

N° 187
AÑO LVIII
ENERO - JUNIO
1990

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

TRATAMIENTO JURIDICO DEL ABORTO TERAPEUTICO

(Modificación introducida al artículo 119 del Código Sanitario)

JUANA SANHUEZA ROMERO
Prof. Derecho Penal
Universidad de Concepción

I. INTRODUCCION

El aborto ha constituido, desde antaño, uno de los temas más controvertidos, siendo explicable por su vinculación con aspectos de distinta naturaleza, sociales, éticos, religiosos, biológicos, etc.

Diferentes y antagónicas han sido las posiciones al respecto. Desde aquellos que le niegan su condición de delito, dando absoluta primacía al cuerpo de la madre en desmedro del producto de la concepción, pudiendo éste ser eliminado por la sola voluntad de ella, hasta los que propugnan el castigo de todo aborto, cualquiera sea la razón, significando siempre un repugnante acto criminal.

Frente a estos dos planteamientos, en extremo divergentes e irreconciliables, emerge una tercera postura que, partiendo de la base de la incriminación del aborto, reconoce, al mismo tiempo, la existencia de conflictos y colisión de deberes que, en algunos casos, justificarían la destrucción de la vida en formación. Esta ha sido la tendencia predominante en los últimos años y así, la mayoría de las legislaciones que sancionan la práctica del aborto han excluido de punibilidad —con mayor o menor amplitud— las conductas de eliminación del ser en gestación, cuando se prevé en él taras de orden físico o síquico (aborto eugenésico); cuando el embarazo tiene su origen en un atentado sexual (aborto sentimental); cuando circunstancias económicas no hagan aconsejable el nacimiento (aborto socio-económico) y cuando la finalidad es salvar la vida de la madre o evitar un daño considerable a su salud (aborto terapéutico, ginecológico o necesario).

En nuestro país, la legislación se ha orientado en el sentido de castigar los ataques a la vida incipiente, reconociendo expresamente, hasta hace poco tiempo, el carácter de lícito únicamente al aborto terapéutico. Así, el artículo 119 del Código Sanitario prescribía: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos". La ley 18.826 del 24 de agosto de 1989, publicada en el Diario Oficial del 15 de septiembre del mismo año, vino a reemplazar el contenido de la citada disposición, indicando: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". La promulgación del texto legal en comento ha suscitado numerosas interrogantes que exceden a lo estricta-

mente jurídico penal y que intentaremos dilucidar en estas líneas.

Antes de abocarnos al análisis de la nueva norma legal, creemos imprescindible referirnos a la reglamentación que el aborto terapéutico ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico pues, de dicho examen, podremos extraer importantes elementos a considerar en la interpretación de la actual normativa.

II. EL ABORTO TERAPEUTICO ANTES DE LA LEY 18.826

Recordemos que nuestro Código Penal tipifica el aborto en los artículos 342 a 345, entre los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública.

No obstante que la generalidad de las conductas atentatorias a la vida dependiente son punibles, ya en el seno de la Comisión Redactora existió preocupación en orden a que algunas de ellas debían quedar marginadas de sanción. Así los comisionados, a proposición del Sr. Gandarillas, decidieron sustituir la voz "De propósito" en el artículo 342 —que contenía su modelo español de 1848— por "Maliciosamente", ya que estimó que la expresión "de propósito" pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fe proceden, por ejemplo, el médico que necesita causar un aborto para salvar la vida de una enferma en peligro¹.

Por otra parte, el artículo 345 del Código Penal sanciona "al facultativo que abusando de su oficio causare un aborto o cooperare a él...". El vocablo "abusando" ha sido interpretado en dos sentidos, como excluyente de algunas situaciones en que la calidad de facultativo no tiene influencia alguna y, además, como una alusión a la antijuridicidad del acto, infiriéndose de ello que sólo quedarían comprendidas las conductas que no se encuentren justificadas.

Los antecedentes esbozados, unidos a la amplia justificante del artículo 10 N° 10 del Código punitivo, nos permite afirmar que el aborto terapéutico fue concebido como acto legítimo aun antes de su regulación específica en las normas sanitarias.

En 1931, con la aprobación del Código Sanitario, el legislador regló en el artículo 226 la materia en estudio y, al efecto, dispuso: "Sólo 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 fuere posible proceder en la forma antedicha por la urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente".

Con posterioridad —el año 1967— se modificó el texto primitivo del Código Sanitario y en su artículo 119 dijo: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos". Esta general y vaga disposición originó en la doctrina nacional arduas discusiones tendientes a determinar, entre otros, su fundamento jurídico, sujeto activo y alcance de la locución fines terapéuticos.

Los autores se enmarcaron en dos tesis: para un sector, influidos por tratadistas y legislación extranjera, constituía una situación especial de estado de necesidad², mientras

¹ Actas Comisión Redactora, sesión 160.

² En este sentido opinaban Labatut, Cousiño Mac Iver y Etcheberry, entre otros.

que para otros, era un caso especialmente legislado de ejercicio legítimo de la profesión de médico³.

Adoptar uno u otro planteamiento tenía importantes incidencias que pasamos a explicar:

Quienes participaban de la opinión de que el fundamento radicaba en un estado de necesidad, exigían para su aplicación que las condiciones de legitimidad fueran, a lo menos, las requeridas en materia de daños a la propiedad ajena haciendo referencia con ello al artículo 10 N° 7 del Código Penal, que consagra el estado de necesidad justificante cuyo ámbito de aplicación se limita precisamente al daño en la propiedad ajena.

Luego, para los seguidores de este predicado, debía exigirse que, además de los requisitos que señalaba el artículo 119 del Código Sanitario, concurrieran los que configurarían el estado de necesidad, es decir:

- a) Realidad o peligro inminente del mal que se teme
- b) Que el mal que se teme sea mayor que el que se causa para evitarlo, y
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

El primero y último requisito debían quedar entregados a los principios que informan la ciencia médica y sobre ellos debía recaer la documentación de los dos médicos cirujanos.

Sin embargo, la segunda exigencia planteaba dificultades. Así el profesor Etcheberry, principal exponente de este criterio, sostenía que si el conflicto se presentaba entre la vida de la madre y la vida del feto, la opción se inclinaba por la primera, toda vez que del ordenamiento jurídico se desprendía que la muerte de la madre era un mal mayor que la muerte del feto. Lo anterior derivaba del hecho de que la penalidad del delito de homicidio era superior a la del delito de aborto.

Por el contrario, si la controversia tenía lugar entre la salud de la madre y la vida del feto, la solución era diametralmente diferente, en razón a que la vida de éste constituía un bien jurídico más valioso que la salud de la madre, dado que las penas asignadas al delito de aborto eran más severas que las del delito de lesiones. Por consiguiente, la justificante operaba sólo cuando la finalidad del aborto era curativa y limitada a los casos de peligro para la vida de la madre⁴.

Otros autores reclamaban una interpretación distinta, afirmando que el artículo 119 consagraba una causal de justificación, cuyo fundamento mediato era el estado de necesidad, pero en sentido estricto era propiamente un caso especialmente legislado del ejercicio legítimo de la profesión médica, lo que implicaba dos consecuencias relevantes: por una parte, sólo admitía como sujeto activo un médico, y por otra, no se precisaba del cumplimiento de los requisitos del estado de necesidad, bastando la realidad del peligro para la vida o la salud de la madre, lo que debía constatarse de acuerdo a la experiencia médica y, en todo caso, con arreglo a su *lex artis*⁵.

Este postulado compartíamos en la Cátedra porque, en nuestra opinión, guardaba más conformidad con el sistema jurídico chileno. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el

³ Politoff, Grisolia y Bustos.

⁴ Véase Etcheberry O., Alfredo, *Derecho Penal*, Edit. Gabriela Mistral, Tomo III, Pág. 75.

⁵ Véase Politoff, Grisolia y Bustos, *Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, Págs. 26 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile.

estado de necesidad en nuestro medio, a diferencia de lo que sucede en otros países, es de aplicación restringida.

La diversidad de pareceres antes expuestos ponían en evidencia las insuficiencias que presentaba esta disposición y que a nuestro juicio era necesario revisar.

III. MODIFICACION AL ARTICULO 119 DEL CODIGO SANITARIO POR LEY 18.826

1. *Antecedentes previos*

El primitivo proyecto sometido al estudio del Poder Legislativo propiciaba elevar significativamente las sanciones impuestas a los distintos tipos penales y en lo relativo al tema que nos ocupa sustituía el artículo 119 por el siguiente: "El médico cirujano, la matrona o cualquier otro profesional médico o paramédico no podrá ejecutar acción alguna destinada a producir la interrupción del proceso de gestación de un ser humano, se produzca o no la expulsión de éste". Y en su inciso segundo agregaba: "No se considerarán destinadas a producir la interrupción del proceso de gestación aquellas acciones médicas que necesariamente deban ejecutarse en la mujer gestante durante el curso del tratamiento de una enfermedad". Se puede apreciar cómo la intención legislativa era reconocer como lícito el aborto terapéutico.

En pocos meses se cambia abruptamente de opinión, optando por no alterar el Código Criminal y se decide reemplazar el tantas veces citado artículo 119, de manera radicalmente opuesta a la concebida originalmente en el proyecto presentado por el almirante José Toribio Merino.

En definitiva, la norma en vigencia nos indica: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

La promulgación de este texto fue anunciada como una auténtica derogación y, por lo mismo, su alcance era el de proscribir la posibilidad de practicar un aborto terapéutico, con carácter lícito en Chile. El fundamento de la prohibición se originaba en el hecho que —según el legislador— "hoy, el avance de la medicina ha demostrado que el aborto terapéutico no se justifica en ningún caso" y más adelante consignaba: "Frente a esta realidad, la norma del Código Sanitario se había transformado en un pretexto para la realización de abortos legales, reñidos con las más elementales normas éticas que obligan a la defensa de la vida".

Las categóricas y absolutas afirmaciones citadas nos inducen a ciertas reflexiones que van más allá de lo propiamente jurídico y sin las cuales resulta difícil un análisis objetivo.

2. *Existencia de conductas médicas dentro de los márgenes del aborto terapéutico*

Hace algunas décadas, existían múltiples enfermedades cuyas sintomatologías se agudizaban por el estado de embarazo y, gracias a modernos tratamientos, en la actualidad son controladas satisfactoriamente, siendo compatibles con el estado de gestación sin que ellas entrañen un peligro para la vida o la salud de la madre. Las anemias, diabetes avanzadas, enfermedades del corazón, etc., reciben hoy eficaz asistencia. A ello se debe añadir el perfeccionamiento de las técnicas de la cesárea y del parto prematuro, que han reducido notoriamente los riesgos maternos.

Si bien lo anterior es una feliz realidad, la medicina no es una ciencia exacta y así como sus avances han permitido el tratamiento y curación de numerosas enfermedades, también, día a día, el ser humano se ve afectado por nuevas patologías síquicas y orgánicas a las cuales la ciencia médica no puede combatir con resultados certeros en un primer momento. De ahí que no pueden dejar de sorprendernos las terminantes consideraciones invocadas por el legislador en esta materia, teniendo presente, además, que países de reconocido desarrollo científico y tecnológico mantienen hasta el día de hoy, en sus ordenamientos jurídicos, normas especiales que justifican el aborto terapéutico.

En otro orden, actualmente se ejecutan —en situaciones excepcionales— conductas médicas cuya licitud es difícil de concebir, sino en la línea del aborto terapéutico.

Existen ciertas eventualidades que tienen su causa en accidentes del embarazo imposibles de predecir y que requieren la intervención médica a objeto de poner término al embarazo ante la inminente muerte de la madre. Desde esta perspectiva, el Ministerio de Salud ha impartido recomendaciones a todos los centros hospitalarios del país en las que fija la conducta que se debe observar en presencia de alguna de estas anormalidades⁶.

A vía de ilustración, nos referiremos a la embolia de líquido amniótico y a los embarazos extópicos.

La embolia de líquido amniótico "es la presencia de líquido amniótico en el pulmón materno, agregándose como manifestaciones, el shock central y trastornos de la coagulación⁷. La falta de diagnóstico precoz obliga a la evacuación uterina (esté o no vivo el feto), e incluso en algunas situaciones debe practicarse histerectomía (extirpación del útero).

El embarazo extópico o extrauterino "es aquel en que el huevo fecundado se implanta fuera de la cavidad uterina⁸. Quizá el más frecuente de ellos es el tubárico, es decir, el huevo permanece en las Trompas de Falopio u Oviducto, que a veces es posible detectar en las primeras semanas de producida la fecundación. Su tratamiento es quirúrgico, mediante una salpingectomía (extirpación de la trompa) esté o no con vida el producto de la concepción. La atención médica extemporánea provocará el estallido de la trompa, seguida de la correspondiente hemorragia, exponiendo la vida de la madre.

Hay quienes sostienen que estas conductas no serían constitutivas de aborto, sino que se trataría de conductas atípicas, debido a que el producto de la concepción no tendría posibilidades de llegar a término y de todas formas moriría, no siendo, por ende, objeto de protección penal. Creemos que tal argumentación carece de sustentación sólida en nuestro medio.

No olvidemos que el aborto en sentido jurídico-penal significa dar muerte al producto de la concepción, el bien jurídico protegido es la vida del feto y el objeto material de protección es el feto vivo, aun cuando éste presente anormalidades.

Pretender excluir de protección los casos en que se presume que no podrá continuar su desarrollo, resulta inconciliable con el amparo que el ordenamiento jurídico —entre nosotros— otorga a la vida en todo instante, sea ésta dependiente o independiente, viable o no.

⁶ Ministerio de Salud, Departamento de Programas de las Personas, Salud Materna. Texto Guía para la atención de los accidentes del embarazo, parto y puerperio. Chile, 1982.

⁷ Idem, pág. 33.

⁸ Idem, pág. 36.

Con arreglo a lo expuesto, estimamos que las actuaciones del médico, en las situaciones anotadas, que ocasionan la muerte del feto constituyen conductas típicas y sólo pueden ser calificadas de lícitas dentro de los marcos del aborto terapéutico, precisamente por la situación de peligro que revisten para la vida o salud de la madre⁹. A la inversa, si dicho peligro no existiera y el médico da muerte al feto basado en que éste jamás llegará a ser persona, su acción además de ser típica, será antijurídica y podrá tener responsabilidad penal y, en todo caso, civil.

Desde ya, podemos notar la importancia de determinar la extensión de la modificación legal que examinamos.

3. Alcance de la nueva normativa

Frente a la nueva redacción del artículo 119 del Código Sanitario surgen, a nuestro juicio, distintas posibilidades de interpretación.

En primer término, se podría sostener que el aborto terapéutico en Chile importaría siempre una conducta típica y antijurídica, por cuanto el artículo 119 es una norma prohibitiva. Además, por encontrarse ubicada en el Libro V del Código Sanitario, entre las normas que regulan el ejercicio de la medicina y profesiones afines, excluiría de aplicación la causal de justificación genérica del artículo 10 N° 10 del Código Penal, que declara exento de responsabilidad criminal "al que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo".

Por último, avalaría también esta tesis las tajantes consideraciones hechas por el legislador y que antes comentamos.

Con esta posición, el médico que da muerte al producto de la concepción, para salvar la vida de la gestante o evitar un daño notorio a su salud, sólo podría invocar a su favor una causal de exculpación sobre la base de una no exigibilidad de otra conducta. De esa forma se encontrará exento de responsabilidad penal, pero su conducta sigue siendo ilícita y, por lo mismo, sujeta a otras responsabilidades especialmente civiles.

En segundo término, somos de opinión que es factible un razonamiento diverso.

En efecto, sabemos que todo tipo penal contiene una prohibición, su realización indica que probablemente también es antijurídica, pues el tipo constituye un indicio de antijuridicidad. Pero, al mismo tiempo, existen normas permisivas e incluso imperativas que en algunos casos facultan o exigen la ejecución de una determinada conducta que a pesar de encuadrarse en un tipo, será lícita por estar conforme a derecho. En otras palabras, ha operado una causal de justificación.

No obstante que el Código Penal contiene las causales de justificación genéricas en el artículo 10, junto a las demás situaciones que eximen de responsabilidad penal, en lo referente al tema en estudio contemplaba en el artículo 119 del Código de Sanidad, una norma permisiva, que autorizaba la ejecución de una conducta típica (dar muerte al producto de la concepción). De manera que la acción que reunía los requisitos indicados en esa disposición gozaba de una verdadera presunción de legitimidad, que destruía in acto el indicio de antijuridicidad del tipo de aborto de los artículos 342 a 345 del Código Pe-

⁹ El profesor Alfredo Etcheberry, al analizar la situación del embarazo ectópico sostiene que es dudoso si habría ausencia de tipicidad, cuando el embrión está vivo, o una causal de justificación en la línea del aborto terapéutico. Ob. cit., Tomo III, pág. 67.

nal. Reemplazada la norma permisiva por una prohibitiva ésta tendría un doble alcance, a saber: deroga la presunción de legitimidad en ella contenida y reafirma el indicio de antijuridicidad del tipo de aborto, esto último innecesario. Así entonces, se puede estimar que en materia de aborto terapéutico el estadio actual de nuestra legislación es el mismo que existía a la época de dictación del Código Penal y, en consecuencia, continúa siendo un acto lícito por los mismos fundamentos de aquel entonces y que resaltamos con anterioridad.

Al final de este estudio podemos concluir que: el legislador en su afán de evitar un presunto abuso del anterior texto legal, vino —en el hecho— a ampliar el debate ya existente sobre la materia. De ahí que las últimas líneas de este análisis estén dirigidas a propiciar una revisión del tema en cuestión, acorde a la realidad imperante y en el que se logre una mayor congruencia entre la ciencia médica y jurídica.
