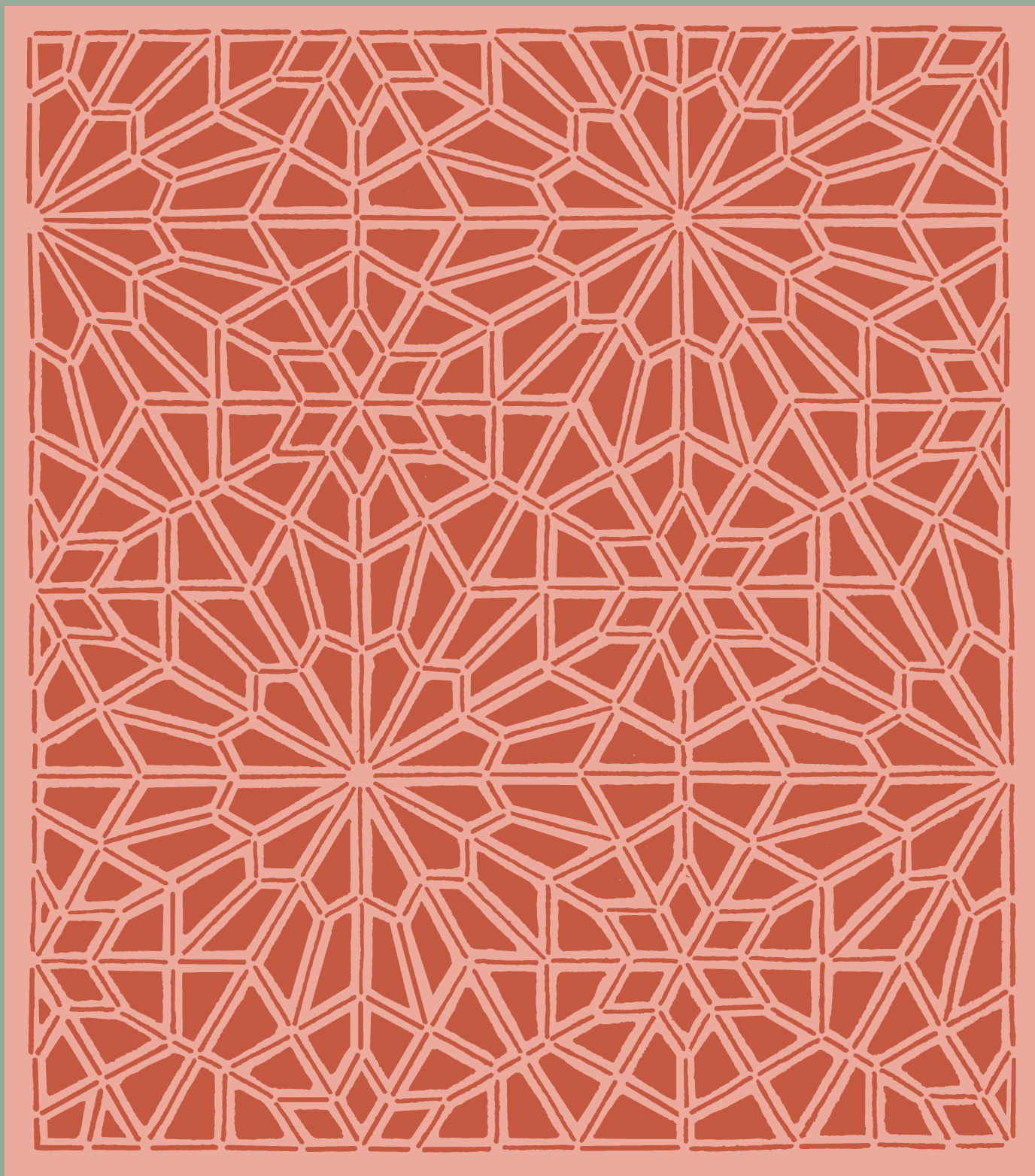
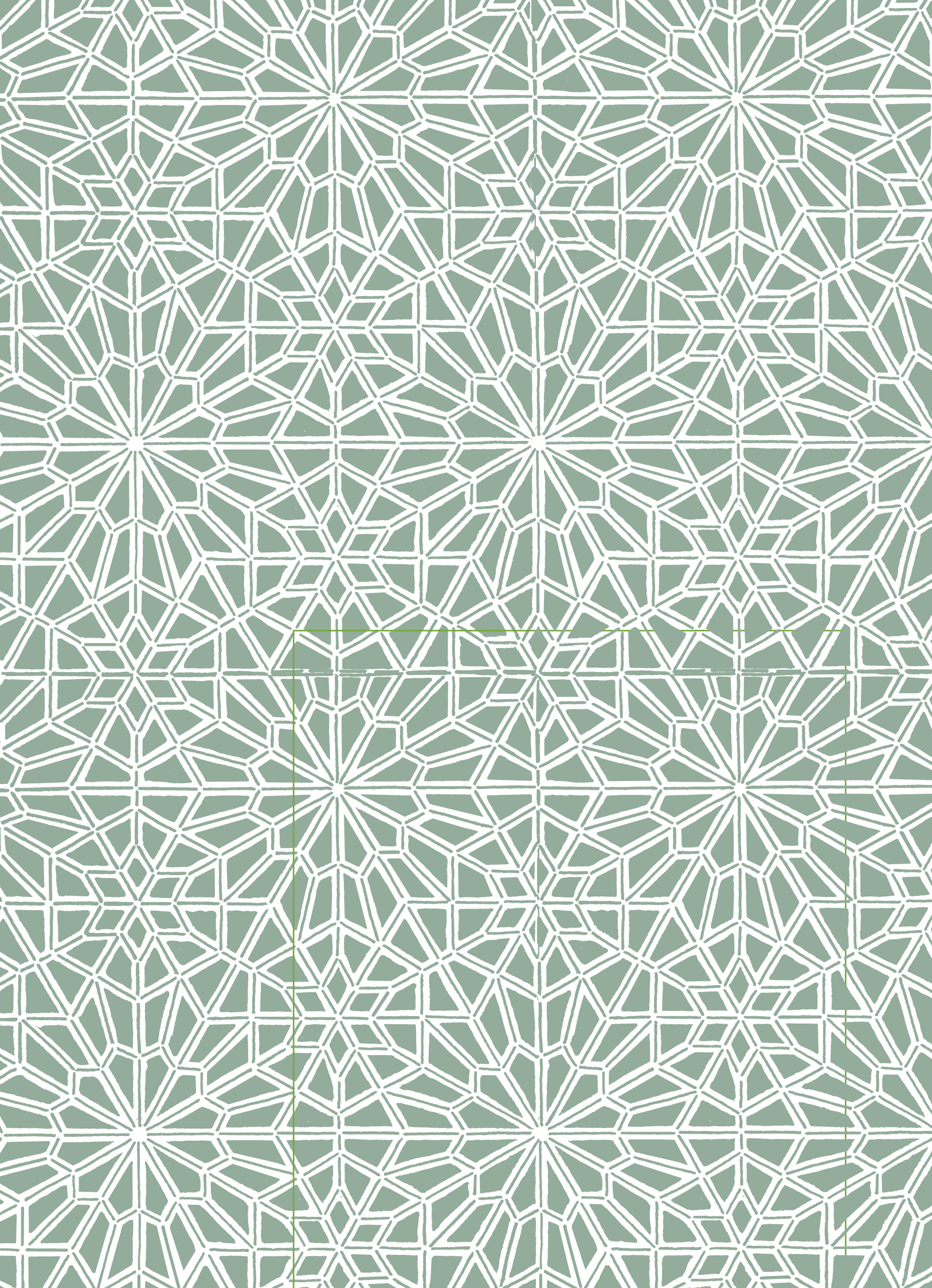
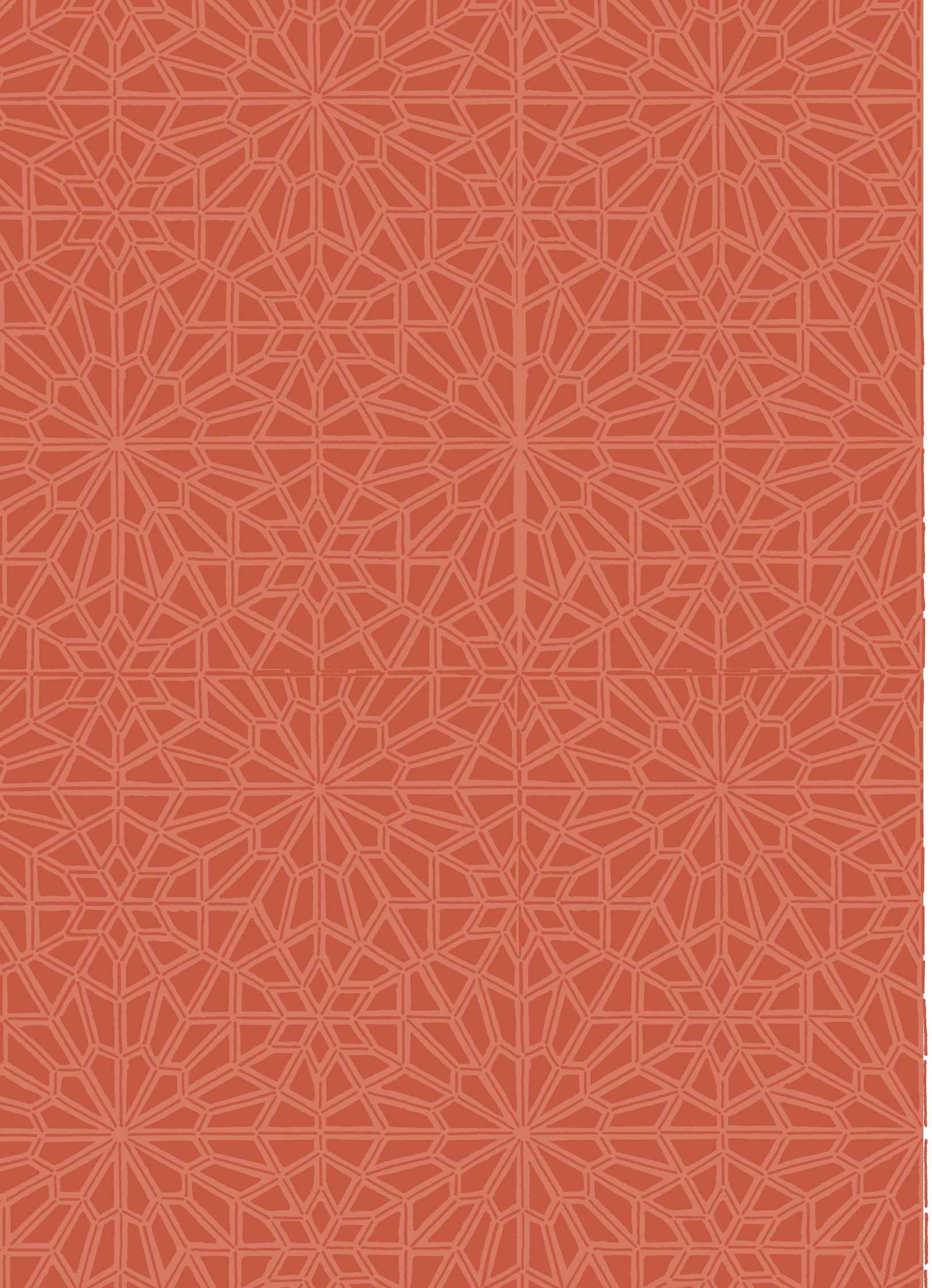


Guía Marco de Defensa Jurídica Derechos Sexuales y Reproductivos





GUÍA MARCO DE DEFENSA JURÍDICA DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS



I. Introducción

La lucha por la despenalización del aborto y su reconocimiento en el contexto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, solo recientemente ha alcanzado un avance con la aprobación de la ley 21.030 que regula la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Sin embargo, en el corto período desde que se inició su implementación han surgido problemas, en particular, considerando el número de objetores de conciencia que sobrepasa el 50% en el país y la falta de principios interpretativos claros de la norma adoptada. Esto último es sin duda la expresión del duro proceso de negociación llevado a cabo, y cuyos claros y sombras se manifiestan en dicha ley.

La falta de información por parte de las mujeres eventuales usuarias del procedimiento, la obstrucción de facultativos o centros asistenciales y la falta de médicos especialistas y/o no objetores, también han sido relevados como problemas por la Mesa de Acción por el Aborto en el monitoreo a la implementación de la Ley 21.030 y por el Estudio sobre Objeción de Conciencia realizado por Corporación Humanas.

Ante ello, hemos querido contribuir, a través de una Guía de Defensa Jurídica de Derechos Sexuales y Reproductivos, a concretar la justicia de género resguardando y defendiendo los derechos de las mujeres en materia de salud reproductiva,

incorporando una ruta de defensa legal y acompañamiento para mujeres bajo la Ley 21.030 y para mujeres cuyos abortos son penalizados en la legislación chilena por no cumplir con los presupuestos establecidos en la respectiva ley.

En esta guía podrán encontrar los principales instrumentos internacionales que configuran estándares y derechos en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, jurisprudencia relevante para la defensa legal y otras resoluciones que emanan de los órganos autorizados para la interpretación de las normas y supervisores del cumplimiento de tratados de derechos humanos. La herramienta que ponemos a su disposición también incorpora una sistematización de la normativa nacional aplicable, estrategias jurídicas diferenciadas según se trate de la aplicación de la Ley 21.030 o de casos de criminalización de mujeres en el marco del Código Penal. Terminamos con un anexo denominado “Mapa de objeción de conciencia en Chile”.

II. Sistema Internacional de los Derechos Humanos

A. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

La noción de derechos humanos se justifica en la idea de que todas las personas tienen derechos por el sólo hecho de ser tales. Si bien su origen descansa en la tradición política occidental, el proceso de internacionalización, a partir de la constitución de las Naciones Unidas, es evidente. A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha venido desarrollando un cuerpo normativo amplio que, a través de la ratificación de distintos pactos y convenciones constituyen hoy parte de la legislación vigente en el país.

Todas las constituciones, incluida la chilena, cuentan con mecanismos para recepcionar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados, los que refuerzan, complementan o agregan derechos que la propia constitución reconoce. En el caso chileno, el Art. 5 de la Constitución de 1980, en su inciso segundo, establece expresamente el deber del Estado de respetar y promover los derechos humanos: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de 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 ello cabe agregar el conjunto de derechos y libertades que esta reconoce en su Art. N° 19.

Los Estados adquieren obligaciones con la ratificación de los instrumentos jurídicos internacionales. Son los llamados a garantizar y respetar los derechos que ellos mismos han reconocido. La comunidad internacional, a través de sus sistemas de protección de los derechos humanos actúa, por tanto, orientándolos en dicho cumplimiento y de manera subsidiaria cuando los Estados se ven en la imposibilidad o no tienen la voluntad política para proteger a las personas ante eventuales violaciones de estos derechos. Así, los Estados deben cumplir de buena fe las sugerencias o recomendaciones que brindan las diferentes instancias de derechos humanos, hacer suyas el sentido y alcance que estos dan a las normas de los tratados y, eventualmente, cumplir con las decisiones que toman frente a las vulneraciones de derechos. Además, frente a los órganos internacionales de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos, los Estados deben rendir cuentas informando de sus avances y desafíos en el cumplimiento de los tratados ratificados y vigentes en el país.

Los principales tratados y convenciones en materia de derechos humanos, además de la Declaración de Derechos Humanos, son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos de la Niñez, la Convención contra la Tortura, otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad y la Convención de Derechos de Personas Adultas Mayores, entre otras. Todas ellas ratificadas por el Estado de Chile.

1. El Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos

Comprende un conjunto de instancias y niveles dentro de Naciones Unidas. Encabezado por el Consejo de Derechos Humanos, organismo creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006, tiene como función evaluar la situación de los derechos humanos de todos los Estados Parte de la Carta de Naciones Unidas y hacer recomendaciones a los Estados involucrados. El principal mecanismo para llevar a cabo esta misión es el Examen Periódico Universal (EPU), en que cada uno de los Estados miembros de Naciones Unidas

son examinados por el Consejo a la luz de sus obligaciones internacionales. Esto se realiza cada cinco años, y culmina con un informe de recomendaciones, cuyo cumplimiento es revisado en el examen siguiente.

El Consejo puede crear procedimientos especiales, que son las llamadas Relatorías Especiales y/o Grupos de Trabajo o de Expertos que informan al sistema sobre temas o países específicos contribuyendo al conocimiento y comprensión de nuevas situaciones de riesgo para la vigencia de los derechos humanos en general o en un país en particular.

Además, cada convención o pacto en materia de derechos humanos crea un órgano de supervisión para el cumplimiento de los derechos que reconoce. Se trata de los órganos de tratados, los que de manera similar al Consejo de Derechos Humanos, realizan exámenes a los Estados y les hacen recomendaciones en particular sobre los temas contenidos en el tratado.

2. El Sistema Interamericano De Derechos Humanos

Adicionalmente, diferentes regiones del mundo han organizado sus propios sistemas de protección, siendo uno de ellos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata de organismos multilaterales que complementan el sistema internacional y que refuerzan, de acuerdo a las particularidades de la región la vigencia de los derechos humanos.

En las Américas y como consecuencia de la adopción de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), el sistema interamericano de derechos humanos está compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH. La CIDH tiene una importante función en la promoción de los derechos humanos, la que realiza a través de informes temáticos y/o visitas a los distintos Estados Parte de la Carta de la OEA. Recibe además las denuncias individuales de ciudadanos que no encuentran la protección necesaria frente a las vulneraciones de sus derechos. Realizan una investigación y determinan si hay fundamento para que la situación sea presentada a la Corte, pudiendo tratar de reparar la violación de derechos cometida a través de un Acuerdo de Solución Amistosa con el Estado denunciado.

Los principales instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),

el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Pacto de San Salvador”, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres “Convención de Belem Do Pará”, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores, entre otras.

B. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

El cimiento base que sostiene todo el sistema universal de derechos humanos es la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, la cual fue redactada como *“un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”,* considerando además que *“los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.* La Declaración Universal, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos.

Los Estados Parte de los tratados internacionales de derechos humanos asumen un conjunto de obligaciones cuando los ratifican. Se trata de las obligaciones de respetar, garantizar, promover y proteger, las que son tales para todos los órganos del Estado. Respetar implica para el Estado una conducta inmediata de no intervención por parte de agentes o funcionarios de Estado en el goce y ejercicio de un derecho. Por su parte, garantizar los derechos humanos significa realizar acciones positivas, concretas, para lograr el goce y ejercicio de los derechos humanos, así como investigar, sancionar y reparar las violaciones perpetradas. La protección supone tomar medidas para que particulares no violen derechos de otros particulares. En este sentido el Estado debe actuar con la debida diligencia y prevenir eventuales situaciones vulneratorias o bien contar con los mecanismos que permitan su resolución. Por último, la obligación de promover los derechos humanos dice relación con la necesidad de avanzar en la consolidación de una cultura de los derechos humanos como base de las sociedades democráticas, a partir de la educación, la información y la prevención general.

C. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos se definen de acuerdo al sustento filosófico que los informa. Pueden ser definidos como derechos subjetivos, expectativas que se otorgan a las personas en relación a la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera la dignidad humana. También pueden ser definidos como derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos, en cuanto personas. Las diferencias filosóficas han llevado a una definición más contingente que señala que aquellas pretensiones constitutivas de los derechos humanos son las que se encuentran fundamentadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En todos los casos, estos derechos o expectativas deben ser protegidas eficazmente por el Estado.

Hay un conjunto de sus características que son propias de los derechos humanos:

- ◆ Son **universales**: Los derechos humanos corresponden a todos los seres humanos por el solo hecho de serlo. Como consecuencia, estos derechos son exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal.
- ◆ Son **inalienables**: Implica una restricción de dominio de los derechos humanos, es decir, no se pueden vender ni transmitir la posesión o el uso de los derechos de ninguna forma.
- ◆ Son **indivisibles**: Los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos merecen la misma atención y urgencia.
- ◆ Son **interdependientes**: Existe una interrelación y dependencia recíproca entre las diferentes categorías de derechos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
- ◆ Son **integrales**: Hay una relación entre derechos en los actos violatorios. Cuando se violenta un derecho es muy probable que también otros sean vulnerados.
- ◆ Son **absolutos**: Los derechos humanos pueden desplazar cualquier otra pretensión moral o jurídica, colectiva o individual, que no tenga el carácter de derecho humano.

También difieren de otros derechos al momento de su aplicación, esto es, a la hora de evaluar el cumplimiento de las obligaciones generales del Estado en relación con un derecho en particular. Los principios que rigen a los derechos humanos son:

◆ **Principio de no discriminación:** Todos los derechos humanos y las propias obligaciones deben ser entendidos y realizados a la luz de dicho principio, el cual debe guiar y limitar la conducta estatal y la de los particulares. Tanto particulares como agentes estatales deben conformar su conducta sin distinguir por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social.

◆ **Principio de progresividad y prohibición de regresividad:** La progresividad implica la gradualidad y el progreso en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. El primero nos señala que la efectividad de los derechos no se logra de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso a largo plazo, y el segundo fija que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. De manera complementaria, la prohibición de regresividad indica que una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá –salvo en ciertas circunstancias justificadas– disminuir el nivel alcanzado.

◆ **Principio de máximo uso de recursos disponibles:** Se encuentra estrechamente vinculado con la progresividad de los derechos y refiere a una asignación apropiada de recursos para la realización de los derechos humanos.

◆ **Principio pro persona:** Frente a la disyuntiva interpretativa de qué alcance darle al derecho, la respuesta es siempre aquella más amplia y, frente a una eventual restricción, la respuesta deberá siempre ser la más restrictiva. Siempre se busca aquello que contribuye a beneficiar a las personas en términos de goce y ejercicio de sus derechos.

D. TRATADOS, ORGANISMOS VIGILANTES Y VIGENCIA EN CHILE

A continuación se presenta un resumen de los tratados y organismos vigilantes respectivos a los que resultará útil recurrir para efectos de contextualizar los estándares internacionales de derechos humanos en materia de aborto, todos con sus respectivos años de ratificación por el Estado chileno.

Tratado	Organismo vigilante	Ratificado por Chile y fecha de publicación
Declaración Universal de Derechos Humanos	-	-
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Comité de Derechos Humanos (CCPR)	Sí. 29 de abril de 1989, incluyendo protocolos adicionales (1992 y 2008).
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)	Sí. 27 de mayo de 1989
Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)	Sí. 12 de noviembre de 1971, incluyendo competencia para recibir denuncias individuales.
Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	Sí. 9 de diciembre de 1989
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	Comité Contra la Tortura (CAT)	26 de noviembre de 1988, incluyendo protocolo adicional (2008).
Convención de los Derechos del Niño	Comité de los Derechos del Niño (CRC)	Sí. 27 de diciembre de 1990, incluyendo protocolos adicionales (2003 y 2015)
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)	Sí. 17 de setiembre de 2008, incluyendo protocolo facultativo.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	-
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	Sí. 5 de enero de 1991.
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)	Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Y Comisión Interamericana de Mujeres (CIM)	Sí. 11 de noviembre de 1998.
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Sí. 26 de noviembre de 1988.
Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Sí. 20 de junio de 2002.
Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	No. Suscrita el 22 de octubre de 2015.

III. Principales Estándares Internacionales En Materia De Aborto

En materia de aborto, cabe referir a un núcleo básico de derechos humanos que los Estados –incluido el Estado de Chile– se encuentran obligados a respetar, promover y garantizar conforme a los tratados internacionales vigentes, y a la interpretación definida por los organismos internacionales competentes. Estos son el derecho a la vida, integridad física y psíquica; el derecho a la salud; el derecho a la vida privada y, por tanto, a la confidencialidad; reforzados todos por el principio de igualdad y no discriminación, pilar del derecho internacional de los derechos humanos.

A. DERECHO A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA

1. Tratados internacional que reconocen este derecho

Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 5: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 4. Derecho a la vida:

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.

Artículo 5. Derecho a la integridad personal:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 6.1: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

2. Interpretación de los órganos de tratado

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) hace un reconocimiento explícito del derecho a la igual dignidad y derechos de las personas a partir de su nacimiento, lo que resulta relevante para fijar el momento en que se reconocen la dignidad humana y la titularidad de derechos a las personas. Ello explícitamente está referido al nacimiento, momento en el que se constituyen como personas.

Pero, si bien es cierto que la titularidad de dignidad y derechos se inicia con el nacimiento, existe una controversia en Chile respecto del alcance del Artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, la frase “*en general, a partir de la concepción*” ha sido entendida por algunos sectores conservadores en el sentido de que la titularidad de derechos se iniciaría al momento de la concepción.

Ahora bien, si recurrimos a los trabajos preparatorios del Pacto de San José, podemos ver que al momento del debate lo que se buscaba entre los Estados partes era resguardar la diversidad de legislaciones en torno al derecho a la vida relativo el momento en el que se reconoce, consensuando otorgar espacio también para aquellas legislaciones que ya en esa época consideraban la posibilidad de la interrupción del embarazo, razón por la que el enunciado citado no podría significar una prohibición del reconocimiento al derecho al aborto.

A esta tensión se suma la que surge del preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño/a que dicta: “*Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “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.”*

Pero es necesario aclarar que dicha expresión en ningún caso podría ser una justificación para prohibir la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo, ya que si bien considera una necesaria protección jurídica previa y posterior al nacimiento, no establece que deba ser exactamente el mismo estatus de protección.

Más aún, para los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, el derecho a la vida no es un derecho absoluto y se han manifestado positivamente respecto a la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias, mostrando coherencia entre la titularidad de derechos y la posibilidad de interrumpir un embarazo. Así, dicha interrupción es justificada en aras de garantizar, entre otros, el derecho a la vida de las mujeres, puesto que para todos los efectos, el producto de la concepción no es considerado persona, circunstancia que se verificaría con el nacimiento.

Este es el razonamiento que utiliza el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida:

“[...] 9. Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción voluntaria del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer o niña embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto. Por lo tanto, las restricciones que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto, una discriminación o interferencia arbitraria en su vida privada. Los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto legal cuando la vida la salud de las mujeres y niñas está en riesgo, o cuando llevar a término el embarazo causaría a la mujer o niña graves dolores o sufrimientos, especialmente cuando el embarazo es producto de violación o incesto, o es inviable. Además, los Estados partes no deben regular el embarazo ni el aborto de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres no tengan que recurrir a abortos inseguros, y en consecuencia, deben revisar sus leyes sobre aborto. [...]” (CCPR/C/GC/36)

A estos fines, el mismo Comité solicita a los Estados, en la Observación General N°28, que brinden información en relación con el acceso al aborto en condiciones de seguridad en casos de violación, y también acerca de las medidas para impedir el aborto y la esterilización forzada. (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)).

En esa misma línea, complementa el Comité contra la Tortura, argumentado que desde la perspectiva de la obligación de los Estados de no permitir el trato cruel, inhumano y degradante ni la tortura para ninguna persona, especialmente mujeres, la prohibición del aborto violaría dicho mandato. Así, recomienda que se *“despenalicen el aborto y garanticen el acceso al aborto legal y seguro, como mínimo en los casos de violación, incesto y deficiencia fetal grave o mortal, y cuando la vida o la salud física o mental de la madre esté en peligro”* (A/HRC/31/57, 2016).

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ya en la Recomendación General N° 24 sobre la mujer y la salud, establece como obligaciones y deberes de los Estados Parte:

“c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos;”

Como conclusión de lo dicho anteriormente, se puede sostener que:

“[...] si bien la CEDAW no contiene una norma expresa en que autorice o prescriba el aborto como ejercicio de un derecho humano de la mujer, el Comité ha interpretado que existe una exigencia en tal sentido bajo ciertas circunstancias, fundándose en la protección de la vida e integridad física y síquica de las mujeres. Por lo mismo, ha señalado en reiteradas oportunidades su preocupación por la existencia de legislaciones excesivamente restrictivas en materia de aborto, particularmente respecto de los casos de violación, incesto y riesgo para la salud o vida de la madre.” (BCN, 2016, p.6)

B. DERECHO A LA SALUD

1. Tratados internacional que reconocen este derecho

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Artículo 10

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Convención sobre Derechos de Niños y Niñas:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios:

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

2. Interpretación de los órganos de tratado

En relación al derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo ha definido en su Observación General N° 14, de la siguiente forma:

“3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no

discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”

“11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.”

“14. La disposición relativa a “la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños” (apartado a) del párrafo 2 del artículo 12) se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información”

“21. [...] El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva.” (E/C.12/2000/4)

Además, en su Observación General N° 22 establece el alcance de la salud sexual y reproductiva, incorporándolo como parte del derecho a la salud, y reconoce también su indivisibilidad respecto de otros derechos humanos:

“1. El derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...]”

“5. El derecho a la salud sexual y reproductiva implica un conjunto de libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva. Entre los derechos cabe mencionar el acceso sin trabas a toda una serie de establecimientos, bienes, servicios e información relativos a la salud, que asegure a todas las personas el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en virtud del artículo 12 del Pacto.”

“10. El derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad. Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

“28. [...]La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva.” (E/C.12/GC/22)

En términos de las obligaciones que deben cumplir los Estados Parte en relación con la salud física y mental, el Comité ha establecido que éstos deben garantizarla específicamente cuando se trata de víctimas de violencia sexual y doméstica, incluyendo entre los servicios de salud mínimos, aquellos destinados a un aborto sin riesgos:

“45. La obligación de cumplir requiere que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y de otro tipo apropiadas para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva . Los Estados deben tener como objetivo asegurar el acceso universal sin discriminación a todas las personas, entre ellas las que pertenezcan a grupos desfavorecidos y marginados, a toda una serie de servicios de atención de la salud sexual y reproductiva de buena calidad, en particular la atención de la salud materna; la información y los servicios de anticoncepción; la atención para el aborto sin riesgo; y la prevención, el diagnóstico y el tratamiento de la infertilidad, los cánceres del aparato reproductor, las infecciones de transmisión sexual y el VIH/SIDA, en particular con medicamentos genéricos. Los Estados deben garantizar la atención de la salud física y mental a las víctimas de la violencia sexual y doméstica en todas las situaciones, en particular el acceso a servicios de prevención posterior a las agresiones, anticonceptivos de emergencia y servicios de aborto sin riesgo.” (E/C.12/GC/22)

Y en lo relativo a no discriminación en materia de derecho a la salud, agrega:

“34. Los Estados partes tienen la obligación de eliminar la discriminación contra las personas y grupos y de garantizar su igualdad por lo que respecta al derecho a la salud sexual y reproductiva. Ello requiere que los Estados deroguen o reformen las leyes y las políticas que anulen o menoscaban la capacidad de personas y grupos determinados para hacer efectivo su derecho a la salud sexual y reproductiva. Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto.”(E/C.12/GC/22)

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General N° 24 sobre la mujer y la salud, establece como obligaciones y deberes de los Estados Parte:

“14. La obligación de respetar los derechos exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud [...] como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones”.

Luego, también se refiere al acceso a la salud en materia de derechos sexuales y reproductivos en la Recomendación General N° 35 relativa a violencia por razones de género contra la mujer, expresando:

“18. Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante. (CEDAW/C/GC/35)

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño/a en relación al derecho a la salud ha señalado que:

“56. En vista de las altas tasas mundiales de embarazo en la adolescencia y de los consiguientes riesgos de morbilidad y mortalidad, los Estados han de velar por que los sistemas y servicios sanitarios puedan atender las necesidades de los adolescentes en materia de salud sexual y reproductiva, incluso mediante servicios de planificación familiar y aborto en condiciones de seguridad. Los Estados deben procurar que las niñas puedan tomar decisiones autónomas y fundamentadas sobre su salud reproductiva. Debe prohibirse la discriminación de las adolescentes que se quedan embarazadas, como cuando se las expulsa de la escuela, y deben ofrecerse oportunidades de educación permanente.” (CRC/C/GC/15)

Recomienda asimismo que en el caso de niñas y adolescentes, junto con facilitar la información y acceso a métodos de anticoncepción, garanticen el acceso al aborto como parte del ejercicio del derecho a la salud aun cuando este no sea legal:

“69 [...] Los Estados deben velar por que no se prive a los adolescentes de ninguna información o servicios en materia de salud sexual y reproductiva como consecuencia de objeciones de conciencia de los proveedores.”

“70. Los métodos anticonceptivos a corto plazo, como los preservativos, los métodos hormonales y los anticonceptivos de emergencia, deben estar a disposición inmediata de los adolescentes sexualmente activos. También deben

facilitarse métodos anticonceptivos permanentes y a largo plazo. El Comité recomienda que los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal.” (CRC/C/GC/15)

Finalmente, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2016), destaca:

“44. En otros casos, las mujeres y las niñas se enfrentan a considerables dificultades para acceder a los servicios de aborto legal por las trabas administrativas y burocráticas, la negativa por parte de los profesionales sanitarios a respetar los protocolos médicos que garantizan los derechos jurídicos, así como por las actitudes negativas y la incompetencia o el desinterés oficiales (A/HRC/22/53). Denegar el acceso al aborto seguro y someter a las mujeres y niñas a actitudes humillantes y sentenciosas en esas situaciones de extrema vulnerabilidad y en las que es esencial acceder en el plazo debido a la asistencia sanitaria equivale a tortura y malos tratos. Los Estados tienen la obligación afirmativa de reformar las leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad. Sigue siendo motivo de preocupación que se limite o se condicione el acceso a la asistencia médica en los abortos, especialmente cuando se niega tal asistencia con el fin intolerable de imponer un castigo u obtener una confesión (A/HRC/22/53). En particular, la práctica de obtener confesiones, para emplearlas en juicios, de mujeres que precisan asistencia médica urgente tras haberles practicado un aborto clandestino es constitutiva de tortura o malos tratos.” (A/HRC/31/57)

C. DERECHO A LA VIDA PRIVADA

1. Tratados internacional que reconocen este derecho

Declaración universal de los derechos humanos:

Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias en su domicilio o su correspondencia.

(...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 11

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, en la de su familia, en su correspondencia, (...) 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer:

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

2. Interpretación de los órganos de tratado

El derecho a la privacidad contemplado en los tratados internacionales consideran, en primer lugar, el derecho a vivir exento de injerencias o agresiones ilegales o arbitrarias de parte de terceros o de órganos estatales y, por otro lado, el derecho a construir y desarrollar la vida según las propias creencias y convicciones, incluyendo en este ámbito las decisiones sobre las decisiones sexuales y reproductivas. En este sentido, la salud reproductiva es parte de la esfera privada y, por tanto, del espacio de la toma de decisiones en torno a la sexualidad y reproducción.

Así se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, expresando que:

“20. ...Otro ámbito en que puede ocurrir que los Estados no respeten la vida privada de la mujer guarda relación con sus funciones reproductivas, como ocurre, por ejemplo, cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos. En esos casos, pueden estar en juego también otros derechos amparados en el Pacto, como los previstos en los artículos 6 y 7. [...]” (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I))

Asimismo, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez (2013), expresa:

“46. Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género. Ejemplos de esas violaciones son el maltrato y la humillación en entornos institucionales; las esterilizaciones involuntarias; la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto; las esterilizaciones y abortos forzosos; la mutilación genital femenina; las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales; y la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto” (A/HRC/22/53)

En 2016, el Relator Especial de Naciones Unidas para la Tortura, en el informe de 5 de enero de 2016 señaló que los Estados no pueden supeditar el acceso a la salud por interrupción del embarazo a la confesión de las mujeres que lo habían practicado clandestinamente entendiéndose que esta práctica podría ser constitutiva de tortura, tratos crueles o degradantes. Además, previno a los Estados de utilizar las confesiones extraídas de esta forma en juicios e incluso la obligación de anular las condenas obtenidas bajo coacción.

Expresa el párrafo 44:

“[...] Los Estados tienen la obligación afirmativa de reformar las leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad. Sigue siendo motivo de preocupación que se limite o se condicione el acceso a la asistencia médica en los abortos, especialmente cuando se niega tal asistencia con el fin intolerable de imponer un castigo u obtener una confesión (A/HRC/22/53). En particular, la práctica de obtener confesiones, para emplearlas en juicios, de mujeres que precisan asistencia médica urgente tras haberseles practicado un aborto clandestino es constitutiva de tortura o malos tratos.” (A/HRC/31/57)

En virtud de estos estándares, podemos afirmar que la denuncia de mujeres por parte de los profesionales de la salud cuando presentan supuestos signos de aborto, constituye una violación del derecho a la vida privada, además de una violación al derecho a no autoincriminarse, generando un temor que muchas veces disuade a las mujeres de acercarse a centros de atención médica oportunamente.

D. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

1. Tratados internacional que reconocen este derecho

Declaración universal de los derechos humanos:

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 7.

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Convención Americana de Derechos Humanos:

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.

Artículo 24.

Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 2.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los

hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 10: Protección de las madres, a la familia y niños y adolescentes.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier

discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación:

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

2. Interpretación de los órganos de tratado

Los tratados internacionales configuran sus estándares siempre desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación, en particular, entre hombres y mujeres. Por esta razón se establece y recomienda medidas a tomar por los Estados que permitan erradicar las formas de discriminación en el trato, la atención y el acceso a estos estándares en materia de derechos sexuales y reproductivos.

De esta forma y de manera general, la Observación General N°18 del Comité de Derechos Humanos, afirma:

“1. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.”

“6. El Comité toma nota de que en el Pacto no se define el término “discriminación” ni se indica qué es lo que constituye discriminación. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se establece que la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. De igual manera, en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se establece que la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

Por otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General N° 28, relativa al artículo 2 del tratado que vigila, se ha manifestado sobre los alcances de la igualdad y no discriminación:

“3. La Convención forma parte de un amplio marco jurídico internacional de derechos humanos cuyo objetivo es asegurar el goce de todos los derechos humanos por todas las personas y eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer por motivos de sexo y género.”

“9. Según el artículo 2, los Estados partes deben ocuparse de todos los aspectos de sus obligaciones jurídicas en virtud de la Convención para respetar, proteger y hacer cumplir el derecho de la mujer a la no discriminación y al goce de la igualdad. La obligación de respetar requiere que los Estados partes se abstengan de elaborar leyes, políticas, normas, programas, procedimientos administrativos y estructuras institucionales que directa o indirectamente priven a la mujer del goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en pie de igualdad con el hombre. La obligación de proteger requiere que los Estados partes protejan a la mujer contra la discriminación por parte de actores privados y adopten medidas directamente orientadas a eliminar las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que alimenten los prejuicios y perpetúen la noción de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y los roles estereotipados de los hombres y las mujeres. La obligación de cumplir requiere que los Estados partes adopten una amplia gama de medidas para asegurar que la mujer y el hombre gocen de jure y de facto de los mismos derechos, incluida, cuando proceda, la adopción de medidas especiales de carácter temporal de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general Nº 25 relativa a las medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). Esto entraña obligaciones en cuanto a los medios o las conductas y obligaciones en cuanto a los resultados. Los Estados partes deben tener en cuenta que han de cumplir con sus obligaciones jurídicas con todas las mujeres mediante la formulación de políticas, programas y marcos institucionales de carácter público que tengan por objetivo satisfacer las necesidades específicas de la mujer a fin de lograr el pleno desarrollo de su potencial en pie de igualdad con el hombre.” (CEDAW/C/GC/28)

También hace una alusión específica a como este principio de igualdad y no discriminación se entiende respecto de la igualdad de derechos de las niñas, afirmando:

“21. En particular, los Estados partes están obligados a promover la igualdad de los derechos de las niñas, dado que están comprendidas en la comunidad más amplia de las mujeres y son más vulnerables a la discriminación en el acceso a la educación básica, así como a la trata de personas, el maltrato, la explotación y la violencia. Todas estas situaciones de discriminación se agravan cuando las víctimas son adolescentes. Por lo tanto, los Estados deberán prestar atención a las necesidades específicas de las niñas (adolescentes) ofreciéndoles educación sobre salud sexual y reproductiva y llevando a cabo programas para prevenir el VIH/SIDA, la explotación sexual y el embarazo precoz” (CEDAW/C/GC/28)

IV. Jurisprudencia Internacional

Las cortes internacionales y los comités de vigilancia de los tratados de derechos humanos, en muchos casos se han convertido en la única opción de denuncia y reparación para mujeres que han sido víctimas de violación de sus derechos reproductivos. Este ejercicio en sede internacional ha permitido establecer estándares cada vez más claros respecto a las normativas nacionales que deben adoptarse en materia de aborto. Esto ha permitido un desarrollo más profundo de las exigencias y desafíos que tienen actualmente los Estados en materia de derechos humanos en general y de derechos sexuales y reproductivos en particular.

A continuación se presentan algunos casos abordados en sede internacional que refieren al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, derecho a la vida privada, derecho a la salud, a la vida y la integridad física y psíquica, que pueden resultar de utilidad para las defensas en estas materias.

A. COMITÉ CEDAW, 2005: VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2, 7, 17 Y 24 DEL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Causa	Comité de Derechos Humanos. Comunicación N° 1153/2003, K. L. vs Perú Dictamen de 24 de octubre de 2005 CCPR/C/85/D/1153/2003
Hechos	<p>La autora quedó embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años de edad. El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, dependiente del Ministerio de Salud. Del examen se estableció que se trataba de un feto anencefálico.</p> <p>El 3 de julio de 2001, el Doctor Ygor Pérez Solf, médico ginecobstetra del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, informó a la autora sobre la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo. El doctor Pérez le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. La autora decidió interrumpir el embarazo, por lo cual se le practicaron los estudios clínicos necesarios, los cuales confirmaron el padecimiento del feto.</p> <p>El 24 de julio de 2001, el Doctor Maximiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital, respondió por escrito, que no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir a las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido.</p> <p>El 16 de agosto de 2001, la Señora Amanda Gayoso, Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, realizó una evaluación del caso y concluyó que se recomendaba la intervención médica para interrumpir el embarazo “ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia”. Sin embargo, la intervención no se realizó debido a la negativa de los funcionarios médicos adscritos al Ministerio de Salud.</p> <p>El 20 de agosto de 2001, la Doctora Marta B. Rendón, médico psiquiatra adscrita al Colegio Médico Peruano rindió un informe médico psiquiátrico de la autora, concluyendo que: “el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre,</p> <p>El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto a la fecha normalmente prevista para el parto, la autora dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; periodo durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la autora se sumió en un estado de profunda depresión.</p>
Normas invocadas	Artículos 2, 3, 6, 7, 17, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dictámen

El Comité considera que las alegaciones de la autora relativas a una presunta violación de los artículos 3 y 26 del Pacto no han sido debidamente fundamentadas, ya que la autora no ha traído a la consideración del Comité elementos de juicio sobre los hechos ocurridos que pudieran establecer algún tipo de discriminación a los que se refieren los artículos citados.

El Comité observa que la autora acompañó una declaración médica que acredita que debido a su embarazo estuvo sujeta a un riesgo vital. Además, quedó con secuelas psicológicas severas acentuadas por su situación de menor de edad, como lo estableció el dictamen psiquiátrico del 20 de agosto de 2001. El Comité nota que el Estado parte no ha presentado ningún elemento para desacreditar lo anterior. El Comité observa que las autoridades estaban en conocimiento del riesgo vital que corría la autora, pues un médico ginecoobstetra del mismo hospital le había recomendado la interrupción del embarazo, debiendo realizarse la intervención médica en ese mismo hospital público. La negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora. La autora señala que no contó con un recurso eficaz para oponerse a tal decisión. A falta de cualquier información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora.

La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001, que establece el estado de profunda depresión en la que se sumió y las severas repercusiones que esto le trajo, teniendo en cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar [...] En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto.

La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el

embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.

para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.

La autora alega una violación del artículo 24 del Pacto, ya que no recibió del Estado parte la atención especial que requería en su condición de menor de edad. El Comité observa la vulnerabilidad especial de la autora por ser menor de edad. Nota además que, ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora en el sentido de que no recibió, ni durante ni después de su embarazo, el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas de su caso. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examinan revelan una violación del artículo 24 del Pacto.

La autora alega haber sido objeto de violación del artículo 2 porque no contó con un recurso adecuado. Ante la falta de información del Estado parte el Comité considera que debe otorgar el peso debido a las alegaciones de la autora en cuanto a la falta de un recurso adecuado y concluye, por consiguiente, que los hechos examinados revelan igualmente una violación del artículo 2 en relación con los artículos 7, 17 y 24 del Pacto.

El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto.

B. COMITÉ CEDAW, 2009: VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2 C) Y F), 3, 5 Y 12, JUNTO CON EL ARTÍCULO 1, DE LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

<p>Causa</p>	<p>Comité CEDAW Comunicación No 22/2009, L.C. vs Perú Dictamen de 25 de noviembre de 2011 CEDAW/C/50/D/22/2009</p>
<p>Hechos</p>	<p>L. C. reside en el distrito de Ventanilla, provincia del Callao. Cuando tenía 11 años, J. C. R., un varón de aproximadamente 34 años, comenzó a abusar sexualmente de ella. Como consecuencia, a los 13 años quedó embarazada y, aquejada de depresión, intentó suicidarse el 31 de marzo de 2007 arrojándose desde un edificio. Trasladada al hospital público Daniel Alcides Carrión, se le diagnosticó “traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa”, con “riesgo de discapacidad permanente” y “riesgo de deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física”. Se recomendó intervención quirúrgica.</p> <p>El 4 de abril el hospital realizó una evaluación psicológica a L. C., durante la cual ella reveló que los abusos sexuales sufridos y el miedo a estar embarazada fueron las causas de su intento de suicidio. Al día siguiente se le realizó un examen ginecológico y se constató el embarazo. Los informes diarios del estado de salud de L. C., del 2 al 12 de abril de 2007, registran el riesgo que existía tanto de desarrollar infecciones como de no poder evitar su deterioro cutáneo debido al estado de absoluta postración y al deterioro de su movilidad física.</p> <p>El 18 de abril de 2007, la autora, previa consulta con su hija, solicitó a la dirección del hospital que se practicara una interrupción legal del embarazo conforme al artículo 119 del Código Penal². En su solicitud, mencionó una conversación que había mantenido el 13 de abril de 2007 con el Jefe del Departamento de Neurocirugía, en la que este le informó de que no podía operar a L. C. porque estaba embarazada. Alegó que el embarazo ponía en peligro de manera grave y permanente la vida, la salud física y psicológica y la integridad personal de L. C., y que la intervención quirúrgica de columna no se realizaría si el embarazo continuaba.</p> <p>Ante la excesiva demora de las autoridades hospitalarias en responder a la solicitud, la autora buscó la asesoría de la organización no gubernamental Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), que el 15 de mayo de 2007 puso el caso en conocimiento de la Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer, de la Defensoría del Pueblo. El 30 de mayo de 2007, 42 días después de presentada la solicitud de aborto terapéutico, la Junta Médica del hospital desestimó la petición por considerar que la vida de la paciente no estaba en peligro.</p>

	<p>El 7 de junio de 2007, cuando L. C. estaba embarazada de 16 semanas, la autora presentó un recurso de reconsideración de opinión ante la Junta Médica del hospital respecto de la interrupción de la gestación, al que se adjuntó el informe del Colegio Médico (constata riesgo de salud de la menor) y en el que se enfatizó el grave e inminente riesgo en que se encontraba la salud de la menor, tanto física como mental, únicos requisitos establecidos por el Código Penal para permitir la interrupción legal del embarazo.</p> <p>El 16 de junio de 2007, L. C. sufrió un aborto espontáneo. El 27 de junio de 2007, el director del hospital dio respuesta a la solicitud de reconsideración de la decisión de no interrumpir el embarazo presentada por la autora, señalando que “no se admite reconsideración ya que son decisiones tomadas por los diversos especialistas que evaluaron a la menor”.</p> <p>El 11 de julio de 2007, L. C. fue operada de sus lesiones de columna, casi tres meses y medio después de que se decidiera la necesidad de la intervención. El 31 de julio de 2007 fue dada de alta. El informe médico correspondiente señalaba que L. C. requería terapia física y rehabilitación intensiva en el Instituto Nacional de Medicina Física y Rehabilitación. Sin embargo, dicha terapia no comenzó hasta el 10 de diciembre de 2007 [...]</p> <p>L. C. permaneció en el Instituto Nacional de Rehabilitación durante dos meses, pero tuvo que abandonar el tratamiento por falta de medios. En la actualidad se encuentra paralizada desde el cuello para abajo y solo ha recuperado parcialmente la movilidad de las manos. Depende de una silla de ruedas para moverse y de terceros para satisfacer todas sus necesidades. Se encuentra conectada a una sonda que le deben cambiar cinco veces al día en condiciones higiénicas de esterilización total, lo que le impide acudir a un centro de enseñanza. La autora afirma que la situación de la familia es dramática. Ella no puede trabajar porque L. C. requiere cuidados constantes, y el costo de los medicamentos y el material de asistencia que necesita suponen una dura carga para la economía familiar. Los hermanos de L. C. tuvieron que abandonar sus estudios y comenzar a trabajar.</p> <p>[...]</p>
Normas invocadas	Artículos 1, 2 c) y f), 3, 5, 12 y 16 e) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Dictámen

El Comité recuerda que L. C. quedó embarazada a los 13 años de edad de resultas de repetidos abusos sexuales y que más tarde trató de suicidarse en el Estado parte, donde la ley no autoriza el aborto por causa de violación o abuso sexual. El Comité debe decidir si la negativa del hospital a realizar el aborto terapéutico a L. C. previsto en el artículo 119 del Código Penal y la programación tardía de su operación de columna dieron lugar a una violación de sus derechos a tenor de la Convención.

[...] El Comité considera que el Estado parte no ha rebatido las alegaciones de la autora, por lo que parte de la premisa de que existe una relación directa entre el retraso de la operación quirúrgica, cuya necesidad no puede ser puesta en duda, y el embarazo de L. C.

El Comité recuerda las obligaciones que incumben al Estado parte con arreglo al artículo 12, según el cual ha de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, el acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Recuerda también su Recomendación general Nº 24, que, en su condición de instrumento interpretativo autorizado en relación con el artículo 12, establece que “la negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria” (párr. 11). La recomendación señala igualmente que “el deber de los Estados partes de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio. Los Estados partes han de garantizar el cumplimiento de esas tres obligaciones en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas. Además los Estados partes deben establecer un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales. El hecho de no hacerlo constituirá una violación del artículo 12” (párr. 13).

El Comité observa que, al día siguiente de su ingreso en el hospital, a L. C. se le diagnosticó un riesgo de discapacidad permanente y un deterioro de la integridad cutánea debido a la inmovilidad física. En consecuencia, los médicos programaron la intervención quirúrgica de columna para el 12 de abril de 2007. En esta fecha las autoridades hospitalarias informaron a la autora de que la intervención había sido aplazada, y al día siguiente le comunicaron verbalmente que la razón era el posible peligro para el feto. Hasta el 12 de abril de 2007 el hospital no informó de que L. C. sufría una infección ni de ninguna otra circunstancia que impidiera la intervención. En los días posteriores su estado

de salud se agravó, deteriorándose su integridad cutánea, movilidad y estado de ansiedad, hasta que el 23 de abril de 2007 se constató la presencia de una úlcera, con infección de la piel. De la información contenida en el expediente resulta incuestionable que la intervención quirúrgica era necesaria; que la misma debía realizarse cuanto antes, como demuestra el hecho de que su realización se había programado inicialmente para pocos días después del ingreso de L. C. en el hospital; que con posterioridad al 12 de abril de 2007 surgieron complicaciones en su estado de salud que motivaron el retraso de la operación, la cual no se efectuó hasta el 11 de julio de 2007; y que los médicos calificaron el embarazo como “de alto riesgo, lo que genera elevación de la morbilidad materna”

El Comité observa que la Ley General de Salud del Perú N° 26842, de 9 de julio de 1997, derogó el procedimiento para el aborto terapéutico y creó un vacío jurídico, porque no prevé ningún procedimiento para solicitar el aborto terapéutico autorizado por el artículo 119 del Código Penal.

El Comité observa igualmente que los informes de la Junta Médica proporcionados por el Estado parte no se pronunciaron sobre las posibles consecuencias que tendría en la salud física y mental de la paciente la continuación del embarazo, a pesar de que, en las fechas que estos se emitieron, estaba pendiente la solicitud de aborto terapéutico formulada por la autora con arreglo al artículo 119 del Código Penal. Esta disposición autoriza el aborto terapéutico para evitar un daño grave y permanente en la salud de la madre. Además, el rechazo por parte de los médicos del hospital a la interrupción del embarazo contrasta con la opinión del Colegio Médico que, el 7 de mayo de 2007, llegó a la conclusión de que existían argumentos suficientes para afirmar que, de continuar el embarazo, la salud física y mental de la niña estaba en grave riesgo, por lo que se justificaba un aborto terapéutico. El Comité observa también que la Junta Médica del hospital se negó a interrumpir el embarazo por considerar que la vida de L. C. no estaba en peligro, pero no tuvo en cuenta el daño para su salud, incluida la salud mental, que es un derecho protegido por la Constitución peruana

En vista de lo que precede, el Comité considera que, debido a su condición de mujer embarazada, L. C. no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería. Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto terapéutico. Ello resulta tanto más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales. El intento de suicidio demuestra el grado de sufrimiento mental por el que pasó como consecuencia de los abusos. Por lo tanto, el Comité considera que los hechos descritos configuran una violación de los derechos que asisten a L. C. en

virtud del artículo 12 de la Convención. Considera también que los hechos ponen de manifiesto una violación del artículo 5 de la Convención, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre.

En relación con las alegaciones de una posible violación de los artículos 2 c) y f), el Comité recuerda su jurisprudencia con arreglo a la cual, si bien reconoce que el texto de la Convención no hace referencia expresa al derecho a un recurso, considera que ese derecho queda implícito, en particular en el artículo 2 c), conforme al cual los Estados partes se comprometen a “establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación” 12 . Además, en virtud del artículo 2 f) leído conjuntamente con el artículo 3, el Estado parte está obligado a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes existentes que constituyan discriminación contra la mujer. El Comité observa que la Junta Médica del hospital tardó 42 días en tomar una decisión sobre la solicitud de aborto presentada por la autora, y el director del hospital otros 20 en responder a la solicitud de reconsideración. Además, como ya se ha indicado anteriormente, el recurso de amparo no constituía una vía judicial eficaz para proteger el derecho de la autora a la atención médica adecuada. El Comité observa igualmente las alegaciones de la autora relativas a la ausencia de regulaciones legislativas y reglamentarias de acceso al aborto terapéutico en el Estado parte, lo que tiene como consecuencia que cada hospital determine arbitrariamente, entre otros, los tipos de requisitos necesarios, el procedimiento a seguir, dentro de qué plazos se debe resolver y la importancia a otorgar a la opinión de la madre. Estas alegaciones no han sido rebatidas por el Estado parte.

[...] A la luz de la información contenida en el expediente, el Comité estima, en particular, que la tardanza de las autoridades hospitalarias en resolver la solicitud tuvo consecuencias nefastas para la salud física y mental de L. C. Por consiguiente, considera que L. C. no dispuso de un recurso efectivo y que los hechos expuestos dieron lugar a una violación del artículo 2 c) y f) de la Convención.

El Comité observa que el hecho de que el Estado parte no protegiera los derechos reproductivos de la mujer ni promulgara leyes para reconocer el aborto por causa de abuso sexual o violación contribuyó a la situación en que se encuentra L. C. Observa también que el Estado parte es responsable de que no se haya reconocido el peligro que corría L. C. de quedar permanentemente discapacitada, junto con el grave riesgo que representaba el embarazo para su salud física y mental, y de no haberle proporcionado los servicios médicos adecuados, a saber, una intervención quirúrgica a tiempo en la columna vertebral y un aborto terapéutico, que el Código Penal autoriza en esos casos. L. C. ha sufrido dolores físicos y psíquicos considerables. Su familia también ha padecido daños morales y materiales. Después de su aborto espontáneo de 16 de junio de 2007, se le practicó una operación quirúrgica en la columna vertebral el 11 de julio de 2007, casi tres meses y medio después de que el Jefe del Departamento de Neurocirugía recomendase una intervención urgente. Aunque los informes médicos señalaron que L. C. necesitaba terapia física intensiva y rehabilitación después de la operación, no se le proporcionó la necesaria rehabilitación física y ayuda psicológico/psiquiátrica hasta varios meses después de efectuada la intervención esto es a partir del 10 de diciembre de 2007. Tras estar ingresada dos meses en el Instituto Nacional de Rehabilitación, L. C. tuvo que abandonar el tratamiento por falta de medios financieros. El Comité observa que L. C., una joven de 16 años de edad en el momento de presentarse la comunicación, está paralizada del cuello para abajo, salvo algunos movimientos parciales de las manos. Se desplaza en silla de ruedas y necesita cuidados constantes. No puede proseguir su educación y su familia vive en condiciones precarias. Su madre (la autora), que tiene que atender continuamente a L. C., no puede trabajar. Además, el costo de los medicamentos y el material de asistencia que necesita L. C. representan una excesiva carga financiera para la familia.

Actuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 7, párrafo 3, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité considera que el Estado parte no ha cumplido sus obligaciones y, por tanto, ha violado los derechos de L. C. establecidos en los artículos 2 c) y f), 3, 5 y 12, junto con el artículo 1, de la Convención. En consecuencia, formula las siguientes recomendaciones para el Estado parte.

[...]

C. CEDH, 2012: VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2, 5 Y 8 DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Causa	<p>Corte Europea de Derechos Humanos Requerimiento N° 57375/08, P. y S. vs Polonia. Dictamen de 30 de octubre de 2012 https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-114098%22</p>
Hechos	<p>Las solicitantes nacieron en 1993 y 1974 respectivamente y viven en Lublin.</p> <p>El 9 de abril de 2008, la primera solicitante fue con un amigo a la Unidad de Atención Médica de la Universidad Pública en Lublin. Dijo que había sido violada el 8 de abril de 2008 por un niño de su misma edad. El personal médico le dijo que no podían examinarla ni proporcionarle asistencia médica porque era menor de edad y era necesario el consentimiento de su tutor legal. El Dr. ED denunció el caso a la policía y notificó a los padres del primer solicitante.</p> <p>Más tarde ese día, después de informar que se había cometido un delito de violación, los solicitantes asistieron al Hospital Universitario Público no. 4 en Lublin, acompañado por una mujer policía. La segunda demandante dio su consentimiento para que se realizara un examen de su hija. El primer solicitante estaba en estado de shock emocional. En el hospital, se le ofreció ayuda psicológica. Los moretones en su cuerpo fueron confirmados por un médico de familia varios días después de que ocurriera el supuesto evento, entre el 9 y el 14 de abril de 2008.</p> <p>La violación resultó en embarazo. Los solicitantes decidieron juntos que un aborto sería la mejor opción, considerando que el primer solicitante era un menor muy joven, que el embarazo era el resultado de una relación sexual forzada y que quería continuar su educación [...]</p> <p>El 20 de mayo de 2008, el Fiscal del Distrito, refiriéndose a la sección 4 (a), punto 5, <i>en la multa</i> de la Ley de Planificación Familiar (Protección del feto humano y las condiciones que permiten la interrupción del embarazo) ("la Ley de 1993") (véase el párrafo 54 a continuación) emitió un certificado que indica que el embarazo de la primera solicitante fue el resultado de relaciones sexuales ilegales con un menor de 15 años.</p> <p>El segundo solicitante fue al Hospital del Ministerio de Asuntos Internos y Administración de Lublin para solicitar una derivación para un aborto.</p> <p>Allí se le aconsejó contactar al Dr. O., el consultor regional de ginecología y obstetricia. Otros médicos a quienes el segundo solicitante contactó en privado también opinaron que era necesaria una referencia del consultor regional. [...]</p>

El segundo solicitante luego contactó al Dr. O. Él le dijo que no estaba obligado a emitir una referencia y le aconsejó al segundo solicitante que “casara a su hija”. Ella dejó su oficina, pero regresó poco después porque temía que sin la derivación del médico no sería posible obtener un aborto. Él le dijo que se reportara al hospital Jan Boży.

El 26 de mayo de 2008, los solicitantes se presentaron en ese hospital. Fueron recibidos por el médico jefe interino. Indicaron claramente su intención de interrumpir el embarazo. Les dijeron que tendrían que esperar hasta que el jefe de la sala de ginecología, el Dr. WS, regresara de vacaciones. [...]

El 30 de mayo de 2008, la Dra. WS regresó de vacaciones y les dijo a los solicitantes que necesitaba tiempo para tomar una decisión. [...]

A la solicitante se le llevó a hablar con un sacerdote. Durante la conversación, el sacerdote intentó convencer a la primera demandante de que debía llevar el embarazo a término. La primera demandante le dijo que ella no podía tomar la decisión por sí misma y que confiaba en sus padres en el asunto. El sacerdote le pidió que le diera su número de teléfono móvil, y ella lo hizo. Recibió una declaración escrita por el Dr. WS en el sentido de que quería continuar con el embarazo y lo firmó. Los solicitantes afirmaron que ella lo había firmado ya que no había querido ser descortés con el médico y el sacerdote. [...]

Posteriormente, la Dra. WS dijo a los solicitantes que no realizaría el aborto, que bajo el comunismo, cuando el aborto había estado disponible gratuitamente, nadie la había hecho realizar abortos, y que ningún médico habría dado permiso para que se realizara un aborto. Según los solicitantes, ella también dio a entender que ninguno de los otros médicos en el hospital realizaría un aborto.

Los solicitantes abandonaron el hospital. El segundo solicitante contactó a la Federación de Mujeres y Planificación Familiar (*Federacja na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny* - en adelante, “la Federación”) en Varsovia para pedir ayuda, ya que después de su experiencia en Lublin temía que nadie en esa ciudad realizara un aborto.

En una fecha no especificada, el hospital Jan Boży emitió un comunicado de prensa [...] El caso se convirtió en noticia nacional. Varios artículos fueron publicados por varios periódicos locales y nacionales. También fue objeto de diversas publicaciones y debates en Internet.

El 3 de junio de 2008, los solicitantes fueron a Varsovia y contactaron a un médico recomendado por la Federación. Se les informó sobre el procedimiento y sobre las opciones disponibles. Por la tarde, el primer solicitante fue ingresado en un hospital de Varsovia. Presentó al hospital el certificado emitido por el fiscal (véase el párrafo 10 anterior) y un certificado médico emitido por la consultora nacional en ginecología en el sentido de que tenía derecho a un aborto legal. Ella firmó un formulario de consentimiento para someterse a un aborto y sus padres también dieron su consentimiento por escrito. Poco después, el subdirector de la sala de ginecología informó a los solicitantes que había recibido información del hospital de Lublin de que el primer solicitante no deseaba tener un aborto.

El 4 de junio de 2004, los solicitantes fueron informados de que el primer solicitante estaba obligado por ley a esperar otros tres días antes de abortar. El mismo día, el primer solicitante recibió un mensaje de texto del sacerdote católico KP diciendo que estaba trabajando en su caso y que personas de todo el país estaban orando por ella. También recibió numerosos mensajes de texto en la misma línea de una serie de terceros desconocidos. El sacerdote llegó al hospital de Varsovia más tarde en el día junto con la Sra. HW, una activista contra el aborto. Se les permitió ver al primer solicitante. Hablaron con ella en ausencia de su madre y trataron de persuadirla para que cambiara de opinión. Por la noche, una mujer no identificada llegó a su habitación e intentó convencerla de que continuara con el embarazo. [...]

El 5 de junio de 2008, sintiéndose manipulados e indefensos, los solicitantes decidieron abandonar el hospital. Cuando se iban, fueron acosados por la Sra. HW y el Sr. MN-K., Activistas contra la elección que esperaban en la entrada del hospital. La madre paró un taxi, pero los activistas le dijeron al conductor que le habían quitado sus derechos parentales y que estaba tratando de secuestrar al primer solicitante. El conductor se negó a llevarlos. La Sra. HW llamó a la policía. La policía llegó rápidamente y llevó a los dos solicitantes a la estación de policía. [...]

En la estación de policía, los solicitantes fueron interrogados el mismo día, desde aproximadamente las 4 de la tarde hasta las 10 de la noche. [...]

Posteriormente, la policía llevó al primer solicitante a un automóvil. Fue conducida por Varsovia en busca de un refugio juvenil que la aceptara. Al segundo solicitante no se le permitió acompañar a su hija. Como no se encontró ningún lugar en Varsovia, la policía condujo a la niña a Lublin, donde la colocaron en un refugio aproximadamente a las 4 de la mañana del 6 de junio de 2008. La encerraron en una habitación cerrada y le quitaron su teléfono móvil. El 6 de junio de 2008, el sacerdote KP la visitó allí y le dijo que presentaría una solicitud ante el tribunal solicitando que la transfiriera a la casa de una madre soltera administrada por la iglesia católica.

	<p>Entre el 9 y el 13 de junio de 2008, la segunda demandante presentó una queja ante la Oficina de Derechos del Paciente del Ministerio de Salud pidiéndoles que ayuden a su hija a obtener un aborto legal, y presentó los documentos pertinentes, en particular el certificado del fiscal [...]</p> <p>El 16 de junio de 2008, un funcionario del Ministerio informó por teléfono a la segunda demandante de que el problema se había resuelto y que su hija podía someterse a un aborto. Se le notificó que tendría que ir a Gdańsk, en el norte de Polonia, a unos 500 kilómetros de su casa en Lublin.</p> <p>El 17 de junio de 2008, el Ministerio de Salud envió un automóvil para los solicitantes y los llevaron a Gdańsk. El primer solicitante tuvo un aborto en un hospital público allí. Los solicitantes afirmaron que el viaje a Gdansk y el aborto se llevaron a cabo de manera clandestina, a pesar de que la terminación era legal. Cuando los solicitantes regresaron a casa, se dieron cuenta de que la información sobre su viaje a Gdańsk había sido puesta en Internet por la Agencia Católica de Información ese día a las 9 am. [...]</p>
<p>Normas invocadas</p>	<p>Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, derecho a la vida privada y familiar (por la falta de confidencialidad y la ausencia de un marco legislativo otorgando la víctima un acceso al derecho de aborto).</p> <p>Artículo 5 de la Convención EDH párrafo 1 relativo a la libertad y seguridad (porque la requirente consideró que la decisión de la justicia de mandar la menor en un hogar para adolescentes era ilegal).</p> <p>Art 3 de la Convención EDH relativo a la prohibición de tratamientos inhumanos y degradantes.</p> <p>Artículo 8:</p> <p>El Tribunal sostuvo anteriormente que la protección de los datos personales, y no menos los datos médicos, es de fundamental importancia para que una persona disfrute de su derecho al respeto de su vida privada y familiar como lo garantiza el artículo 8 de la Convención. Respetar la confidencialidad de los datos de salud es un principio vital en los sistemas legales de todas las Partes Contratantes de la Convención. La divulgación de dichos datos puede afectar dramáticamente la vida privada y familiar de un individuo, así como su situación social y laboral, al exponer a esa persona al oprobio y al riesgo de ostracismo (véase <i>Z v. Finlandia</i>, 25 de febrero de 1997, §§ 95-96, Informes1997-I). Respetar la confidencialidad de los datos de salud es crucial no solo para proteger la privacidad del</p>

paciente sino también para mantener la confianza de esa persona en la profesión médica y en los servicios de salud en general. Sin dicha protección, los necesitados de asistencia médica pueden verse disuadidos de buscar el tratamiento adecuado, poniendo en peligro su propia salud (ver *Z v. Finlandia* , citado anteriormente, § 95, y *Biriuk v. Lituania* , no. 23373/03 , § 43 25 de noviembre de 2008). [...]

A la luz de las consideraciones anteriores, el Tribunal considera que la divulgación de información sobre el caso de los demandantes no fue legal ni sirvió a un interés legítimo.

En ausencia de un objetivo legítimo o una base legal para la interferencia denunciada, no es necesario determinar si era necesaria en una sociedad democrática en el sentido del artículo 8 § 2 de la Convención.

Por lo tanto, ha habido una violación del artículo 8 del Convenio

Artículo 5:

El Tribunal observa que el Tribunal de Familia impuso la detención a la primera demandante, teniendo en cuenta su embarazo y refiriéndose a las dudas sobre si estaba bajo presión para abortar. El Tribunal ya ha reconocido, en el contexto del artículo 8 del Convenio, que existía una diferencia en la forma en que el embarazo afectaba la situación y las perspectivas de vida de los solicitantes primero y segundo (véase el párrafo 110 supra). Por lo tanto, era legítimo tratar de establecer con certeza si el primer solicitante había tenido la oportunidad de llegar a una decisión libre y bien informada acerca de recurrir al aborto. Sin embargo, el propósito esencial de la decisión sobre la colocación del primer solicitante era separarla de sus padres, en particular de el segundo solicitante, y evitar el aborto. El Tribunal es de la opinión de que, de ninguna manera, puede considerarse que la detención ha sido ordenada para supervisión educativa en el sentido del artículo 5 § 1 (d) de la Convención si su propósito esencial era evitar que un menor tuviera recurso al aborto. Además, el Tribunal considera que si las autoridades estuvieran preocupadas de que se realizara un aborto contra la voluntad del primer solicitante, al menos deberían haberse tomado medidas menos drásticas que encerrar a una niña de 14 años en una situación de vulnerabilidad considerable. considerado por los tribunales. No se ha demostrado que este fuera el caso.

En consecuencia, el Tribunal concluye que la detención del primer demandante entre el 4 y el 14 de junio de 2008, cuando se levantó la orden del 3 de junio de 2008, no era compatible con el artículo 5 § 1 del Convenio.

Artículo 3:

Para la evaluación del Tribunal de esta queja, es de vital importancia que el primer demandante tuviera en el momento material solo catorce años. El certificado emitido por el fiscal confirmó que su embarazo había sido consecuencia de una relación sexual ilegal. El Tribunal no puede pasar por alto el hecho de que el certificado médico emitido inmediatamente después confirmó contusiones en su cuerpo y concluyó que la fuerza física se había utilizado para vencer su resistencia.

A la luz de lo anterior, el Tribunal no tiene más remedio que concluir que el primer demandante se encontraba en una situación de gran vulnerabilidad.

En general, el Tribunal considera que no se tuvo debidamente en cuenta la vulnerabilidad y la corta edad del primer demandante y sus propias opiniones y sentimientos. [...]

Al examinar la presente queja, es necesario que el Tribunal evalúe la situación del primer demandante en su conjunto, teniendo en cuenta, en particular, los efectos acumulativos de las circunstancias en la situación del solicitante. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el Tribunal ya ha encontrado, tras examinar la queja en virtud del artículo 8 del Convenio sobre la determinación del acceso del primer solicitante al aborto, que el enfoque de las autoridades se vio empañado por la dilación, la confusión y la falta de asesoramiento e información adecuados y objetivos (ver § 108 arriba). Asimismo, debe tenerse en cuenta el hecho de que la primera demandante fue separada de su madre y privada de libertad en violación de los requisitos del artículo 5 § 1 del Convenio .

El Tribunal concluye, teniendo en cuenta las circunstancias del caso visto en su conjunto, que la primera demandante fue tratada por las autoridades de manera deplorable y que su sufrimiento alcanzó el umbral mínimo de gravedad en virtud del artículo 3 del Convenio.

V. Marco Normativo Nacional de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales (Ley N° 21.030)

A continuación se presenta una sistematización de las normas legales y reglamentarias que constituyen el marco jurídico para la implementación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Fecha	Categoría	Detalle del documento
1980	Constitución Política	Artículos 1; 6, 7 y 8; 19 N°1, 2, 3, 4 y 9; 20
23-09-2017	Ley	Ley 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales específicas: peligro para la vida de la mujer; embrión o feto que padezca una patología incompatible con la vida fuera del útero; y embarazo que sea resultado de violación
24-04-2012		Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud
23-10-2018	Reglamentos	Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el Artículo 119 TER del Código Sanitario
08-02-2018		Reglamento de las prestaciones incluidas en el programa de acompañamiento y materias afines de la ley 21.030

03-03-2018	Resoluciones exentas	Resolución Exenta N°422: Crea grupo de trabajo para evaluación de solicitudes de acreditación de instituciones u organizaciones de la sociedad civil que pueden otorgar el programa de acompañamiento
30-10-2018		Resolución Exenta N°1624: Aprueba formularios únicos para la manifestación de objeción de conciencia individual e institucional
02-02-2018	Normas y orientaciones técnicas	Norma técnica de acompañamiento y atención integral a la mujer que solicita la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales
09-03-2018		Orientaciones Técnicas de Acogida y Acompañamiento Psicosocial en el Marco de la Ley 21.030
15-02-2018	Otros documentos técnicos relevantes	Información de la oferta intersectorial que se debe entregar a cada mujer, según Ley 21.030

VI. Experiencia Jurídica de Solicitud de Acceso al Derecho de Interrumpir el Embarazo en el Marco de la Ley 21.030: Recurso de Protección

Uno de los primeros obstáculos que enfrentan las mujeres y niñas para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo conforme a la ley, es cumplir con el estándar de exigencia legal para la configuración de las causales, junto a la interpretación estrecha que realizan los médicos de ellas y la falta de claridad de cómo y a quién se le hace exigible el derecho.

Frente a esta situación, destaca el caso de C.J., quien recurre de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago ante la negativa del Hospital de Carabineros (HOSCAR) -centro asistencial al que podía acceder según su sistema de salud- de interrumpir su embarazo por la causal de inviabilidad fetal. Negativa que opera a pesar de contar con variados informes médicos que daban cuenta de una patología que hacía muy probable la letalidad del feto una vez fuera del cuerpo de la gestante.

La Corte rechazó el recurso y ante la apelación, la tercera sala de la Corte Suprema, en voto dividido, confirma la sentencia del tribunal *a quo*. Resulta relevante el debate que se evidencia en el voto dividido, ya que da un margen de interpretación de la ley en clave de derechos.

El primer punto en debate es cuáles informes médicos son válidos para cumplir el requisito que establece la ley. Para el voto de mayoría, ambos informes deben ser de dos médicos de la misma especialidad correspondiente a la patología específica que presentaría el feto. Situación que supone un estándar altísimo para el acceso a las especialidades médicas y que, según expone el ministro Palavicini en el voto disidente, no es exigible ya que bastaría con informes de médicos especialistas del área, no de la patología específica.

Un segundo elemento a destacar, es la exigencia que fija el voto de mayoría respecto a la prognosis de letalidad, citando incluso estudios médicos alternativos para justificar que hay casos de sobrevivencia para el diagnóstico invocado. Al respecto el voto de minoría expresa que es cierto que los informes *“emplean términos potenciales como “puede”, “optar”, “si se confirma”, “podría”, etc., pero ello debe entenderse en el contexto del lenguaje comúnmente empleado por los cultores de la ciencia médica, sabedores de que el conocimiento científico nunca es absoluto pues, como lo afirman Popper y Lakatos, éste es teórico y en permanente progresión. Así, la falta de una conclusión tajante en estos*

informes, lejos de representar una supuesta ausencia de certeza científica, muestra más bien un comportamiento genuinamente científico: la necesidad de contrastar las hipótesis de manera rigurosa sobre la base de los principios de racionalidad y objetividad.”

En esta misma línea, el voto disidente discrepa del necesario pleno consenso entre los informes médicos que se exige en el voto de mayoría, explicando que la Norma Técnica no exige una consistencia nacional e internacional respecto a la materia, sino una prognosis concordante, detallando que el cumplimiento del requisito legal en el caso en cuestión *“tiene que ver con el hecho que los informes médicos acompañados por la actora dan cuenta de la letalidad del feto, cuestión que atendida la calidad profesional de quienes suscriben los informes tenidos a la vista, este disidente entiende que no hay razones para dudar o controvertir la veracidad de sus asertos”*, esto, sin exigir un informe tajante respecto a la letalidad, sino la alta probabilidad de la misma.

Finalmente arguye los elementos que dan cuenta de que la negativa del Hospital no se ajusta a derecho:

1. Existían los dos informes médicos que exige la ley *“si la paciente cuenta con los diagnósticos médicos que exige el inciso segundo del artículo 119 bis del código aludido, el hospital no puede negarse legítimamente a practicar el procedimiento solicitado.”*
2. La comunicación de la decisión se hizo verbalmente *“la negativa se basó en la opinión del doctor de ese recinto don Nestor Lagos, quien solo la comunicó verbalmente a la actora, sin dejarla por escrito, como lo exige el comentado artículo 119 bis.”*
3. No procede la realización de una junta médica en un hospital público *“el hospital se asila en que una supuesta Junta Médica habría resuelto que no era aplicable la causal del No 2 del artículo 119 del Código Sanitario. Sin embargo, la legislación del rubro no permite que un hospital público -que, por lo mismo, no puede ser objetor de conciencia- invoque la realización de una junta médica para negarse a realizar el procedimiento que se analiza.” Además, de que “el acta levantada no explica cómo se arribó al convencimiento que no era aplicable la causal aludida.”*

4. No existía manifestación de objeción de conciencia previa *“la única razón por la cual un facultativo puede negarse a interrumpir un embarazo está contemplada en el artículo 119 ter del Código Sanitario, la cual consiste en que, verificándose alguna de las tres causales que regula el artículo 119 bis, el profesional previamente hubiese manifestado su objeción de conciencia.”*

El voto disidente y sus argumentos dan pie para que el recurso de protección sea una herramienta viable en miras al acceso del derecho establecido en la ley, con la prevención de los elementos que se exponen.

Causa	CA: 26002 - 2019 CS: 15460 - 2019
Hechos	<p>El recurso se sustenta en que la recurrente se encuentra embarazada, con 25 semanas de gestación, y cuenta con cuatro diagnósticos médicos que establecen que su feto padece: “trisomía 21 más una hipoplasia ventricular izquierda, doble salida de grandes arterias por el ventrículo derecho (DSVD), canal ventricular izquierdo (CIV) amplia”.</p> <p>Lo anterior, añade, implica que por padecer de trisomía 21 (síndrome de down) es imposible la corrección quirúrgica de la cardiopatía al nacimiento, dado que estos pacientes no toleran la hipertensión venosa de esta cirugía, resultando finalmente en la muerte para ellos.</p> <p>Tras pormenorizar las épocas y especialistas que llegaron a los diagnósticos antedichos, expone que éstas patologías permiten la aplicación de la interrupción voluntaria del embarazo, en los términos de la ley N° 21.030, dado que al no tolerar estos pacientes la corrección cardíaca, termina en definitiva siendo fatal.</p> <p>En tal orden de ideas, y dado que su previsión es DIPRECA, debía atenderse en el hospital recurrido, concurriendo el 26 de febrero de 2019 a la unidad de ginecología FAR, donde previo análisis de los antecedentes se le ratificó la imposibilidad de operar la condición cardíaca; no obstante lo cual, los facultativos que la atendieron manifestaron su oposición a interrumpir el embarazo, no obstante que ella expresamente había manifestado su voluntad en tal sentido. Puntualmente señala que con fecha 28 de febrero pasado, el médico de apellido D. le habría manifestado que “no harían la interrupción porque la</p>

cardiopatía no aparece descrita en la ley”, y frente a su oposición le indicó que la opinión de la madre no importaba, pero que estuviera tranquila, ya que esos embarazos nunca llegan a término.

Posteriormente, señala que, otro médico de apellido L.F, le indicó que podían revisar su situación en junta médica de 6 de marzo de 2019; y paralelamente la recurrente concurrió al Hospital Clínico de la Universidad de Chile, donde previa repetición de los exámenes, que confirmaban las afecciones que padece el feto, el ginecobstetra, M.P., evacuó informe confirmando que, dada la imposibilidad de optar a cirugía cardíaca, la paciente podría optar a la causal 2 de la ley 21.030.

Señala que finalmente se comunicaron telefónicamente el 7 de marzo de 2019 para informarle que a juicio del médico L.F., las patologías no constituían causal N° 2, ya que este caso en particular no aparece reflejado en la ley como patología de la causal 2; expone que con fecha 15 de marzo de 2019 acudió a notificarse al HOSCAR de la denegación de constitución de causal, donde le indicaron que en ninguno de los informes se señalaba la palabra “letalidad”, y que no consideran los informes de médicos no pertenecientes a su staff; no obstante ello, comprometieron efectuar una nueva reunión para revisar la decisión, a la que no se le notificó a la recurrente, y en definitiva ratificaron la decisión, lo que se le notificó el 2 de abril de 2019.

Normas invocadas

Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 1.1.

Artículo 5

CPR:

Artículo 19 N°1: Derecho a la integridad física y psíquica.

Artículo 19 N°2: Nadie podrá ser juzgados por comisiones especiales.

- Los médicos que patrocinan los informes no pertenece al staff de médicos y médicas de su recinto hospitalario.

Artículo 19 N°9: Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

- Vulnerado porque C.J no pudo escoger el sistema de salud al cual deseaba acogerse. De forma voluntaria Candy intentó ser atendida para realizarse el procedimiento en otros recintos hospitalarios , pero debido a que su prestación médica es DIPRECA, se derivó a HOSCAR.

Artículo 19 N°24. derecho de propiedad incorporal.

- El HOSCAR ha vulnerado la facultad de disposición que mi representada posee respecto de la prestación que consagra la ley 21.030, al negarse a otorgar la cobertura de la prestación médica a la que mi representada, tiene derecho.

Artículo 19 N° 26: los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

- Se le negó la interrupción del embarazo, no obstante cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sanitaria.

Código Sanitario

Artículos 119 y siguientes.

Ley 20.584

En relación al derecho al trato digno, a la información clínica, veraz, suficiente, oportuna y comprensible de su salud.

Jurisprudencia:

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, causa rol 4267-2008: *“La Excma. Corte Suprema ha establecido que un acto discriminatorio es aquel que se configura caprichoso, contrario a la justicia o las leyes, y que carece de razón suficiente para justificarse”*

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, causa rol 8.523-2018: *“Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que el Estado tiene una obligación proactiva de cuidar la vida, la integridad física y síquica de los ciudadanos y que en casos que se pone en riesgo la salud de las personas, procede la acción constitucional de protección, por vulneraciones al artículo 19 N° 1 de la carta fundamental.”*

Sentencia

Corte de Apelaciones

“Que, en el caso de autos, la recurrida ha negado realizar la interrupción del embarazo, considerando para ello, que no obstante que el feto presenta las patologías descritas por los informes médicos evacuados al efecto, estos no son coincidentes en el sentido de ser una patología letal, que haga inviable su vida al nacer.”

“Por tanto, el informe que indica “la trisomía del cromosoma 21 asociada a este tipo de malformaciones cardíacas no tienen posibilidad de resolución quirúrgica”, no resulta suficiente para que la CA considere que se verifica la causal n° 2.”

Corte Suprema

“Noveno: Que, en cuanto al primero de los argumentos contenidos en el escrito de apelación, si bien el legislador no estableció qué debe entenderse por médico especialista, esta Corte no puede sino compartir el razonamiento del Tribunal a quo en orden a requerir en el caso sub lite la intervención de facultativos con conocimientos específicos sobre la patología que afecta al embrión, esto es, un cardiólogo infantil y/o ecocardiografista fetal.”

“Que existen estudios científicos que cuestionan la tesis central de la recurrente: que la patología que afecta al feto o embrión sería inoperable y, como consecuencia de ello, el pronóstico letal aparece como altamente probable.”

“Décimo: Que, en lo que se refiere a los restantes fundamentos esgrimidos en el recursos de apelación, lo cierto es que el examen de los respectivos informes médicos agregados a los autos, evidencia que no existe consenso entre los especialistas en cuanto a la letalidad de la malformación congénita que afecta al feto o embrión.”

Prevención de Ministro Silva Cancino

“No se trata del problema que representa la malformación ventricular del embrión, sino de su significado potenciado por el síndrome de Down (Trisomía 21), que de ese modo no ofrece un buen pronóstico, más no se ha descartado la sobrevida y las posibilidades de un tratamiento paliativo. En otras palabras, no ha existido precisión en torno a que la patología congénita incompatible con la vida extrauterina independiente, sea letal. La falta de certeza en ese preciso extremo, no permite tener por configurada la causal en cuya virtud se manifestó la voluntad de la recurrente en orden a la interrupción de su embarazo.”

Comentarios

La Corte interpreta que los informes deben ser de especialistas y ambos informes de médicos de la misma especialidad.

La Corte considera otros estudios para justificar la baja letalidad del feto.

La Corte espera pleno consenso de ambos informes.

VII. Vías Jurídicas para la Defensa en Caso de Negligencia Médica Y/O Falta de Servicio

A. RESPONSABILIDAD CIVIL, PENAL Y ADMINISTRATIVA

El segundo pilar de la defensa jurídica de mujeres en el marco de la ley de interrupción voluntaria del embarazo es la reparación, es decir, la defensa que procede cuando se configura una negligencia médica del facultativo y/o falta de servicio de la institución pública que termina por negar el acceso oportuno al derecho de forma arbitraria o ilegal, genera consecuencias lesivas o letales para la gestante y/o algún tipo de daño de carácter civil.

En esta etapa, hay tres vías posibles de acción, en sede civil, en sede penal y en sede administrativa, además de la sede internacional. Si bien no existen actualmente sentencias relativas a casos IVE, para el análisis consideramos casos en tramitación y sentencias con motivo de materias similares que pudieran dar luces para una defensa por falta de servicio en el marco de la ley 21.030.

A modo introductorio, *“un médico que se desempeña en el ejercicio privado de su profesión, responde civil y penalmente por su actividad médica. Y surge, además, la responsabilidad administrativa, en la medida que se encuentra de algún modo subordinado a los órganos de la administración del Estado y a su tuición disciplinaria”* (Ruiz G, 2002, P.1).

Dentro de las conductas que podrían configurar una negligencia médica en casos IVE están las siguientes:

- ◆ Retraso en el diagnóstico correcto de una patología.
- ◆ Error en el diagnóstico o en su interpretación.
- ◆ Intervenciones quirúrgicas con resultado lesivo que no justifica soportar.
- ◆ Prescripción inadecuada de medicamentos o tratamientos.
- ◆ Dilación no justificada de la realización del procedimiento.
- ◆ Falta de supervisión de la paciente durante un diagnóstico de posible aborto.
- ◆ Incumplimiento de los protocolos establecidos.
- ◆ Negativa arbitraria de realización del procedimiento ante la configuración de una causal.
- ◆ Fallecimiento de la paciente por no prestarse la asistencia médica obstétrica y/o de urgencia debida.

Para efectos de iniciar una de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual y/o de falta de servicio en sede civil y administrativa, se requiere tener en consideración al menos las siguientes normas:

1. Constitución Política de la República

Artículo 38: *“Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.*

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

2. Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del estado Nº 18.575

Artículo 4: *“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”*

Artículo 44 inciso 1: *“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.”*

3. Ley 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud

Artículo 38: *“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.”

Artículo 39: *“En el caso señalado en el inciso final del artículo anterior, los órganos de la Administración del Estado deberán instruir la investigación*

sumaria o sumario administrativo correspondiente, a más tardar diez días después de notificada la sentencia de término.”

Artículo 40: *“La acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en el plazo de cuatro años, contado desde la acción u omisión.”*

Artículo 43: *“El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N°2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios...”*

Artículo 44 inciso primero: *“En el caso del inciso primero del artículo anterior, el interesado deberá presentar su reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, con indicación del nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio, domicilio y demás antecedentes que permitan su identificación y la de su representante legal, en caso de que, según las reglas generales, deba actuar representado, el motivo del reclamo y, en lo posible, peticiones concretas en contra del prestador reclamado, acompañando todos los antecedentes que estime conveniente.”*

4. Decreto N° 41 de 15 de diciembre de 2012, del Ministerio de Salud

Artículo 2°: *“Ficha clínica es el instrumento obligatorio en que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de una persona, que cumple la finalidad de mantener integrada la información necesaria para el otorgamiento de atenciones de salud al paciente.*

Las fichas clínicas podrán llevarse en soporte de papel, electrónico, u otro, y su contenido se registrará por el profesional que efectúa la prestación de salud, en el acto de otorgarla o inmediatamente después de ello.

La información contenida en las fichas clínicas será considerada dato sensible, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º, letra g) de la ley N° 19.628.”

Es fundamental tener en consideración que tratándose de prestadores institucionales públicos o sus funcionarios (red pública atención, consultorios, policlínicos, hospitales e institutos), el mediador será designado por el Consejo de Defensa del Estado de entre sus funcionarios, empleados de otros servicios o privados idóneos. En cambio, en el caso de daños ocasionados por prestadores privados (médicos, clínicas, hospitales particulares), el procedimiento de mediación se realizará ante mediadores inscritos en la Superintendencia de Salud. Tratándose de querellas penales, no es necesario realizar previamente la mediación.

La mediación está reglada por el “Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud”, Decreto N° 47 de 2005 Ministerio De Salud Subsecretaría De Salud (DO 23/06/2005).

En sede penal, las normas pertinentes del Código Penal respecto del cuasidelito de homicidio o lesiones cometido por facultativos son:

Artículo 391: El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:

2º Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso.

Artículo 490: El que por imprudencia temeraria ejecutar un hecho que, si mediara malicia, constituye un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

2º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.

Art. 491: El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

Igual pena se aplicará al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas.

B. RAZONAMIENTOS DE LA CORTE EN CASOS DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Causa	Razonamiento
CS 7108-2017	<p>La CS razona en dos tiempos para indemnizar a los demandantes. Primero ve la relación causal porque según ella <i>“para que se genere la responsabilidad por falta de servicio es necesario que entre aquélla y el daño producido exista una relación de causalidad, la que exige un vínculo necesario y directo.”</i></p> <p>La CS señala que <i>“es no haberle entregado un diagnóstico y tratamiento oportuno, razón por la que no es posible establecer de modo inequívoco el vínculo de causalidad entre la falta de servicio asentada y la muerte de aquélla, pues no se puede determinar, con el grado de certeza necesaria, que un diagnóstico diverso y tratamiento adecuado hubiera impedido que ésta falleciera; no obstante aquello, indudablemente es posible aseverar que tal atención sí habría otorgado a la paciente una posibilidad clara de sobrevida.”</i></p> <p>Segundo, la CS examina detalladamente la teoría de la perte de chance, en el caso de salud: <i>“El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las chances que le quedaban cuando el médico intervino’ [...] El perjuicio no es la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico”</i> (Félix Trigo Represas, op. cit. Pág. 191 y 192).</p> <p>La CS justifica su razonamiento en los términos siguientes: <i>“lo relevante es que la falta de servicio, esto es el mal funcionamiento del Servicio de Salud Metropolitano-Hospital Dr. Luis Calvo Mackenna-, privó no sólo a la paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera eventualmente impedido su deceso, sino que también a los actores, pues sólo este es el daño que puede atribuirse a los demandados.”</i></p> <p>Agrega: <i>“la pérdida de la chance, en cuanto aquélla determina la rebaja de la indemnización es aplicable al caso concreto, pues no puede serles indemnizado el daño relacionado con la muerte de la paciente, porque respecto de aquello no es posible establecer el vínculo de causalidad.”</i></p>

<p>CS 5225-2018</p>	<p><i>“Existe en la especie una falta de servicio evidente y directa, puesto que el equipo médico del mencionado centro hospitalario no reaccionó adecuadamente ante dificultades evidenciadas en el embarazo de la actora, toda vez que el cuadro clínico presentado por la madre, la temprana disminución del líquido amniótico y los síntomas de parto prematuro debieron llevar a adoptar todas las medidas de resguardo para evitar el resultado dañoso que finalmente se produjo.</i></p> <p><i>El demandado deberá pagar a cada uno de los actores para reparar los daños causados la suma de \$40.000.000.”</i></p>
<p>CS 5225-2018</p>	<p><i>Se reconoce “ el error cometido, no cabe duda que se provocó una falta en el servicio, puesto que la prestación que estaba obligada a efectuar el Hospital “Víctor Ríos Ruiz” de Los Ángeles a la paciente doña Julia del Carmen Valverde Cifuentes no cumplió con los parámetros que le son exigibles, denotando tal actuar una prestación imperfecta,” y agrega “El Servicio de Salud del Bio Bio incurrió en falta de servicio ya que no realizó actuaciones idóneas en la entidad suficiente que permitiera el oportuno diagnóstico de la paciente, circunstancia que se reveló como esencial dada el rápido deterioro que ésta sufrió y que la condujo a la muerte;”, se concluye una falta grave.</i></p> <p><i>La CA establece el vínculo de causalidad entre la falta del Servicio de Salud y el resultado, es decir la muerte de la paciente: “de que el error de diagnóstico en que incurrió el médico de turno en el Servicio de Emergencia del Hospital de los Ángeles obedeció a una falta de diligencia de su parte, o dicho de otra manera, a una impericia en el análisis de la sintomatología que presentaba la paciente, que trajo como necesaria consecuencia un erróneo tratamiento médico posterior, lo que se agudizó por el hecho de haber sido “hospitalizada” durante la noche y parte de la mañana en una silla y en el pasillo del centro asistencial, por falta de camas en ésta, por lo que, por una parte ha existido falta de servicio de la demandada y, por otra, que entre dicha falta de servicio y el daño producido a la tantas veces mencionada paciente existe la necesaria relación de causalidad;</i></p>

**CA 469-2012
Concepción**

La CA recuerde que los Servicios de salud no tiene una obligación de resultado pero de medio, y que en este caso no se cumplió diligentemente: *“no puede imponerse al Servicio de Salud del Bio Bio el deber de recuperar necesariamente la quebrantada salud de la paciente, pues su obligación no es de resultado sino de medio, pero justamente por esto último, sí es dable exigirle que obre con diligencia y eficacia, involucrando en su proceder no sólo los medios técnicos, sino también los procedimientos y prácticas necesarias para diagnosticar oportunamente aquello que sea pertinente, lo que en el presente caso no se cumplió”*

En lo que concierne el daño moral, se demostró que los demandantes (hermanos de la víctima) después de la muerte de sus padres, estaban muy unidos, razón por la que sufren de depresión.

“Que tratándose del daño moral, frente a la dificultad que presenta el cuantificar el dolor provocado por un hecho como el que nos ocupa, así como el traducirlo a una compensación monetaria, estos sentenciadores ponderarán el agravio sufrido por los demandantes a raíz del proceder negligente del Servicio de Salud del Bio Bio a través de sus funcionarios, siendo innegable que los sufrimientos y aflicciones causados a los hermanos de la fallecida deben ser indemnizados, teniendo el Tribunal facultad para regular el monto de dichos perjuicios, por lo cual fija la suma de \$15.000.000 para cada uno de los actores de autos, la que deberá pagarse con los reajustes e intereses en la forma que se indicará en lo resolutive de este fallo”

C. CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA

Causa	<p>JDL de Castro: C-946-2014 CA de Puerto Montt: 421-2017 CS: 6393-2018</p>
Hechos	<p>El 12 de abril del 2012 fue el día estipulado para el parto de V (32), ese día la matrona determina que debe continuar la evolución del embarazo en la Unidad de Alto Riesgo Obstétrico del Hospital de Quellón, debido a que ya se habían cumplido cuarenta semanas de embarazo y los controles debían seguir siendo realizados por un médico especialista.</p> <p>El 18 de abril del 2012 es atendida en el Hospital de Quellón, y tras la realización de un perfil funcional fetal se aprecia que existe placenta anterior alta y feto en presentación cefálica, por lo que se indica control en el Policlínico de Alto Riesgo Obstétrico del Hospital de Castro al día siguiente.</p> <p>El día 19 de abril la demandante viaja al Hospital de Castro, en donde fue atendida por un ginecólogo que encuentra todos los signos vitales del bebé normales y le indica volver el sábado 21 de abril a las 9.30 horas para inducir el parto o practicarle cesárea.</p> <p>El 20 de abril V comenzó a notar que el bebé no se movía, fueron al Hospital de Quellón a solicitar el traslado al Hospital de Castro porque efectivamente el bebé tenía los latidos bajos. El Médico se contacta telefónicamente con el especialista de turno del Hospital de Castro, quien indicó que el traslado y el parto se llevarían a cabo al día siguiente porque, a su juicio, no ameritaba hacerlo esa misma tarde y solo quedaría hospitalizada.</p> <p>El 21 de abril el ginecólogo de turno de Castro indicó que se debía mantener en observación a V. en el Hospital de Quellón, no habían razones para trasladarla aún y si el día lunes 23 próximo lo ameritaba, posiblemente se llevaría a cabo el parto. Ante la noticia la demandante solicita el alta para trasladarse por sus propios medios al Hospital de Castro ya que no sentía al bebé.</p> <p>En el Hospital de Castro el médico la examinó y le aseguró que el bebé todavía estaba bien pero que quedaría hospitalizada para que al día siguiente, 22 de abril del 2012, se le indujera el parto. Ese mismo día rompe bolsa y comenzó a experimentar fuertes dolores en el vientre, sin embargo, no se lleva a cabo el parto.</p> <p>Siendo lunes 23 de abril del 2012 la matrona realiza una ecografía que revela la ausencia de actividad cardíaca fetal, confirmando a la demandante la muerte del embrión.</p>

<p>Normas invocadas</p>	<p>Ley 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud Artículo 43, 44 inciso primero, 40, 38.</p> <p>Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del estado N° 18.575 Artículo 4 Artículo 44 inciso 1</p> <p>CPR Artículo 1, 6, 7, 38, 19 N°1,19 N°9.</p> <p>Decreto Ley N° 2763 año 1979 artículo 18 y 19</p> <p>Decreto con fuerza de ley N°1 año 2006 de Ministerio de Salud artículo 20, 21 y 22 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.793 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469</p> <p>Decreto ley que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud Artículo 25 letra f Artículo 25 letra f inciso final</p> <p>Código Civil Hay que tener en cuenta lo prescrito en los artículos: 1437, 2284 y 2314 y siguientes y especialmente el artículo 2329 que señala: <i>“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”</i></p>
<p>Procedimiento</p>	<p>El 13 de julio del 2012 se inicia un proceso de mediación requerido por la Ley 19.966 ante la Unidad de Mediación en Salud del Consejo de Defensa del Estado en Puerto Montt. Se pone término el día 20 de noviembre del 2012 por falta de acuerdo.</p> <p>El 25 de junio del 2014 los demandantes interponen demanda de indemnización de perjuicio por responsabilidad del Estado por falta de servicio en contra del Servicio de Salud de Chiloé ante el juzgado de letras de Castro. El cual, en su sentencia del día 31 marzo del 2017, acoge la demanda y hace notar la falta de servicio en que se incurrió y fija indemnización.</p> <p>El 28 abril del 2017 la parte demandada deduce recurso de apelación y el día 2 de mayo del 2017 se acoge en ambos efectos y se eleva a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Esta corte confirma el fallo apelado pero modifica la indemnización el 27 de febrero del 2018.</p> <p>Ante la modificación, el 12 de abril del 2018 la parte demandante deduce un recurso de casación de forma y fondo. El 16 de abril la Corte Suprema confirmó la sentencia del 31 de marzo del 2019.</p>

Sentencia

Juez de letras de Castro

Se acoge la demanda deducida y se condena a la demandada al pago a favor de los demandantes a la indemnización de perjuicios por concepto de daño moral.

Que se condena a la demandada al pago a favor de los demandantes a la indemnización de perjuicios por concepto de daño moral a las sumas que se indican: \$80.000.000 destinados a la madre, \$40.000.000 al padre y \$10.000.000 para la hija en común.

Que cabe considerar que debido al objeto de la obligación discutida en estos autos, el umbral probatorio que se aplicará al efecto, será aquel que proporcione mayor razonabilidad y concreción de los hechos probados en juicio, cuya valoración determinará aquel estándar probatorio que en materia civil se le denomina "probabilidad prevaleciente", y que considera un menor nivel de exigencia que otras reglas de estándar probatorio utilizados en diversas materias a la hora de tomar la decisión judicial.

(...) El sumario administrativo instruido por Resolución Exenta N°3217 del 13 de octubre de 2012 señala que el embarazo en vías de prolongación "amerita estudio, evaluación y control especializados, pues podría condicionar un factor de riesgo fetal, en caso de deterioro placentario" confirmando entonces con esto, la necesidad médica de un control especializado en estas condiciones. (...) Entonces, es acreditado manifiestamente que el embarazo de la actora tenía un alto riesgo de morbimortalidad del feto, en consecuencia requería de un mayor control, no obstante, haberse descartado los factores de riesgo maternal y fetales fisiológicos, según consta a lo largo de los controles ginecológicos realizados durante su embarazo en la ficha clínica acompañada;

Que según como se ha venido razonando, corresponde ahora verificar si existe un vínculo directo de causalidad entre la falta de servicio que se ha establecido anteriormente y el daño producido. Pues bien, aquí resulta ser gravitante el certificado médico de nacido muerto acompañado en custodia N°909-2015, el que establece como consecuencia del actuar inoportuno inadecuado entregado por los facultativos a cargo ambos hospitales demandados, se produjo como consecuencia efectiva y directa la muerte del feto, consecuencia que no se produjo por un accidente como así lo señalan los propios facultativos, sino que es posible ser atribuida a una concatenación de inoportunas actuaciones que pudieron evitar el desenlace del mismo, en que los propios profesionales pudieron vigilar la evolución del feto a través de métodos adecuados y eficaces, de manera permanente, atendiendo oportunamente a las dolencias y malestares de la actora, cuestión que al ser minimizada produjo el daño que hoy se manifiesta en la muerte de su hijo.

Que habiéndose por tanto, acreditado cada uno de los requisitos establecidos en la ley para que esta acción prospere, se dará lugar a ella, teniendo en consideración para efectos de fijar los montos indemnizatorios que el daño moral consiste en el detrimento, angustia, dolor, sufrimiento, aflicción o menoscabo psicológico que cualquier persona puede experimentar a raíz de la muerte de un ser querido, en este caso un feto, y tratándose este daño de aquellos de índole subjetivo, su estimación pecuniaria queda entregada a la regulación prudencial del tribunal, adecuándose a los principios de equidad que informan nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo a la acreditación de haber sufrido los demandantes, real y efectivamente un dolor profundo y verdadero, como se evidencia en este caso.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt

Confirma en todas sus partes la sentencia definitiva de fecha 31 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado de Letras en lo Civil de Castro en cuanto a la indemnización solicitada, con declaración que se rebaja en forma prudencial el monto fijado como indemnización de daño moral a la suma única y total de veintidós millones de pesos, a razón de diez millones de pesos por cada padre demandante y dos millones para la hija en común.

Corte Suprema

Confirma la sentencia y la indemnización del treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de Letras de Castro

“Que, de esta manera, habiéndose verificado la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos necesarios para la determinación de la responsabilidad fiscal, sólo resta cuantificar los perjuicios sufridos por el actor. A este respecto, resulta indispensable tener en consideración que no existe parámetro objetivo alguno, ni nuevos antecedentes, que permitan a estos sentenciadores modificar el monto de la indemnización concedida por el juez de primer grado.”

D. CASO DE RESPONSABILIDAD PENAL

Aún no conocemos casos por negligencia médica en el marco de la ley 21.030. Sin embargo, recientemente, se dio a conocer un caso¹ en el que podrían configurarse los supuestos de hecho para viabilizar una querrela en estos términos.

A modo de resumen, se trata de una mujer de 22 años, con un embarazo de alto riesgo obstétrico que durante el verano de 2018, desde su sexta semana de embarazo, debió acudir reiteradamente al Hospital de Curicó, para la realización de diversos exámenes a modo de control de los riesgos de la gestación.

El día 1 de abril, con 18 semanas de gestación, es hospitalizada en el mismo centro médico hasta el día 10 del mismo mes debido a complicaciones con el embarazo, alertada de que en caso de empeorar la situación debía ser intervenida bajo la causal de riesgo vital de la ley 21.030. Durante dicho periodo, su estado de salud se deteriora rápidamente. Se evidencian largos periodos de tiempo sin tratamiento adecuado, hasta que se da cuenta de la muerte del feto y una agresiva infección intrauterina. Constatado lo anterior se le realiza un legrado uterino que, por complicaciones posteriores, termina en una histerectomía abdominal total. El 11 de abril, la mujeres fallece.

Se acusa negligencia médica en el manejo de embarazo de alto riesgo y dilación injustificada de la interrupción del embarazo por causal de riesgo para la vida de la gestante, terminando en un aborto séptico que concluyó con su fallecimiento.

Para estos efectos, algunos fundamentos para la querrela, podrían ser:

1. Ley 21.030
 - a. Art. 119 inciso 1°: *“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. [...]”*
 - b. 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. [...]”*

¹ <https://www.eldesconcerto.cl/2018/04/18/la-historia-de-estefania-cabello-la-mujer-que-murio-tras-aborto-y-que-pone-en-alerta-aplicacion-de-las-3-causales/>

2. Norma Técnica Nacional sobre Acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la ley 21.030:
 - a. *“La primera causal de la Ley N° 21.030 señala que se autoriza la interrupción voluntaria del embarazo cuando ‘La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción evite un peligro para su vida’”* (p. 35).
 - b. *“La muerte materna constituye un evento dramático, la mayoría de las veces inesperado, de profundas e imprevisibles consecuencias. Se trata de muertes prematuras (en mujeres jóvenes), con un fuerte impacto a corto y largo plazo en su entorno familiar y social; se considera que una gran mayoría de estas serían evitables, por lo que no deberían ocurrir en presencia de servicios de salud eficaces (de prevención, ambulatorios, de hospitalización y otras acciones de salud).”* (p.35)
3. Código Penal
 - a. Art.391, 490 y 491.

VIII. Elementos Jurídicos Para la Defensa de Mujeres Criminalizadas por Aborto

A. ANTE UNA DETENCIÓN POR SUPUESTO ABORTO INDUCIDO

Hay solo dos formas de llevar a cabo una detención, a través de una orden judicial o en casos de flagrancia. Los casos de flagrancia están establecidos en la Constitución y en el Código Procesal Penal.

En el artículo 19 N° 7, letra c) de la Constitución se establece: *“Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.”*

Por su parte, en el Código Procesal Penal, se contemplan los siguientes artículos:

Artículo 83. *Actuaciones de la policía sin orden previa. Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de*

Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales: [...]

b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley; [...]

d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes, en que se esté resguardando el sitio del suceso, o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo.

Artículo 125. Procedencia de la detención. Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.

Artículo 129. Detención en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.

Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito. En el mismo acto, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona detenida, debiendo cumplir con lo señalado en el inciso segundo del artículo 89 de este Código.

Artículo 130. Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;

b) El que acabare de cometerlo;

c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y

e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

f) El que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato.

Para los efectos de lo establecido en las letras d), e) y f) se entenderá por todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas.

Respecto a los plazos de detención, el inciso 2 del artículo 131 indica:

“Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Cuando el fiscal ordene poner al detenido a disposición del juez, deberá, en el mismo acto, dar conocimiento de esta situación al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública.

Para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal.”

En la práctica, la única circunstancia en la que podría considerarse la procedencia de detención por flagrancia es el caso en que se irrumpiera una locación clandestina en medio de la realización de un aborto consentido. En esta situación, la mujer podría ser detenida, llevada a recinto policial y en el plazo máximo de 12 horas tener conocimiento de la decisión del fiscal, el que podrá dejarla en libertad o mandar a que sea presentada ante el tribunal en un plazo máximo de veinticuatro horas contado desde que la detención se hubiere practicado.

Sea por detención flagrante o por orden judicial, existe el deber de los funcionarios policiales de informarle sobre sus derechos y de hacerlos valer. En virtud del Código Procesal Penal, los derechos de una imputada son los siguientes:

Derechos de la imputada	Normas jurídicas
<p>Derecho a ser tratado como inocente.</p>	<p>Artículo 4º.- Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.</p> <p>Artículo 150.- Ejecución de la medida de prisión preventiva: Inc. 3. El imputado será tratado en todo momento como inocente.</p>
<p>Derecho a saber los motivos de la detención.</p>	<p>Artículo 93.- Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.</p> <p>En especial, tendrá derecho a:</p> <p>a) Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes;</p> <p>Artículo 135.- Información al detenido. El funcionario público a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla.</p>
<p>Derecho a informar a un familiar sobre la detención.</p>	<p>Artículo 94.- Imputado privado de libertad. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:</p> <p>e) A que el encargado de la guardia del recinto policial al cual fuere conducido informe, en su presencia, al familiar o a la persona que le indicare, que ha sido detenido o preso, el motivo de la detención o prisión y el lugar donde se encontrare;</p>
<p>Derecho a que la detención en un recinto policial no dure más de 24 horas.</p>	<p>Artículo 85.- Control de identidad.</p> <p>El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p>

	<p>Artículo 131.- Plazos de la detención. Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas.</p>
Derecho a que un juez revise el proceso de detención (control de detención).	<p>Artículo 94.- Imputado privado de libertad. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:</p> <p>c) A ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención;</p>
Derecho contar con un abogado.	<p>Artículo 93.- Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.</p> <p>En especial, tendrá derecho a:</p> <p>b) Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación;</p> <p>Artículo 94.- Imputado privado de libertad. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:</p> <p>f) A entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto;</p>
Derecho a guardar silencio.	<p>Artículo 93.- Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.</p> <p>En especial, tendrá derecho a:</p> <p>g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.</p>

	<p>Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: "Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.";</p>
Derecho a un trato digno.	<p>Artículo 93.- Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.</p> <p>En especial, tendrá derecho a:</p> <p>h) No ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes</p>
Derecho a recibir visitas.	<p>Artículo 94.- Imputado privado de libertad. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:</p> <p>g) A tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare, y</p> <p>h) A recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo lo dispuesto en el artículo 151.</p>
Derecho a pedir que se investiguen los hechos que se imputan	<p>Artículo 93.- Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.</p> <p>En especial, tendrá derecho a:</p> <p>c) Solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen;</p> <p>d) Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;</p> <p>e) Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare;</p>

B. ANTE UNA DENUNCIA POR CENTRO DE ATENCIÓN DE SALUD

1. ¿Obligación de denunciar?

Respecto a la confidencialidad médico-paciente se ha discutido sobre si prima la obligación de denunciar ante la evidencia de un aborto inducido o si debe ser priorizado el deber de confidencialidad médico-paciente. A continuación se ofrece un análisis normativo.

Deber de denunciar: Artículo 175 del Código Procesal Penal

“Estarán obligados a denunciar:

d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito”

La sanción establecida es la del artículo 494 del Código Penal, esto es, pena de falta:

Artículo 177.- Incumplimiento de la obligación de denunciar. Las personas indicadas en el artículo 175 que omitieren hacer la denuncia que en él se prescribe incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que correspondiere.

La pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos.

Deber de secreto profesional: diversas normas.

(1) Artículo 247 del Código Penal

“El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas

de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.”

(2) Artículo 303 del Código Procesal Penal

“Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto.

Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.”

(3) Artículo 61, letra h) del Estatuto Administrativo

“Serán obligaciones de cada funcionario:

h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales”

(4) Ordinario A15/1675 de 24 de abril de 2009 del Ministerio de Salud

“[...] Aun cuando el aborto es una conducta ilegal y constitutiva un tipo penal en la legislación chilena (art. 342 Código Penal), no corresponde extraer confesiones a las mujeres que requieran atención médica como resultado de un aborto, sobre todo cuando dicha confesión se solicita como condiciones para la prestación de salud requerida, pues con ello se vulnera la norma contenida en el artículo 15° ya citado de la Convención Contra la Tortura, así como el derecho esencial a la protección de la salud, asegurado tanto en el artículo 19 n°9 de nuestra Constitución Política, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12 N° 1 y 2 letra d). Con ello también se afecta la garantía constitucional de un justo y racional proceso (art. 19 n°3).

En síntesis, la atención médica debe ser incondicional y cualquier confesión obtenida en el contexto descrito, es completamente ilegal.”

(5) Convenciones internacionales

Como ya se ha citado anteriormente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 12, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 11. 2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1 y .2, así como la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer en el artículo 16, contemplan el derecho a la vida privada y, por tanto, al derecho a elegir respecto a su vida sexual y reproductiva y a la confidencialidad de los facultativos y centros de salud en estos casos.

Conclusión

La contundencia de la normativa recién citada permite afirmar con claridad que **el secreto profesional prima por sobre la obligación de denunciar**. De manera que la denuncia realizada por un profesional de la salud en el servicio público podría ser susceptible de ser calificado como delito o falta administrativa, lo que puede dar pie a la presentación de una querrela o a la solicitud de instrucción de sumario administrativo.

2. Presencia de carabineros en el centro de salud

Respecto a la presencia de Carabineros, ésta debe enmarcarse en lo establecido en el artículo 83, letra d) del Código Procesal Penal:

*“[...]Fuera de los casos anteriores, los funcionarios policiales deberán consignar siempre las declaraciones que **voluntariamente presten testigos** sobre la comisión de un delito o de sus partícipes o sobre cualquier otro antecedente que resulte útil para el esclarecimiento de un delito y la determinación de sus autores y partícipes, debiendo comunicar o remitir a la brevedad dicha información al Ministerio Público, todo lo anterior de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional según lo dispuesto en el artículo 87.”*

De esta manera, de ser considerada testigo, la declaración de la mujer sólo

puede ser de carácter voluntaria. En caso de que sea considerada imputada, puede hacer ejercicio de su derecho de guardar silencio o exigir la presencia de un abogado. Cualquier chantaje por parte del personal de salud o funcionario policial que concurra para efectos de que la paciente o sus acompañantes presten declaración constituye una conducta ilegal y denunciabile, constitutiva eventualmente de tratos crueles e inhumanos.

La mujer que haya sido denunciada, sólo está obligada a identificarse con su carnet de identidad para efectos del control de identidad pertinente, según el artículo 85 del Código Procesal Penal. Solo en caso de no contar con la cédula de identidad, podría ser llevada a un establecimiento policial, momento desde el cual puede considerarse detenida y, por tanto, hacer valer los plazos y derechos anteriormente dichos.

A. CONSIDERACIONES JURÍDICAS ANTE LA IMPUTACIÓN DEL HECHO

1. Tipos penales: aborto, infanticidio, parricidio

Artículo 344 del Código Penal: *“La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiera 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.”

La legislación chilena actual autoriza a las embarazadas a recurrir a este tipo de atención médica solo por tres causales, fuera de estas se prohíbe y penaliza. La ley 21.030 establece un sistema de indicaciones a diferencia de los sistemas de plazos, vigente en países como Uruguay, España y Francia, y respaldado por la OMS.

Aborto penado	La gestante Art 344	Autoaborto	Para la gestante: Art 344 inc 1
			Para un tercero ayuda: Art 342 inc 3
		Con ayuda de un tercero	Para la gestante: Art 344
			Para un tercero que ayude: Art 342 inc 3
		Honoris causa	Para la gestante: Art 344 inc 2
			Para el tercero: Art 342
	Un tercero Art 342 y 343	Consentido	Art 342 inc 3
		No consentido	Con violencia Con dolo directo Art 342 inc 1
			Sin dolo directo Art 343
	Un facultativo Art 345		No violento Art 343 inc 2

Artículo 394 del Código Penal: “Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.”

El infanticidio es, en el Código Penal chileno, la muerte de un hijo por su padre, madre o demás ascendientes dentro de las 48 horas siguientes al parto y se entiende como figura privilegiada -de homicidio- en caso de concurso, de acuerdo con la doctrina mayoritaria²

² Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial, Delitos contra la vida humana independiente, Sergio Politoff L. - Jean Pierre Matus A. - María Cecilia, Ramirez G., 2009, p 59-60.

Artículo 390 del Código Penal: *“El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.”*

El parricidio supone la existencia de una relación de parentesco, conocimiento de la misma y el resultado de muerte. Es el tipo penal que sería aplicable al ascendiente que da muerte a un descendiente que tiene más de 48 horas de vida.

2. Diferencias entre los tipos

La pregunta central para diferenciar el aborto del infanticidio es ¿cuándo el feto pasa a ser un recién nacido? En la doctrina penal mayoritaria el *“nacimiento”* y el *“parto”* son términos sinónimos, y sólo debe atenderse a la existencia de vida independiente de la madre para fijar el momento en que se nace, esto es, a la existencia autónoma en la criatura de las funciones vitales de respiración y circulación sanguínea³

3. Aborto frustrado

El aborto es un delito de lesión, es decir, de resultado, aquí la muerte del *nasciturus* determina si estamos efectivamente frente a un aborto consumado o frustrado.

Un aborto frustrado sería aquel en que el feto sobrevive dentro o fuera del vientre de la persona gestante después que esta indujera un aborto. Sin embargo, en el caso en que el feto sobrevive después de su expulsión y muere, se transforma en recién nacido, por lo que *“se presenta una situación de concurso material /real) entre un aborto frustrado y un homicidio consumado (podría tratarse de un infanticidio según quien haya sido el sujeto activo)”*⁴. El aborto frustrado puede transformarse en infanticidio si unos de los padres matan a su recién nacido siempre y cuando sea dentro de 48 horas después del aborto frustrado. Fuera de este plazo podría ser tipificado como un parricidio o un homicidio consumado si actúa una persona sin parentesco.

³ Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial, Delitos contra la vida humana independiente, Sergio Politoff L. - Jean Pierre Matus A. - María Cecilia, Ramirez G., 2009, p 21-84.

⁴ Mario Garrido Montt (Derecho Penal Tomo III Parte Especial, páginas 106 y siguientes)

D. DEL PROCESO PENAL

5. Denuncia ante el Ministerio Público

Es importante saber si se logran reunir o no los antecedentes para seguir con la investigación. Lo que ocurre frecuentemente es que luego de todas las diligencias que se realizan no se pueda acreditar que el aborto fue causado por la mujer y no espontáneo; la prueba, en la práctica, es difícil al respecto, porque se necesitan medios probatorios que son difíciles de encontrar (quien vendió el misotrol, quien produjo el aborto, quien hizo el contacto con la clínica clandestina, por nombrar algunos ejemplos). Por eso, si bien hay en promedio 100 denuncias anuales por casos de abort, la mayoría de las denuncias que ingresan no son judicializadas y terminan en archivo o decisión de no perseverar, siendo relevante si se encuentran restos de misotrol en la vagina o si la mujer reconoce maniobras abortivas.

Otra forma de terminar la investigación es con el sobreseimiento, que por regla general no va a provenir de la fiscalía como decisión, porque si bien no se tuvo pruebas para acreditar la existencia del delito, tampoco se tiene la certeza muchas veces para sostener que no hubo intervención de la mujer. Si se pretende el sobreseimiento se debe solicitar a instancias de la defensa, y puede ser difícil que un tribunal lo decrete a menos que cuente con un antecedente clarísimo de la espontaneidad del aborto, en cuyo caso el Ministerio Público ya habría aplicado facultad de no inicio, por no ser constitutivo de delito.

Ahora bien, si la denuncia sigue su curso, podría terminar en una formalización, que va a ocurrir si la investigación arrojó resultados, es decir, si se logró recopilar antecedentes que sustenten la imputación. La cantidad o calidad de prueba que se necesita para esto es algo bastante casuístico y va a depender de él o la fiscal.

Para estos efectos, es relevante considerar que la mayoría de las veces la denuncia de aborto se da desde un centro médico. En estas circunstancias, el tribunal puede trasladarse al centro asistencial donde se encuentra el o la imputada con el objeto de practicar la formalización dentro del plazo que dispone la ley, sin perjuicio de que el Ministerio Público puede solicitar un plazo de un máximo de 3 días para formalizar, cuando faltaren antecedentes importantes que acrediten la participación o la existencia del delito.

Desde la perspectiva de la defensa, lo principal es poner atención a las pruebas de las que se hace fiscalía. En el caso de una denuncia derivada desde un centro de atención de salud, la primera pregunta que hacer es ¿con qué antecedentes se justifica la denuncia? Han habido casos en que el centro de atención envía informes sobre presencia de misotrol y con ello entonces presume que ha habido un aborto inducido. Pero, lo cierto es que de la sola visualización de restos de algún producto no puede derivarse conclusión alguna relativa a su correspondencia química con uno u otro fármaco.

Para averiguar las características de una sustancia es necesario realizar un análisis farmacológico, para lo cual se necesita una muestra y las muestras –en principio- sólo pueden obtenerse con consentimiento de la paciente o de su representante legal. Este elemento es indispensable para que se trate de una prueba legal. Ahora bien, el Ministerio Público puede solicitar una autorización al tribunal para tomar muestras médicas, cuando no provoque daño a la salud y sea necesario para la investigación. Para solicitarlo se realiza una audiencia citada para tal efecto o en el mismo control de detención.

Por otra parte, es necesario recordar que los funcionarios y/o profesionales de la salud no pueden realizar interrogatorios a la paciente y mucho menos supeditar la atención médica a la confesión de algún hecho. Las preguntas que deben contestar las pacientes a sus médicos se limitan únicamente a aquello que es indispensable para definir el tratamiento médico. Las consultas insistentes, el chantaje, la búsqueda de confesión u otras acciones similares están fuera de las facultades de los médicos, pudiendo incluso configurar el delito de torturas (150 A) o malos tratos (150 D) que contempla el Código Penal y con ello también poner en riesgo la legalidad de la prueba.

6. Instancias alternativas al juicio oral en el proceso penal

El marco penal establecido para el delito de aborto es de presidio menor en su grado máximo (3 a 5 años) y, en el supuesto honoris causa es presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años).

Oportunidad procesal	Legislación
Investigación	<p>Principio de oportunidad:</p> <p>Artículo 167.- Archivo provisional. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.</p> <p>Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional.</p> <p>La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público.</p> <p>Artículo 168.- Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía.</p> <p>Artículo 170.- Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma.</p> <p>Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.</p> <p>Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones [...]</p>

Formalización

Principio de congruencia:

Desde la formalización comienza a hacerse exigible este principio que exige coherencia entre los hechos formalizados y los hechos de la acusación.

Artículo 341.- Sentencia y acusación. La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. [...]

Salidas Alternativas:

Artículo 237.- Suspensión condicional del procedimiento. El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión

condicional del procedimiento.

El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para Resolver.

La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

- a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad;
- b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y
- c) Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma.

Si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal.

Tratándose de imputados por delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto; [...], el fiscal deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al Fiscal Regional.

	<p>Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247.</p> <p>La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el ministerio público y por el querellante.</p> <p>La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.</p>
<p>Cierre de investigación</p>	<p>Artículo 248- Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa; Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. <p>La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.</p> <p>Artículo 250.- Sobreseimiento definitivo. El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo:</p> <ol style="list-style-type: none"> Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito; Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado; Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal; Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;

	<p>e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y</p> <p>f) Cuando el hecho de que se tratase hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.</p> <p>*El sobreseimiento definitivo puede solicitarse durante todo el proceso.</p>
<p>Juicio simplificado</p>	<p>Artículo 388.- Ámbito de aplicación. El conocimiento y fallo de las faltas se sujetará al procedimiento previsto en este Título.</p> <p>El procedimiento se aplicará, además, respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el ministerio público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.</p>
<p>Juicio abreviado</p>	<p>Artículo 406.- Presupuestos del procedimiento abreviado. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo; no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.</p> <p>Para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.</p> <p>La existencia de varios acusados o la atribución de varios delitos a un mismo acusado no impedirá la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurren los presupuestos señalados en este artículo.</p> <p>Artículo 407. Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado. Una vez formalizada la investigación, la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado podrá ser acordada en cualquier etapa del procedimiento, hasta la audiencia de preparación del juicio oral.</p>

E. CASO DE CONDENA POR DELITO DE ABORTO

Causa	Causa RIT 168-2008 Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta CA 249-2008 Corte de apelaciones de Antofagasta
Acusación	<p>“Durante el mes de noviembre de 2007, la imputada D.S., quién a la fecha presentaba un embarazo de 20 semanas se concertó con don J.S. y W.M., con el objeto de interrumpir el proceso de gestación que cursaba, causando la muerte del feto, fruto de la concepción efectuada con don J.S. Para lograr el objetivo indicado, la imputada contactó, a través de internet y luego, a través de teléfonos móviles a W.M., quién se dedica a la venta de fármaco, que tienen por objeto provocar o inducir el aborto, a quién manifestó los deseos de ella y su pareja de interrumpir su embarazo. Para este efecto, concretó con W.M. la venta de una pastilla denominada Citotex, cuyo componente se denomina Misotrol, en la suma de \$ 30.000, dinero que le proporcionó con pleno conocimiento de los fines del mismo, don J.S., y que luego depositó en una cuenta del imputado W.M., remitiéndole éste los medicamentos citados, vía encomienda, a través de un bus interprovincial. Una vez recibidos los fármacos, la imputada procedió a introducirse, por vía vaginal, cuatro de las pastillas recibidas, las que le provocaron un fuerte dolor abdominal, lo que obligó a su traslado a un centro asistencial, lugar donde luego de efectuar los exámenes médicos correspondientes, los facultativos del hospital, detectaron en la zona genital externa, la presencia de restos de comprimidos húmedos y que el feto se encontraba sin actividad cardiaca, constatando su muerte en el interior del cuerpo de la madre, y siendo éste expulsado, finalmente, en el centro asistencial, como consecuencia de los fármacos utilizados por la imputada, interrumpiéndose definitivamente el embarazo.”</p> <p>El Ministerio Público sostuvo que los hechos por los cuales acusó, eran constitutivos del delito consumado de aborto, previsto y sancionado en el artículo 342 del Código Penal, atribuyéndole a la acusada D.S. a participación en calidad de autora, de conformidad al artículo 15 Nro. 1 del Código Penal, en tanto que estimó que la participación de J.S. y W.M., también como autores, se encuadraba en numeral tercero de dicha disposición.</p>

**Sentencia
primera
instancia**

SÉPTIMO: La prueba descrita en el motivo quinto, debidamente ponderada y contrastada con aquella exclusiva de la defensa transcrita precedentemente, permitió establecer más allá de toda duda razonable, la existencia de los siguientes hechos:

1.- Durante el mes de noviembre de 2007, la imputada D.S. -estudiante de 20 años de edad- con el objeto de interrumpir el embarazo de entre 19 a 20 semanas que presentaba, ubicó en el sitio de internet "sincasa.cl", el correo electrónico [...] en el cual se ofertaba el medicamento denominado Misoprostol para fines abortivos, obteniendo de este modo el teléfono celular [...] de W.M., quién se dedicaba a la venta de este fármaco, dato que quedó registrado en el teléfono celular de su pareja J.S.

Con anterioridad al día 19 de dicho mes el referido J.S. le proporcionó a D.S. la suma de \$30.000.- que ella depositó en una cuenta de ahorro del Banco Estado perteneciente al señalado W.M., el cual ese mismo día remitió una encomienda -que contenía los medicamentos ofrecidos- a nombre de la muchacha, vía [...]la cual aquella recibió el día 21 de noviembre de 2007.

3.- Al día siguiente D.S. se introdujo 4 comprimidos del medicamento denominado "Cytotec" del Laboratorio [...] compuesto de 200 mg. de Misoprostol, presentando luego fuertes dolores abdominales, ingresando en horas de la mañana del 22 de noviembre de ese año al Servicio de Urgencia del Hospital Militar, donde se le constató la existencia de intensas contracciones uterinas, la presencia de restos de comprimidos disueltos, en el canal vaginal y ecográficamente un embarazo de 19 a 20 semanas con su feto muerto, reconociendo a la matrona de turno que alrededor de las 02,00 de la madrugada se había introducido tales comprimidos en su vagina y que los fuertes dolores comenzaron a las 03,30 de la mañana.

4.- El día 23 de noviembre de 2007 se realizó a la joven un legrado uterino para extraer el feto desde su vientre, mismo al cual se le realizó la autopsia de rigor, no presentando lesiones ni malformaciones.

Los hechos antes descritos configuran el delito de aborto, previsto en el artículo 344 inciso 1° primera parte y sancionado -en el caso de la mujer embarazada que obra motivada para ocultar su deshonra- en el inciso 2° de dicha disposición del Código Penal, toda vez que una mujer, con el objeto de interrumpir su embarazo y como se dijo ocultar la situación de deshonra, se introdujo fármacos al interior de su vagina, los que provocaron contracciones uterinas de tal intensidad, causando necesariamente la muerte del feto, por asfixia, en la medida que las contracciones -repetidas e intensas- causan que la placenta deje de recibir la sangre con el oxígeno necesario para que éste sobreviva.

En relación a la calificación jurídica de los hechos, que como se verá más adelante, es una sola, independientemente de haberse establecido diferentes grados de participación para los 3 acusados, tenemos que no pudo configurarse ninguna de las hipótesis del artículo 342 del Código Penal, precepto en el cual el Ministerio Público sustentó su acusación y luego en sus alegaciones de clausura insistió se configuraba –sólo respecto de los imputados J.S. y W.M.- para atribuirles participación como autores del artículo 15 Nro. 3 del código citado. Lo anterior en la medida que dicha disposición legal exige que el sujeto activo del delito sea un tercero distinto de la propia mujer embarazada, así se desprende de la expresión “el que maliciosamente causare un aborto” y luego plantea diferentes sanciones, según si se ejerciere violencia sobre ella, se obrare sin su consentimiento, aún sin violencia o finalmente, la misma consintiere, lo anterior inequívocamente plantea que el sujeto activo sea un tercero y no la mujer embarazada.

De modo que los hechos acreditados –atendido que en este caso fue la imputada D.S. quien a solas en su domicilio se introdujo los comprimidos de Cytotec en su vagina- sólo pudieron configurar el tipo penal conocido como autoaborto, dentro de la categoría de los abortos voluntarios, que nuestro ordenamiento jurídico describe y sanciona –como ya se dijo- en los incisos 1° y 2° del artículo 344 del Código Penal, cuyo sujeto activo es la mujer embarazada, acotando como en el motivo que sigue se razonará, que se compartió la apreciación fiscal en orden a que la misma lo realizó “para ocultar su deshonra”.

Sin embargo, también compartiendo la apreciación fiscal que es concordante con la forma como parte de la doctrina plantea que debe sancionarse a los partícipes, cómplices o encubridores del autoaborto (así Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, página 95, como también Mario Garrido, Derecho Penal tomo III parte especial, página 115) será a la hora de regular la sanción a imponer a J.S. y W.M., cuando deba considerarse la figura penal del artículo 342 Nro. 3 del Código Penal.

OCTAVO: [...]Si fue objeto de discusión, en relación con la idoneidad de las maniobras que la joven realizó, que ella efectivamente se hubiese introducido en su vagina comprimidos del medicamento señalado en el auto de apertura: “Cytotec”, cuyo componente sería la sustancia genérica llamada Misoprostol. En efecto, destacaron ambos defensores la ausencias de pruebas que científicamente acreditaran lo anterior, toda vez que la única persona que en el juicio señaló haber constatado que en la vagina de la joven había restos de comprimidos disueltos (la matrona M.N.) no estuvo en condiciones de afirmar si se trataba del

usado en Chile conocido como Misotrol u otro, solo pudo afirmar – ciertamente en base a su experiencia profesional, reconocida en 12 años- que lo que ella advirtió eran residuos de un material químico molido. En relación a lo anterior, al tribunal la impresión de la matrona es fiable, no sólo por los años de experiencia que dijo tener, sino fundamentalmente pues la misma explicó qué medicamentos con el mismo componente del Cytotec, es decir Misoprostol, eran de utilización restringida y supervisada en los recintos hospitalarios, ya sea para la expulsión de los llamados abortos retenidos, de entre 12 a 20 semanas o bien para inducir un trabajo de parto, en todo caso en dosis mínimas de 1/4 de tableta, pudiendo repetirse la misma dosis, o sea 1/2 comprimido, de manera que ella conocía los efectos que la administración de la sustancia causaba, los que eran concordantes con el estado que constató en la paciente al examinarla –múltiples contracciones y los restos ya aludidos- y fue en base a ello que le consultó a D.S. y ésta reconoció haberse administrado Misotrol, mismo que había adquirido por internet. [...]

Gran énfasis puso la defensa en la circunstancia reconocida por el legista Juan Cabanne, en orden a que si bien se remitieron tórulas con muestras que se habrían tomado de las mucosas de la vagina de la madre, las mismas no pudieron periciarse químicamente, pues se le informó que no llegaron en condiciones adecuadas, al Servicio Médico Legal de Iquique, organismo que además, no tendría la infraestructura técnica necesaria, para determinar la presencia del compuesto Misoprostol en las muestras del flujo enviado [...]Luego, claramente su estado físico al ser ingresada al hospital era compatible con su uso, lo afirmó la matrona N., lo corroboró la doctora Manns y finalmente lo debió reconocer la perito A. cuando fuera contrainterrogada por el Fiscal, señalando que “si una persona de haberse colocado en la vagina comprimidos de misoprostol, entre un 70% a un 83 % se habrían producido contracciones uterinas tendientes a expulsar el producto de la gestación, ya fuere que hubiese estado vivo o muerto” y que “en este caso con los antecedentes que se tienen la muerte fetal pudo haber sido por la administración de misoprostol, pues eso en un alto porcentaje termina en un aborto con estas características”.

NOVENO: En cuanto a la participación de la acusada D.S. en el ilícito establecido, se adelantó en la deliberación que se la estimó autora, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal y ello se encuentra acreditado primeramente con los dichos de la matrona Mónica Navarrete Hernández, que fue quien le prestó las primeras atenciones al ingresar la joven al servicio de urgencia del Hospital Militar de esta ciudad en horas de la mañana del 22 de noviembre de

2007, reconociéndole que ella misma se había introducido unas pastillas para provocar un aborto, en un sentido similar y ciertamente con mayores detalles de todo aquello que realizó para lograr su propósito, prestó declaración –ese mismo día, renunciando a sus derechos legales y por ende a ser asesorada y advertida de los alcances por un defensor- ante el funcionario policial Jean Contreras, a éste le proporcionó las fechas en que se enteró de su embarazo, las gestiones que realizó para ubicar al sujeto que le proveyó el medicamento, aceptó entregar los comprobantes del depósito del dinero a aquel sujeto y del envío recibido de éste conteniendo las pastillas de Cytotec, agregando que en su domicilio, recordemos que a la sazón estaba internada, se encontraban aún los envoltorios de los medicamentos y parte de los documentos referidos. [...]

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 Nro. 6 y 9, 14 Nro. 1 y 2, 15 Nro. 1, 16, 18, 24, 25, 30, 47, 50, 51, 67, 69, 344 inciso 2° del Código Penal y artículos 4, 45, 47, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal y artículos pertinentes de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que se condena a D.S., ya individualizada, como autora del delito consumado de aborto, cometido en Antofagasta el 22 de noviembre del año 2004, a una pena de 61 (sesenta y un) días de presidio menor en su grado mínimo.

II.- Que se condena a J.S. y a W.M., como cómplices del delito de aborto consumado, cometido en Antofagasta el 22 de noviembre del año 2004, a una pena de 61 (sesenta y un) días de presidio menor en su grado mínimo.

III.- Se condena asimismo a los 3 acusados a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo total de la condena, esto es, por 61 días, imponiéndosele además, a todos ellos el pago de las costas de la causa por partes iguales.

[...]

F. CASO DE ABSOLUCIÓN DEL DELITO DE INFANTICIDIO

<p>Causa</p>	<p>RIT 373-2018 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago</p>
<p>Acusación</p>	<p>“El día 14 de Octubre de 2016, a las 15:00 horas, aproximadamente, la acusada R.L., se encontraba en su lugar de trabajo, correspondiente a la Empresa [...], momentos en los que se dirigió al baño del lugar, manteniéndose ahí por cerca de 90 minutos, lapso en el cual la acusada dio a luz a su hija de sexo femenino, de 34 a 36 semanas de gestación, que nació viva, respiró por más de un instante, y que ésta, mediante actos manipulatorios violentos e inapropiados, en su cara, cráneo y cordón umbilical, le ocasionó la muerte; resultado querido y perseguido por la acusada. Acto seguido la acusada salió del baño, transportando el cuerpo del bebé fallecido en una bolsa, que depositó en un basurero, ubicado en el mismo inmueble, siendo instantes más tarde encontrado por personal de la empresa. El bebé de sexo femenino que dio a luz la acusada, presenta hemorragia placentaria aguda y signos de isquemia vellositaria focal, signos de shock e hipoxia aguda visceral y hemorragia subaracnoidea en cerebro de grado moderado, siendo la causa de muerte “hipoxia perinatal aguda” en la que existen huellas de un sufrimiento fetal intrauterino y otro post parto, extrauterino, siendo una muerte violenta, conforme da cuenta el Informe Histopatológico, la autopsia y el complemento de autopsia correspondiente al Protocolo 3121-2016 del Servicio Médico Legal.”</p> <p>A juicio de la Fiscalía los hechos descritos son constitutivos del delito consumado de infanticidio, en contexto de violencia intrafamiliar, previsto y sancionado en el artículo 394 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 20.066, en los cuales le ha cabido a la acusada participación en calidad de autora.</p>
<p>Sentencia primera instancia</p>	<p>QUINTO: Que el artículo 391 N° 2 del Código Penal prescribe: “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 2° Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso.”</p> <p>De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 del mismo cuerpo Legal: Cometan infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.</p> <p>Por consiguiente, para que se configure el delito materia de la acusación, deben concurrir los siguientes elementos: a) una acción u</p>

omisión dirigida a matar a otro y apta para lograr este resultado; b) que la acción desplegada sea objetivamente imputable al agente; c) que el resultado material de esa acción sea la muerte de una de las personas indicadas, entre ellas, el hijo del sujeto activo; y d) que la muerte se produzca dentro de las cuarenta y ocho horas desde el parto.

Asimismo, en cuanto a la faz subjetiva del tipo, la acción u omisión causante de la muerte debe ejecutarse con dolo homicida, sea éste directo o eventual.

SEXTO: Como se adelantó en el veredicto, varios aspectos de la acusación no fueron materia de controversia. [...] En suma, y planteadas así las teorías del caso de cada interviniente, para el Ministerio Público la acusada actuó con dolo (directo) de matar. Para la Defensa, en cambio, en rigor hubo error de tipo, pues creyendo a la niña muerta (cuando en realidad estaba viva), la puso en una bolsa cerrada y la arrojó a un basurero. [...]

NOVENO: Que las pericias referidas no lograron precisar cuáles fueron en concreto las acciones que habrían provocado la asfixia perinatal de la recién nacida, lo que era en extremo necesario, pues el Ministerio Público atribuyó a la acusada actos violentos y malos manejos provocados con la intención manifiesta de causarle la muerte. Todo ha quedado en el terreno de las posibilidades o meras hipótesis, insuficientes por su propia naturaleza para descartar otras posibles vías de acción ubicadas fuera de los límites de la acusación fiscal. [...]

En consecuencia, si bien la prueba pericial rendida por la Fiscalía se estima suficiente para acreditar que el fallecimiento de la recién nacida se debió a una hipoxia perinatal, no ha sido suficiente, ni aun examinada en conjunto con los demás medios de prueba, para demostrar, más allá de toda duda razonable, que la acusada provocó esa asfixia dolosamente, queriendo y persiguiendo tal resultado, porque la misma perito Bustos, declarando con la imparcialidad y rigor científico a que estaba obligada, no descartó que esos supuestos malos manejos pudieran haber sido consecuencia de actos tendientes a sacar al feto del vientre materno.

DÉCIMO: [...] Viene al caso recordar lo que prescribe el artículo 341 del Código Procesal Penal [...] La citada disposición consagra el llamado principio de congruencia, que consiste en que el tribunal no puede en su sentencia excederse de los términos en que fue formulada la acusación. En definitiva funciona como una garantía para evitar que el imputado sea sorprendido por variaciones en la unidad temática del proceso, es decir, por modificaciones en el objeto del proceso penal. (Código Procesal Penal. Dr. Raúl Núñez Ojeda. Ed. Thomson Reuters. 4ª Ed. 2016. Pág. 349) [...]

	<p>Sin embargo, el persecutor penal fue mucho más exigente. Sostuvo un hecho jurídico que no logró demostrar: que la acusada quiso y persiguió el resultado de muerte. No podría entonces condenarse a la imputada por actuar con dolo eventual, sin exceder los límites de la acusación; sin ir más allá de los hechos que la conforman.</p> <p>Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1° del Código Penal; artículos 1, 45, 48, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 343, 346 y 347 del Código Procesal Penal; se declara:</p> <p>I.- Que se ABSUELVE a R.L. [...] del cargo que le dirigiera el Ministerio Público como autora de un delito de infanticidio, previsto y sancionado en el artículo 394 del Código de Penal [...]</p>
<p>Comentarios</p>	<p>Resulta relevante en el debate saber si el recién nacido respiró después del parto y conocer el estado psicológico de la madre para establecer los motivos y su posible conducta dolosa.</p>

BIBLIOGRAFÍA

1. Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los derechos Humanos*. Paris: Aegitas.
2. Asamblea General de Naciones Unidas. (2014). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez*. Consejo de Derechos Humanos. Recuperado de:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf>
3. Asamblea General de Naciones Unidas. (2016). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Consejo de Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>
4. ACNUDH. (1979). *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*. Nueva York: ONU
5. ACNUDH. (1987). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>
6. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile -BCN (2015) *Historia de la Ley N° 21.030: Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. Recuperado de <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/6701/>
7. Casas L. y Vivaldi L. (2013). *La penalización del aborto como una violación a los derechos humanos de las mujeres*. (Informe Anual – UDP). Recuperado de: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2013/Cap%202%20Penalizacion%20de%20aborto%20como%20violacion%20a%20ddhh%20mujeres.pdf>
8. CEDAW. (1999). *Recomendaciones Generales N°24: La Mujer y la Salud*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>
9. CEDAW. (2017). *Recomendaciones Generales N°35: Violencia por razones de género contra la mujer*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
10. Comité de Derechos Humanos. (2000) *Observación general N° 28: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*. Informe N° 68. ONU.

Recuperado de: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_21_Rev-1_Add-10_6619_S.pdf

11. Comité de Derechos Humanos. (2018) *Observación general N° 36: sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*. ONU. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf

12. Consejo Económico y Social. (2016) *Observación general N° 22: relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. ONU. Recuperado de:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11

13. DFL 725. (1967). *Código sanitario*. Ministerio de Salud Pública Chileno. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5595>

14. Ley N° 21.030. *Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 14 de septiembre de 2017.

15. Ley N° 19.696. *Código Procesal Penal*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de octubre de 2000.

16. Meza-Lopehandía, M. (2016) *El aborto en el derecho internacional de los Derechos Humanos*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23610/1/FINAL%20-%20REFUNDIDO%20-%20El%20aborto%20en%20el%20DIDH.pdf>

17. ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

18. ONU. (2013). *Observación general N° 15: Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de: <http://docstore.ohchr.org/>