

Moción de los diputados señores Álvarez, Bauer, Forni, Kast, Moreira, Paya, Salaberry, Uriarte, Urrutia y de la diputada señora Marcela Cubillos.

Modifica en el Código Penal el delito de aborto. (boletín N° 2978-07)¹

“Fundamento

Honorable Cámara de Diputados:

El derecho a la vida, cuya protección fundamenta la existencia del tipo penal del aborto se encuentra correctamente garantizado, a todas las personas, en el artículo 19 número 1 de la Constitución Política de la República.

El contenido global del derecho, que reconoce y protege esta básica garantía constitucional, supone que el derecho a la vida se refiere preferentemente al soporte biológico y psíquico del hombre. Por esta razón, es que el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, es el complemento directo de esta misma garantía constitucional.

Pero el constituyente no se contentó con garantizar la vida, sino que además dispuso su protección desde el inicio de esta. Por ello es que también se ordena la protección de la vida del que está por nacer en una clara y enfática condena al aborto.

El bien protegido es la vida; de ello no existe duda alguna, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. Por otra parte, hoy tampoco hay duda, ni científica ni jurídica, en cuanto a que la vida humana se inicia desde la concepción. En ese momento, los gametos dan un salto sustancial en virtud del cual dejan de ser lo que son, comenzando un proceso único e irreversible, el de la vida.

Ello es tan claro para el constituyente que cualquier intento por determinar una época diferente al de la concepción como el del inicio de la vida es, sencillamente, arbitrario y contrario por ello a la norma expresa de la Carta Fundamental que impide o excluye claramente cualquier posibilidad de arbitrariedad. Fundan este razonamiento, hoy, importantes fallos de los tribunales superiores de justicia, y en el orden administrativo, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, nombrar sólo algunas de las instituciones permanentes del Estado.

Pero aún hay más, el Pacto de San José de Costa Rica también conocido como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado internacional suscrito por Chile y vigente (D.O. de 5 de enero de 1991), dispone en su 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 su vida arbitrariamente”.

Las disposiciones positivas de nuestro ordenamiento son prístinas, la vida humana, el sujeto de derecho, las personas como centro de la imputación normativa y detentadoras del derecho a la vida lo poseen desde la concepción, no existe otra interpretación posible ya que no hay nada que interpretar.

¹ Cuenta del proyecto en la sesión N°10 de la Cámara de Diputados (Legislatura N°347) celebrada el día jueves 20 de junio de 2002. Páginas N°50-54.

Piénsese, por ejemplo, en las disposiciones que el propio Código Civil consagra. En primer orden, la misma definición de persona del artículo 55 de ese cuerpo normativo, señala: “Son personas todos los individuos de la especie humana...”, es decir, para ser persona basta, de acuerdo con este juicio universal, ser un individuo y pertenecer a la especie humana, pues bien, ello es justamente lo que ocurre con el producto de la concepción, éste es un individuo, distinto a la madre, y, obviamente, pertenece a la especie humana; es, en consecuencia, persona. La misma disposición luego agrega “...cualquiera sea su sexo, edad, estirpe o condición...” es decir, la misma disposición expresa y categóricamente excluye que un criterio de distinción pueda ser la edad cronológica del individuo que pertenece a la especie humana, para ser considerado persona, de modo tal que éste lo es desde el mismo instante de su concepción. De ello no existe duda.

A mayor abundamiento, nos permitimos recordar la sesión de Sala, de fecha 3 de marzo de 1999, del Senado de la República. En aquella, el tema tratado fue la reforma constitucional que tenía por objeto explicitar la igualdad entre hombres y mujeres. Para ello, se buscaba sustituir en el artículo primero de la Constitución, inciso primero, la expresión “Los hombres” por “las personas”, como finalmente ocurrió. Durante el debate y antes del tiempo de votaciones, el senador Carlos Bombal Otaegui solicitó una aclaración y luego a través del Presidente solicitó un acuerdo a la Sala -que por cierto lo brindó de un modo unánime la Sala del Senado- el que nos permitimos transcribir íntegramente:

“El señor BOMBAL.- Señor Presidente, por su intermedio, quiero solicitar una aclaración previa y, con ello, pedir que se recabe el acuerdo de la Sala en orden a dejar una constancia en actas para la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional que se modifica a través del proyecto en debate.

Mi solicitud de aclaración está destinada al señor presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y dice relación con el hecho de que, con la enmienda propuesta en el N° 1) del artículo único de la iniciativa -sustituye en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental la expresión “Los hombres” por “Las personas”-, en lo sucesivo alguna doctrina podría pretender sostener que sólo se es persona y, por ello, sujeto de derecho el individuo que ha nacido, con lo cual la criatura concebida y no nacida no tendría la calidad de persona.

A mi juicio, dicha aclaración es esencial porque, con la finalidad de evitar la discriminación contra el género femenino eventualmente podríamos estar dando paso a una discriminación peor y más grave”.

El mismo parlamentario, luego agrega:

“Por lo tanto, sobre la base de la aclaración pedida, solicito formalmente a la Mesa que recabe el acuerdo de esta Sala con el objeto de hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento fundamental, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto ya fue zanjado por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19, N° 1, de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que “La Constitución asegura a todas las personas”; es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción.

Al tenor del N° 1 del artículo 19 y del artículo 1° de la Constitución, de aprobarse la reforma de este último, podría darse pie para que la doctrina planteara la existencia de contradicción entre ambas normas fundamentales.

En consecuencia, señor presidente, solicito que así lo acuerde la Sala, pues no basta una simple constancia en actas. Para que el intérprete pueda citar con autoridad la historia fidedigna del establecimiento de la ley, debe basarse en un acuerdo del órgano legislativo con potestad suficiente para crear, interpretar auténticamente, modificar o derogar la norma de que se trata.

Solicito, entonces, que el señor presidente de la Comisión de Constitución efectúe la aclaración pertinente y que, hecha ésta, si procediere, se recabe el acuerdo del Senado en la dirección que señale”.

El presidente, luego de solicitar el acuerdo de la Sala, le concede la palabra al señor presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el senador señor Larraín. “El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, si tenemos presente el objetivo del mensaje -éste señala que se trata de un proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres-, observamos que no se pretende innovar el tenor del actual artículo 1° de la Constitución.

En consecuencia, no parece posible desprender un significado distinto del que hoy tiene la expresión “Los hombres”. De manera que la interpretación del honorable señor Bombal, a mi entender, es correcta.

Creo que si se aprueba este proyecto -parece que así va a ocurrir-, la interpretación dada a la referida norma deberá seguir, porque no se modifica su sentido con la expresión “Las personas”, agregada en la Comisión a sugerencia del senador señor Hamilton. Ese hecho no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la misma iniciativa y no cambia la noción sobre el término “persona”, que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer”.

Así las cosas, el primer objetivo del presente proyecto es restituir la ubicación del delito de aborto en el Código Penal. Aquel, a nuestro entender hoy y bajo un vicio formal de inconstitucional, se ubica como un delito en contra de la moralidad pública y el orden de las familias, debiendo, por todo lo razonado, encontrarse entre los delitos en contra de las personas. Esa misma razón, importa en los hechos un alza en la penalidad. Ello en atención a que el bien jurídico protegido es el mismo y no existe diferencia cualitativa, entre la vida antes y después del parto: ambas son humanas y dignas de idéntica protección.

Con todo, la mayor novedad del proyecto radica en el tratamiento que se propone para la mujer que incurre en el tipo. Quienes patrocinamos este proyecto, consideramos que resulta indispensable asumir que cada vez que ocurre un aborto existen dos víctimas. Una, la criatura que irremediable e injustamente es asesinada, y la otra, la madre, que es conducida a un verdadero callejón sin salida por la falta de oportunidades que se le presenta en su entorno y frente a su particular drama decide abortar.

Creemos firmemente que el reproche penal no es el camino para combatir esta realidad. Por el contrario, nos asiste la convicción de que es necesario dejar de considerar a la mujer victimaria de su prole y concederle la categoría, que de acuerdo con nuestro entender posee y que es la de víctima. No obstante lo anterior, para ello es indispensable mantener el reproche penal del tipo admitiendo siempre una salida.

En ese orden, el proyecto en primer lugar, consagra el arrepentimiento eficaz, como circunstancia eximente de responsabilidad de la mujer que comete aborto o permite que se lo causen y facilita frente a la no-ocurrencia de tal hipótesis, que el juez pueda siempre conmutar la pena privativa de libertad, impuesta a la mujer, por la realización de trabajos determinados a favor de la comunidad, lo que sin duda ayudarán con mayor eficacia la rehabilitación de la misma en torno a la vida.

Por de pronto, esta incorporación de figuras en que la mujer deja de ser victimaria y pasa a ser víctima traerá, a no dudarlo, un efecto secundario extraordinario. Quienes lucran, escandalosamente, con el aborto deberán desde ahora pensarlo muy bien antes de asumir su sanguinaria y lucrativa práctica, ya que sus pacientes podrán en cualquier tiempo arrepentirse y quedando sin pena alguna y sufriendo estos homicidas todo el rigor de la ley.

En suma, honorable Cámara, el proyecto pretende:

1. Trasladar la ubicación del delito de aborto en el Código Penal, desde el Título en que se tratan los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, al Título que se refiere a los delitos contra las personas.
2. Modificar sus penas, en el sentido de aumentar las penas privativas de libertad, y agregar la pena de multa para los terceros que cometan este delito.
3. Incorporar el arrepentimiento eficaz, como circunstancia eximente de responsabilidad de la mujer que comete aborto o permite que se lo causen y facilita frente a la no-ocurrencia de tal hipótesis, que el juez pueda siempre conmutar la pena privativa de libertad, impuesta a la mujer, por la realización de trabajos determinados en favor de la comunidad, lo que sin duda ayudará con mayor eficacia a la rehabilitación de la misma en torno a la vida.

PROYECTO DE LEY:

“Artículo único.- Introdúzcanse las siguientes modificaciones al Código Penal:

1. Intercálase como párrafo 3 del Título VIII del Libro Segundo el párrafo 1 del Título VII del mismo Libro, pasando en consecuencia los artículos 342, 343, 344 y 345 a ser artículos 394 A, 394 B, 394 C y 394 D, respectivamente.

Los actuales párrafos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del referido Título VIII pasarán a ser párrafos 4, 5, 6, 7, 8 y 9, respectivamente.

2. Sustitúyase el artículo 342, que pasa a ser 394 A, por el siguiente:

“Artículo 394 A.- El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

- 1º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de cien a trescientas unidades tributarias mensuales, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
- 2º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, si, aunque no lo ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
- 3º Con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de cien a trescientas unidades tributarias mensuales, si la mujer consintiere.”.

3. Sustitúyase el artículo 344, que pasa a ser 394 C, por el siguiente:

“Artículo 394 C.- La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Con todo, el juez una vez ejecutoriada la sentencia y en atención a su arrepentimiento y compromiso rehabilitador podrá conmutar siempre la pena por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad. La resolución que conmute la pena deberá señalar la naturaleza del trabajo a desempeñar, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento, se preferirá siempre a las instituciones que tengan una clara identificación a favor de la vida del que está por nacer. Se intentará siempre hacer compatible esta conmutación de la pena con la jornada laboral de la condenada, dándose preferencia a fines de semana y festivos para efectuar el trabajo comunitario. El incumplimiento de estas obligaciones hará exigible la sanción originalmente impuesta por el solo ministerio de la ley.

No se aplicará la pena indicada en el inciso anterior, si la mujer, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que la afecta, coopera eficazmente con la autoridad administrativa, policial o judicial, para determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, o para prevenir o impedir la perpetración o consumación del delito de aborto.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos e informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento aludido”.

4. Reemplácese en el artículo 345, que pasa a ser 394 D, la oración “las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado” por la siguiente: “las penas de presidio señaladas en el artículo 394 A, aumentadas en un grado, y multa de cien a quinientas unidades tributarias mensuales”.