

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

FLORENCIO ENRIQUE PARDO MONTENEGRO



Abogado por la Universidad de Chile. Magister en Derecho Penal de los Negocios y la Empresa por la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Penal del Adolescente por la Universidad de Chile. Estudiante del Doctorado (PhD) en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Abogado litigante en el ejercicio libre de la profesión en el área penal y laboral. Múltiples publicaciones nacionales e internacionales como autor y coautor sobre derecho penal y criminología. Expositor permanente en seminarios y foros en universidades nacionales y extranjeras, centros de estudios y asociaciones sindicales, respecto de temáticas de derechos humanos, derecho penal, criminología y derecho laboral. Actualmente es docente de Derecho en la Universidad ARCIS de Santiago de Chile

Descriminalización del aborto consentido en Chile, para descriminalizar la pobreza

(Entregado 24/11/2013 – Revisado 14/12/2013)

Universidad ARCIS Chile

Universidad de Buenos Aires (UBA)

Email: florenciopardo@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo pretende abordar desde una perspectiva socio-jurídica, la interrupción voluntaria del embarazo o el denominado aborto y la relación existente con el derecho a la maternidad en Chile. Como en pocas legislaciones del mundo, en la chilena, el aborto está totalmente prohibido en todas sus modalidades y en todas ellas es criminalizado con penas de cárcel, inclusive el denominado aborto terapéutico. Así las cosas, producto de la criminalización secundaria y la falta de recursos económicos, con la legislación vigente, las penas de cárcel, serían aplicadas a las mujeres de la clase de menos recursos, pero también con dicha legislación, se les estaría condenando a verdaderas penas de muerte, puesto que al decidir interrumpir el embarazo y ejercer el derecho a decidir sobre la maternidad y al no tener acceso a atención pública o privada de salud de calidad y gratuita, recurren a lugares clandestinos e inseguros, con procedimientos sépticos y por personas no especializadas, donde el precio a veces es la propia vida.

Palabras Claves: Aborto consentido; Derecho a la maternidad; Legislación chilena.

ABSTRACT

This article examines the issue of abortion in Chile. The study focuses on legal and sociological views along with the right to maternity. Chile has some of the strictest abortion laws in the world. The practice is illegal without exception, even in cases of rape. The ban extends to therapeutic abortions carried out in cases where a woman's life is in danger. Women suspected of having had an abortion can be charged with murder under any circumstances. Due to secondary criminalisation, lack of legal protection and free public health care women from poorer economic backgrounds are forced to seek terminations from non-professionals working in surgeries lacking the necessary equipment and sanitary conditions. Unfortunately, the cost of this is often their own lives.

Keywords: Abortion consent; Right to maternity; Chilean law.

Julio – Diciembre 2013

Mgs. Florencio Enrique Pardo Montenegro (Universidad ARCIS - Chile)

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

1 CUESTIONES PRELIMINARES

1.1 El derecho a la maternidad, la salud y los derechos reproductivos de la mujer

Los grupos autodenominados “Pro vida”, de carácter religioso, quienes dicen estar por la vida del concebido, inician la discusión o plantean la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo, con el binomio, “por la vida o por el aborto”. Planteamiento, que es erróneo y cargado de tinte ideológico cristiano-conservador, puesto que muy difícilmente se puede estar a favor de todo tipo de aborto y en toda época del embarazo. No hay legislación en el mundo que permita un aborto, por muy consentido por la madre, por ejemplo a los ocho meses, por la sola circunstancia de decidir no ser madre, como tampoco se ha establecido o promovido en lugar alguno, el descriminalizar¹ el aborto doloso y no consentido por la madre del concebido.

Entonces planteada la discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo, desde otra perspectiva, esto es, ¿es necesario criminalizar todo tipo de aborto y recurrir al *ius puniendi*, castigando con penas de cárcel, (mayoritariamente a las mujeres jóvenes provenientes de los barrios más pobres) como forma de prevenir el aborto? La franja de visiones, desde esta última perspectiva, se amplía mucho más, que desde el binomio “pro-vida o pro-aborto” o, a favor o contra el aborto, puesto que así las cosas, se debe realizar la necesaria distinción entre, si la vida del concebido constituye un bien jurídico que merece protección y otra si la pena de cárcel es el medio adecuado para prevenir los atentados contra ese bien jurídico digno de proteger.

La Declaración de los Derechos de La Madre de Barcelona, señala en su artículo 1° que, “la maternidad debe ser de libre elección. Toda mujer tiene el derecho de decidir libremente sobre el momento más adecuado para tener sus hijos, el espacio intergenésico y cuántos hijos quiere tener. El uso de métodos anticonceptivos eficaces debe ser accesible a todas las mujeres. Y en su artículo 3° señala que toda mujer tiene derecho a no sufrir discriminación, penalización ni marginación social a causa de una interrupción voluntaria de su embarazo. La práctica del aborto debe ser realizada en condiciones sanitarias adecuadas. Las mujeres tienen derecho a un acceso fácil a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de un aborto”².

Respecto a los Derechos Reproductivos de la mujer,

tanto en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10.2, 12.1 y 12.2), cuanto en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Art. 10 (h), 12.1, 12.2), y en la Plataforma de Acción de Beijing (párrafos 89 a 105) entre otros instrumentos de derechos humanos, se hace mención al derecho a la salud y a la atención de hombres y mujeres y al disfrute pleno del derecho a la vida en condiciones de igualdad. El documento final de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de 1994, refiere explícita y detalladamente a la salud y los derechos reproductivos. De conformidad con los principios del Programa de Acción de El Cairo, el fomento de la equidad y la igualdad de los sexos y la habilitación de la mujer, la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer y asegurarle el control de su propia fecundidad, son la

¹ Se entiende por descriminalización, la renuncia formal de accionar en un conflicto por la vía del sistema penal, es decir, es la extracción del catálogo penal aquellas conductas que se han dejado de considerar punibles. Véase, Zaffaroni, E., (1994), *Manual de Derecho Penal*, Lima, Perú. Ediciones Jurídicas, p. 296.

² Declaración de Barcelona sobre los derechos de la madre y del recién nacido. Disponible en: <http://www.omaternidad.org.ar/documentos/wp459814340/Declaracion%20de%20barcelona.pdf>

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

pieza angular de los programas de población y desarrollo. Se reafirma el derecho fundamental de todas las parejas y todas las personas a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de los nacimientos de sus hijos, y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para hacerlo. Tal y como se expresa en el 8vo principio de tal documento: Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo (ONU, 2007, Pdf).

Que entendiendo la supremacía del derecho a la vida de la madre por sobre el concebido, La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en un fallo de reciente data, esto es el 5 de abril de 2013, ha ordenado al Estado salvadoreño (el que criminaliza toda forma de aborto) a otorgar todas las medidas médicas necesarias para la interrupción del embarazo de una joven salvadoreña, es así que reconoce que su salud, integridad personal tanto física como mental, y vida, se encuentran en una situación de extrema gravedad y urgencia de sufrir un daño irreparable. Por lo que se le requiere para asegurar, al Estado del Salvador, de manera urgente, la debida protección de los derechos a la vida e integridad personal de la joven Beatriz³. Con este fallo la CIDH, dio preponderancia al derecho a la vida de la mujer por sobre el derecho a la vida del feto.

2.2 La fecundación y clasificación del aborto

La fecundación:

el proceso de la fecundación para formar un nuevo individuo se inicia con la penetración de la cabeza del espermatozoide en el óvulo, el cual ha tenido varias etapas de preparación que se llama capacitación. Ocurre en el endometrio, donde una serie de enzimas y compuestos productos del metabolismo de las células del endometrio, influyen en este proceso que es complejo y donde se distinguen: La hiperactivación del espermatozoide, la reacción acrosomal tanto en la fusión de las membranas como en la salida de las enzimas hidrolíticas, la adhesión a la zona pelúcida del óvulo y la penetración del góculo. Cabe agregar que el espermatozoide tiene receptores a la progesterona y que la progesterona del líquido folicular del folículo, es mediadora de la reacción acrosomal, uno de los procesos indispensables en la capacidad de penetración del espermatozoide (Molina, 2012, Pdf).

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el aborto es la interrupción del embarazo antes de la viabilidad fetal con medios adecuados, para efectos de esta investigación se puede clasificar en:

Aborto natural o espontáneo: Se considera aborto espontáneo a la pérdida de la gestación antes de las 26 semanas, cuando el feto no está aún en condiciones de sobrevivir con garantías fuera del útero materno. Un aborto espontáneo ocurre cuando un embarazo termina de manera abrupta.

³ Fallo de la CIDH, disponible en: <http://cejil.org/sites/default/files/Resoluci%C3%B3nCorteIDH-MAY030-2013.pdf>

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

Aborto terapéutico: tiene por objeto evacuar mediante maniobras regladas, la cavidad uterina, vaciándola de todo sus contenidos. Este aborto lo verifica un médico especializado y se toman las medidas precisas para salvaguardar la vida de la paciente, seriamente amenazada. Se realiza cuando la vida del feto se considera perdida o representa un gravísimo peligro para la madre.

Aborto sentimental o ético-social: Es la intervención abortiva que tiene por objeto la eliminación del producto de la concepción que proviene de un hecho delictivo, como violación o en algunas culturas por el incesto.

Aborto eugenésico: Se interviene por que el feto de nacer lo haría con graves taras físicas o psíquicas.

1.3 Regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el derecho comparado

El Código Penal de Argentina señala en el inciso segundo del artículo 86 que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Así, en la legislación argentina, no es punible el aborto terapéutico ni el sentimental.

El Código penal de Perú, en su artículo 119, señala que el aborto terapéutico no es punible, cuando el aborto es practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, es decir, no se penaliza el aborto terapéutico⁴.

El código penal de Alemania, en el artículo 218 a. regula la No punibilidad de la interrupción del embarazo:

“(1) El tipo penal del § 218 no se realiza cuando:

1. La embarazada solicita la interrupción del embarazo y le ha demostrado al médico por medio de un certificado según el § 219 inciso 2 frase 2, que ella se ha dejado asesorar por lo menos tres días antes de la intervención.

2. La interrupción del embarazo es practicada por un médico, y

3. desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas.

(2) La interrupción del embarazo practicada por un médico con consentimiento de la embarazada no es antijurídica cuando de acuerdo con el conocimiento médico sea

4 El Artículo 120 establece que el aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

necesaria la interrupción para eliminar un peligro para la vida de la embarazada y el peligro de un perjuicio muy grave para su salud física o anímica, y éste peligro no pueda ser eliminado de otra manera exigible para ella.

(3) Los presupuestos del inciso 2, se dan como cumplidos también en el caso de una interrupción del embarazo que ha sido practicado por un médico con consentimiento de la embarazada cuando según dictamen médico, se ha cometido contra la embarazada uno de los hechos antijurídicos según los §§ 176 a 179 del Código Penal y existan razones fundadas para la creencia de que el embarazo se fundamento en el hecho y que desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas.

(4) La embarazada no se castigara de acuerdo con el § 218, cuando la interrupción del embarazo haya sido practicada después de asesoramiento (§ 219) de un médico y desde la concepción no hayan transcurrido más de 22 semanas. El tribunal puede prescindir del castigo según el § 218 cuando la embarazada al tiempo de la intervención se hubiera encontrado en especial situación de apremio”.

El Código Penal de Cuba, en el artículo 267, recoge la definición de aborto ilícito, es decir, fuera de estos casos penalizados, los otros abortos son legales.

“1. El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior:

a) se comete por lucro; b) se realiza fuera de las instituciones oficiales; c) se realiza por persona que no es médico”.

En el Uruguay recientemente, esto es, el 30 de octubre de 2012, se publicó la ley Nº18.987 sobre interrupción voluntaria del embarazo y plantea que:

“Artículo 2º. (Despenalización).- La interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada y en consecuencia no serán aplicables los artículos 325 y 325 bis del Código Penal, para el caso que la mujer cumpla con los requisitos que se establecen en los artículos siguientes y se realice durante las primeras doce semanas de gravidez⁵.

5 Artículo 3º. (Requisitos).- Dentro del plazo establecido en el artículo anterior de la presente ley, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.

El médico dispondrá para el mismo día o para el inmediato siguiente, la consulta con un equipo interdisciplinario que podrá ser el previsto en el artículo 9º del Decreto 293/DIO Reglamentario de la Ley Nº 18.426, de 1º de diciembre de 2008, el que a éstos efectos estará integrado al menos por tres profesionales, de los cuales uno deberá ser médico ginecólogo, otro deberá tener especialización en el área de la salud psíquica y el restante en el área social.

El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo, informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción.

En particular, el equipo interdisciplinario deberá constituirse en un ámbito de apoyo psicológico y social a la mujer, para contribuir a superar las causas que puedan inducir a la interrupción del embarazo y garantizar que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable.

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

2 DESCRIMINALIZAR LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO CONSENTIDO, PARA DESCRIMINALIZAR LA POBREZA EN CHILE

De acuerdo a estadísticas oficiales, la realidad chilena respecto a las interrupciones del embarazo, se presenta con la problemática, de que cada año en Chile se practican aproximadamente 160.000 abortos lo que significa que uno de cada tres embarazos en Chile termina en aborto.⁶ En Chile todas las formas de aborto, son ilegales y todas son criminalizadas y castigadas penalmente, inclusive el aborto terapéutico, lo que también solamente ocurre en El Salvador, Nicaragua y Guatemala, al menos en Latinoamérica, sumando 5 los países en el mundo, agregándose a estas legislaciones, la de Malta⁷.

No obstante, esta criminalización actual y absoluta sobre toda forma de interrupción voluntaria del embarazo, no siempre fue del todo criminalizada en Chile, ya que la legislación chilena contempló desde el año 1931 el aborto voluntario, el que se regulaba dentro del Código Sanitario, por el cual en virtud del Decreto Fuerza de Ley 2226, de fecha 15 de mayo de 1931, cuya disposición exigía la opinión de tres facultativos y la certificación respectiva, y en caso de urgencia y ante la ausencia de otros dos facultativos, se permitió que el hecho fuera ejecutado por el médico contemplando dos testigos.

En el año 1967, bajo el gobierno del demócrata cristiano, Frei Montalva, se modificó el texto primitivo y se estableció “Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo”. Para proceder a esta intervención, se requería la opinión documentada de dos médicos cirujanos y tener fines terapéuticos, lo que se mantuvo vigente hasta septiembre de 1989, ya que bajo la dictadura militar encabezada por Pinochet, se derogó dicha normativa y se criminalizó también el aborto terapéutico y se estableció en el artículo 119 del Código Sanitario que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”⁸. Esta tipificación no está hasta la fecha exenta de interpretaciones, puesto que hay algunos autores que plantean que

A partir de la reunión con el equipo interdisciplinario, la mujer dispondrá de un período de reflexión mínimo de cinco días, transcurrido el cual, si la mujer ratificara su voluntad de interrumpir su embarazo ante el médico ginecólogo tratante, se coordinará de inmediato el procedimiento, que en atención a la evidencia científica disponible, se oriente a la disminución de riesgos y daños. La ratificación de la solicitante será expresada por consentimiento informado, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Nº 18.335, de 15 de agosto de 2008, e incorporada a su historia clínica.

Cualquiera fuera la decisión que la mujer adopte, el equipo interdisciplinario y el médico ginecólogo dejarán constancia de todo lo actuado en la historia clínica de la paciente.

6 “Sin embargo es necesario destacar que los abortos sépticos han descendido en una gran magnitud que prácticamente han desaparecido los sectores especializados de las maternidades para atender los abortos sépticos tanto en Santiago como Regiones. Este fenómeno coincide con la aparición legal o clandestina del Misotrol o Misoprostol en la Región de Latinoamérica a fines de la década de los 90, de lo cual Chile no hace una excepción. Basta con consultar en Google la palabra Misoprostol y se obtiene un mercado clandestino amplísimo el cual es muy inseguro en cuanto a la veracidad y calidad de los fármacos que se ofrecen en este mercado informal”, en Molina, C., R., (2012), *Aborto: mitos y realidades*. Boletín de La Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología (flasog) Volumen 1. número 4, noviembre, issn 2304-7585. Disponible en: <http://www.femecog.org.mx/docs/boletin4.pdf>

7 Véase: Molina, C., R., (2012), *Aborto: mitos y realidades*. Boletín de La Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología (flasog) Volumen 1. número 4, noviembre, issn 2304-7585. Disponible en: <http://www.femecog.org.mx/docs/boletin4.pdf>

8 Durante el funcionamiento de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, encargada de discutir el anteproyecto de la nueva Carta Fundamental chilena, don Jaime Guzmán Errázuriz trató de introducir una prohibición constitucional del aborto. Su discurso consta en las actas oficiales de la Comisión Constituyente del día 14 de noviembre de 1974: “La madre debe tener el hijo aunque este

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

con ello se admite implícitamente, y con eficacia excusante, la producción de dicho resultado como consecuencia no buscada (no querida) de una acción realizada para la consecución de un fin legítimo, supuesto que dicha acción sea proporcionada como medio para alcanzar ese fin. En suma, se prohíbe el aborto con dolo directo pero no el realizado con dolo eventual, cuando el fin directo de la acción es legítimo y constituye la única y exclusiva motivación del comportamiento del autor (Horvitz y Soto, 2007, Pdf).

Respecto a la legislación existente, con anterioridad a 1989,

existía una importante discusión en torno a la correcta interpretación del artículo 119 del Código Sanitario y sus efectos en la punibilidad del aborto, pues un sector de la doctrina equiparaba el supuesto previsto en él al estado de necesidad olvidando, como recientemente lo ha destacado Bascuñán Rodríguez, que el Código Penal sólo contempla y admite el estado de necesidad agresivo mientras que el aborto terapéutico es un caso paradigmático de estado de necesidad defensivo. (...) [Así las cosas] Otro sector de la doctrina, por el contrario, equiparaba dicho supuesto al ejercicio legítimo de una profesión, dotándolo así de una mayor amplitud justificante (Horvitz y Soto, 2007, Pdf).

El Código Penal chileno (CPOCH), no define que es el aborto, solo se limita a describir las distintas conductas abortivas susceptibles de reproche penal:

Art. 342 CPOCH. “El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

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

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

Art. 344 CPOCH. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

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

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

Que es dable comentar,

que Chile fue objeto de reparos por órganos de las Naciones Unidas en 1999 cuya misión es fiscalizar el cumplimiento del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la CEDAW. Ambos organismos señalaron en sus informes al Estado de Chile la ausencia de legislación que permita el aborto en caso de riesgo de vida o de salud para la mujer o el embarazo producto de violación, constituye una violación a los derechos humanos, al igual

salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive su muerte”. Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_Chile

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

que la relevación de información médicas que las mujeres entregan en los hospitales. También el Comité contra la Tortura recomendó velar por el cumplimiento del secreto médico evitando extraer confesiones con el fin de enjuiciar a mujeres que buscan atención médica de urgencia como resultado de un aborto prohibido [Cabe asimismo mencionar que,] lo único que se ha hecho a la fecha el Ministerio de Salud (abril de 2009) adoptó un Protocolo sobre Tratamiento Humanizado del aborto que obliga a los jefes de servicio y los facultativos de los servicios públicos de salud a abstenerse de obtener confesiones de las mujeres que hayan llegado a los establecimientos de salud con signos de abortos incompletos o inducidos con el objeto de asegurar la confidencialidad médico-paciente y cumplir con las observaciones realizadas por el Comité contra la Tortura al Estado de Chile. No obstante, esta medida no da cuenta de la interrupción legal del embarazo por razones terapéuticas. En este sentido, la situación legal descrita, deja a las mujeres totalmente desamparadas, puesto que la práctica de un aborto esta contra la ley (Dides, 2004, htm).

En Latinoamérica, Chile es el país que más ha aumentado su población carcelaria en los últimos 20 años, siendo hoy por hoy, ya post dictadura y en pleno apogeo del neoliberalismo, el país con más presos en Latinoamérica⁹. Por lo que la reposición o el regreso a la penalización del aborto terapéutico a finales de la dictadura militar, es un síntoma más del expansionismo penal al que se ha visto sometido Chile.

Cabe mencionar, que los tipos penales del aborto, cuando son aplicados, generalmente son imputados formalmente a las mujeres más jóvenes y provenientes de la clase con menos recursos económicos, quienes en la mayoría de las veces por no contar con los recursos económicos para recurrir a una clínica privada y de confianza y realizarse la interrupción voluntaria, diagnosticado como legrado, concurren a lugares clandestinos e inseguros, con procedimientos sépticos, realizándose intervenciones abortivas por personas no especializadas, donde el precio en veces es la propia vida de la paciente y en otras, complicaciones graves para su salud, las que al producirse en lugares donde no existen los implementos sanitarios para intervenir a la paciente, son conminadas a concurrir a los hospitales públicos, donde los facultativos darán cuenta, en virtud de mandato legal con amenaza de reproche penal¹⁰, del aborto tentado o frustrado a la policía, judicializándose el caso.

Ahora bien, un Estado que solo se presenta en forma subsidiaria en la economía del país, el cual cada vez se desprende más de sus roles de garante de la salud y de la educación de sus ciudadanos, donde la educación sexual es casi inexistente en la educación municipalizada (donde estudian las jóvenes provenientes de la clase de menos ingresos en Chile), en la cual la reproducción de la pobreza se sostiene de generación en generación, en el cual el aborto sí es practicado en forma segura para bastantes mujeres que sí poseen los recursos económicos para interrumpir el embarazo en una clínica privada de confianza, con el instrumental y facultativos necesarios, país en el cual además, la pastilla del día después o el Levonorgestrel o Postinor, (pastillas anticonceptivas de emergencia) no se entrega en todos los recintos de salud municipal,

9 Tanto así, que hoy a nivel mundial ocupa el lugar número 46º en tasa de población reclusa por cada 100 mil habitantes.⁹ y en Sudamérica ocupa el 2º lugar en la tasa de privación de libertad, o de población reclusa por cada 100 mil habitantes.⁹ Alzándose la cifras de presos de 111 en 1992 a 311 en el año 2012, 9 es decir, en veinte años, que coinciden justamente con la consolidación del modelo neoliberal, ya post dictadura, es decir con los gobiernos de la concertación y la derecha electos a través de las urnas, las cifras de personas privadas de libertad se triplicaron.

10 Artículo 175 Código Procesal penal de Chile.- Denuncia obligatoria. 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.

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

ya que dependerá de la ideología del alcalde del municipio de turno, no puede criminalizar la conducta abortiva de una joven mujer de barrio pobre que pretende decidir o ejercer su derecho de decidir el ser o no ser madre, la cual muchas veces sabe que traer a un hijo al mundo es más pobreza y sufrimiento para su núcleo familiar, perpetuándose la miseria también en el concebido.

Es así que

en materia de aborto, lo que se ha sostenido reiteradamente es que el Derecho Penal tiene muy poco que decir, en primer lugar porque no está siendo utilizado como última razón del Estado, sino que, en lo que podríamos llamar una real demagogia penal, el Derecho Penal ha sido puesto como primer elemento de contención. Entonces hay una circunstancia conflictiva determinada en este caso por la realización de una práctica no deseada en el concepto de la autoridad como es el aborto y se plantea como primera, y normalmente única, solución a la erradicación de esa práctica, la amenaza penal. Y evidentemente cuando se invierte el rol del Derecho Penal y pasa de ser última ratio a ser la única y primera razón del Estado, el fracaso está por descontado (Sánchez-Moreno, s/d, pdf).

Ahora bien, planteado el tema de la criminalización absoluta del aborto en Chile, como un modo de criminalizar la pobreza, desde una perspectiva del derecho penal mínimo, se puede compartir, en que los órganos de la justicia penal representan intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados, asimismo la justicia penal es altamente selectiva, tanto en la protección de bienes e intereses como en la criminalización y proceso de reclutamiento de la clientela, principalmente dirigida a las clases populares, por lo que sincerando el discurso el sistema punitivo produce más problemas de los que pretende solucionar¹¹.

Así las cosas, desde una visión crítica a la criminalización del aborto, se puede coincidir con Luigi Ferrajoli (1975), en cuanto a que

la realidad material que se esconde dentro del principio de ilegalidad del aborto y del derecho al nacimiento del concebido, es el aborto de clase y de masa, del cual pagan el costo miles de mujeres de bajo o mediano estrato socio-económico, a quienes les es imposible acceder al aborto de lujo en el exterior o en clínicas equipadas, reservadas a una minoría de señoras ricas y es, aun, la causa del sobre cupo en los orfanatos, de la enorme masa de niños abandonados o semi abandonados, del incremento demográfico de las clases pobres, y con ello, del ejército proletario de reserva disponible a bajo costo en el mercado del trabajo (p 554).

El profesor Zaffaroni (s/d), ingresando a la discusión sobre la penalización del aborto, plantea algunas reflexiones, las cuales desde esta investigación son compartidas,

a) El aborto no es bueno. No creo que nadie en su sano juicio piense lo contrario ni que ninguna mujer que aborte lo haga alegremente. b) El número de abortos que se practican en el país es enorme, las cifras estimadas son altísimas. c) La inmensa mayoría de los abortos se practica “clandestinamente” en clínicas y en condiciones de inseguridad. d) En 35 años de juez he conocido unos diez procesos por aborto, o sea, nada. e) Una minoría de abortos se practica en condiciones sépticas terribles y son de la pobreza o de la miseria; buen número acaba con la vida de la gestante por septicemia. f) En síntesis, el Código Penal no sirve para prevenir el aborto y ni siquiera para reducir el enorme número de los que se practican. Para lo único que sirve es para que las mujeres de la faja más pobre y desamparada sean sometidas a los riesgos más altos. g) Por consiguiente, debe concluirse que se trata de un delito generalizado e impune. h) El argumento de que si se generaliza el homicidio con impunidad habría que pensar si se hace algo diferente de

11. Al respecto véase Baratta, A., (2004), *Criminología y sistema penal*, Editorial B de F., Buenos Aires, principalmente, pp. 301-302

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

dejarlo en el Código Penal no es válido: cuando el homicidio se generaliza y es impune tenemos una guerra, y ninguna guerra fue terminada con el Código Penal, sino con armisticios. i) Es obvio que todos queremos un mundo sin guerras ni genocidios, y también sin abortos. Sin embargo, no sabemos cómo lograrlo, pero lo que sabemos es que con el Código Penal no se logra. j) Lo correcto es hacer una investigación de campo seria, cuantificar la cantidad con encuestas y proyecciones (lo que es perfectamente posible), reunir todo el material que hasta el momento se haya investigado, establecer las tipologías, las causas, las motivaciones, la población en riesgo y ver cómo disminuimos el número, o sea, una política de reducción de daños real (html).

REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La primera reflexión que se puede extraer de la presente investigación, es que hay que realizar la necesaria distinción entre, si la vida embrionaria constituye un bien jurídico que merece protección y otra muy distinta, es si el *ius puniendi* es el medio adecuado para prevenir los atentados contra ese bien jurídico. La segunda reflexión es que el derecho de la mujer a la maternidad, involucra una elección de decidir libremente el ser madre, asimismo el momento más adecuado para tener sus hijos, el espacio intergenésico y cuántos hijos quiere tener, como lo señala la Declaración de Barcelona.

Otra reflexión que resalta, es que una joven de barrio pobre, a la cual se le negó la educación sexual en el colegio municipal, a la que se le niegan las pastillas o anticonceptivos de emergencia para relaciones sexuales descuidadas, para quien tener un hijo a corta edad, sin apoyo familiar, sin recursos económicos y frente a un Estado ausente, en la cual su concebido seguirá siendo perpetuador de la pobreza, no puede ser merecedora del último y más gravoso recurso de control social que contiene el Estado, como lo es el *ius puniendi*. Recurso penal, que castiga con penas de cárcel a un determinado tipo de clientela, producto de la discriminación secundaria y las condiciones materiales existentes, lesionando la igualdad ante la ley y el derecho a la maternidad contenido en la propia constitución del Estado y en numerosos pactos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Que con el “Código Penal en las manos” es poco y nada lo que se puede resolver, puesto que la legislación que penaliza todo tipo de aborto en Chile, opera desde el término de la dictadura en Chile, esto es desde 1989 y así y todo se siguen practicando cerca de 160.000 abortos anuales, con la diferencia de que las mujeres con recursos económicos suficientes, pueden recurrir a clínicas seguras y de confianza y practicárselos sin riesgo alguno, por el contrario las jóvenes de barrios pobres, concurren a lugares en los que muchas veces no existen especialistas y el procedimiento abortivo es desarrollado en forma séptica, con todos los riesgos, incluso fatales, que ello conlleva, es decir, penalizar el aborto trae más problemas que soluciones a un tema tan complejo.

Si bien en el tema del aborto como en cualquier otro de índole jurídica, cada pueblo debe ir analizando la problemática, según su propia realidad, en la actualidad acorde a una perspectiva de derechos humanos, no puede soslayarse o desentenderse del derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad y desde esa perspectiva regular el tema de la interrupción voluntaria. Un punto para partir hacia una descriminalización del aborto en Chile, podría ser la asimilación de la legislación alemana, por la cual, la mujer embarazada no es punible, si solicita la interrupción del embarazo, y se ha dejado asesorar al respecto por lo menos tres días antes de la intervención abortiva, que la interrupción del embarazo sea practicada por un médico, y que desde la concepción no

Descriminalización del aborto consentido en Chile para descriminalizar la pobreza

hayan transcurrido más de doce semanas, tema aparte e indubitado, es la urgencia por descriminalizar el aborto terapéutico.

Por último concluir e insistir, como bien plantea Zaffaroni, que el Código Penal no sirve para prevenir el aborto y ni siquiera para reducir el enorme número de los que se practican. Para lo único que sirve es para que las mujeres de la faja más pobre y desamparada sean sometidas a los riesgos más altos, por ello enfrentar legislativamente el tema y comenzar a descriminalizar el aborto, es también comenzar a descriminalizar la pobreza.

BIBLIOGRAFÍA

Baratta, A. (2004), *Criminología y sistema penal*, Editorial B de F., Buenos Aires

Declaración de Barcelona sobre los derechos de la madre y del recién nacido. Disponible en: <http://www.omaternidad.org.ar/documentos/wp459814340/Declaracion%20de%20barcelona.pdf>

Dides, C. (2004), Comité contra la Tortura, Trigésimo Segunda Sesión, 3-21 de mayo de 2004, pár. 7, letra m) en CAT/C/CR/32/5), en página web de Corporación APROFA (Asociación Chilena de Protección de la Familia). Disponible en: http://www.aprofa.cl/html/not_73.htm

Fallo de la CDIH, disponible en: <http://cejil.org/sites/default/files/Resoluci%C3%B3nCorteIDH-MAYO30-2013.pdf>

Ferrajoli, L. (1975), “Aborto e ideología burguesa de la tutela de la vida” en *Revista Quale Giustizia*, NN 34 -35, luglio-ottobre, 1975.

Horvitz, M. I. y Soto, M. (2007), “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo código penal elaborado por el foro del ministerio de justicia” en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, Año 2007. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/htm/media/consideracionesregulacionaborto.pdf>

http://es.wikipedia.org/wiki/Aborto_en_Chile

La ONU y La Mujer (2007), *Compilación de mandatos*, Marzo, en Centro de Información de Las Naciones Unidas para Argentina y Uruguay. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/women/iwd/2007/compilacion.pdf>

Molina, C. R. (2012), *Aborto: mitos y realidades*. Boletín de La Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología (flasog) Volumen 1. número 4, noviembre, 2012 > issn 2304-7585. Disponible en: <http://www.femecog.org.mx/docs/boletin4.pdf>

Sánchez-Moreno, J. U., (s/d), disponible en: <http://www.convencion.org.uy/lang/es/el-aborto-desde-el-enfoque-juridico-penal>

Zaffaroni, E., (1994), *Manual de Derecho Penal*, Lima, Perú. Ediciones Jurídicas

Zaffaroni, R. (s/d), *Sobre la penalización del aborto*. Página 12. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-185803-2012-01-19.html>