las primeras 12 semanas, dentro de las primeras 18 si es resultado de una violación o incesto, cuando la

opinión de un médico calificado indique que de no realizarse existe riesgo mortal para la mujer, o riesgo a su salud mental o física y por último en caso de que el no nacido pudiese nacer con discapacidades, con un impacto positivo pues para el año 2004 la tasa de mortalidad materna se redujo en un 56% (Upreti, 2016).

El proceso sobre el aborto en realidad fue consecuencia de uno de mayor extensión relativo a la mejora de la posición y reconocimiento de los derechos de las mujeres iniciado en la década del 90. Un salto cualitativo a nivel jurídico se produjo en el año 2007 con la adopción de la Constitución provisional que reconoce y dio protección a los derechos reproductivos de la mujer estableciendo el derecho a la salud reproductiva y derechos relacionados con la reproducción. La situación alcanzó un punto culmine para el país en esta materia en el año 2009 mediante el fallo de la Corte Suprema en el caso *Lakshmi Dhikta c. Nepal* en el cual se reconoció al aborto como uno de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución Nepalesa ordenando al gobierno eliminar todo obstáculo para el acceso al servicio seguro del mismo y garantizar a todas las mujeres el acceso al servicio de aborto, estableciendo que el derecho a abortar compete en última instancia a la mujer (Upreti, 2016).

C) Europa.

C.1) Situación en el bloque de Europa oriental hasta la caída de la Unión Soviética.

La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas hasta 1989. Las cifras estiman que la unión soviética llegó a presentar la existencia uno o dos abortos por cada nacimiento de un niño con la consecuencia nefasta en la vida de mujeres que se generaba atendida la ilegalidad e informalidad de estos. En 1920 se estableció el decreto que lo permitía legalmente, en 1936 Stalin declaró ilegal todo tipo de abortos situación que se mantuvo así hasta la década del cincuenta, cuando posterior al fallecimiento de Stalin, nuevamente se estableció su legalidad por motivos de salud pública (Tribe, 2012).

En la década del cincuenta aparecen leyes que permiten el aborto en Checoslovaquia, Hungría, Polonia y Bulgaria, la regulación fue dirigida más como política de control de la población en uno u otro sentido, sin ahondar en discusiones relativas a la personalidad del no nacido o la libertad reproductiva de la mujer. Claro ejemplo de lo que se viene diciendo constituye Rumania que para el año 1966 y esperando aumentar el número de la población del país decretó la prohibición de todos los métodos anticonceptivos y del abortos, con un enérgico control de los embarazos y persecución de los abortos clandestinos, aplicando severas sanciones a quienes participaban de ellos, provocando en los años venideros un aumento significativo de infanticidios y cantidad de niños abandonados, lo que llevó que para el año 1989 se legalizara nuevamente el aborto. En estos períodos el enfoque de la regulación del aborto se realizaba

más preocupados por los efectos en la salud y vida de las mujeres por abortos inseguros que por entenderlo como un derecho integrante de la personalidad o libertad de las mujeres (Tribe 2012).

C.2) Eslovaquia.

Una situación particular e interesante es la presentada en Eslovaquia, recordemos sucesor del estado de Checoslovaquia, cuya creación data de 1918 y desmembrado en 1992, del cual surgieron la República Checa y el mentado Eslovaquia. En dicho país hasta 1950 se prohibía absolutamente el aborto, dicho año se dictó un nuevo código penal que permitía en ciertos casos excepcionales basadas en riesgo de salud o vida de la mujer abortar sin sanción criminal, para el año 1957 se dicta una nueva normativa sobre aborto derogando la contenida en el código penal y permitiendo el aborto en las primeras 12 semanas en causales de salud de la embarazada y otras razones de especial importancia, las causales eran peligro para la vida de la embarazada y existencia de enfermedad genética grave de alguno de los progenitores, sin embargo el proceso para abortar se acompañaba por comisiones no del todo bien valoradas, además se elimina la sanción penal por abortos ilegales (Lamacková, 2016). En la década del setenta se restringió el acceso a abortos efectuando mayor revisión y autorizándolo solo en casos excepcionales, principalmente por la preocupación de natalidad del país más que por una mirada de los derechos reproductivos de las mujeres. En 1986 se reforma la normativa permitiendo el acceso al aborto sin necesidad de argumentar causal hasta la semana 12, hasta la semana 24 por causas genéticas y sin tiempo límite cuando el feto presenta malformaciones graves o existe peligro para la vida de la mujer, a petición de esta, normativa que se mantiene a la fecha. Para el año 2001 varios parlamentarios impugnaron la ley de aborto de 1986 solicitando la revisión de su constitucionalidad al Tribunal Constitucional quien el año 2007 declaró su constitucionalidad. La trascendencia del fallo radica en ser el único tribunal de la región europea central que validó hasta esa fecha el aborto a petición de la mujer, pronunciándose además por la existencia de la obligación estatal tanto del respeto y libertad de la mujer de autodeterminarse en materia reproductiva como de proteger la vida de quien no ha nacido, determinando que ambos derechos en conflicto tienen igual jerarquía constitucional (Lamacková, 2016).

C.3) Portugal

Contó con una historia de prohibición penal total del aborto en su código penal, las modificaciones en la materia se inician gracias a la intervención del Tribunal Constitucional portugués que en los años 1984 y 1985 dio su beneplácito a una reforma legal que introducía la autorización para la práctica de abortos con un sistema de indicaciones, mediante los acuerdos números 25/84 y 85/85 respectivamente, en el cual se despenalizaba el aborto en casos de protección de salud o vida de la mujer, malformación grave del feto y embarazos producto de violación. El tribunal consideró que la protección

constitucional de la vida del no nato merecía resguardo por ser considerada de valor objetivo, negando el reconocimiento de la personalidad del feto, estableciendo además que dicho valor podía ceder en favor de derechos fundamentales de mujeres como por otros motivos como son la maternidad consciente, reputación o dignidad de la embarazada (Rubio, 2016). El tribunal negó la obligatoriedad de castigar penalmente el aborto alejándose de la posición del Tribunal Constitucional Alemán pese a citar dicho fallo para fundar el propio (Rubio, 2016). En el año 2010 la legislación portuguesa cambió, permitiendo el aborto a solicitud de la mujer dentro de las primeras 10 semanas de embarazo previo asesoramiento obligatorio no disuasivo y un periodo de reflexión, admitiendo asimismo la objeción de conciencia en los profesionales a quienes se requiere la práctica abortiva, este cambio legislativo fue precedido de dos referendos fallidos en los cuales se intentó efectuar de modo previo la misma modificación legal, que fueron sometidos a examen previo de constitucionalidad en tanto se pedía al tribunal revisara que la materia a legislar en caso de aprobarse no fuera contraria a la Constitución portuguesa, en fallos de 1998 y 2006 el tribunal resolvió decidiendo que no había conflicto de inconstitucionalidad, amparando entonces la viabilidad de una legislación que estableciera un sistema de plazos para abortar, reafirmando también los fundamentos de los fallos de los años 1984 y 1985 (Rubio, 2016). La nueva legislación fue sometida con posterioridad a su vigencia a examen de constitucionalidad pronunciándose por la conformidad con la carta fundamental mediante un fallo del año 2010, en el cual se reafirma la condición de valor objetivo con merecimiento de protección constitucional de la vida no nacida, empero declarando que si bien al decidir el tema el legislador debe efectuar un proceso de ponderación, no goza de libertad absoluta al punto de entregar plena decisión sobre la materia a las mujeres (Rubio, 2016).

C.4) España.

España cuenta con una historia jurídica heredada de los romanos, legisló la prohibición del aborto mediante sanción penal en el año 1822, estableciendo como delito en el código penal de dicho año al aborto, situación que se mantuvo hasta la dictación de la Ley Orgánica 9 de 1985 que modificó el artículo 417 bis del código penal que establecía la despenalización del aborto practicado bajo la dirección de médico en centro de salud acreditado y consentimiento de la mujer en tres causales: para evitar grave peligro para la vida o salud física o psíquica; cuando el embarazo sea producto de violación, que haya sido denunciado, practicado dentro de las 12 primeras semanas de gestación y cuando se presuma que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas practicado dentro de las primeras 22 semanas de gestación y elimina la sanción criminal a la embarazada que se practique el aborto. En el año 2010 con la dictación de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de ese año se permite el aborto dentro de ciertos plazos, primeras 14 semanas cumplidos los requisitos que la norma establece, practicado por un especialista, en

centro acreditado y consentimiento expreso y escrito de la mujer desde los 16 años, debiendo informarse a uno de sus padres, y con consentimiento de su representante legal si es menor de edad, previa información a la mujer de sus derechos y ayudas públicas a la maternidad y luego de tres días de recibida la información. Permitiendo además la interrupción por causas médicas dentro de las primeras 22 semanas en caso de riesgo para la vida o salud de la mujer, riesgo de graves anomalías en el feto y finalmente en caso de anomalías incompatibles con la vida del feto. La última modificación legal es del año 2023, que modificó la norma de 2010, a través de la ley Orgánica 1/2023 que suprime la obligación para mujeres de 16 y 17 años de informar a los padres y elimina el periodo de espera posterior a la información, creando además un registro de objetores de conciencia.

La posición jurisprudencial española al menos a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de abril de 1985, sentencia 53/1985, que se pronunciaba sobre la constitucionalidad de una modificación que se pretendía para aumentar los supuestos de aborto, niega la existencia como derecho subjetivo el derecho a la vida del no nacido, pese a reconocer la existencia de un derecho a la vida al que otorga al nasciturus como un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de la Constitución española. Reafirmando jurisprudencia del año anterior en sentencia 75/1984 (Barcia, 2000).

C.5) Gran Bretaña.

La historia jurídica da cuenta de una restricción en la normativa sobre el aborto en el año 1803, cuando la figura queda penalizada con sanciones como el exilio, azotes, prisión si la interrupción del embarazo se producía antes de detectar movimiento fetal, en 1938 se elimina la referencia al movimiento fetal, manteniendo la sanción penal, sin claridad respecto de los motivos de dictación de estas leyes. En 1861 se penaba la realización de abortos ilícitos con cadena perpetua y con tres años de prisión para el que colaborara en el mismo. En 1929 aparece la ley de preservación de la vida infantil que penalizaba el aborto, con excepción de que se comprobase su ejecución de buena fe con la intención de salvar la vida de la mujer (Tribe, 2012). Un importante cambio vino dado por el fallo en el caso *Bourne* dictado por el juez MacNaughton, en dicho caso el doctor Aleck Bourne fue procesado por haber practicado un aborto a una paciente de 14 años violada por dos soldados, el sentenciador señala que existen ciertos casos en que es posible la actuación médica para salvar la vida, salud física o mental de la mujer, afirmando incluso que dicha era la obligación médica en ciertos casos, constituyéndose en un precedente de interpretación autorizada de la ley de 1929. Luego en el año 1967 se aprobó la ley Británica sobre el aborto que permitió la interrupción del embarazo hasta el momento de la viabilidad del feto, requiriéndose la certificación médica de dos profesionales del riesgo de continuar con el embarazo para la vida, salud mental o física de la mujer o del riesgo para sus hijos previos, a petición de la mujer, se había entendido que la viabilidad se

producía a las 28 semanas de gestación, en un interpretación de la ley de preservación de la vida infantil. La ley británica de 1967 mantiene vigencia en Inglaterra, Gales y Escocia (Tribe, 2012).

C.6) Irlanda.

La situación irlandesa se separa del resto de gran bretaña, en el país mantiene vigencia la ley de 1861 con la interpretación dada por el caso Bourne (Tribe, 2012). La constitución de Irlanda establece en el artículo 40 sección 3, subsección 3 incorporado por enmienda a la carta fundamental. El texto traducido en cuestión reza lo siguiente:

El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con la debida consideración al igual derecho a la vida de la madre, garantiza que lo respetará en sus leyes y, en la medida en que sea practicable, lo defenderá y vindicará por medio de sus leyes⁹ (Undurraga, 2013, p235).

En el caso se procedió a efectuar una interpretación de dicha norma por la Corte Suprema con motivo de revisar una decisión administrativa que prohibió el traslado al extranjero de una niña para la práctica del aborto. La sentencia de la Corte reconoce el derecho a la vida del ser por nacer, su derecho a la vida tiene el mismo valor que el de la mujer conforme a la norma transcrita, imponiendo la obligación de defender la vida del no nato y que enfrentados al conflicto entre el derecho a la libertad que permitía viajar a la niña y el derecho a la vida del ser por nacer y la imposibilidad de conjugarlos armónicamente, se debía privilegiar este último. Sin embargo, el fallo declara inconstitucional la prohibición de traslado administrativa fundado en que, de establecerse la probabilidad de riesgo real y significativo a la vida de la mujer, que solo puede evitarse con la interrupción del embarazo, este es permitido, basado en que la exigencia de proteger la vida del nasciturus lo es en la medida practicable, aunque en el caso se discutió sin acuerdo unánime si se trataba de aquellos en que la orden era o no practicable (Undurraga, 2013).

C.7) Alemania.

Durante el periodo de la Alemania Nazi se presenta una prohibición absoluta del aborto, otra muestra del uso gubernamental de leyes como medida de control de población con la finalidad de generar un aumento de esta, basada en sus teorías de la supremacía y pureza genética, suprimiendo cualquier reconocimiento de derechos individuales en materia sexual o reproductiva, sugiriendo la necesidad de grupos familiares numerosos. El aborto era considerado un delito y sancionaba no solo a quien se sometía al mismo sino a todo quien lo facilitara, al punto que en 1943 se sancionaba con la muerte a la mujer considerada genéticamente suprema que se practicara un aborto, las mujeres que no pertenecían a este

⁹ La cursiva es nuestra.

grupo eran consideradas genéticamente anormales, promoviéndose procesos de esterilización obligatorias para ellas. Se destaca un aumento en la natalidad previo a la segunda guerra mundial, sin perjuicio de no haberse observado influencia en la disminución de los abortos, que se estiman se encontraban en esa época entre los 500.000 y 1.000.000 por año (Tribe, 2012). Con posterioridad a este periodo aparecieron proyectos de leyes que despenalizaban el aborto, respecto de las cuales se discutió su constitucionalidad, en tanto la permisividad del aborto podía entenderse como atentatoria a la vida del ser por nacer, a través de sentencias el Tribunal Constitucional Alemán en dos oportunidades, los años 1975 y 1993 estimó inconstitucionales dichas propuestas (Undurraga, 2013).

La primera sentencia ordena modificar el sistema adoptado en que se autorizaba la interrupción de embarazo en ciertos plazos, por un sistema de indicaciones que solo permitiera el aborto cuando no era posible exigir continuar con el embarazo, el tribunal señala en el texto de su sentencia que no considera posible la coexistencia de protección de la vida del que esta por nacer con la libertad de abortar de la mujer, pues este último necesariamente implica acabar con la vida no nacida, de modo que opta por proteger la vida de este por sobre el derecho de autodeterminación de la mujer, en palabras del tribunal “debe tomarse favor por la precedencia en favor de la vida del [niño] en el vientre de la madre por sobre el derecho de la mujer a su autodeterminación”(Undurraga, 2013) elevando la vida humana no nacida a un rango constitucional superior, priorizando la protección de la vida del feto durante todo el embarazo, obligación que solo cedía en circunstancias excepcionales (Rubio, 2016). Se aclara que en todo caso la Constitución alemana no utiliza asociado al derecho a la vida la palabra persona, otorgando titularidad del derecho a la vida no a las personas, sino que, a todos los seres humanos vivos, cuya vida constituye un proceso continuo que se prolonga desde el día 14 de la concepción y que no culmina con el nacimiento (Figueroa, 2007). En la segunda sentencia en el año 1993 el tribunal si bien admite la modificación del sistema de indicaciones por uno de plazos para permitir el aborto conjunto a un proceso de consejería forzosa, declara inconstitucional nuevamente el proyecto pues se exigía de todas formas que no se consideraran lícitos los abortos en que no se tratara de casos en que no era exigible la mantención del embarazo (Undurraga, 2013).

Undurraga (2013) destaca la forma en que razona el Tribunal Constitucional Alemán en tanto indica en la primera sentencia que la ponderación en este caso, reconociendo que no siempre es posible preservar ambos derechos o valores conflictuados determinar cuál de ellos es el que debe ser resguardado en desmedro del otro, entendiendo que existen casos en que es posible exigir la mantención del embarazo y ciertos casos, excepcionales, en que ello no es posible, conjuntamente con la necesidad de despenalizar estos últimos, como sería el caso del aborto terapéutico en que la necesidad de resguardo de los derechos

de la mujer es tan importante como proteger la vida de nasciturus. Se remarca que para el tribunal alemán el no nacido es sujeto de derechos y titular del derecho a la vida, proveniente de la dignidad humana (Figueroa, 2007; Undurraga, 2013). El termino o concepto de persona ninguna incidencia tiene en este punto pues la Constitución alemana no utiliza dicho vocablo en lo relacionado a la titularidad del derecho a la vida (Figueroa, 2007).

D) La situación en Oceanía. El caso australiano.

Australia recibió la legislación en materia de aborto desde gran bretaña, recibiendo la normativa contenida en la ley de 1861 que penalizaba el aborto. Luego de ello y ante la inexistencia de una ley que rija en todo el territorio la regulación fue entregada a cada estado. La referida ley mantiene vigencia morigerada en Queensland, Australia del sur aprobó una ley en 1969 y el territorio norteño en 1973, ambas más permisivas del aborto, con influencia de la ley de Gran Bretaña de 1967, Los restantes estados han manejado jurídicamente el aborto efectuando interpretaciones liberales de la ley de 1861 (Tribe, 2012).

E) La situación en América.

La situación en nuestro continente es variada, ya hemos revisado al inicio de este trabajo cual es la situación histórica y actual del aborto en Chile, procederemos ahora a revisar que disponen algunos otros países americanos, finalizando por la situación en los Estados Unidos de América, atendido el cambio de postura producido por la Suprema Corte de dicho país.

E.1) Canadá

La legislación inicial en este país fue herencia igualmente de la regulación británica, por lo que tuvo aplicación en la década del siglo 19 la ley de gran bretaña de 1861. En 1892 se dictó una ley que sancionó la posesión de materiales considerados obscenos, incluyendo entre ellos los que tuvieran efectos anticonceptivos o abortivos. En 1969 se generó legislación que permitía la práctica de abortos en recintos de salud que contaran con un comité compuesto de al menos tres médicos y que hubiera determinado que la continuidad del embarazo generaba riesgo para la vida o salud de la mujer embarazada. En 1988 se produjo un cambio trascendente a través del fallo dictado por la Corte Suprema de Canadá en el caso *Morguentaler vs Regina* al considerar que la ley de 1969 era contraria a la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, en concreto se la consideraba contraria al derecho de la mujer a abortar, el cual se entendía incluido en el derecho a la seguridad de una persona garantizado por la carta fundamental, en este fallo se construyen argumentación citando el caso Roe de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, con

lo cual el precedente permitió el aborto a petición de la mujer pero abriendo la posibilidad de que dicho derecho fuere regulado mediante la dictación de una ley posterior. En el año 1989 en otro caso la suprema Corte estableció la carta fundamental garantizaba el derecho a la vida de las personas, pero sin reconocer como tal al feto (Tribe, 2012).

E.2) Argentina.

El vecino país mantuvo la prohibición del aborto mediante sanción penal desde el año 1921 a través del código penal de la nación, su regulación lo prohibía en general, pero estableciendo un sistema de indicaciones que liberaba de la sanción criminal. El delito y las penas que se establecían para el aborto, regulado en el artículo 85 del código penal iban desde 3 a 10 años si se ejecuta sin consentimiento de la persona gestante y hasta 15 años si se causa su muerte y hasta con 4 años para la mujer (Bergallo, 2016). El artículo 86 del código penal de la nación argentina establecía lo siguiente que el aborto no era punible si se practicaba por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, en los casos de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios y si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente en cuyo caso se requería el consentimiento de su representante legal.

Sin perjuicio de la redacción de la norma en Argentina en los hechos regía una norma que Bergallo (2016) tilda de informal y que en los hechos impedía la efectiva ejecución de la interrupción del embarazo en los casos de indicaciones que se contemplaban, sin acceso efectivo a servicio. El sector conservador en la Argentina defendía la inconstitucionalidad del artículo 86 atendida la suscripción por parte de Argentina de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño. La situación recién vino a modificarse en el año 2002 mediante la aprobación de la Ley Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, que pese a no contemplar el aborto puso sobre el tapete la discusión sobre la necesidad de establecerlo, llevando ello a la presentación de un proyecto de ley para despenalizarlo en el año 2006, otro impulso vino dado por el alza de presentación de casos ante tribunales para la aplicación del artículo 86, durante las primeras dos décadas del siglo 20 (Bergallo, 2016). La situación argentina logro finalmente el cambio a través de la ley 27.610 sobre acceso a la interrupción voluntaria del embarazo de 15 de enero de 2021 que modificó el código penal, cambiando la redacción de los artículos 85, 86, 87 y 88 y agregando un nuevo artículo 85 bis al código penal. Cuyos textos se presentan a continuación.

ARTICULO 85. - El o la que causare un aborto será reprimido:

1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona

gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.

2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

ARTICULO 85 bis. - Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

ARTICULO 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.
2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud **integral** de la persona gestante.

ARTICULO 87. - Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

ARTICULO 88. - Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

E.3) Colombia.

El país tiene una oscilante historia jurídica en materia sobre el aborto, en el año 1837 se dictó el código penal de Nueva Granada que sancionaba entre los artículos 662 a 667. Se castigaba el delito de aborto voluntario con penas de presidio de 6 a 12 años para el que lo ejecutara sin consentimiento de la mujer y de 5 a 10 años si había consentimiento en el artículo 662. El artículo 665 sancionaba a la mujer que se practicaba o intentara un aborto según si se producía o no el mismo con penas de 6 a 12 y de 5 a 10 años respectivamente. El artículo 664 sancionaba al médico que practicare el aborto salvo que la acción abortiva fuera consecuencia de intentos de salvar la vida de la mujer, en cuyo caso no se aplicaba sanción. De este modo se entendía sin sanción el aborto terapéutico. La situación se mantuvo así hasta el año 1936 mediante la dictación de un nuevo código penal en el cual se prohibió todo tipo de aborto, tipificándolo como delito en los artículos 387 a 390, castigando con sanción penal para la mujer que se lo practicare o consintiera en ello y para quien lo ejecutara en el artículo 387, por su parte se imponía una pena agravada al médico u otro profesional de la salud indicado que provocara el aborto y se rebajaba la pena en el artículo 390 si había tenido como objetivo salvar el honor propio o de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana. Esta regulación se mantuvo hasta el año 2000, cuando se dicta un nuevo código penal colombiano que sancionaba penalmente la comisión del aborto en sus artículos 122 a 124¹⁰ y

¹⁰ El actual Código Penal se presenta de la siguiente manera con las advertencias referidas a su efecto generadas por la sentencia del tribunal constitucional C-355 de 2006.

ARTÍCULO 122. *Aborto*. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

ARTÍCULO declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-355](#) de 2006, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto.

ARTÍCULO 123. *Aborto sin consentimiento*. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-355](#) de 2006.

ARTÍCULO 124. INEXEQUIBLE. *Circunstancias de atenuación punitiva*. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

PARÁGRAFO . En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto. [Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 647 de 2001](#) , [Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 198 de 2002](#)

Corte Constitucional [Sentencia C-355 de 2006](#)

además tipificaba figuras penales de lesiones al feto dolosas y culposas en los artículos 125 y 126. El artículo 122 sancionaba penalmente con la pena de prisión de 1 a 3 años a la mujer que causare o consintiere en su aborto y a quien lo ejecutare, el artículo 123 sancionaba al que ocasionare el aborto sin consentimiento de la mujer o en una menor de 14 años con prisión de 4 a 10 años; el artículo 124 rebajaba la pena cuando el aborto se causaba a quien estaba embarazada producto acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

En el año 2006 la Corte Constitucional Colombiana por el fallo C-355-2006 debió resolver sobre la constitucionalidad de una ley que sancionaba el aborto cuando el embarazo es producto de violación, incesto, inseminación artificial o implantación involuntaria de un óvulo fecundado resulta inconstitucional, privando en dichos casos de efecto total o parcial la sanción penal del aborto que redundaba en inconstitucional, desde que la obligación para la mujer de mantener el embarazo implica una carga gravosa que afecta su derecho a la salud mental y física e integridad personal, convirtiéndose la obligación de mantención del embarazo en un trato degradante, inhumano y cruel que afectan su dignidad, se arriba a la decisión mediante un ejercicio de proporcionalidad de los derechos afectados, resaltándose que solo se considera inconstitucional la penalización del aborto en estos casos, utilizando de referencia los fallos de los Tribunales Constitucionales alemán y español pero apartándose de la argumentación en relación a la forma de aplicación del principio de proporcionalidad haciendo expresa mención de la obligación estatal de evitar la sanción penal cuando existen otras vías menos lesivas para la protección de los bienes jurídicos afectados (Undurraga, 2013). Finalmente a través del fallo de Tribunal Constitucional con fecha 21 de febrero de 2022, sentencia C-055-22 la Corte Declara inconstitucional del delito de aborto, señalando que no tendrá carácter del mismo el aborto practicado antes de la semana 24 y sin limitación de plazo cuando el aborto sea realice con motivo de las causales que previamente señaló el mismo tribunal en sentencia C-355-2006, en la sentencia la Corte reconoce que hay conflictos, afectándose el derecho a la salud y derechos reproductivos de las mujeres, niñas y personas gestantes como también a la libertad de conciencia en el sentido de libertad para decidir o no procrear, derecho personalísimo, individual e intransferible y por su parte la protección del bien jurídico de la vida en gestación que es una finalidad constitucional imperiosa por lo mismo no desecha por completo la validez constitucional del artículo 122 del código penal entendiendo que este mira a otorgar dicha protección y busca una solución intermedia estableciendo un sistema de plazo y manteniendo el de indicaciones durante todo el periodo del embarazo. Este caso tuvo un enfoque distinto a los estudiados, pues no se discutía aquí si la despenalización era inconstitucional, si no que, si una ley penalizadora resulta constitucional (Undurraga, 2013).

E.4) Estados Unidos de Norteamérica.

En el presente país nos detendremos con mayor detalle, atendido a que como anticipamos, fijó un precedente en la década del setenta que se usó frecuentemente cuando no siempre por aquellos que luchan por el reconocimiento del aborto como un derecho fundamental de las mujeres o personas gestantes y que fue en el año 2022 anulado por la Corte Suprema de Estados Unidos, veremos también que el cambio de posición jurisprudencial no es algo sorpresivo y que como vaticinaba el profesor Laurence Tribe ya en el año 1990, se venían dando señales de que dicho precedente sería dejado sin efecto, la composición de la suprema corte con jueces más conservadores tendría incidencia directa en lo que ocurriría (Tribe, 2012). Estados Unidos pasó de reconocer como fundamental el derecho a abortar amparado por el derecho a la libertad y privacidad en el caso Roe a señalar que no existía en la Constitución del país ningún reconocimiento del derecho a abortar en el caso Dobbs. Iniciaremos sin embargo el análisis desde un punto histórico previo.

Estados Unidos inicialmente se mantenía regido por el llamado common law o derecho consuetudinario anglosajón para el cual hasta sentir movimientos del feto el aborto no recibía ninguna sanción, heredado desde de gran Bretaña, desde el periodo de la revolución y hasta 1821 ningún estado había dictado leyes declarando ilegal el aborto, con ello, en etapas tempranas del embarazo no existía impedimento legal, luego de los primeros movimientos abortar era considerado un delito menor y en todo caso, incluso para un aborto considerado ilegal no existía sanción para la mujer que se sometiera al mismo. La primera regulación legal del aborto surgió en 1821 en Connecticut, la primera normativa del Estado de Texas data de 1854 y estas solo se limitaba a prohibir su práctica a través del veneno y después de los primeros movimientos fetales, mecanismo frecuentemente usado en esa época, la norma obedecía más que nada a la preocupación por la vida y salud de la mujer. Igual criterio aplicó legislación posterior sobre aborto en dicho siglo, prohibiéndolo desde la percepción del movimiento fetal. La regulación restrictiva del aborto apareció a mediados del siglo XIX y fue promovida principalmente por el gremio médico formal con la finalidad de terminar con servicios prestados por quienes no lo eran, en una ardua campaña, a la que se sumó el conocimiento médico de la existencia de vida incluso antes de sentir los primeros movimientos del feto, como resultado de dicha promoción se promulgaron más de 40 leyes durante la segunda mitad del siglo XIX sancionándolo salvo cuando se requería para salvar la vida de la mujer. En la década de 1950 el tema volvió a tener relevancia pública al punto que en 1959 el Instituto de Derecho Estadounidense propuso un nuevo modelo de código penal que lo eximía de sanción en caso de que se hubiere practica por el riesgo o peligro para la salud mental o física de la mujer, probabilidad de nacimiento del feto con graves defectos físicos o mentales y en caso de incesto y violación, en base a esta

sugerencia en la década del sesenta comenzaron a revisarse las leyes que penaban el aborto para ir incorporando estas causales de excepción a la sanción penal, el debate ya se había instalado cuando se llega a la decisión del caso Roe en la década del setenta (Tribe, 2012).

Jane Roe, cuyo verdadero nombre fue Norma McCorvey, pidió mantener en el anonimato su nombre. Señaló en su acción judicial que en el verano de 1969 fue violada, tiempo después describió estar embarazada y no deseaba continuar con el embarazo; residía en el Estado de Texas dónde el aborto era penalmente sancionado, salvo el embarazo pusiera en riesgo la vida de la mujer y señaló carecer de recursos para viajar a otro estado dónde pudiera practicarlo, así accionó para impugnar la legislación de Texas, su caso, escaló hasta la Corte Suprema del país (Tribe, 2012). Después de una década de dictado el fallo por el máximo tribunal de Estados Unidos reconoció nunca haber sido violada (Tribe, 2012). El fallo en el caso Roe se decidió por seis votos a favor y contra tres de minoría, a continuación, exponemos el caso tal cual lo hizo la Corte.

En el caso Jane Roe demanda al fiscal del distrito Henry Wade, “[a]firmó que los estatutos de Texas eran inconstitucionalmente vagos y que restringían su derecho a la privacidad personal, protegido por la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta Enmiendas. Mediante una enmienda a su queja, Roe pretendió demandar "en nombre de ella y de todas las demás mujeres" en situación similar. [J]ames Hubert Hallford, un médico licenciado, solicitó y se le concedió permiso para intervenir en la acción de Roe. En su denuncia, alegó que había sido arrestado anteriormente por violaciones de los estatutos de aborto de Texas, y que dos de esos procesamientos estaban pendientes en su contra. Describió las condiciones de los pacientes que acudieron a él en busca de abortos, y afirmó que en muchos casos él, como médico, no podía determinar si caían dentro o fuera de la excepción reconocida por el artículo 1196. Alegó que, como consecuencia, los estatutos eran vagos e inciertos, en violación de la Decimocuarta Enmienda, y que violaban sus propios derechos y los de sus pacientes a la privacidad en la relación médico-paciente y su propio derecho a practicar la medicina, derechos que, según él, estaban garantizados por la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta Enmiendas [J]ohn y Mary Doe, una pareja casada, presentaron una queja complementaria a la de Roe. También nombraron al fiscal de distrito como acusado, reclamaron privaciones constitucionales y solicitaron medidas declaratorias y cautelares. Los Does alegaron que eran una pareja sin hijos; que la Sra. Doe sufría de un trastorno "neuroquímico"; por lo que su médico le había "aconsejado que evitara el embarazo hasta que su condición hubiera mejorado materialmente" (aunque un embarazo en la actualidad no

presentaría "un riesgo grave" para su vida); que, de conformidad con el consejo médico, había dejado de usar píldoras anticonceptivas; y que, si quedara embarazada, querría interrumpir el embarazo mediante un aborto realizado por un médico competente y con licencia en condiciones clínicas seguras. Mediante una enmienda a su queja, los Does pretendían demandar "en nombre de sí mismos y de todas las parejas en situación similar". [P]or lo tanto, las demandas presentaban las situaciones de la mujer soltera embarazada, la pareja sin hijos, con la esposa no embarazada, y el médico con licencia, todos unidos al ataque a los estatutos de aborto criminal de Texas" (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 1973).

[E]n cuanto al fondo el Tribunal de Distrito sostuvo que el "derecho fundamental de las mujeres solteras y las personas casadas a elegir si desean tener hijos está protegido por la Novena Enmienda, a través de la Decimocuarta Enmienda", y que los estatutos penales de aborto de Texas eran nulos a primera vista porque eran inconstitucionalmente vagos y constituían una infracción demasiado amplia de los derechos de la Novena Enmienda de los demandantes. El tribunal sostuvo entonces que la abstención estaba justificada con respecto a las solicitudes de medidas cautelares. Por lo tanto, desestimó la queja de Does, declaró nulos los estatutos de aborto y desestimó la solicitud de medidas cautelares [...Los demandantes Roe y Doe y el interventor Hallford, de conformidad con 28 U.S.C. § 1253, han apelado ante este Tribunal contra la parte de la sentencia del Tribunal de Distrito que niega la medida cautelar" (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 1973, apartado II).

Tales son los hechos y las peticiones presentadas en el caso, en cuanto al fondo, y salvo el caso del matrimonio Does, la acción fue acogida, sin embargo, no se otorgaron las medidas cautelares que fue el motivo que lleva en apelación el caso. La fundamentación de la Corte en su apartado VIII señala que, aunque la Constitución no menciona expresamente un derecho a la intimidad o privacidad, hay una histórica línea de decisiones de la propia Corte en que se ha reconocido su existencia y que dicho derecho se extiende en alguna medida al matrimonio, procreación, anticoncepción, relaciones familiares y crianza de los hijos. Entiende además dicho derecho amparado en la décimo cuarta enmienda, que tiene una amplitud suficiente para resguardar e incluir la decisión de la mujer de interrumpir o continuar su embarazo bajo su seno. El daño para la mujer, señala, resulta evidente en caso de privarle de dicha opción descollando las posibles afectaciones emocionales que se pueden producir en el caso de descendencia no deseada, que la propia salud mental o física puede afectarse por el cuidado de niños, tiene presente también la estigmatización de ser madre soltera. Empero la Corte no estima el derecho a la privacidad

como uno de carácter absoluto, de modo reconociendo que comprende al aborto, son procedentes ciertas limitaciones o regulación pues puede ir en contra de interés del estado que se califican de importantes de proteger. En palabras de la Corte.

“[E]n vista de todo esto, no estamos de acuerdo en que, al adoptar una teoría de la vida, Texas pueda anular los derechos de la mujer embarazada que están en juego. Sin embargo, reiteramos que el Estado tiene un interés importante y legítimo en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada, ya sea residente del Estado o no residente que busca consulta médica y tratamiento allí, y que tiene *otro* interés importante y legítimo en proteger la potencialidad de la vida humana. Estos intereses son separados y distintos. Cada uno crece en sustancialidad a medida que la mujer se acerca al término y, en un momento durante el embarazo, cada uno se vuelve "convinciente". Con respecto al interés importante y legítimo del Estado en la salud de la madre, el punto "imperativo", a la luz de los conocimientos médicos actuales, se encuentra aproximadamente al final del primer trimestre. Esto es así debido al hecho médico ahora establecido, mencionado anteriormente en 149¹¹, de que, hasta el final del primer trimestre, la mortalidad en el aborto puede ser menor que la mortalidad en el parto normal. De ello se deduce que, a partir de este punto, un Estado puede regular el procedimiento de aborto en la medida en que el reglamento se relacione razonablemente con la preservación y protección de la salud materna” (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, fallo *Roe vs Wade*, 1973, apartado VIII).

En definitiva el fallo *Roe* resuelve que la legislación sobre el aborto de Texas viola la décimo cuarta enmienda de la Constitución del país, la deja sin aplicación y entrega directrices de regulación legal del mismo distinguiendo básicamente tres etapas del embarazo coincidentes con los tres trimestres de su duración, entregando libertad para abortar a decisión de la mujer en el primer trimestre, para el segundo trimestre en la medida que sea médicamente necesario para resguardar la salud materna y para el tercer trimestre y en razón de la viabilidad fetal entiende procedente el establecimiento de restricciones, señalando que el Estado en esta etapa tiene interés en promover la potencialidad de la vida humana, pudiendo regular e incluso prohibir el aborto salvo cuando sea necesario para preservar la vida o salud de la madre. Undurraga (2013) hace ver que la Corte no confirió el estatus de persona al no nacido y que la misma considera inexigible la obligación de mantener el embarazo en tanto el feto sea inviable. En el mismo sentido Tribe (2012) y Figueroa (2007) dejan en claro que para la Corte Suprema y la décimo

¹¹ Hace referencia al párrafo del fallo, para su revisión ver texto de la sentencia en [Roe c. Wade :: 410 U.S. 113 \(1973\) :: Justia US Supreme Court Center](#).

cuarta enmienda no se da calidad de persona al nasciturus; de hecho, esta última habla derechamente de personas nacidas o naturalizadas (Tribe, 2012).

La primera revisión del precedente se produjo en 1989. La historia da cuenta que luego de nombramientos de jueces de la Corte Suprema por parte del presidente Reagan, en el año 1989 en el caso de William Wester vs. Reproductive Health Services en el que en síntesis se requirió la inconstitucionalidad contra la ley de Misuri que exigía para proceder al aborto pruebas de viabilidad del feto si se sospechaba que el embarazo tenía más de 20 semanas, de haberse seguido el precedente Roe la ley habría sido impugnada, sin embargo se terminó confirmando la legislación y aunque no se alcanzó mayoría ni en el dictamen ni en los razonamientos, cuatro jueces votaron por sostener el precedente de Roe, en tanto otros cuatro sostenían que el derecho a abortar no ameritaba especial protección, desconociendo el rango constitucional que se le había otorgado previamente, para decidir el caso faltaba el último voto de la jueza O’Conor, quien en definitiva estuvo por confirmar la regulación de Misuri, pero incorporando un nuevo elemento de ponderación, el de la carga indebida, la jueza estableció que no consideraba indebida la carga de las pruebas de viabilidad impuestas por la ley, de modo que se confirmaría la misma, eludiendo desestimar el precedente Roe. Con ello la Corte Suprema estableció el precedente de autorizar la intervención estatal con miras de regular el aborto durante todo el embarazo, debilitando el precedente de la década del 70 aunque técnicamente este se mantuviera (Tribe, 2012). Para el año 1992 mediante el fallo en el caso Planned Parenthood of southeastern Pennsylvania vs Casey, se reafirma la posición anterior, al validar la corte nuevamente el interés del estado en proteger la vida no nacida, desechando el esquema de los trimestres, autorizando regulación estatal para abortar siempre que esta no fuere considerada como una carga indebida para la persona que lo requiera, manteniendo la prioridad de los derechos de la mujer en la primera etapa del embarazo, sosteniendo que no es jurídicamente exigible a la mujer deberes derivados del hecho de ser estas quienes se embarazan (Undurraga, 2013). Podemos ver entonces que desde el caso Wester y luego en Casey que se realiza una reinterpretación de Roe, en el sentido de permitir la restricción del aborto, validando su constitucionalidad, en tanto se examine y no produzca la llamada “carga indebida impuesta por la legislación que regula la interrupción del embarazo” para la embarazada (Undurraga, 2013) dando muestras ya en esa época de la evolución que tendría la materia. En Chile destaca las matizaciones a que hemos aludido del precedente Roe la profesora Yanira Zúñiga (2013). Se avistan ya desde la década de los 80 un esfuerzo institucional en los Estados Unidos para dejar sin efecto dicha precedente, los esfuerzos de la Suprema Corte en tal sentido y con miras a dar mayor protección a la vida no nacida no son algo novedoso (Sagel, 2022).

Luego de casi media década de aplicación del precedente Roe, con las matizaciones del caso Wester y Casey, en el año 2022 la Corte Suprema de los Estados Unidos de América lo dejó sin efecto a través del fallo Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization, la decisión se adoptó por 6 votos contra 3, en la mayoría de 5 votos y uno concurrente, se califica al precedente Roe como un error de interpretación constitucional, señala que no existiría un derecho al aborto ni explícito ni implícito en la Constitución, que esta en materia del aborto es neutra, agregan que Roe se decidió realmente sin apego a ningún precedente, ni en la historia ni texto de la Constitución. La opinión de la Corte, escrita por el juez Alito recalca que al adoptarse la décimo cuarta enmienda la mitad de los estados penalizó el aborto, se trato dice de una errónea interpretación histórica. Cuestiona que el punto fijado para que el estado adquiriera interés en proteger la vida no nacida sea el punto de la viabilidad, pues no se encuentra motivo fundado para seleccionar ese momento como aquel en que se otorga protección al no nacido, ni se explica por qué el Estado no tendría dicho interés antes, explicitando que, así como hay estados que solicitan una apertura al aborto más allá de lo señalado en Roe y otros piden mayor restricción. Menciona que Roe se basa en lo que el juez Alito llamó una *narrativa histórica errónea*, tocando curiosamente el punto de la personalidad del no nacido, algo no debatido en esta materia antes y que puede dar muestras de una nueva visión jurídica del asunto, cuyas palabras por su trascendencia citamos.

“[A]lgunos han argumentado que un feto no debería tener derecho a protección legal hasta que adquiriera las características que consideran que definen lo que significa ser una "persona". Entre las características que se han ofrecido como atributos esenciales de la "personalidad" están la sintiencia, la autoconciencia, la capacidad de razonar o alguna combinación de ellas. Según esta lógica, sería una pregunta abierta si incluso los individuos nacidos, incluidos los niños pequeños”. “[E]n condiciones médicas o de desarrollo, merecen protección como "personas". Pero incluso si uno toma la opinión de que la "personalidad" comienza cuando se adquiere un cierto atributo o combinación de atributos, es muy difícil ver por qué la viabilidad debería marcar el punto donde comienza la "personalidad”.”

Ya en lo resolutivo la Corte decide anular el precedente Roe y devuelve a los estados la posibilidad de regular a través de sus órganos legislativos y en un proceso democrático el aborto de modo que cada uno de ellos genere la legislación que a sus ciudadanos mejor se ajuste, señalándose como se dijo que en este tema la Constitución Estadounidense es neutral.

CAPITULO II

1) LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL ABORTO.

Habiendo revisado la regulación jurídica del aborto en nuestro país y dando una rápida mirada a la situación en la legislación comparada corresponde que nos avoquemos ahora a señalar cuales son los argumentos que la doctrina y jurisprudencia ha dado para sostener una posición favorable o contraria a la interrupción del embarazo, nos limitaremos por cierto solo a la discusión ocurrida en el campo jurídico. Podremos observar que la discusión en nuestro país se centra principalmente en reconocer o desconocer el estatus de persona del no nacido, del cual deviene su derecho a la vida, para lo cual se recurre por los autores a argumentos de otras ciencias como la filosofía o la medicina a las que se hará alusión sólo en tanto ha sido utilizadas por estos para argumentar jurídicamente sin desarrollar las argumentaciones propias de estas otras ciencias en las que, por cierto, tampoco existe consenso. Se adiciona la discusión sobre el carácter absoluto que se le asigna a este derecho y por otra parte si el derecho a abortar es entendido o no como un derecho humano o fundamental. Esperamos poder entregar en un modo sintético el núcleo de los argumentos que hasta la fecha se han señalado por quienes han abordado la materia, de manera que, terminado el capítulo el lector tenga suficiente información de la argumentación central de ambas posiciones. En la revisión se advierte un uso frecuentemente de jurisprudencia comparada, como también de jurisprudencia de tribunales internacionales de los sistemas regionales de derechos humanos. En especial se cita el caso Roe, que por su importancia decidimos exponer al final del capítulo anterior fin de que se aborde este con dicho conocimiento previo y fresco. Otro fallo relevante y recurrentemente citado es el del caso Artavia Murillo vs Costa Rica, que se expondrá en este capítulo por separado respecto del

voto de decisión y del disidente, cada parte en la sección respectiva. También y con la finalidad de conocer que señala al respecto la legislación internacional de la infancia se expondrán los ejercicios interpretativos del artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, en las formas propuesta por partidarios y detractores del aborto, ello acorde con los objetivos de la presente investigación.

Finalmente señalamos una cuestión jurídica solo para mejor comprensión, los derechos fundamentales se han entendido, son aquellos derechos humanos positivizados en la Constitución, ambos en todo caso son un tipo de derechos subjetivos (Undurraga, 2013) de modo que, aunque en ocasiones se habla indistintamente de derechos humanos o derechos fundamentales tal es la diferencia técnica en lo jurídico entre unos y otros. En todo caso sería posible entender que los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y conforme al inciso segundo parte final del artículo 5 de nuestra Constitución¹² alcancen rango constitucional y por ende que los derechos humanos ahí consagrados podrían adquirir el carácter de fundamentales. Finalmente debemos resaltar puesto que no nos extenderemos en ello, que no existe duda de ser el derecho humano a la vida uno de carácter fundamental y que lo que se discute si el no nacido es titular de dicho derecho, en cuanto al aborto como derecho humano o fundamental o parte integrante de alguno de ellos, no existe consenso.

1.1) Los argumentos a favor del derecho a abortar.

Para quienes abogan por el reconocimiento de derecho al aborto existen al menos dos cuestiones esenciales a las cuales aluden, en primer lugar, el desconocimiento de la personalidad del no nacido, desde ahí señalan, no puede ser titular de derechos subjetivos, de modo que carece del derecho a la vida. El segundo es el reconocimiento del derecho a abortar como un derecho humano, o al menos incluido en otros derechos humanos o fundamentales como serían la libertad o la privacidad.

¹² Artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República de Chile: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

A) El nasciturus no es persona, por tanto, carece del derecho a la vida.

La primera cuestión debatida es la falta de personalidad en sentido jurídico que se atribuye al no nacido. Como dice Peña (2016) la interrogante que debe ser resuelta en el aborto no es cuando se produce el origen de la vida, sino que cuando entendemos que inicia la persona en el sentido jurídico del término, recordando que el mismo no es sinónimo de vida humana, trayendo a colación el origen etimológico de la palabra que designaba la máscara usada por el actor, presenta el mismo argumento Besio (2016) recordando que el termino persona proviene del griego “prosopon”, cuyo significado es mascara. Se señala que el problema de reconocimiento de la personalidad es en realidad un problema de naturaleza adscriptiva, la cuestión estriba en determinar por qué determinado ente merece se realice un juicio adscriptivo a su respecto, del cual se deriven determinadas consecuencias normativas, en el caso que nos ocupa el reconocimiento de titularidad de derechos fundamentales (Besio, 2016). Haciendo una revisión histórica, ya desde el digesto se asocia el inicio de la personalidad con el nacimiento (Barcia, 2000; Peña, 2016), careciendo entonces de derechos fundamentales quien no lo ha hecho, la practica relativa a estos derechos descansa en que sus titulares sean capaces en alguna medida de autodeterminación, desde luego revisada la situación del nasciturus se advierte no se presentan dichas características (Peña, 2016). Lo dicho no implica en modo alguno el trato como cosa del ser no nato, ni implica un desmerecimiento de protección, solo ocurre que esta no alcanza la característica de derecho fundamental (Peña, 2016). Así queda reducido el problema del aborto a una cuestión de ponderación, que se observa en jurisprudencia comparada alemana o estadounidense, entre el derecho a libre determinación de las personas y la protección legal que merece el nasciturus (Peña, 2016).

Por su parte también se ha puesto foco desde el punto de vista filosófico en que el problema radica no en determinar cuándo empieza la vida humana, sino que cuando adquiere importancia o relevancia moral(Besio, 2016), la interrogante se reduce a si debe dársele a la vida humana adulta la misma relevancia que a un embrión o célula fecundada, advirtiendo la impropiedad filosófica de asimilar el termino persona con el símil de humano, así citando a Locke se estima que es persona “cualquier ser capaz de valorar su propia existencia”, capacidad de la que carece el feto, de modo que no es titular de derecho a la vida (Chan, 2016; A. Zúñiga, 2011; Y. Zúñiga; 2013), siguiendo a Dworkin no resulta posible concebir moralmente el no nacido como persona al carecer estos de intereses propios (Zúñiga, 2013) proponiéndose que incluso si se admitiera el derecho subjetivo en el feto, aun así habría casos en que moralmente no resulta exigible sostener un embarazo, como por ejemplo casos de riesgo a la vida de la gestante, basándose en que se producen afectaciones a derechos igualmente fundamentales que justifican el aborto (Chan, 2016; A. Zúñiga, 2011; Y. Zúñiga, 2013).

En la misma línea se advierten dificultades para considerar al feto como persona, en ninguna de las nociones jurídica o moral que suele usarse. En el sentido legal se indica que el artículo 74 del código civil solo reconoce como persona a las que han nacido, reitera la idea de que la Constitución da un trato distinto en cuanto a la protección de la vida en el artículo 19 n°1 incisos 1° y 2° y la regulación diferente y apartada del infanticidio y parricida con la del aborto. Luego en sentido moral y siguiendo el trabajo de John Rawls señala que no puede considerarse al feto persona moral, desde que para serlo se exigen dos virtudes, el sentido de justicia y concepción del bien, ausentes ambas en los no nacidos (Zúñiga, 2011). Ello no obsta a la existencia de cierto interés relevante en ser protegido, derivado de encontrar ciertas características compartidas con las personas que ameriten dicha protección en tanto ser individualmente considerado (Zúñiga, 2011). Así y entendiendo que el proceso de desarrollo del ser humano es un continuo, una consideración importante que justificaría su protección sería la capacidad de sentir dolor en el feto, pues aparece para él el interés de no sentirlo, lo que se produce entre las 29 y 30 semanas de embarazo (A. Zúñiga, 2011, Y. Zúñiga, 2013) y consecuentemente una obligación de no causarlo, desde ahí que legislación comparadas vayan transitando desde leyes que permiten el aborto en causales a leyes que establecen sistemas de plazo (Zúñiga, 2011).

En una revisión de nuestra carta magna, y efectuando una interpretación del artículo 19 n°1 de nuestra Constitución¹³ Undurraga (2013) propone que no existe un reconocimiento de personalidad del nasciturus, señalando que la vida de este es un bien jurídico de carácter objetivo de rango constitucional que merece protección pero distinta de la que se da a la los nacidos (p.81); a dicha conclusión señala se arriba a través de un análisis gramatical, que aunque no es categórico, unido a una revisión lógica del texto y sistemático del ordenamiento jurídico, concordado con las normas del código civil, que tampoco le reconocen derechos subjetivos y armonizadas con las sanciones penales más bajas que recibe la muerte de esta vida en relación a la de la vida nacida. Al respecto señala que, en lo que interesa al tema investigado, es la vida prenatal y no otros bienes jurídicos los protegidos, indicando que la redacción de la norma genera dudas de la posible interpretación, o bien se entiende que la vida del nasciturus recibe la protección contenida en el inciso primero o bien recibe un trato diferenciado no quedando cubierto por dicha protección, más cuando el inciso primero habla de un derecho que no se menciona en el inciso segundo. Para reforzar la

¹³ El artículo 19 n°1 de la Constitución Política de la República de Chile señala (el destacado en mío)

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N°1°.- **El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.**

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

idea recurre a un ejercicio de interpretación histórica de la norma, así nos indica que se formuló propuesta del comisionado Jaime Guzmán en el sentido de que justamente para evitar problemas de interpretación, de consagrar expresamente el derecho a la vida del nasciturus, basó sus argumentos en la convicción de que la vida inicia con la concepción y que la muerte de la vida no nacida, configura un homicidio, de modo que expresa su idea en el sentido de la obligatoriedad de la mujer de la mantención del embarazo incluso en casos de violación o de un embarazo que puede provocar la muerte de la gestante no permitiendo el aborto legal en ningún caso. Dicha propuesta fue en definitiva rechazada por los comisionados Ortúzar, Evans y Ovalle, aduciendo que la misma tenía fuerte influencia religiosa y que el destino de la Constitucional era regir a una sociedad de carácter plural. Produciéndose acuerdo en el sentido de señalar que se prohíbe el aborto permitiendo a la ley circunstancias calificadas en que ello puede ser procedente, dejándose constancia de las diversas interpretaciones posibles que los comisionados observaron, ente estas que la redacción impediría una legalización extensiva del aborto, a otra que entendía permitía la exención penal del aborto en ciertos casos. Da cuenta también que de la lectura de los informes y salvo por el comisionado Jorge Ovalle, no se visualizaba a la mujer como titular de derechos involucrados en la cuestión del aborto. Concluye que, si bien la intención de la comisión fue proteger la vida del no nacido, dicha protección sería diversa de la que se otorga a la vida de los ya nacidos, más hasta ahí señala que tampoco sería posible entender que fue la intención de la comisión no considerar al nasciturus como titular del derecho a la vida, porque aprecia que nunca hubo advertencia de los comisionados de que la discusión se centrara en este punto (Undurraga, 2013). Una revisión histórica del establecimiento de la redacción del inciso segundo del artículo 19 n°1 de la Constitución Chilena indica que nunca se quiso prohibir en términos absolutos el aborto (Figueroa, 2007; Zúñiga, 2011; Undurraga, 2013). Se concluye que es imposible entender que al no nacido le asiste un derecho subjetivo a la vida, en ninguna de las concepciones entendidas para estos derechos subjetivos, ni mirando al poder que tendría su titular para exigir la satisfacción del derecho, ni desde la óptica del beneficio para su titular, ante la incapacidad de accionar contra el obligado o de demandar el cumplimiento de este beneficio (Undurraga, 2013).

Mirando al sistema internacional, Figueroa (2007) expresa que ninguna jurisprudencia constitucional comparada ni internacional ha reconocido jamás al no nacido como persona. En el sistema Universal de derechos humanos Undurraga (2013) señala que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos han reconocido titularidad en tal sentido como se aprecia de los trabajos preparatorios, en dónde se excluyeron referencias expresas a dicha protección. En cuanto a la Convención sobre los Derechos del Niño, su artículo primero declara que se considera niño a todo ser

humanos menor de 18 años de edad, la autora destaca la ambigüedad del término niño en la convención, no siendo tajante si se considera tal al ser humano desde la concepción o desde el nacimiento, sugiriendo algunos que la redacción del párrafo 9º del preámbulo que indica que los niños merecen protección legal tanto antes como después del nacimiento permitiría considerar que los niños lo son desde el momento de ser concebidos, sin embargo la misma historia de los trabajos preparatorios del artículo 1 mostraría que se tuvo la intención por parte del grupo de trabajo que dicho párrafo no interpretara ni prejuzgara la interpretación previa del artículo 1 de la Convención ni implicaba el impedimento del aborto, habiéndose omitido tanto en el artículo 1 como en el artículo 6 de la convención una mención expresa al inicio de la vida del niño. La ambigüedad del término niño del artículo 1 fue intencional, no se quiso dejar sentado expresamente el inicio de la vida del niño con la concepción, para que los países que admitían el aborto en sus legislaciones suscribieran el tratado, se buscó con ello obtener el mayor número de suscriptores (Barcia, 2000; Undurraga, 2013). En cuanto al comité de los derechos del niño esta propone su posición favorable al aborto.

“[E]l comité de Derechos del Niño no ha hecho aplicable el derecho a la vida del Nasciturus. Más aún, frente a un posible conflicto entre al derecho a la vida y a la salud de la adolescente embarazada y la protección del nasciturus, ha dado prioridad a los derechos de la primera.”
(Undurraga, 2013, p. 278).

En cuanto al sistema regional europeo de derechos humanos, la jurisprudencia previa de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han evitado pronunciarse expresamente sobre si el artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que consagra el derecho a la vida, dejando su interpretación a los Estados partes, pero que incluso si resulta aplicable al feto, el derecho a la vida y salud de la mujer tiene prioridad (Undurraga, 2013).

Respecto del sistema americano de derechos humanos resultaría claro que el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que trata del derecho a la vida y reza que “[t]oda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción.” Una revisión histórica permite concluir que dicha frase no implica la consagración del derecho a la vida del no nacido al igual que las personas nacidas (Undurraga, 2013). En el mismo sentido Zúñiga (2013) refiere que esta es la interpretación correcta y ha quedado claro luego del fallo *Artavia Murillo vs Costa Rica* (p.282), al que haremos mención en extenso más adelante. Además, la autora hace ver en su opinión la futilidad de considerar como persona al no nacido y trasladar el problema

del aborto al estadio de los derechos humanos y el consecuente conflicto entre varios titulares y diversos contenidos del derecho al no entregarnos una solución al problema jurídico. La decisión de la Corte de no calificar de persona ha sido destacada como jurídicamente correcta, desde que persona es aquella a quien la comunidad jurídica califica de tal, no siendo el caso de los no nacidos, tal como se venía desarrollando la jurisprudencia constitucional comparada en el sentido de negarle titularidad de derechos al feto (Chía y Contreras, 2014).

B) El aborto como un derecho fundamental de las personas.

Para Undurraga (2013) resulta claro que cualquier ley interna que proteja la vida del nasciturus en términos absolutos, dando prioridad a esta por sobre la vida o salud de la mujer embarazada constituye un atentado a los derechos humanos de esta última, de igual forma lo expone Alejandra Zúñiga (2011) quien además resalta que la Organización Mundial de la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas contra la Tortura entre otros califica de tortura la penalización del aborto en casos de peligro para la vida o salud de la mujer o embarazos producto de violación, para la autora el aborto forma parte de los derechos fundamentales de las mujeres como expresión de los derechos a la libertad e igualdad, derivado de su dignidad que no se pierden por el embarazo, Dides (2006) añade que tanto la conferencia mundial sobre población y desarrollo -el Cairo 1994- y la conferencia mundial sobre la mujer -Beijín 1995- enfatizan entre la especial relación entre derechos sexuales y reproductivos y los derechos humanos. Tribe (2012) señala que la prohibición de la interrupción del embarazo implicaría para las mujeres una afectación a su derecho a la igualdad, en tanto esta integra la autodeterminación reproductiva, señala que la prohibición del aborto implicaría un trato discriminatorio de las mujeres en tanto los hombres mantendrían su autonomía sexual y reproductiva, rescatando que la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Skinner vs. Oklahoma* señaló como un derecho fundamental el de controlar la propia reproducción. Por su parte se ha expuesto desde la mirada feminista la existencia del derecho al aborto, más no fundada en la autonomía de la mujer, sino que se funda en la incorrecta posición moral de exigir a grupos oprimidos sacrificios que agravan aún más su posición de subordinación, fundado así el aborto en el derecho a la igualdad (Palavecino, 2014). El fallo del caso *Roe* en tanto entendió al aborto como parte integrante del derecho a la libertad y a la privacidad amparado por la décimo cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, de modo que deviene en protegido como garantía fundamental por dicha carta (Tribe, 2012; Undurraga, 2013; Zúñiga 2013).

Se menciona como ejemplo de reconocimiento de derecho fundamental la respuesta del Comité de Derechos Humanos en el caso *K.L v. Perú*, en proceso de petición particular en que se señala que el estado peruano había violado los derechos de la peticionaria adolescente de un aborto por motivos terapéuticos, estaba embarazada de un feto anencefálico, considerando infringidos los artículo 7, 17, 24 y 2 del Pacto de Derechos Civiles y políticos, que contemplan la prohibición de ser sometidos a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, el derecho de todo niño a medidas de protección especiales atendida su condición de niño, el respeto y garantía de los derechos consagrados en el pacto respectivamente (Zúñiga, 2013; Undurraga, 2013), igual acontece con el caso *L.M.R. v. Argentina*, en que se declara la violación por parte del estado a los artículos 7 y 17 respecto de una adolescente con discapacidad mental violada por un tío a quien no se le permitió legalmente acceder a un aborto (Undurraga, 2013).

Finalmente es posible mencionar que el más reciente sistema regional de derechos humanos, el africano reconoce expresamente el derecho al aborto en determinadas circunstancias a través del artículo 14 del protocolo de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y sobre los Derechos de las Mujeres en África - protocolo de Maputo (Undurraga, 2013; Zúñiga, 2013; Paul, 2015), sin jurisprudencia sobre el tratado a la fecha (Undurraga, 2013).¹⁴ No puede obviarse el hecho de ser el único que lo hace de modo explicito (Paul, 2015).

C) El caso *Artavia murillo vs Costa Rica* (posición mayoritaria)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció por primera vez y con claridad respecto del alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación al *nasciturus*, en el fallo de mayoría se efectúa una interpretación de la norma en el sentido de entender que si bien se otorga protección al que esta por nacer, dicha protección no tiene el alcance de derecho fundamental ni lo es en los mismos términos que para las personas, no reconoce como tal la no nacido, y por su parte, reconoce explícitamente al aborto como parte integrante de los derechos fundamentales a la libertad y privacidad de la mujer, procederemos a exponer el caso y sus principales argumentos, que vienen a recoger las posiciones estudiadas en los subapartados recién vistos, dejaremos el voto de minoría para el siguiente apartado, desde que efectúa una interpretación diferente de la que se señalará en este.

LOS HECHOS DEL CASO

¹⁴ La fecha de publicación de la autora, es de diciembre del año 2013, a la cual debe entenderse hecha la referencia.

La comisión interamericana de derechos humanos sometió al conocimiento de la corte el caso 12.361 contra Costa Rica. En el mismo se alega violaciones a los derechos humanos al generar una prohibición absoluta de la fecundación in vitro (FIV). La Corte Suprema a través de su sala constitucional mediante sentencia de 15 de agosto de 2000 declaró la nulidad por estimar inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, en el cual se regulaba dicha técnica de fecundación. La comisión alegó que dicha prohibición implicó una injerencia arbitraria a la vida privada y familiar de las víctimas, violación al derecho a igualdad impidiéndoles acceder al tratamiento que restauraría el equilibrio atendido su situación de fertilidad y posibilidad de concebir hijos biológicos, que afectaba especialmente a mujeres. La comisión solicitó la declaración de responsabilidad internacional de Costa Rica por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, respecto de las víctimas del caso (párrafos 1, 2 y 3)

Los fundamentos del fallo de la Corte Suprema de Costa Rica para resolver la inconstitucionalidad del referido decreto fueron en síntesis en primer lugar que el poder ejecutivo regulaba a través del decreto el derecho a la vida y dignidad del ser humano, cuestión que solo puede hacerse por la función legislativa en la forma prevista por la Constitución sobre todo en lo referido a derechos fundamentales, así se infringió el principio de reserva legal; en segundo término que la fecundación in vitro atenta contra la vida y dignidad del ser humano, entendiendo que dicho derecho implica no ser privado de la vida y está consagrado a favor de toda persona, considerando como tal al embrión humanos desde la concepción, siendo titulares del derecho las personas tanto nacidas como no nacidas, siendo ambas merecedoras de tal protección. Específicamente el fallo señala que se afecta a juicio de la Corte Suprema los derechos a la vida del embrión resguardados en los artículos 21 de la Constitución de Costa Rica y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atendido la pérdida o muerte de varios de embriones fecundados en dicha técnica (párrafos 72 al 76).

EL FONDO.

La corte interamericana respecto del artículo 11 de la convención señala que la norma protege a las personas contra cualquier injerencia abusiva y arbitraria en su vida privada y familiar por terceros o autoridades públicas. Respecto del artículo 7 se efectúa una interpretación extensiva, en el sentido de permitir hacer o no todo aquello lícitamente permitido, de modo de autodeterminarse y organizarse como mejor le parezca tanto en su vida social y personal, considerado como un derecho humano básico proyectado en toda la convención (párrafo 142). En tal sentido “[1]a Corte considera que la decisión de ser

o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (párrafo 143), protegiendo la convención la vida familiar a través de los artículos 11.2 y 17 (párrafo 145) de modo que la protección a la vida privada la decisión de convertirse en padres genéticos (párrafo 146) por su parte señala que las personas tiene derecho a prestaciones de salud y que en el ámbito de la salud reproductiva esta implica el derecho a la libre elección y acceso a métodos de regulación de la fecundidad (párrafos 148 y 149) de modo que el derecho a la vida privada, autonomía reproductiva y derecho a fundar una familia reciben consagración a través delos artículo 11.2 y 17.2 de la Convención (párrafo 150). A continuación, la Corte establece, sin categorizar la prohibición de la FIV de absoluta que no es controvertido que dicha técnica no se aplica en Costa Rica (párrafo 159) de modo que ello implicó una injerencia o restricción que hizo necesario resolver si la convención americana consagra un derecho o protección absoluta del derecho a la vida del embrión (párrafo 162).

Haciendo una interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Corte buscó establecer si la restricción generada por la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica redundo en desproporcionada respecto de los derechos de las víctimas (párrafo 171). La corte ha establecido que el derecho a la vida implica una obligación de carácter negativo, que ninguna persona sea privada de ella y otra obligación positiva, constituida por la obligación de crear condiciones para protegerla (párrafo 172) procediendo a revisar el alcance de los artículos 1.2 y 4.2 de la Convención¹⁵ mediante su interpretación: “[i] conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.” Trascribiremos las normas por su importante en el tema debatido.

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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (lo destacado es mío).

Artículo 1.2.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

La Corte advierte que el término persona está asociado a las menciones que hace la convención de los términos concepción y nacimiento (párrafo 176) existiendo dos alternativas científicas para el

entendimiento del término concepción en la actualidad, una que lo entiende producido con la unión del óvulo y el espermatozoide generándose luego el cigoto, la otra cuando se produce la implantación del óvulo fecundado en el útero (párrafo 180) a diferencia de lo entendido al momento de la redacción de la convención pues la FIV permite el paso de un tiempo entre la unión del óvulo y espermatozoide y la implantación en el útero (párrafo 179). Suma que existen posturas desde cuando se entiende el comienzo de la vida humana, para unos con la fecundación iniciando con el cigoto el desarrollo humano otros con la implantación en el útero e incluso algunos con el desarrollo del sistema nervioso (párrafo 183). Estimando que el inicio de la vida humana es determinado de muchas formas desde perspectivas biológicas, filosóficas, religiosas y otras de modo que no existe consenso en ello, reconociendo que para algunos que la vida humana inicia con el óvulo fecundado, no pudiendo la Corte hacer prevalecer ninguno de ellos por sobre otros (párrafo 185). Para resolver el dilema la Corte realiza la interpretación del término concepción señalando que el mismo necesariamente está vinculado al cuerpo de la mujer y recordando que la Convención diferenciaba la fecundación de la concepción entiendo producida la última con la implantación en el útero (párrafo 187). Finaliza la Corte el punto señalando lo siguiente.

“[T]eniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones (párrafo 189).”

Continuando con un ejercicio de interpretación histórica, aludiendo a los trabajos preparatorios de la convención y sistemática del sistema interamericano y universal de derechos humanos la Corte arriba a la conclusión de que el embrión no puede considerarse una persona (párrafo 223). En el sistema universal de derechos humanos tampoco se advierte que se entregue al embrión el estatus de persona (párrafos 244). Relativo a la interpretación evolutiva y conforme a la costumbre de los estados arriba a la misma conclusión, (párrafo 256) y por último en una interpretación teleológica auscultando el fin y objeto del tratado se señala que la finalidad del artículo 4.1 es proteger el derecho a la vida sin impedir la protección de otros derechos de la convención (párrafo 258) entendiéndose que no resulta posible la protección absoluta del derecho a la vida, protección más amplia alegada por Costa Rica, sacrificando desproporcionadamente otros derechos protegidos que puedan estar comprometidos (párrafo 259), no pudiendo entender como un derecho absoluto la protección de la vida humana, citando al efecto como ejemplo de revisión constitucional el fallo del caso Roe vs Wade (párrafo 262) para concluir que la frase “en general” del artículo 4.1 busca justamente permitir “[u]n adecuado balance entre derechos e intereses

en conflicto” sin transformar el derecho a la vida en absoluto cuya protección es gradual e incremental (párrafo 264).

Considera que la restricción del acceso a la FIV resulto en severa en relación al derecho a elegir los métodos de procreación de hijos biológicos (párrafo 284) repercutiendo en los derechos a la intimidad, autonomía, salud mental y a los derechos reproductivos de las víctimas (párrafo 278) configurándose dicha restricción en discriminaciones indirectas en razón de situación de discapacidad, género y situación económica (párrafos 285 a 304). Culmina la Corte por declarar la violación por parte del estado de Costa Rica de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación al artículo 1.1 todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párrafo 317).

1.2) Los argumentos en contra del aborto.

Los detractores del aborto por su parte, en oposición a los argumentos ya vistos, afirman su postura en tres pilares básicos, el reconocimiento de personalidad del no nacido, consecuentemente en segundo lugar, su derecho a la vida, entendido como de carácter absoluto y finalmente la inexistencia de un derecho fundamental a abortar, procederemos a analizarlos en el mismo orden señalado.

A) El nasciturus es persona.

El primero de los argumentos para oponerse al aborto es que el no nacido ostenta la condición jurídica de persona, así por ejemplo en nuestro país se afirma que desde la unión de los gametos femenino y masculino existe un nuevo individuo, un nuevo ser humano (Correa, 1989-1990; Varela, 1990), cuya vida aunque en situación de dependencia de la persona gestante no difieren en lo sustancial de la dependencia posterior al nacimiento, en un sentido ontológico se trata ya de un ser humano desde la fecundación, médicamente una vida humana diferente y no de una extensión del cuerpo o vida de quien lo tiene en su vientre (Correa, 1989-1990; Varela, 1990) entendiéndose que esta sería la interpretación que más se conforma con los derechos humanos, en el artículo 6 de la declaración Universal de Derechos humanos, el artículo 17 de la declaración Americana de los Derechos del Hombre y principios previstos en los artículos 6 y 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (Correa, 1989-1990). Sería errado y ridículo sostiene Varela (1990) que la persona se genera instantáneamente en el parto, el género humano se genera desde la concepción y no desde el nacimiento hecho que solo provoca un cambio en forma de vida humana pasando de la intrauterina a la extrauterina como fenómeno ontológico y no fisiológico. La inmediata vinculación entre el concepto jurídico y filosófico de persona resulta patente, resultando que el

concepto jurídico de persona se contiene en el ontológico, no es la normativa positiva quien crea la personalidad, solo la regula en base a un dato real existente, en el caso el ser humano (Zapata, 1988).

La filosofía entendió por persona, en la concepción mayormente usada, la definición dada por Boecio, quien señalaba que persona es la sustancia individual de naturaleza racional (Corral, 1990; Ugarte, 2004, Besio, 2016). Y el punto cardinal está en como lo señala Corral (1990) en determinar si la persona constituye una realidad ontológica previa al derecho o si este quien le confiere tal calidad, evidenciándose de modo muy patente la pugna entre el positivismo y el naturalismo jurídico. Para Ugarte (2004) el humano en sentido biológico y persona humana en sentido jurídico son una misma realidad en el plano filosófico, desde una visión solo en estadios de conocimiento diferentes, la sustancia humana radica en el individuo biológico sin la cual no existe. La mirada ontológica del asunto lleva a la utilización de la metafísica del ser, siguiendo postulados filosóficos de Aristóteles, de San Agustín, de Santo Tomás, que entienden que la naturaleza racional viene dada desde la dignidad humana, en tanto dicho ser es un fin en sí mismo con un potencial racional, proponen que el hombre es un individuo con potencial racional (Isler, 2000; Ferrer, 2015), subsistiendo esta naturaleza racional en la persona, si la sustancia humana se basa en esta naturaleza racional y esa sustancia o esencia es inmutable, resulta imposible entender que el embrión o feto sea primero un ser irracional antes del nacimiento, desde luego no una persona y que transforme esta sustancia, metafísicamente hablando, en racional luego del nacimiento, pasando a transforme en una persona o lo que es lo mismo un ser o individuo racional (Isler, 2000) el cambio en este caso, producido por el desarrollo biológico del embrión, posterior feto y luego recién nacido es meramente accidental, la situación de dependencia del embrión o feto no difiere sustancialmente de la dependencia posterior al nacimiento es una diferencia de grado no esencial (Correa, 1990). Ciertamente si no se comparte línea argumentativa filosófica anterior y se optara por propuestas de Descartes o Kant se podría decir, sin creer en el concepto de sustancia, que es la operación racional realizada por el ser lo que lo configura como persona (Isler, 2000) para Kant la característica fundamental de la persona gira en torno a la libertad del ser racional al sometimiento de leyes morales, se trata de una cuestión ética (Corral, 1990), tendríamos la consecuencia que no sería persona un embrión, pero tampoco un recién nacido ni una persona con una afectación cognitiva mental severa (Isler, 2000).

En el sentido jurídico Besio (2016) remarca que para la Declaración Universal de Derechos Humanos persona, humanos o individuos son términos sinónimos. Se recuerda que conforme a los artículos 55, 74 y 75 del código civil¹⁶ legalmente las personas son los individuos de la especie humana ya

¹⁶ Los artículos se transcriben a continuación:

nacidos, recibiendo el nasciturus de todas formas protección legal. Para determinar a nivel constitucional el concepto de persona puede recurrirse a la definición legal o bien buscar alguna otra, en Chile la mayoría parece entender los conceptos ser humano y persona como sinónimos, con un fuerte trasfondo filosófico religioso detrás (Figueroa, 2007). El profesor Corral (1990, p.320) propone su definición de persona desde la óptica jurídica señalando que es “[a]quel ser inteligente y libre que ostenta un dominio sobre sí mismo y sobre sus actos, en cuanto es considerado protagonista esencial de la vida jurídica y centro en torno al cual se construye y estructura el ordenamiento”.

Haciéndose cargo del texto constitucional se ha dicho que no basta el solo tenor literal en lo relativo al derecho a la vida, para determinar el alcance de las conductas que se prohíben o permiten a su respecto toda vez que la carta fundamental no es quien crea el derecho, sino que solo efectúa su reconocimiento (Ugarte, 2006). Para lograr determinar el concepto de persona en nuestro ordenamiento jurídico hace falta una revisión sistemática del mismo, de la cual resulta que se entiende como persona al no nacido y ello a pesar de la aparente contradicción con el artículo 74 del código civil, que se estima ha sido sobredimensionado, como ejemplos del reconocimiento de personalidad del nasciturus se observa el artículo 55 del mismo código, en tanto indica que son personas los individuos de la especie humana y el embrión o feto son individuos y pertenecen a la especie humana (Corral, 2015; Martínez, 2015), en este sentido se dice que perteneciendo el no nacido a la especie humana merece ser tratado como cualquier otro humano (Ossandón, 2015). Claras muestras son que se le reconoce el estado civil de hijo en el artículo 243 inciso 2° del código civil, recordando que el estado civil como atributo de la personalidad solo pertenesce a las personas; la ley de adopción permite iniciar el procedimiento antes del nacimiento, expresamente señal antes del nacimiento del hijo en el artículo 10 de la ley 19.620; la redacción del artículo 75 del código civil presentaría reconocimiento de personalidad que llevaría a deferir el castigo de la persona embarazada hasta después del nacimiento; el artículo 77 del código protege los derechos patrimoniales del no nacido, quien además tiene capacidad para suceder, artículo 962 del código civil y

Art. 55. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Dividense en chilenos y extranjeros.

Art. 74. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Art. 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

recibir donaciones, artículo 1.390 del mismo código. El artículo 243 inciso 2° del código civil concede la patria potestad sobre derechos del hijo por nacer, el artículo 1 de la ley 14.908 concede el derecho de alimentos al hijo no nacido y por su parte el artículo 66 inciso 2° del código del trabajo otorga permiso en caso de muerte del hijo en periodo de gestación, la calificación de hijo, es propia del reconocimiento de estado civil, como se dijo, atributo de las personas, así puede concluirse que el ordenamiento jurídico chileno reconoce la personalidad del no nacido (Corral, 2015).

La constitución, como instrumento jurídico, tiene su origen histórico en el siglo XVII, durante las guerras civiles inglesas y surge con la finalidad de dar protección a los derechos humanos y limitación del poder, a través del derecho y en la concepción clásica de este constitucionalismo son titulares de derechos los humanos, no pudiendo pretenderse atribuirlos a quienes el derecho pueda definir como tales de modo que puede afirmarse que todo ser humano para estos efectos es persona. Se rememora que incluso en quienes ven entre la persona embarazada y el ser por nacer un conflicto de derechos, existe una doctrina que propone que no habría tal conflicto, sino que una única regla válida, de modo que a quien juzga le toca no resolver que derecho prima, sino que determinar cuál es el único derecho real en el caso que debe ser resguardado (Martínez, 2015).

Relativo al ámbito internacional, se ha critica la posición mayoritaria del fallo Artavia Murillo vs Costa Rica, en tanto habría sido dictada contra texto expreso de la misma convención (Henríquez, 2015; Paúl, 2015) no realizando una adecuada interpretación sistemática de la propia convención (Paúl, 2013; Bertelsen y García, 2015), así se señala que la interpretación del artículo 4.1 se hace omitiendo u obviando el propio concepto de persona que entrega el artículo 1.2¹⁷, se interpreta contra texto, en tanto considera persona a todos los seres humanos (Paúl, 2012; Bertelsen y García, 2015; Henríquez, 2015), sumado al principio de no discriminación previsto en el numeral 1 del mismo artículo, no procede desconocer la personalidad jurídica al no nacido, a que tiene derecho por el artículo 3 desde que la convención establece un “[M]odelo absoluto de reconocimiento y protección de la personalidad jurídica” de modo que se concluye que el artículo 4.1 establece una protección del derecho a la vida sin ningún tipo de excepción para todos los seres humanos (Bertelsen y García, 2015). Por lo demás se señala no existe ninguna norma en la Convención Americana relativa al aborto, en tanto se entiende si la hay relativa al

¹⁷ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, 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.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (el destacada es mío)

reconocimiento de la personalidad del nasciturus (Paúl, 2012). Se afirma que existe a nivel internacional, tratados de derechos humanos que consagran expresamente el derecho a la vida del no nacido, se indica por ejemplo el propio artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y desde luego el artículo 1 de la Convención sobre Derechos del Niño el que debe ser interpretado a la luz de su preámbulo (Basset, 2008; Paúl, 2015) y ello por mandato de la convención la Convención sobre el Derecho de los Tratados conocida como Convención de Viena (Basset, 2008; Paúl, 2015).

A.1) El concepto de niño en la Convención sobre Derechos del Niño.

La falta de claridad que se resalta en el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a la época del inicio de la niñez (Barcia, 2000; Basset, 2008; Undurraga, 2013) ya fue expuesta antes, la misma se advirtió fue deliberada, se buscó favorecer con ello la mayor cantidad de suscripciones del tratado (Undurraga, 2013) y especialmente la no retirada de países desarrollados del convenio, acordándose como compensación hacer referencia a su inicio en el preámbulo (Barcia, 2000), de modo que la falta de claridad del artículo 1 en ningún caso obedece a un conceso en incluir o excluir del concepto a los no nacidos. Por ello resulta necesario un ejercicio de interpretación del mentado artículo para desentrañar el punto en discordia para lo cual ha de recurrirse a su preámbulo, no por capricho, sino porque jurídicamente obliga a ello la Convención de Viena (Basset 2008; Paúl, 2015) a la que Chile por cierto ha adscrito, habiendo sido promulgada el 5 de mayo de 1981 y publicada el 22 de junio del mismo año, y sobre todo porque la propia Corte Interamericana ha dicho que sus normas sobre interpretación son guía para la hermenéutica del Pacto de San José (Paúl, 2012) aun a pesar de las discusiones sobre la obligatoriedad de sus normas interpretativas que no corresponde tratar aquí.

Expuesto lo anterior, debemos señalar que la Convención de Viena entrega reglas de interpretación de los tratados en su sección 3, que comprende los artículos 31 al 33 ambos inclusive, y en lo que interesa a este estudio los dos primeros son relevantes, pues el tercero esta referido a la interpretación de tratados en 2 o más idiomas; los transcribiremos por su relevancia:

ARTICULO 31.

Regla general de interpretación

- 1.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
- 2.- Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3.- Juntamente, con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
- 4.- Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

ARTICULO 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Podemos ver que el artículo 31 establece la regla de interpretación de acuerdo con el objeto y fin del tratado conforme a su contexto, que incluye al preámbulo, el artículo 32 a su vez, en caso de persistencia de duda y a modo suplementario ordena recurrir a los trabajos preparatorios, tenemos entonces reglas claras de la forma de proceder a la interpretación, primero de acuerdo al objeto y fin, una interpretación sistemática del instrumento y a continuación, de ser necesario la regla de interpretación histórica.

Haciendo uso de dicha reglamentación, reproduciremos un ejercicio hermenéutico de la profesora Úrsula Basset (2008) mediante el uso de estas reglas, aplicado al caso argentino, pero que entendemos del todo replicable en nuestro país que, primero referido al objeto y fin del tratado, dar protección y reconocimiento como sujetos de derechos a los niños pasamos a replicar.

El preámbulo de la CDN contiene dos párrafos que permiten afirmar la condición de niño de quien no ha nacido. El primero es el párrafo tercero que señala que no es posible discriminar por razones

de nacimiento, lo cual puede entenderse como que no es posible discriminar a un niño por el hecho de haber o no nacido, dicho texto además se integra en la parte operativa del tratado al señalarse del mismo modo en el artículo 2.1. Ahora reconociendo que lo anterior pudiera ser discutible el párrafo noveno que no hizo más que reproducir lo que ya señalaba en su preámbulo la declaración de los derechos del niño de 1959¹⁸, refiere textualmente “[E]l 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**” (cursiva y destacado es nuestro). Dicho texto es claro al catalogar como niño, y por tanto un humano y persona, a aquel que aún no nace. Conjuntamente tendremos que entender, puesto que no existe otro argumento ni indicio que nos permita pensar en contrario, que se es tal desde la concepción (Basset, 2008).

Haciéndose cargo de la historia de establecimiento del párrafo noveno, sobresale la intención infructuosa de estos de privar de efecto interpretativo dicho párrafo del preámbulo en relación al artículo 1 de la Convención. La revisión de la historia del establecimiento del párrafo noveno del preámbulo da cuenta de que hubo discusión sobre el impacto que tendría respecto del aborto en los países que adoptaran el tratado, de modo que se discutió la idea de privarlo de su fuerza hermenéutica por parte de los países integrantes del grupo de trabajo¹⁹ quienes en su reporte final solicitaron la inclusión de una declaración de privación de fuerza interpretativa del mismo, dicha propuesta fue presentada a la asamblea la que en definitiva no fue considerada, de modo que la convención conservó el texto del preámbulo incluido el párrafo noveno (Basset, 2008). Para mayor claridad y atendida la intención del grupo de trabajo de restar el poder interpretativo del párrafo noveno Reino Unido solicitó un pronunciamiento por parte del concejo legal de Naciones Unidas respecto del punto, a fin de que indicaran cuál sería la fuerza interpretativa que

¹⁸ El preámbulo de la declaración de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1959 señala.

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, (el destacado es mío)

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle,”

¹⁹ Formaban parte del grupo la República Federal Alemana, Irlanda, Italia, Países Bajos, Polonia, Suecia y los Estados Unidos.

debía darse a dicho párrafo atendido especialmente lo expuesto en el reporte final del grupo de trabajo, la respuesta del concejo fue que el texto de la convención no incluía la declaración de privación de fuerza interpretativa del reporte final, por lo cual no había motivo para no otorgársela, reafirmando en definitiva la fuerza hermenéutica del preámbulo (Basset, 2008, sección 2; Corral, 2015). Con ello resulta prístino que el artículo 1, ante la duda del momento en que inicia la vida de un niño, ha de ser resuelto a la luz del preámbulo y en especial del párrafo noveno, de modo de concluir de modo inequívoco que los niños lo son aun antes de nacer.

B) El carácter absoluto del derecho a la vida.

A lo ya expuesto se añade como argumento de refuerzo que al menos referido a la Convención Americana de Derechos Humanos el derecho a la vida tendría un carácter de absoluto, dicha protección estaría consagrada en el artículo 4 en relación con el artículo 27.2²⁰ que en ningún caso autoriza a efectuar excepciones entre otros a la garantía o derecho a la vida, que además ha sido desarrollada de manera consistente y potente por la Corte Interamericana destacando las obligaciones tanto positivas como negativas de los Estados de no afectarla sin admisión de miradas restrictivas al respecto (Bertelsen, S. y García, G., 2015; Paúl, 2015) y hasta el fallo Artavia la Corte siempre había efectuado interpretaciones extensivas respecto del derecho a la vida y la obligación de protegerle catalogándolo como fundamental para el goce de los demás derechos (Paul, 2015). En este sentido y aun si no se atribuyera un carácter absoluto al respeto a la vida se ha puesto foco en que quedan sin respuesta importantes interrogantes ¿quién decide qué vida vale más que otra? ¿existe el derecho a decidir el valor de una vida humana respecto de otra de modo de terminar deliberadamente con una de aquellas? “¿existe un bien mayor que

²⁰ Artículo 27, Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); **4 (Derecho a la Vida)**; 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. (el destacado es mío).

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

respetar la vida de seres especialmente si son débiles e indefensos?” la falta de respuesta amerita considerar dicho carácter absoluto (Chomali, 2007).

C) El fallo *Artavia Murillo vs Costa Rica*, voto disidente (serie C257)²¹.

El juez chileno Eduardo Vio Grossi, miembro de la Corte Interamericana en el fallo *Artavia* presentó un voto disidente a la sentencia, apunta su argumentación a dos temas, primero la interpretación que se da por el voto mayoritario al artículo 4.1 de la Convención y en segundo lugar a lo que llama “la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de dicho artículo” (pág. 2).

El inicio de la crítica del disidente considera que la Corte abordó equivocadamente el asunto, el enfoque debió ser a su juicio determinar primero si la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica que prohibía la fecundación in vitro, era internacionalmente hablando lícita o no, debía revisarse su conformidad con el artículo 4.1 en primer lugar y solo resuelto ello, revisar posibles afectaciones a las demás normas – artículos 5.1, 11.2, 17.2 y 24, al no hacerlo así, revisando estos derechos antes que el contemplado en el artículo 4.1 ha subordinado el último a aquellos, privilegiando otros derechos por sobre el derecho a la vida (pág. 4).

Ya en lo referente a la interpretación del artículo 4.1 el juez Vio Grossi expresa que debe realizarse conforme a las normas de la Convención de Viena utilizadas en otros casos por la Corte; de conformidad al artículo 31.1 de este instrumento el objeto y fin del artículo 4.1 en que se respete la vida, buscando que se cumpliera de manera efectiva dicho respeto, y no para que se dejara sin aplicación la norma (pág. 5). Continúa señalando que dicha norma protege la vida de “toda persona” cuyo significado a la luz del artículo 1.2 de la Convención Americana, esta referida a todo ser humano, se llega a ello haciendo uso de la regla de interpretación del artículo 31.4 de la Convención de Viena, mediante una revisión sistemática de todo el texto de la convención, de modo que se concluye que la Convención americana consagra del derecho de toda persona o lo que es lo mismo de todo humano a que se respete su vida (pág. 6).

El análisis de las frases siguientes del artículo 4.1 “este derecho estará protegido por ley” implica que los Estados tiene la obligación de dictar leyes para cumplir dicho fin protector, a su vez la frase “y, en general, a partir del momento de la concepción” no implica una terminología especial ni que quiera hacer de modo alguna una restricción, sino que, por el contrario, busca reafirmar que dicha protección, ha de darse ya a partir del momento de la concepción. La interpretación conforme al objeto y fin del tratado, que no es otro que el respeto de los derechos humanos y la garantía de su libre ejercicio llevan a otorgarse

²¹ Se puede acceder al voto en el link [Biblioteca Corte IDH](#).

a la frase un efecto útil, en el sentido de dar efectiva protección desde dicho momento y no como entiende el fallo una excepción o negación del derecho a la vida que resulta ser el bien jurídico protegido, la frase se usó para no dejar duda al respecto desde cuando se protege (pág. 8).

Avanzando en cuanto al termino concepción el disidente añade que a la época de dictación de la Convención americana no se dio al termino ninguna acepción especial, no se hizo mención tampoco a discusiones médicas del asunto de modo que solo cabe entenderla usada en su sentido corriente al momento de su suscripción, el año 1969, que a dicha época se refería al momento de la unión del óvulo y espermio, añadiendo que dicho sentido es el que da la ciencia médica al termino, al no haber ni otros tratados ni instrumento, ni acuerdos ni prácticas entre los Estados partes que le den una significación diferente. Suma que el termino esta referido a la persona, se trata de la concepción de la persona o ser humano, el derecho a la vida de esta es la que protege la Convención y no el de alguna otra cosa u objeto, pues se habría señalado expresamente y ello no ocurrió, así para la Convención la vida de una persona existe desde su concepción (pág. 10), no resultaba procedente buscar la definición del término concepción en lo que la medicina entiende, sino que, conforme a la interpretación del sentido corriente de los términos, debía indagarse cuál fue el sentido que le dieron los Estados le dieron o entendían al suscribirla (pág. 14).

Relativo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y citándola señala que la misma ha catalogado al derecho a la vida como uno fundamental e inalienable, prerequisite para el goce de todos los demás derechos humanos (pág. 11), línea jurisprudencial mantenida previamente en 12 casos, siendo tal la relevancia del derecho a la vida que el mismo se rige por el principio de buena fe, guía de todos los tratados internacionales y también por el principio pro homine o pro persona de modo que ello implica primero darle efectiva aplicación y segundo interpretarse en el modo más favorable para su titular (págs. 11-12). Rememora en refuerzo que en los casos del Penal Miguel Castro Castro vs Perú y el caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú la Corte utilizó los términos hijos y bebé para referirse al nasciturus (pág. 12). Empero la sentencia hace un cambio drástico en su línea jurisprudencia, lo que el juez Vio Grossi lo llama “inflexión jurisprudencial” pasando de entender que no eran posible enfoques restrictivos del derecho a la vida, que había sido su jurisprudencia sistemática, a uno que permite importantes restricciones a dicho derecho (pág. 13).

Critica finalmente que la Corte haciendo uso de los medios de interpretación, referido a aquel de dar el sentido corriente a los términos, reproche a Costa Rica, el haber optado por una determinada comprensión del término concepción que entrega la ciencia médica, la que considera se produce en la

unión del óvulo y espermio, señalando que no es procedente hacer primar una sobre otra, para luego hacer primar la otra posición científica que distingue entre la fecundación y la implantación, a la que la Corte le da asidero, realizando la Corte justamente lo que critica a Costa Rica, dar primacía a una determinada postura médica por sobre otra (págs. 14-15). Relativo a la interpretación sistemática e histórica se reconviene que la referencia que se hace a otros instrumentos regionales de derechos humanos o a los de carácter universal y organismos o jurisprudencia de tribunales de otras latitudes, no pueden ser utilizados en el ámbito americano para interpretar la Convención pues no configuran normas consuetudinarias, acuerdos o prácticas de los Estados partes de América, sino que porque además solo demostrarían patentemente que en aquellos y a diferencia de lo que ocurre en nuestro continente, no se pronuncian en sentido alguno sobre la situación del nasciturus ni emiten pronunciamiento para prohibir o permitir el aborto, de modo que el artículo 4.1 viene a ser una especie de regla especial que prima sobre las generales (págs. 17-19). La interpretación de la Corte de que la redacción del artículo 4.1 quiso que no se entendiera el derecho a la vida como absoluto no se comparte, asumiendo que justamente fue lo contrario lo buscado, que se concluye haciendo uso de los mecanismos de interpretación de la buena fe, términos y contexto del tratado, y objeto y fin del mismo (pág. 22). Concluye finalmente criticando que la Corte en el asunto haya asumido más bien una función normativa más que jurisprudencial (pág. 24).

CONCLUSIONES

Revisado el aborto a nivel mundial observamos se presenta como un fenómeno universal, sin regulación jurídica sino hasta el último siglo y no fue sino hasta los últimos 50 años en que se discute sobre su regulación jurídica en base a concepciones relacionadas a derechos humanos o fundamentales, ya de la persona gestante o embarazada ya del nasciturus. Las regulaciones previas, sobre todo en la primera mitad del siglo veinte han tenido fundamento u origen más en cuestiones políticas de control de natalidad, por diversos motivos, o por consideraciones religiosas o culturales asociadas a los roles que tradicionalmente se atribuían a la mujer. Hemos visto también que en ninguna latitud el tema parece resultar pacífico y que se ha orientado la legislación nacional y comparada más hacia un sistema de indicaciones que de plazos con mayor aceptación en las últimas décadas del aborto y mayor permisividad en durante el primer periodo del embarazo.

Ya en lo referido al derecho internacional de la infancia, se advierte que aun a pesar de la falta de claridad en el artículo 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en cuanto al momento que inicia la vida de un niño, una interpretación de conformidad a las normas que para ello

entrega el derecho internacional a través de la Convención de Viena, a las que Chile ha suscrito, esto es acorde al texto, que incluye al preámbulo, contexto, objeto y fin y su revisión histórica, nos conducen de modo inequívoco a entender que aquel que no ha nacido es considerado niño para convención, el párrafo noveno del preámbulo no puede ser más explícito y este ejerce fuerza como medio de interpretación del artículo 1. A su vez, la fuerza interpretativa del párrafo noveno del preámbulo respecto del artículo 1 no está en discusión, la revisión histórica lo demuestra, la circunstancia de que se intentara privarle de dicho efecto sin resultado lo deja en claro

Aquí es importante recordar que la falta de claridad del artículo 1 obedeció a una cuestión práctica, lograr la mayor cantidad de suscriptores del tratado y evitar el retiro de la negociación de los países que permitían el aborto y no a un consenso o acuerdo en que el nasciturus no fuera un niño, siendo en esta negociación donde se transó excluir la referencia al inicio de la vida del niño en el artículo 1, pero mencionándola en el preámbulo.

El trabajo ha mostrado las diversas concepciones de persona que existen, aquellas posiciones jurídico-filosóficas que niegan la calidad de persona a quien no ha nacido por su falta de sentido de justicia, de razón o de valoración de su propia existencia, como las de Dworkin, Locke, Descartes o Kant son desde luego inaceptables al confrontarlas al corpus iuris internacional de la infancia, ello resulta porque no solo llevan a sostener que el no nacido no es persona, sino que también provocan que no lo sea un recién nacido o niños de pocos días o años de vida y respecto de estos últimos su calidad de niños es indiscutida. Si existe una cuestión que la Convención Sobre los Derechos del Niño ha venido a plasmar categóricamente es la condición de sujeto de derecho de los niños, de todos ellos con independencia de su edad, desarrollo y grado de madurez, siendo indiferente su capacidad de entender la justicia o valorar su propia existencia. Lo dicho nos lleva a señalar que solo es respetuosa de la normativa internacional de los derechos del niño, aquella concepción de persona jurídico-filosófica que permita a todos ellos, independientes de su edad, ser considerados tales, el interés superior del niño en tanto principio y guía de interpretación exige la misma respuesta.

Debemos afirmar que el no nacido es un niño y persona para el derecho internacional de los derechos humanos, lo es para la Convención Internacional sobre la materia, atendido lo dispuesto en su artículo 1 en relación con el preámbulo como fue ya explicado. También se arriba a la

misma conclusión porque el tenor literal del artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos califica de persona a todo ser humano y el ser por nacer resultante de la unión de los gametos masculinos y femeninos de la especie humana ciertamente pertenece a la especie humana. Y finalmente, porque la Declaración Universal de Derechos Humanos no hace distinción entre seres humanos y personas, considerando los términos como sinónimos. Así una interpretación sistemática de estos instrumentos internacionales y regional de derechos humanos conduce a tal conclusión. Sumamos que los derechos humanos derivan de la dignidad humana, son titulares de estos los seres pertenecientes a la especie humana, por el mero hecho de pertenecer a ella sin ningún otro requisito adicional, proponer el hecho del nacimiento de un ser humano para reconocerlos implicaría hacerlos derivar de este evento y no de la condición de seres humanos, sería agregar un requisito que la teoría de los derechos humanos no exige. De no ser así implicaría una discriminación contraria al principio de igualdad que emerge de la dignidad humana, que a su vez soporta todo el sistema de derechos humanos. Aceptarlo sería retroceder en avances que tanto costó lograr en base a la dignidad humana y al principio de igualdad. Esta misma discusión no podemos obviar ya se dio respecto de personas afrodescendientes, de otras etnias o de mujeres, a quienes en su oportunidad se consideró cosas y no sujetos de derechos tal como ocurrió y sigue ocurriendo con los niños. El derecho internacional de la infancia busca justamente el reconocimiento en un plano de igualdad como sujetos de derechos a los niños.

Asentado todo lo anterior, que el no nacido es un niño, por tanto, persona, resulta consecuencia necesaria que es titular del derecho a la vida, respecto del cual el aborto constituye un atentado y grave vulneración y dando respuesta a la interrogante inicial del presente trabajo. Por ello proponemos que la discusión se traslade ya no a debatir si el niño no nacido tiene o no personalidad, esto nos parece fuera de duda, sino que a si su derecho a la vida puede ser afectado, de modo de entender jurídicamente procedente un derecho al aborto y en qué casos pudiese serlo. Advirtamos que no es el reconocimiento de la personalidad del nasciturus el obstáculo principal para establecer un derecho al aborto, sino que lo es la concepción del derecho a la vida en un carácter absoluto. Desde luego el problema se encontraría en el estadio de los derechos fundamentales, pero ello no debe incomodarnos, la discusión sobre la personalidad del

no nacido en nuestro país se ha desarrollado en dicho campo. Cuestión distinta será debatir o pronunciarse sobre la forma de resolver un eventual conflicto de derechos fundamentales que puedan presentarse y ello si es que se admite que tales conflictos son posibles.

Si bien no fue objetivo de este estudio resolver si el derecho a la vida del niño tiene el carácter de absoluto, desde luego un derecho al aborto sin limitaciones constituye una flagrante vulneración al derecho a la vida del niño no nacido, un derecho al aborto libre, incluso en un sistema de plazos o indicaciones, será contraria al derecho internacional de derechos humanos de la infancia pues será siempre vulnerador del derecho a la vida del niño por nacer. Asentado que el no nacido es un niño, solo será posible afectar o privarle de su vida habiendo evaluado previamente su interés superior, ello es mandato angular y obligatorio siempre que haya un niño involucrado y dicho interés solo puede ser evaluado caso a caso, niño a niño, no siendo admisible jurídicamente, por contrariar a este principio que el legislador asuma de antemano, ciertas causales que permitan el aborto, pues ello implicaría determinar de antemano que el interés superior de dichos niños en dichos casos será el de morir, por considerar más valiosos otros derechos o intereses de otra persona.

Lo que acabamos de señalar no implica ni impide en modo absoluto el aborto, el interés superior del niño es tan sólo uno de los varios que se deben evaluar, la convención habla de “*una consideración primordial*”, no de la “*única consideración primordial*”. Habrá casos, de esos que Atienza llamaba trágicos, en que pudiera ser el propio interés superior del niño el que lleve a sugerir la conveniencia y por tanto legalidad de un aborto, no son pocos aquellos en que es un niño el que está gestando a otro, ya sea producto o no de una vulneración a su indemnidad sexual, y que puede además encontrarse en un evidente estado de desprotección o abandono, la propia gestación podría hacer peligrar su vida, integridad física o psíquica, su sano y máximo desarrollo actual y futuro que pudieran incluso hacer aconsejable el aborto. Se nos presentará el problema de tener que decidir eventualmente por el derecho a la vida o integridad del niño que gesta o del niño en gestación, y no me atrevo a pronunciar cuál de ellos es menos víctima o más vulnerable, ni cual requiere de mayor o más protección, ambos son igualmente inocentes y ninguna respuesta relativa a cuál vida debemos salvar o a cuál de los dos niños debemos proteger nos dejará satisfechos. La situación igualmente podrá presentarse y poner en conflicto derechos

de un adulto. En estos casos, en que no es posible salvaguardar los derechos de ambas personas parece razonable la solución alemana en que se busca determinar y atender jurídicamente la posibilidad de exigir la mantención del embarazo, en dicho proceso de búsqueda de respuesta desde luego tendrá que ponderarse el interés superior del niño por nacer.

Así, concluimos la existencia de casos en que el aborto tendrá amparo jurídico más no nos parece ajustado al marco jurídico internacional de la infancia que dicha determinación o decisión sea previa, siendo atentatorio al derecho internacional de la infancia un derecho a interrumpir el embarazo establecido de modo previo, ni libre, ni en plazos o determinadas causales. La procedencia del aborto deberá analizarse siempre caso por caso indagando el interés superior del niño no nacido, y aceptar interrumpir el embarazo solo al llegar al convencimiento de que no resulta más relevante mantener su vida atendida las afectaciones y secuelas para la persona que lo gesta, evidente es que dicha situación deberá ser resuelta con extrema premura, porque el futuro de ese niño quedará siempre condicionado por lo que a su respecto hoy se decida.

BIBLIOGRAFÍA

Aciprensa (2015, 28 de enero). ¿Sabes cuántos millones de abortos se hacen al año en China? [artículo periodístico]. Revisado el 27-04-2023. Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/sabes-cuantos-millones-de-abortos-se-hacen-al-a-no-en-china-47919>.

Baset, U. (2008) *Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos de los Niños*. El Derecho política Criminal, [(Sin asignar)] - (07/07/2008, n°12.043). Disponible en [\(1\) Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos de los Niños](#).
[| Ursula Basset - Academia.edu](#).

Barcia, R. (2000). Derecho a la vida del nasciturus en España. *Ius et praxis* año/vol. 6, número 002 Universidad de Talca. 11-28. Disponible en [\(PDF\) DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS EN ESPAÑA \(researchgate.net\)](#).

BBC News Mundo (2022, 31 de agosto). Japón, el país donde las mujeres deben pedir permiso a los hombres para tomar una pastilla abortiva. [artículo periodístico]. Revisado el 30-04-2023. Disponible en [Japón, el país donde las mujeres deben pedir permiso a los hombres para tomar una pastilla abortiva - BBC News Mundo](#).

BBC News Mundo (2021, 31 de mayo). Por qué China relajó su controvertida política de natalidad y permitió que las parejas puedan tener 3 hijos. [artículo periodístico]. Revisado el 30-04-2023. Disponible en [Por qué China relajó su controvertida política de natalidad y permitió que las parejas puedan tener 3 hijos - BBC News Mundo](#)

Bergallo, P. (2016). La lucha contra las normas informales que regulaban el aborto en Argentina. *El aborto en el derecho transnacional. Casos y Controversias*. 187-217.

Bertelsen, S. y García, G. (2015). La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. *En cuadernos de extensión jurídica (u. de los andes) n°27, 2015. 177-199*. Disponible en [Cuaderno-de-Extensión-Jurídica-N°-27-Libro-Aborto.pdf \(uandes.cl\)](#).

Besio, M. (2016). La humanidad de embrión humano. *Aborto y Derechos reproductivos. Implicancias desde la Ética, el Derecho y la Medicina*. 69-86.

Chan, S. (2016) El problema del aborto: aspectos éticos. *Aborto y Derechos reproductivos. Implicancias desde la Ética, el Derecho y la Medicina*. 35-56.

Chía, E. y Contreras, P. (2014) Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales* año 12, n°1, 2014. 567-585. Disponible en [art15.pdf \(scielo.cl\)](#).

Chomalí, F. (2007). Derecho a la vida, derecho fundamental. *Teología y Vida* vol. XLVIII (2007). 413-423. Disponible en [05-Teo 4-Chomali \(scielo.cl\)](#).

Código Penal de la Nueva Granada expedido por el congreso en sus sesiones de 1937. *Editado y compilado por Francisco Bernate y Francisco Ochoa el 1 de marzo de 2019. Universidad del Rosario*. Disponible en [content \(urosario.edu.co\)](#).

Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Disponible en [CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA \(infoleg.gob.ar\)](#).

Código Penal. Diario Oficial de la República de Chile, versión original del 12 de noviembre de 1874. <https://bcn.cl/2mxrk>.

Código Penal. Diario Oficial de la República de Chile, última versión de 22 de diciembre de 2022. <https://bcn.cl/3azfh>.

Código Sanitario. Decreto con Fuerza de Ley 725, Decreto 75, Ministerio de Salud Pública. Diario Oficial de la República de Chile del 31 de enero de 1968. Disponible en <https://bcn.cl/2npt8>.

Código Sanitario. Diario Oficial de la República de Chile. Decreto con Fuerza de Ley 725, Ministerio de Salud Pública. Última versión del 28 de octubre de 2021. Disponible en <https://bcn.cl/31agq>.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación General n°4 de 21 de julio de 2003. Disponible en [observacion-general-4-salud-desarrollo-adolescentes-contexto-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf](https://plataformadeinfancia.org/observacion-general-4-salud-desarrollo-adolescentes-contexto-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf) (plataformadeinfancia.org).

Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile del 22 de septiembre de 2005. Última versión del 3 de febrero de 2023. Disponible en <https://bcn.cl/2f6sk>.

Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño (1989). Disponible en [Texto de la Convención sobre los Derechos del Niño | UNICEF](#).

Correa, H. (1989-1990) Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 33-50. Disponible en [Correa T. \(rdpucv.cl\)](#).

Corral, H. (1990) El Concepto jurídico de Persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria. *Revista chilena de derechos*, vol. 17, 1990. 301-321. Disponible en [000129142.pdf \(uc.cl\)](#).

Corral, H. (2015) El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de “despenalización” del aborto. *En cuadernos de extensión jurídica (u. de los andes) n°27, 2015. 107-141.* Disponible en [Cuaderno-de-Extensión-Jurídica-N°-27-Libro-Aborto.pdf \(uandes.cl\)](#).

Corte Constitucional de Colombia sentencia C-055-22 de fecha 21 de febrero de 2022. Declara exequible la tipificación del delito de aborto consentido, en el sentido de que no se

configura el delito cuando la conducta se practique antes de la semana 24 de gestación y, sin sujeción a este límite, cuando se presenten las causales de que trata la sentencia C-355 de 2006. Disponible [Sentencia-C-055-22-Febrero-21-22.pdf \(diarioconstitucional.cl\)](#).

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en [CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS \(corteidh.or.cr\)](#).

Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Sentencia del caso Dobbs Vs Jackson Women's Health Organization. N° 19-1392. (22 de junio de 2022). Disponible en [Dobbs v. Jackson Women's Health Organization :: 597 U.S. ____ \(2022\) :: Justia US Supreme Court Center](#).

Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Sentencia del caso Roe c. Wade 410: U.S. 113 (1973). (22 de enero de 1973). Disponible en [Roe c. Wade :: 410 U.S. 113 \(1973\) :: Justia US Supreme Court Center](#).

Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño (1959). Disponible en [Declaración de los Derechos del Niño \(oas.org\)](#).

Decreto 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores (1981) que promulga la Convención sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por Chile en Viena el 23 de mayo de 1969, promulgado con fecha 5 de mayo de 1981 y publicado con fecha 22 de junio de 1981. Disponible en [Ley Chile - Decreto 381 22-JUN-1981 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#).

- Dides, C. (2006). Aportes al debate sobre el aborto en Chile: derechos, género y bioética. *En Acta bioethica*, 12(2), 219-229. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2006000200011>.
- Ferrer, A. (2015) La individualidad ontológica de la persona humana. *El Aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*. Cuadernos de extensión jurídica (U. de los Andes) N°27, 2015, 67-101. Disponible en [Cuaderno-de-Extensión-Jurídica-N°-27-Libro-Aborto.pdf \(uandes.cl\)](#).
- Figueroa, R. (2007) Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. *Revista de Derecho, volumen XX, N°2, diciembre 2007*. 95-130. Disponible en [art05.pdf \(scielo.cl\)](#).
- Henríquez, I. (2015). El caso Artavia Murillo y los límites de la argumentación judicial. *Revista actualidad jurídica n°32 – julio 2015*. 33-51. Disponible en [AJ32_33.pdf \(udd.cl\)](#).
- Illanes, S. y Koch, E. (2015). Aborto: análisis crítico del nuevo proyecto de ley desde la perspectiva e la medicina. *El Aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*. Cuadernos de extensión jurídica (U. de los Andes) N°27, 2015, 251-259. Disponible en [Cuaderno-de-Extensión-Jurídica-N°-27-Libro-Aborto.pdf \(uandes.cl\)](#).
- Isler, C. (2000) En torno a la personalidad del embrión. *Revista De Derecho (Valdivia)*, 11(1), 121-125. Disponible en [Vol. 11 Núm. 1 \(2000\) | Revista de Derecho \(Valdivia\) \(revistaderechovaldivia.cl\)](#).
- Lamacková, A. (2016) Derechos de las mujeres en las sentencias sobre aborto del Tribunal Constitucional de Eslovaquia. *El aborto en el derecho transnacional. Casos y Controversias*. 82-106.

Ley Orgánica 9/1985 de España, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del código penal español. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/05/9>.

Ley Orgánica 2/2010 de España, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2>.

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/02/28/1>.

Ley N°21.030. Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Diario Oficial de la República de Chile, 23 de septiembre de 2017. Disponible en <https://bcn.cl/34p7y>.

Ley 95 de 1936 (abril 24) Sobre Código Penal. *Editado y compilado por Francisco Bernate y Francisco Ochoa el 1 de marzo de 2019. Universidad del Rosario.* Disponible en [codigo-penal-1936.pdf \(urosario.edu.co\)](https://www.urosario.edu.co/codigo-penal-1936.pdf).

Ley 599 de 2000 (julio 24) por la cual se expide el Código Penal el congreso de Colombia. Disponible en [Ley 599 de 2000 - Gestor Normativo - Función Pública \(funcionpublica.gov.co\)](https://www.funcionpublica.gov.co/ley-599-de-2000-gestor-normativo).

Ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Aprobada el 15 de enero de 2021. Disponible en [Texto completo | Argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar/leyes/27610).

Martínez, J. (2015). ¿Qué vamos a hacer con algunos de nosotros? El problema del aborto desde una perspectiva constitucional y progresista. *En cuadernos de extensión jurídica (u. de*

los andes) n°27, 2015. 169-174. Disponible en [Cuaderno-de-Extensión-Jurídica-N°-27-Libro-Aborto.pdf \(uandes.cl\)](#).

Ngwena, Ch. (2016). El papel de la transparencia en la reforma de leyes y prácticas del aborto en África. *El aborto en el derecho transnacional. Casos y Controversias*.218-242.

Ossandón, M. (2015). Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana. *En cuadernos de extensión jurídica (u. de los andes) n°27, 2015*. 145-166. Disponible en [Cuaderno-de-Extensión-Jurídica-N°-27-Libro-Aborto.pdf \(uandes.cl\)](#).

Palavecino, A. (2014) Dilemas éticos y jurídicos a propósito del aborto en Chile. *Polis (Santiago)*, 13(38), 521-541. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682014000200023>.

Paúl, A. (2015) El estado actual del aborto en el derecho internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno. *En cuadernos de extensión jurídica (u. de los andes) n°27, 2015*. 203-222. Disponible en [Cuaderno-de-Extensión-Jurídica-N°-27-Libro-Aborto.pdf \(uandes.cl\)](#).

Paúl, A. (2012) Estatus del no nacido en la convención americana: un ejercicio de interpretación. *Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 1, 2012*. 61 – 112. Disponible en [art04.pdf \(scielo.cl\)](#).

Paúl, A. (2013) La Corte Interamericana in vitro: comentario sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. *Derecho Público Iberoamericano N°2*. 303-345. Disponible en [r38751.pdf \(corteidh.or.cr\)](#).

Peña, C. (2016) Los dilemas del aborto. *Aborto y Derechos reproductivos. Implicancias desde la Ética, el Derecho y la Medicina*. 23-33.

Protocolo de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y sobre los Derechos de las Mujeres en África (2003). Revisado el 17-03-2023. Disponible en www.un.org.shestandsforpeace/files/protocolontherightsofwomen.pdf.

Rubio, R. (2016) El aborto en Portugal. Nuevas tendencias en el constitucionalismo europeo. *El aborto en el derecho transnacional. Casos y Controversias*. 58-81.

Sagel, P. (2022). El caso Dobbs y el futuro de la autodeterminación personal en estados Unidos. *Revista de Derechos y Ciencias Sociales, número 28, E112, Noviembre-Abril, ISSN: 1852-2971*. Disponible en [Vista de El caso Dobbs y el futuro de la autodeterminación personal en Estados Unidos \(unlp.edu.ar\)](http://Vista de El caso Dobbs y el futuro de la autodeterminación personal en Estados Unidos (unlp.edu.ar)).

Sieguel, R. (2016) La constitucionalización del aborto. *El aborto en el derecho transnacional. Casos y Controversias*. 27-57.

Tribe, L. (2012) El aborto: guerra de absolutos. *TRIBE Laurence, Política y ciencias sociales, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 2012*.

Ugarte, J. (2004) Momento en que el embrión humano es persona. *En revista de Estudios Públicos, 96 (primavera 2004)*. 281-323. Disponible en [Vista de Momento en que el embrión es persona humana \(estudiospublicos.cl\)](http://Vista de Momento en que el embrión es persona humana (estudiospublicos.cl)).

Ugarte, J. (2006) Derecho a la vida y la constitución. *En Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N°3*. 509-527. Disponible en [04-R.Ch.D 33-3-Ugarte \(scielo.cl\)](http://04-R.Ch.D 33-3-Ugarte (scielo.cl)).

Undurraga, V. (2013) Aborto y protección del que esta por nacer en la constitución chilena.

- Undurraga, V. (2018). Aspectos bioéticos y jurídicos del acompañamiento en la ley chilena de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. *Acta bioethica*, 24 (2). 227-235.
<https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2018000200227>.
- Upreti, M. (2016) Nepal: hacia una igualdad transformativa. El fallo Lakshimi Dhikta. *El aborto en el derecho transnacional. Casos y Controversias*. 354-380.
- Varela (1990) Derechos humanos y aborto. *Revista de Derecho Pública. Volumen 1990, n°47-48*. 195-218. Disponible en [Vista de Derechos humanos y aborto \(uchile.cl\)](#).
- Zapata, P. (1988). Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno. *Revista chilena de derecho, Vol. 15, n°2-3 (mayo-diciembre 1998)*. 375-391. Disponible en [Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno - Dialnet \(unirioja.es\)](#).
- Zúñiga, A. (2011) Aborto y derechos humanos. *Revista de Derechos, Volumen XXV, N°2, diciembre 2011*. 163-177. Disponible en [Aborto y derechos humanos \(scielo.cl\)](#).
- Zúñiga, Y. (2013) Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. *Revista Ius et Praxis, Año 19, N° 1, 2013*. 255 – 300. Disponible en [art08.pdf \(scielo.cl\)](#).