

VIII JORNADAS CHILENAS DE CIENCIAS PENALES

COMENTARIO PANEL IV

UNA PERSPECTIVA SOBRE EL ABORTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

VIVIAN R. BULLEMORE G.*

SUMARIO: I. Introducción. II. El aborto en el ordenamiento jurídico nacional.

PALABRAS CLAVE: Aborto, consentimiento para el tratamiento médico, indicaciones abortivas, aborto terapéutico.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra participación en estas Jornadas, que tiene por objeto complementar la exposición del Prof. Guzmán Dálbora, “El aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social”, se basa en ideas que se han expuesto en la Cátedra de Derecho Penal, Parte Especial, que impartimos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, desde el año 1989, cuando las autoridades de aquella época derogaron el art. 119 del Código Sanitario, con fundamentos absolutamente falsos y reñidos con nuestra normativa constitucional y legal.

Pues bien, con el correr de los años, las ideas que defienden la legalidad del aborto terapéutico se han ido expresando en diferentes artículos dogmáticos y, especialmente en nuestro “Curso de Derecho penal”, elaborado conjuntamente con el Prof. MacKinnon Roehrs.

Así las cosas, las ideas matrices serán expuestas a continuación.

II. EL ABORTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

Nos ha parecido necesaria una introducción al problema que nos ocupa ya que hoy no es posible sostener una concepción doctrinaria constitucional que desarrolla una jerarquización que puede denominarse críticamente como “intuitiva

* Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Chile.

y total”¹. Somos partidarios², en principio, de una sistematización horizontal, por oposición a la jerarquización piramidal o vertical, ya que tradicionalmente han estado en pugna dos formas de entender los derechos y deberes en el ámbito jurídico. Una de ellas, que podríamos denominar “corriente piramidal” sostiene que la vida se encuentra en la cúspide de una pirámide jurídica, de modo que todos los bienes jurídicos y consideraciones deben ser subordinados a la vida. Por eso es que las personas no sólo tienen derecho a la vida, sino que, en rigor, tienen el deber de vivir, más allá de sus intereses, más allá de sus principios, más allá de sus motivaciones. La otra corriente reconoce el derecho a la libertad, en su amplia expresión, como el más relevante, limitado únicamente por el derecho a la libertad que los demás poseen. En todo caso, el derecho a la vida puede quedar subordinado a otros derechos o intereses que para el sujeto sean superiores. Dentro de esta corriente, por cierto se llega, en sus formulaciones extremas, a autorizar la eutanasia o a consentir el suicidio, aunque en sus formulaciones moderadas propugna un equilibrio entre el derecho a la libertad y otros derechos, debiendo buscarse soluciones casuísticas a complejos problemas jurídicos y morales. Entre nosotros prima este último punto de vista, y debemos hacer notar que nuestra legislación penal se amolda fácilmente a sus principios. Puede, entonces, el titular de un bien jurídico como al vida disponer de éste, pero la disposición se encuentra limitada entre nosotros, al no poder transferirse esta posibilidad, cosa que sí se contempla en algunas materias, incluso exenta de pena, y en forma reglada, como eutanasia en la legislación holandesa, o como atenuación por eutanasia en la legislación española.

En lo que respecta a nuestro tema principal, la pugna entre las dos posturas señaladas se ha traducido en que la tensión entre el derecho del médico a salvar la vida del paciente o a sanarlo y el derecho del paciente a decidir si en determinadas circunstancias quiere o no ser sanado o salvado se ha resuelto, tradicionalmente, a favor del primero de los derechos. Lo anterior descansa sobre la creencia, como hemos dicho, de que el derecho a la vida impone, al mismo tiempo, el deber de vivir para su titular y el deber ineludible de salvarla para el

¹ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, Dogmática general para los Derechos fundamentales en Chile, en *Revista de Derecho Público* 62 (2000), pp. 179-199; Por una dogmática jerarquizada, EVANS, Enrique, Los Derechos constitucionales, T. I, (Santiago 1999), pp. 30 y ss.; CEA EGAÑA, José Luis, El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica, (Valdivia, 1999), pp. 171 y ss.

² Cfr. BULLEMORE, Vivian / MACKINNON, John, Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: la *lex artis* y la relación médico-paciente, en, Delito, pena y proceso: libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, (Valparaíso 2008). En el mismo sentido, BULLEMORE, Vivian / MACKINNON, John, Curso de Derecho Penal, 3ª edición, Parte Especial T. III, (Santiago, 2011).

médico a cargo del paciente, con prescindencia de toda opinión de este último al respecto. En este contexto, se entendía que el art. 10 N° 10 del Código Penal opera siempre que la conducta tenga fines terapéuticos de mejorar la salud o de salvar la vida y se actúe conforme a la *lex artis*, entendida en su tradicional sentido meramente técnico. Si ello fuera así, la conducta médica sería considerada, invariablemente, como legítima. Sin embargo, cuando en 1986 se dictó el Decreto Supremo N° 42 del Ministerio de Salud, y su art. 105 estableció la necesidad de informar al paciente y el derecho del paciente a negarse a recibir un tratamiento terapéutico determinado, siempre y cuando el médico tuviera la precaución de informar al paciente en forma documentada, se produjo un reconocimiento, aunque aún no era de rango legal, del derecho del paciente a decidir y de la obligación correlativa del médico a respetar tal decisión. Creemos, en todo caso, que existen razones constitucionales y legales para sostener que, de todas formas, la libertad —y dentro de ella la libertad para consentir o rechazar un tratamiento médico— es un derecho constitucional de entidad, a lo menos, igual que el derecho a la vida y a la salud individual, de forma que los conflictos o tensiones entre ambos deberán resolverse caso a caso y jamás sobre la base de un erróneo criterio de supremacía de los bienes jurídicos vida y salud individual respecto del bien jurídico libertad.

En consecuencia, hoy día debe reinterpretarse el art. 10 N° 10 del Código Penal, en el sentido que ya no es en sí mismo legítimo sanar o salvar, sino que sólo lo es en la medida que la persona quiera también ser sanada o salvada. Como señaláramos anteriormente, es ilícito el tratamiento médico en contra de la voluntad del paciente, aunque al actuar el médico en la convicción de hacerlo justificado, o actuar impulsado por una fuerza moral irresistible, lo harían exculpable. Ello porque se entiende que la *lex artis* supone, además de procedimientos técnicos, una serie de principios médicos que deben ser, igualmente, respetados, entre los que se encuentra el derecho a la decisión informada del paciente. De esta manera, si un médico se abstiene de tratar al paciente que ha rechazado el tratamiento no puede bajo ningún respecto estar infringiendo la *lex artis*, sino que, por el contrario, la está obediendo, y ante el fallecimiento del paciente o la lesión de su salud, la omisión del médico será atípica. Por lo tanto, si no hay infracción de la *lex artis* evidentemente la discusión se detiene en este punto y ya no cabe hablar en ningún caso de negligencia médica, ni de responsabilidades civiles ni menos responsabilidades penales. Por el contrario, si el médico no respeta el derecho del paciente de ser informado, y decidir libremente, y el tratamiento no fuera exitoso, el médico habrá realizado una acción típica y antijurídica, a lo menos culposa, por la que deberá responder penalmente, además de pecuniariamente.

Así las cosas, podemos referirnos al consentimiento en materia de aborto terapéutico. Esta materia dice relación con las llamadas “*indicaciones abortivas*”

que son situaciones en que se autoriza excepcionalmente el aborto, y son además del aborto terapéutico, el aborto eugenésico, el aborto ético social, y el aborto socio económico. De éstos nos interesa solamente el primero, que es el orientado a salvar la vida de la madre que se encuentra en peligro por la continuación del embarazo. Una minoría estima que debe extenderse también al caso de peligro para la salud de la madre, incluyendo en ella la salud mental. En Chile, el aborto terapéutico fue eliminado del artículo 119 del Código Sanitario. Hoy en día, sin embargo, puede sostenerse que el facultativo que actúa en tal situación lo hace, a lo menos, amparado por la causal de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de su oficio (art. 10 N° 10 del Código Penal), dependiendo de si hay o no consentimiento de uno de los padres.

La consideración de la vida dependiente como un bien jurídico penalmente protegido, de rango inferior a la vida independiente, al tenor de lo dispuesto por la Constitución Política en su art. 19 N° 1, y la historia fidedigna de su establecimiento (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 90ª, celebrada en lunes 25 de noviembre de 1974), fundamenta que la realización de un aborto terapéutico se encuentra permitida, excluyendo la responsabilidad penal, o, con más propiedad desde el punto de vista sistemático, como causal de atipicidad, de justificación, o de exculpación, sostenida, por unos, en el art. 10 N° 9 del Código Penal (como causal de justificación por legítimo ejercicio de un oficio) y, por otros, en el art. 10 N° 7 del Código Penal (interpretado como causal de exculpación por incumplimiento de uno de sus requisitos). Sin embargo, la modificación del art. 119 del Código Sanitario, en 1989, con objeto de prohibir la realización de abortos terapéuticos, introdujo un elemento de compleja resolución en el cuadro sistemático, que tiene su fundamento en la interpretación de la Constitución y la ley.

Para nosotros, la solución va en el mismo camino que ha enunciado la doctrina penal nacional, mayoritariamente: *es lícito el aborto terapéutico, basándose en la lex artis*, a pesar de la regulación del art. 119 del Código Sanitario. Pero el fundamento legal va más allá de lo sostenido en forma genérica en la *lex artis* ya que radica en que el art. 119 integra la *lex artis*, e impediría cualquier interpretación del art. 345 del Código Penal en contrario. Si bien es cierto que la *lex artis* debe entenderse como rectora del ejercicio de la profesión de médico, incluyendo la norma configuradora del art. 119 del Código Sanitario, y ésta prohíbe a los médicos causar un aborto, no es la única norma reguladora de los deberes del médico. En esto debe hacerse mención especial del art. 345 del Código Penal, que exige que el aborto realizado por el facultativo sea “abusando de su oficio”. Se puede, en la colisión de deberes, preferir la vida independiente (bien jurídico de mayor entidad como explicaremos en el párrafo siguiente) y/o salud de la madre (bien jurídico, para nosotros, de igual entidad), por sobre la vida del feto.

Los criterios que exponemos acerca del aborto terapéutico tienen, además, apoyo en las discusiones de la Comisión Constituyente³, ya que afirma la *atipicidad del aborto terapéutico* realizado de acuerdo a la *lex artis*, y con consentimiento de los padres.

Para nosotros, el concepto de *lex artis* forma parte del tipo objetivo como un concepto *normativo*. Obviamente dicho concepto evoluciona, desde el punto de vista de la medicina, y en la actualidad lo hace con una velocidad abismante. Es decir, el solo reciente concepto de *lex artis* de carácter restrictivo, como resultado de una interpretación que afirma una importancia decisiva (que no tiene) al art. 119 del Código Sanitario, reformado en 1989, ya no es posible aplicarlo, por cuanto este concepto no se refiere sólo a reglas y procedimientos médicos; se refiere también a principios, como el principio fundamental que hoy día justifica el castigo del médico cuando no observa las *normas relativas a la relación medico-paciente*. Así esta *extensión de la lex artis a principios, además de técnicas y procedimientos*, hace posible aplicarla aquí a normas relativas a la vida de la madre que en ciertos y determinados casos puede verse afectada. Es decir, un concepto actualizado de la *lex artis* contempla también aspectos normativos que pueden ser incluidos en la solución de los problemas de aborto terapéutico si consideramos que el principio rector de la medicina moderna está determinado por la relación médico-paciente.

En consecuencia, y aplicando los criterios que desarrollamos para la *lex artis*, podemos concluir⁴, respecto del aborto terapéutico, que:

1. *No habrá delito* cuando el médico cumpla con el *elemento normativo*, referido al tipo, de obrar sin abuso, por estar actuando dentro del concepto de *lex artis*: entonces *su conducta será atípica*, pero requerirá consentimiento de la madre o el padre.

2. *Habrá justificación*, cuando obre dentro de la *lex artis*, pero *sin consentimiento* de uno de los padres, o cuando, *habiendo consentimiento*, actúe velando terapéuticamente por *la salud de la madre*, como en casos de inviabilidad del feto.

3. *Habrá exculpación* cuando no se den los requisitos de la justificación, cuando actúe en *error de prohibición*, o en *estado de necesidad exculpante*, o *impulsado por una fuerza moral irresistible*; un ejemplo de este último caso lo encontramos en la actuación contra la voluntad de los padres, pero impulsado por su obligación de salvar la vida de la madre.

En conclusión, el médico que obedece a su paciente y sigue sus instrucciones, después de haberle informado correctamente, no infringe, en ningún caso, la *lex*

³ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República, Sesión 90, en 25 de noviembre de 1974. Talleres Gráficos, Gendarmería de Chile, (Santiago, 1977).

⁴ Cfr. BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. Ob. cit.

artis. En cambio, el médico que, desoyendo a su paciente lo sana, o incluso, lo salva en contra de su voluntad, estaría infringiendo la *lex artis*, y podría verse expuesto a indemnizar, por la vía de demandas civiles que persigan indemnización patrimonial por el daño moral.

El facultativo sólo puede excepcionarse de recabar el consentimiento del paciente en caso de riesgo inmediato grave para la salud o vida del paciente, esto es, en el caso de una urgencia médica, cuando no sea posible conseguir su autorización. Además puede excepcionarse de recabar el consentimiento del paciente, e incluso obrar en contra de su voluntad, en caso de riesgo para la salud pública (enfermedades graves y contagiosas).

Por regla general, entonces, el consentimiento, como parte fundamental de la relación médico-paciente, e integrante esencial de la *lex artis*, debidamente prestado, es causal de atipicidad de la conducta.

Si el consentimiento no puede prestarse, como en el caso de la urgencia, o carece de efecto vinculante, como en los casos de riesgo para la salud pública, la conducta del médico se encuentra justificada en el legítimo ejercicio de su oficio, consagrado en el art. 10 N° 10 del Código Penal.

Por último, y en forma muy excepcional y limitada, el médico puede excepcionarse, a pesar de la realización de un ilícito, al incumplir las normas de la *lex artis*, en los casos de exculpación, pero subsistiendo la responsabilidad civil, a lo menos por el daño moral.

Asimismo, en concordancia con la expresa manifestación de la mayoría de los miembros de la Comisión Constituyente, responsables de la redacción del texto del art. 19 N° 1 de nuestra Carta Fundamental, estimamos que es posible abrir la discusión a otras indicaciones abortivas, tal como lo demostraremos en el trabajo que presentaremos con la publicación de la próxima edición de nuestro “Curso de Derecho Penal”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República, Sesión 90, en 25 de noviembre de 1974. Talleres Gráficos, Gendarmería de Chile, (Santiago, 1977)

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: la *lex artis* y la relación médico-paciente, en, Delito, pena y proceso: libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, (Valparaíso 2008)

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, Curso de Derecho Penal, 3ª edición, Parte Especial T. III, (Santiago, 2011)

CEA EGAÑA, José Luis, El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica, (Valdivia, 1999), pp. 171 y ss.

EVANS, Enrique, Los Derechos constitucionales, T. I, (Santiago 1999), pp. 30 y ss.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, Una dogmática general para los Derechos fundamentales en Chile, en *Revista de Derecho Público* 62 (2000), pp. 179-199