

UN TRATAMIENTO RESTAURATIVO PARA EL ABORTO EN CHILE

*A RESTORATIVE TREATMENT FOR ABORTION IN CHILE**

Isabel Ximena GONZÁLEZ RAMÍREZ**
Johanna Carla VARGAS UGALDE***

RESUMEN: El presente artículo tiene como objeto analizar la posibilidad de tratar el conflicto del aborto desde una perspectiva más restaurativa que el actual enfoque punitivo que le da el sistema jurídico en Chile, problematizando el tema desde un enfoque de conflicto social, frente al desafío que se planteará la sociedad chilena de legislar sobre el aborto sin causales, limitado solo a un sistema de plazos. Para la consecución de aquello se realizó una investigación de metodología cualitativa, de diseño exploratorio y descriptivo, sustentada en el análisis crítico del discurso y cuyo objeto de estudio fueron los textos jurídicos, estudios alusivos al aborto y experiencia comparada.

Concluyendo que es necesario otorgar una respuesta restaurativa a este fenómeno social, en los casos en que no concurren las causales permitidas por la ley, en reemplazo

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the possibility of treating the conflict of abortion from a perspective that is more restorative than the current punitive approach given by the legal system in Chile, problematizing the issue from a social conflict approach, facing the challenge that will arise Chilean society to legislate on abortion without grounds, limited only to a system of terms. In the face of the challenge that Chilean society will face to legislate on abortion without cause, limited only to a system of deadlines. For what will be used a qualitative methodology, descriptive and exploratory design. Supported by the critical analysis of the discourse and whose object of study were legal texts, studies alluding to abortion and comparative experience.

Concluding that it is necessary to grant a restorative response to this social phenomenon,

* Recibido el 24 de septiembre de 2020; aprobado el 5 de marzo de 2021.

** ORCID 0000-0001-6845-8198. Investigadora y Docente Asociada Regular en Derecho Penal de la Universidad Central de Chile. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho Penal, Doctora en Derecho Universidad de Buenos Aires y Mediadora de la Cámara de Comercio. Correo electrónico igonzalezr@ucentral.cl.

*** ORCID 0000-0002-3260-1148. Periodista, magíster en Psicología Social de la Universidad de Talca y doctoranda en Educación del PIDE Untref, Unsam, Unlan de Buenos Aires, con afiliación a la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: johannavargas@gmail.com.

de la aplicación de una sanción punitiva, la que históricamente han inducido a agravar sus consecuencias o de su despenalización sin otras prevenciones que las de tiempo, que invisibiliza este conflicto social permitiendo una salida más reparadora y preventiva al aborto.

Palabras clave: aborto, conflicto social, justicia restaurativa.

in cases where the causes allowed by law do not concur, instead of applying a punitive sanction, which historically has led to aggravate its consequences or its decriminalization. absolute without preventions other than those of time, which makes this social conflict invisible, allowing a more restorative and preventive solution to abortion.

Keywords: abortion, social conflict, restorative justice.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Método*. III. *Estado de la cuestión*. IV. *Tratamiento del aborto en Chile*. V. *El aborto como conflicto social en el marco de los derechos humanos*. VI. *Experiencia comparada sobre el aborto*. VII. *La justicia restaurativa aplicada al aborto*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar la posibilidad de tratar el aborto como un conflicto social amplio y desde una perspectiva más restaurativa que permita repensar el fenómeno desde una dimensión distinta al actual enfoque punitivo otorgado por el sistema jurídico en Chile, problematizando desde la teoría sociojurídica y adelantándose al futuro desafío de la sociedad chilena respecto de legislar sobre el aborto sin causales, limitado sólo a un sistema de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo por parte de la mujer, así como también visibilizando que las posturas ideológicas contrarias a este tipo de legislación develan y reproducen asimetrías de género y sociales, perjudicando a las mujeres, en especial a las de condición más vulnerables, quienes bajo un embarazo no deseado, sufren un cese de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Este análisis se justifica, en el contexto de la promulgación de la Ley 21.030, de 2017, en Chile, la que despenaliza el aborto en tres causales, referidas al peligro para la vida de la mujer, inviabilidad del feto y violación de la madre, planteamiento que comparte la gran mayoría de los países que lo sancionan.

Comenzó luego de su aplicación, a debatirse sobre la posibilidad de que no sea necesario invocar causal alguna para el aborto, dejándolo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

al criterio discrecional de la mujer, sólo con límites temporales, lo que causa conmoción en un país donde existe una cultura fuertemente antiabortista, como veremos más adelante, en los estudios hechos sobre la percepción de la interrupción del embarazo en Chile, que incorporan algunos elementos de la teoría fundamentada desde la perspectiva constructivista, que consideran el aborto como un delito entre grave y extremadamente grave y, por ende, se observa una tendencia a rechazarlo (Beatriz Pérez, Johanna Sagner-Tapia y Herman Elgueta, 2020).

Sin embargo, como veremos, los datos estadísticos revelan que, en los casos tipificados como delitos, la sanción no elimina esta práctica, sino que la hace más riesgosa, poniendo en condiciones muy desventajosa a quienes la vivencian, generalmente los sectores socioeconómicamente más vulnerables.

Ahora bien, considerando que más de 42.6 millones de abortos se realizaron en todo el mundo en 2020 (Christian Headlines, 2020). Y en lo que va de 2021, ya se han realizado más de 435.000 abortos (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2021), lo que equivale a unos 125.000 por día, y que una gran cantidad de ellos son realizados en condiciones riesgosas. Así, la OMS (2020) informa que 70.000 mujeres mueren al año por las complicaciones de un aborto inseguro y entre 2 y 7 millones sufren complicaciones y enfermedades graves y prolongadas, por lo que se justifica estudiar este tema desde una perspectiva amplia que asuma el aborto como un conflicto social que se entrama y se entreteje en conjunto con otros problemas sociales, como son el género, exclusión, discriminación e injusticia social, entre otros.

Por esta razón se requiere establecer acuerdos mínimos para un tratamiento integral de este fenómeno, en el que el Estado chileno aún se encuentra en deuda con las mujeres y la sociedad, por lo que se requiere establecer políticas sanitarias que no dependan de planteamientos morales, sino evaluar este fenómeno desde una condición más humana, asumiendo sus implicancias sociales.

En este tenor es conveniente revisar las consecuencias que conlleva para Chile el dejar restringido el aborto a algunas causales y plazos, como ocurre en la actualidad, donde este complejo conflicto social se enfrenta a un sistema penal que reacciona mediante la aplicación de una pena, o bien, adoptar las escasas soluciones que se proponen en los países en que este hecho se encuentra despenalizado, lo que históricamente ha inducido

a invisibilizar sus consecuencias (Isabel González *et al.*, 2016), razón por la que en el presente artículo nos planteamos: ¿si es posible ofrecer un tratamiento restaurativo útil para el tratamiento integral del conflicto social del aborto en Chile, en aquellos casos en que no concurren las causales permitidas por la Ley 21.030, en reemplazo de la aplicación de una sanción punitiva?

Se propone la siguiente hipótesis: frente al planteamiento del problema, la justicia restaurativa es una alternativa válida a la resolución del aborto como conflicto social en Chile, proponiéndose el uso de mecanismos restaurativos como, por ejemplo, las conferencias comunitarias y círculos de paz, como estrategias de reparación para las consecuencias provocadas por el aborto fuera de las causales permitidas por la Ley 21.030 y que buscan mejorar la relación entre la mujer y el Estado, visibilizando también al hombre, equipos médicos y a la sociedad. Dicho de otro modo, la visión restaurativa ayuda a romper con la idea enquistada que asume al aborto como un problema médico, legal o delictual, concibiéndolo desde esta perspectiva como un conflicto social en el cual no participa una única actora, develando que la mujer también puede ser víctima del Estado, por lo mismo, se necesitan acciones que, desde el poder oficial, reparen, restauren o prevengan visiones hegemónicas, desiguales y asimétricas, para lo cual se requiere el compromiso de otros sujetos sociales en el proceso restaurativo.

Desde la justicia restaurativa se posibilita la reparación social y jurídica de las mujeres que se someten voluntariamente al aborto, más allá de las posibilidades de la Ley 21.030, de 2017, quienes no serían infractoras de ley, sino parte activa de este conflicto social alusivo al aborto y también víctimas de este fenómeno, teniendo en ambos casos la posibilidad de un tratamiento restaurativo, que apunte a la prevención del aborto, a la responsabilización en este hecho y a reparar a la mujer, a las víctimas indirectas y a la sociedad toda, en lugar de considerar el hecho como un delito y adoptar reacciones punitivas o simplemente normalizar el aborto sin causales, sin considerar que es un conflicto social de connotación grave que debe tener un tratamiento restaurativo de acogida y prevención.

II. MÉTODO

Considerando el problema de investigación, se ha optado por el enfoque metodológico cualitativo, sustentado en el dispositivo del *Análisis crítico de discurso* ([ACD], Teun van Dijk, 2016), el cual propone la inexistencia de la neutralidad discursiva, reconociendo la importancia de los textos que emergen según los posicionamientos de los sujetos que enuncian tales discursos, con especial énfasis en denotar los grupos que representan.

El ACD intenta evidenciar los efectos de poder en los textos y sus efectos políticos o jurídicos. Por lo mismo, algunos autores (Teun van Dijk, 2016); Norman Fairclough, 2018 y Diego Palacios Díaz, 2020) se centran en las fijaciones parciales de los significados construidos en las relaciones sociales y conflicto social desde un enfoque interdisciplinar que da cuenta de hegemonías y subjetivaciones, lo cual posibilita que, en el campo jurídico, discursos ideológicamente contradictorios, como son los referidos a la penalización del aborto y la regulación de éste en tres causales o la posibilidad de optar por el aborto libre, con un límite de plazos sin otras prevenciones, encuentren puntos de unión en el mismo *corpus* legal, performando y también develando los modelos mentales de los sujetos sociales implicados directa e indirectamente en el problema.

Cabe señalar que los estudios críticos analizan discursivamente las relaciones sociales de dominación y resistencia, pero su objetivo no es alcanzar la verdad, sino más bien comprender las distintas posibilidades que emergen desde los diferentes textos, estudios y experiencias y sus fisuras, considerando como relevante el contexto sociohistórico y bioético de este conflicto social (Teun van Dijk, 2016).

Dicho de otra forma, el estudio crítico del discurso se constituye en una herramienta analítica que permite dar cuenta de cómo operan lingüísticamente las relaciones de poder y tendencias dominantes, así como también devela contrahegemonías y disidencias (Teun van Dijk, 2016, Norman Fairclough, 2018 y Johana Vargas, 2020).

Según lo anterior, para identificar y comprender los elementos ideológicos que sustentan la visión punitiva existente en la ley de aborto en tres causales o sin causal con sólo límite de tiempo, así como también las posibilidades que emergen para la visión restaurativa, se utilizaron como *corpus* investigativo la Ley 21.030, de 2017, las propuestas o investigacio-

nes elaboradas por organismos nacionales e internacionales, y experiencia comparada.

Esta investigación comprende que el discurso legal (texto) pudiese constituirse en el razonamiento práctico que, desde el poder oficial, da respuesta a una necesidad socio jurídica y a un conflicto social como es el aborto fuera de las tres causales contempladas en la ley. En segundo lugar, se buscaron indicios o modos de hegemonía que emergieran desde el texto oficial. Finalmente, se articularon respuestas referidas a cómo la ley de aborto en tres causales o la posibilidad del aborto sin causales invisibilizan aspectos o perspectivas alineadas con la justicia restaurativa y los derechos humanos.

El acento analítico del estudio estuvo en lo expresado y no expresado en el texto legal, tomando como categorías la “punitividad” y las “posibilidades restaurativas” que emergen a la luz de la ley del aborto, para lo cual se buscaron referentes específicos que aludiesen a dichas categorías y a los enfoques bioéticos conservadores que la inspiran. Es decir, se pesquisaron fisuras, entramados y literalidades que diesen cuenta de hegemonías y también de posibles grados de apertura subyacentes a toda estructura de dominación, siendo dicha búsqueda desde una perspectiva crítica que tensiona lo hegemónico y que adhiere a los planteamientos propuestos por los tratados, pactos o convenciones de derechos humanos.

En el marco del ACD, el *corpus* legal se abordó a partir de la propuesta de modelo tridimensional de Norman Fairclough (Diego Palacios, 2020), siendo su primer nivel la diferenciación y distinción de significados y representaciones más relevantes. La segunda dimensión implica desentrañar prácticas discursivas que dan cuenta de cómo es el orden del discurso, en especial de los sentidos o intenciones que de éste se pueden desprender. Por último, el tercer estrato corresponde al análisis social explicativo del discurso, intentando dar cuenta de las formas de dominación imperantes que emergen del propio texto y su significación, según el contexto socio jurídico de producción, y asumiendo al texto como una totalidad (Teun van Dijk, 2016), con marcado acento heteronormativo (Judith Butler, 2018), el cual dibuja y determina, tanto la política pública como el comportamiento de los sujetos sociales.

Específicamente, para los postestructuralistas (Judith Butler, 2018), el género opera como “norma de inteligibilidad socialmente instaurada y mantenida” que perpetúan relaciones de coherencia sexogenéricas, es-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

estructuradas por los regímenes de poder y que nacen desde discursos hegemónicos (Judith Butler, 2018, p. 74). Por ello, es que el conflicto social alusivo al aborto emerge como una tensión entre visiones político-ideológicas contrapuestas y que desde la teoría social pueden ser analizadas para visibilizar disidencias y nuevas opciones de solución.

En consecuencia, el ACD implica el compromiso explícito con grupos sociales desfavorecidos, buscando en el texto aperturas o nuevas posibilidades para discursos actuales, contrahegemonías o discursos alternativos que permitan la emancipación, crítica o resistencia, proponiendo soluciones concretas a problemas sociales específicos (Teun van Dijk, 2016; Norman Fairclough, 2018, en Diego Palacios, 2020 y Johanna Vargas, 2020).

Según lo anterior, el objetivo del presente estudio es develar los elementos hegemónicos, tradicionales o conservadores que se encuentran presentes en la normativa que regula el aborto en tres causales, o su despenalización absoluta, así como también sus posibilidades de cambio, crítica y resistencia por medio de aperturas restaurativas y que impliquen visibilizar posturas ideológicas contrarias a la actual legislación, descubriendo asimetrías sociales y de género que en mayor medida afectan a las mujeres de condición vulnerable, quienes, en situación de embarazo no deseado, sufren un abrupto cese de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Hasta 2017, Chile era uno de los cinco países en el mundo que mantenía una prohibición absoluta frente al aborto, situación que involucraba su penalización y creaba problemas sociales y sanitarios. La OMS (2016) define “aborto” como “la interrupción de un embarazo tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir y mantener una vida extrauterina independiente. Esta interrupción puede ser espontánea o provocada”, para ser viable fuera del vientre materno el feto debe tener un peso de nacimiento mayor a 500 gramos o más de 22 semanas de gestación.

La OMS (2020) indica, que, en el mundo de un total de 193 países, el 98% de ellos permite el aborto para salvar la vida de la madre, 67%

para preservar la salud física, 65% para preservar la salud mental, 47% por violación o incesto, 46% por malformaciones fetales, 34% por razones económicas o sociales, y un 30% por requerimiento de la madre.

En esta misma línea, existe una relación inversa entre el acceso a control de natalidad y el número de abortos en un país, así, en Chile, a partir de 1965 se introdujo la anticoncepción en la atención primaria de salud, se provocó una significativa disminución de la mortalidad materna y se colaboró al aumento del aborto inducido por fármacos (OMS, 2019).

Mundialmente se estima que 42.6 millones de abortos provocados se realizaron en todo el mundo en 2020, además, la OMS informa que 70.000 mujeres mueren al año por las complicaciones de un aborto inseguro. Y que entre 2 y 7 millones sufren complicaciones y enfermedades graves y prolongadas (aborto incompleto, sepsis, hemorragias y lesiones en los órganos internos, como perforación o desgarro del útero). Lo que significa que 48% de los abortos son inseguros, en su mayoría en países del tercer mundo. Así en aquellos países donde el aborto se encuentra restringido y penalizado, como ocurre en Chile, existe el aborto en condiciones de riesgo, definido por la OMS como “aquel procedimiento para terminar un embarazo no deseado practicado por personas que carecen de las calificaciones necesarias o que es practicado en un ambiente sin las mínimas condiciones de seguridad médicas, o ambos”.

De este modo, el aborto fue la principal causa de muerte en todo el mundo en 2019, con más de 42 millones de procedimientos para terminar con la vida, según estadísticas compiladas por Worldometers. Utilizando esos datos, el sitio LifeNews informó un estimado de 42.3 millones de muertes atribuidas al aborto. En comparación, 8.2 millones de personas murieron de cáncer en 2019; 5 millones por fumar; 13 millones por enfermedad, y 1.7 millones murieron de VIH, para un total combinado de 27.9 millones de muertes (Steven Ertelt y Micaiah Bilger, 2019).

Las cifras de abortos no son tan confiables debido a su ocultamiento y dado que en los egresos hospitalarios por aborto se incluyen tanto los espontáneos como inducidos. En Chile se registran alrededor de 33.000 abortos al año, según el MINSAL (2020).

Así también en materia del aborto como delito, según datos del Ministerio Público, desde el 23 de septiembre de 2017, cuando fue publicada la Ley 21.030, y hasta el 31 de diciembre de 2020, el organismo ha recibido 474 denuncias por delitos de aborto. Estas incluyen en su mayoría

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

a mujeres, así como a terceros o a facultativos involucrados en la acción (Bárbara Hass, 2021 y OMS, 2019).

Ya en 2016, se estimaba que el costo anual por estos abortos peligrosos supera los \$680 millones, donde casi todas las defunciones y complicaciones derivadas de éste, se podrían prevenir mediante la educación sexual, el uso de métodos anticonceptivos, el acceso a servicios de aborto provocado seguro. Estudios demuestran que la mayoría de las mujeres que se practican aborto son trabajadoras y de sectores populares, jóvenes de entre 15 y 29 años y muchas que ya tienen dos o tres hijos previos, lo que muestra un problema de vulnerabilidad social (OMS, 2016).

Desde otro enfoque más causal, podemos observar que la relación género y aborto, indican que, en el caso de la mujer en Latinoamérica, su prohibición está vinculada a la represión de la sexualidad femenina, remitida exclusivamente al ámbito de la reproducción. La negativa de la pareja a utilizar medidas de protección obliga a la mujer a recurrir métodos anticonceptivos, que no siempre son de fácil acceso, dañan su salud y a veces fallan, también la mujer es víctima de embarazos producto de violaciones, hechos que impiden un manejo efectivo de la propia fertilidad (Claudia Donoso, 2016, p. 162). Asimismo, Aníbal Faúndez, y José Barzatto (2004) dan cuenta de que “las leyes restrictivas condenan habitualmente sólo a la mujer y ejecutor del procedimiento de aborto, olvidándose del hombre que es responsable del embarazo no deseado”. Ya que muchos exigen a la pareja recurrir a un aborto riesgoso, especialmente a aquellas más vulnerables socialmente.

La OMS, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el Comité de la ONU contra la Tortura, entre otros, han declarado que la penalización del aborto cuando la vida o salud de la madre corren peligro o cuando el embarazo es producto de una violación, constituye un acto de tortura.¹ Este tema afecta los derechos subjetivos, que reconocen a su titular, prerrogativas que sólo pueden ser limitadas con el fin de proteger otros derechos humanos (John Rawls, 1971, p. 204), los que no pueden restringirse con el fin de salvaguardar intereses colectivos.

¹ Véase, *Comité contra la Tortura de Naciones Unidas*. Informe emanado por el Comité reunido en su 42 periodo de sesiones en Ginebra e informe presentado por Nicaragua, junio de 2009.

vos, religiosos o ideológicos. Lo que implica que, para decidir sobre la legitimidad del aborto, debemos identificar, la contraposición entre los derechos humanos de las mujeres y el del embrión o feto en tanto persona o, si esto no es posible, al menos considerarlo como ente independiente con algún interés jurídicamente protegible.

IV. TRATAMIENTO DEL ABORTO EN CHILE

Chile históricamente desde su constitución como República, concibió el aborto como delito, incorporándolo en el Código Penal, de 1874, conforme al modelo español, con una tendencia moralista que ubica este delito en el título VII denominado “Contra el orden de las familias y la moralidad pública”. Ahora bien, el Código Sanitario en su artículo 119 contemplaba el aborto terapéutico, cuando el embarazo ponía en riesgo la vida de la madre, norma que fue modificada en 1989, durante el gobierno militar, poniendo fin a una regulación vigente durante más de 50 años, estableciendo que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Sin embargo, en Chile de acuerdo con la *lex artis* de la práctica médica, el embarazo se interrumpía igual en los casos extremos de riesgo de vida de la madre, pero se evitaba llamar a esto aborto (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

Situación que hizo crisis por la desprotección que sufría la mujer a nivel social y económico, por las prácticas ilegales de aborto, las que causaban graves consecuencias de salud como esterilidad, muerte, hemorragia, infecciones, shock, útero perforado, y pérdida de otros órganos, y la preponderancia que toma el tema el género en nuestra sociedad, comenzó en 2015, durante el gobierno de Michelle Bachelet, la tramitación en el Congreso del proyecto de ley sobre la despenalización del aborto en tres causales, y se aprobó por la Ley 21. 030, promulgada en diciembre de 2017, en coherencia con la recomendación que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales hizo a Chile de revisar su legislación sobre el tema. Esta normativa optó por establecer causales combinadas con plazos (Claudia Dides, 2006), que es una de las formas para la despenalización del aborto, a diferencia de la que trata sobre plazos de interrupción del embarazo, sin necesidad de justificar el motivo.

La despenalización del aborto en tres causales causó mucha conmoción en el país, ya que existía un porcentaje del 23% de la población

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

que estaba en desacuerdo con el aborto y el 73% estaba en favor en casos de riesgo de vida de la mujer, violación e inviabilidad del feto (Adimark, 2014).² La última encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP) publicó (2018) que el 71% de los chilenos apoya la interrupción del embarazo en tres causales. El sondeo, que comprende el periodo octubre-noviembre, ratifica que la discusión sobre el tema tiene matices no sólo en lo político, sino que también en lo social, mostrando las posiciones valóricas existentes en el país, donde hay diferencias de opiniones según género, edad y zona del país.

El análisis detalla que el 8.1% de los hombres y el 6.6% de las mujeres considera que el aborto debe estar permitido en cualquier circunstancia (en el sector socioeconómico alto la tasa llega al 12.5% y en el bajo sólo al 3.9%). En tanto, el 8.7% de los encuestados dijo que apoya la medida durante las primeras semanas de embarazo y otro 54.7% en casos especiales.

Asimismo, el informe plantea que 27.9 % de las mujeres considera que debe estar siempre prohibido. La mayoría de las opositoras tienen 55 años y más. En tanto, los hombres de clase media, entre los 18 y 24 años, son los que más apoyan esta práctica, con un 10%.

Al respecto, Ricardo González (2018), coordinador del área de Opinión Pública del CEP, explica que: “por un lado, las personas que asisten con más frecuencia a misa se oponen con más fuerza al aborto, posiblemente porque esta política está en conflicto con sus creencias. Por otro lado, los individuos con valores emancipadores, que son más proclives a la igualdad de roles de género en el hogar y tienden a percibir más positivamente la inmigración, tienden a apoyar el aborto”.

Otra diferencia se puede ver en la posición política. El 13.7% y 13.8% que se declara de centro y de izquierda, respectivamente, dicen ser opositores a esta práctica, mientras que el 37.7% que se define como de derecha rechaza el aborto.

Sobre este tema, la socióloga del Observatorio de Género, Teresa Valdés (2018, p. 12), señala que “es muy importante no perder el foco, ya que el 71% apoya las tres causales y ese es el derecho conquistado y que el Es-

² Encuesta: Evaluación de Gestión de Gobierno, junio de 2014. Adimark. http://www.adimark.cl/es/estudios/documentos/4_eval%20gobierno%20jun_2014.pdf, consultado el 3 de septiembre del 2017.

tado debe garantizar. Si se compara con otras encuestas, hay un incremento en el apoyo a la interrupción voluntaria del embarazo por decisión de la mujer”.

El análisis del CEP (2018) indica que el nivel socioeconómico también incide en la visión de los chilenos en este tema. Del porcentaje de hombres y mujeres que declararon que el aborto debe estar prohibido en toda circunstancia, el 32.1% pertenece al estrato socioeconómico bajo, superando la cifra de los opositores de nivel socioeconómico alto, que alcanza el 29.8%. Ricardo González (2018, p. 14) detalla sobre este ítem de la encuesta que:

estas creencias (contrarias al aborto) aparecen en las personas con altos niveles de educación, del socioeconómico medio y alto y nacidos después de 1980, lo que tiene sentido, pues la masificación de la educación superior y el progreso material se aceleraron desde esa época en adelante. Al final, el nivel socioeconómico bajo puede estar asociado a menor educación y, por esa razón, el rechazo al aborto es más alto.

Camila Maturana, abogada de Corporación Humanas (2018, p. 10), al ser consultada por los resultados del sondeo, afirma que se debe bajar el perfil a los resultados, pues “no son demasiado novedosos. Desde hace muchos años que en Chile los estudios de opinión muestran que la proporción de la población que es contraria a toda posibilidad de decidir de las mujeres es minoritaria, y eso se demuestra con que la mayoría, finalmente, está a favor del aborto en tres causales” (Tamy Palma, 2018).

En 2017, una muestra cuantitativa de 289 personas de Temuco, en el Sur de Chile, sobre la percepción de la interrupción del embarazo como delito bajo cualquier causal, durante el debate de la Ley 21.030, contestó a un cuestionario sobre categorías sociales y su percepción de la gravedad de 15 conductas como delito. Para la fase cualitativa se realizaron 12 entrevistas semiestandarizadas sometidas a análisis de contenido, incorporando algunos elementos de la teoría fundamentada desde la perspectiva constructivista. Consideran el aborto como un delito entre grave y extremadamente grave. Las personas religiosas, sin importar el tipo de religión, políticamente conservadoras y con menor nivel educativo, presentan una percepción del aborto como delito de mayor gravedad, y por ende se observa una tendencia a rechazar el aborto (Beatriz Pérez, Johanna Sagner-Tapia y Herman Elgueta, 2020).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

Ahora bien, respecto de la Ley 21.030, de 2017, y la despenalización del aborto por causales, la primera causal: riesgo de vida de la madre: “Cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”. Se busca permitir que la mujer tenga acceso a los tratamientos médicos necesarios para preservar su vida, aun cuando la realización de estos implique la interrupción del embarazo. Para realizar la intervención, se deberá contar con un diagnóstico médico, y en caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, los médicos o instituciones que hayan invocado la objeción de conciencia no podrán excusarse de realizar la interrupción del embarazo, en caso de no haber otro médico cirujano disponible para realizar la intervención (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

La segunda causal se refiere a la inviabilidad fetal, es decir, en los casos en que el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal, la mujer podrá decidir si interrumpe o no su embarazo, para lo que deberá contar con dos diagnósticos previos y escritos de médicos especialistas. Si bien durante la discusión parlamentaria se habló de la anencefalia o la preeclampsia severa, el texto legal no enumera patologías debido a que dependerá de la evaluación médica, quedando lógicamente el síndrome de down y otras discapacidades fuera de esta causa (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

La tercera causal es si el embarazo: “Es resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación”, porque ellas demoran más tiempo en saber que están embarazadas. La violación como causal de aborto es una causal bastante innovadora que constituye una acción efectiva que protege a la víctima del resultado de la violencia sexual (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

Respecto a los casos que han constituido una causal en el marco de la Ley 21.030, se registran 35 en 2017; 732 en 2018 y 350, en el primer semestre de 2019.

CASOS REPORTADOS PAÍS / POR PERIODO Y CAUSAL (MINSAL, 2019)

	2017 (septiembre-diciembre)	2018	Primer semestre de 2019*
Causal 1	1	262	108
Causal 2	20	346	192
Causal 3	14	124	50
Total	35	732	350

FUENTE: DEIS. Minsal, 2019.

Los resultados publicados por Ministerio de Salud en Chile, sobre la implementación de la Ley 21.030, con datos de 2018 al 15 de octubre de 2020, revelan que se han practicado más de 2000 abortos, en su mayoría asociados a la inviabilidad fetal (49.6%), seguido del riesgo para la salud de la mujer (32%) y la violación (18.4). La mayoría de ellos, se han producido en los establecimientos públicos de salud. Sin embargo, los porcentajes se invierten cuando las cifras se focalizan sólo en los casos de niñas y adolescentes. Así, de los 144 abortos que se han realizado a niñas menores de edad en este periodo, 82.6% ha invocado la causal de violación.

Respecto de los menores de 14 años, además de su propia voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de uno de sus representantes legales. En el caso de que éste se niegue, la niña asistida por un equipo médico podrá solicitar la intervención de un juez para que se constate la causal invocada. (Rodolfo Figueroa, 2013)

La ley estipula que la mujer tendrá derecho a un programa de acompañamiento optativo en las tres causales, durante el periodo de discernimiento (es decir, mientras decide si interrumpir su embarazo o no) y después de la toma de decisión, el que incluirá acciones de acogida, así como apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico. En el caso de decidir por la continuación del embarazo la mujer podrá autorizar la entrega de información y la activación de redes de apoyo (Francisca Casanova y Óscar Alarcón, 2017).

Finalmente, en Chile al igual que en otros países de la región, la práctica del aborto ha variado en los últimos años a partir de la utilización

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

del Misoprostol para interrumpir el embarazo (Human Rights Watch, 2005). Esta droga es una prostaglandina utilizada en gastroenterología y se encuentra disponible en más de ochenta países del mundo por su capacidad para provocar contracciones uterinas. Comenzó a ser utilizada para una variedad de indicaciones en ginecología y obstetricia, que incluyen la inducción del trabajo de parto, la maduración cervical, el aborto en el primer trimestre, el tratamiento de la hemorragia posparto y la evacuación de huevo muerto y retenido, etcétera (Aníbal Faúndes *et al.*, 2005, p. 10).

La opinión pública chilena exigió durante los últimos años una revisión de las leyes en torno a la despenalización del aborto, argumentando que no era posible imponer visiones particulares al resto de la sociedad y que era necesario paliar la discriminación que los abortos ilegales e inseguros generaban, debiendo incorporarse una perspectiva de género como política pública que permeara al embarazo y el aborto, entendiendo que el derecho al aborto seguro debía ser concebido como un derecho de las mujeres. Sin embargo, aún no se han dictado los reglamentos y políticas públicas para acompañar a las mujeres en este proceso.

Algunas de las razones que se invocaban en oposición a la despenalización del aborto en las tres causales aceptadas en Chile y comunes en la mayoría de las legislaciones del mundo era que el paso siguiente sería propiciar el aborto sin causales, sólo con el límite de plazos, lo que produce rechazo en una parte importante de la población nacional, afirmándose que esta modificación no ayudaría a disminuir las muertes maternas, o reducir las violaciones, o mejorar la calidad del diagnóstico prenatal en nuestro país. Postura frente a la que se ha sostenido, que la legislación no obliga a nadie a practicarse un aborto y que no se puede esperar de ella la disminución de estos males endémicos, ya que no fueron esos los objetivos planteados al aprobarse esta ley (Jun Pablo Beca, 2014).

También se ha argumentado acerca de que el derecho a la objeción de conciencia que contempla esta nueva ley, para los médicos representa un derecho personal a rechazar el cumplimiento de determinadas normas jurídicas por considerarlas contrarias a las creencias personales, éticas o religiosas, lo que no puede entenderse como un derecho para las instituciones, que no son poseedoras de conciencia, pero que, sin embargo, pueden definir sus normas por acuerdos internos conforme a su misión, ideales valóricos y códigos de ética institucionales, respetando las objeciones

de conciencia de sus profesionales y el marco jurídico vigente. Las instituciones privadas pueden hoy negarse a ofrecer esta prestación siempre que se organicen para que las personas puedan ser atendidas oportunamente en otra entidad. La institución pública, en cambio, no puede negarse a entregar esta prestación, debiendo procurar que en su equipo de salud existan funcionarios no objetores (Sofía Salas Sofía *et al.*, 2016).

V. EL ABORTO CONSIDERADO COMO UN CONFLICTO SOCIAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El aborto podemos concebirlo como un conflicto, entre el Estado, junto a la sociedad que lo considera un ilícito y la mujer que decide abortar, enfrentada a sus consecuencias sociales, jurídicas y psicológicas, estrechamente vinculadas entre sí, que son causas y efectos unas de otras recíprocamente, las que se originan prioritariamente en las desigualdades sociales, provocadas por la pobreza y el desamparo, que emanan de la falta de educación sexual y la pérdida de recursos de control social informal de la mujer, como son las redes de contención familiares, de la comunidad cercana, amigos, vecinos y compañeros de trabajo, entre otros (Juan Bustos, 2005, pp. 25-27).

Adicionalmente, una de las consecuencias psicosociales que produce el aborto, que opera en ciudades conservadoras, o con fuertes tintes ideológicos, es la discriminación y desarraigo social, como sanción moral a las mujeres que se practican un aborto, las que, sin perjuicio del dolor que sufren por su pérdida y la sensación de culpa, se ven enfrentadas a una pena (Lidia Casas, 2019).

Cómo podríamos entonces señalar a la mujer como ofensora o culpable en el aborto, si existe una estrecha relación entre la incidencia de sus prácticas y las deficientes condiciones económicas, sociales y culturales que ofrecen los países a sus ciudadanos, entendiendo que las regiones con alta incidencia de abortos se caracterizan por ser más pobres (Violeta Bermúdez, 1998, p. 51).

En concreto, el aborto también evidencia inequidades sociales, las cuales son estudiadas por las teorías críticas, que posibilitan pensar los conflictos socio-jurídicos desde el contexto de producción, criticando la aplicación de modelos y acciones generadas en otros lugares (Alfredo Falero, 2020). Según lo anterior, los estudios alusivos a problemas relativos

al género y exclusión encuentran sustentos epistemológicos en los estudios referidos a movimientos sociales en la región latinoamericana, los cuales fueron pioneros en priorizar temas asociados a la lucha por derechos básicos, así como también posicionaron la voz de grupos excluidos, siguiendo las propuestas de Alain Touraine y Juan Rivera Vargas (2017) y Danilo Martuccelli (2020).

Por otra parte, la noción de gubernamentalidad (Michael Foucault, 2006) que refiere a las prácticas biopolíticas que modelan las conductas de las personas, producen y performan los modelos mentales que dan vida a los discursos, permite comprender a los discursos hegemónicos como marcos de inteligibilidad específicos sobre los cuales se producen, tanto los textos políticos y jurídicos, así como también las prácticas discursivas y acciones específicas de los sujetos. Por lo mismo, el discurso político entorno al aborto produce y modela comportamientos, ya sean hegemónicos, contrahegemónicos o disidentes.

Diversas corrientes teóricas permiten comprender los conflictos sociales asociados a asimetrías e inequidades. La primera es la funcionalista, en la cual el conflicto social rompería con el orden, por ende, surge de una disputa que puede provenir desde diversos orígenes. En contraposición a dicho enfoque se encuentra la visión marxista, la cual asume dichas disputas a luchas de orden económico-social (Theo Calvagno, 2020). Así, bajo esta visión del conflicto, los grupos sometidos buscan estrategias que les permitan liberarse de la dominación y explotación, por ende, el conflicto social es racional e inherente a la existencia humana, mientras que, desde la perspectiva funcionalista, sería irracional y, por ello, se debe evitar.

Una tercera teoría del conflicto social, y sobre la cual se erige el presente estudio, proviene desde el posestructuralismo, la cual se sustenta en la constitución de identidades por medio de la lucha de poder, poniendo énfasis en el texto, lenguaje, modos discursivos y posicionamientos políticos desde una mirada más bien fragmentaria (Theo Calvagno, 2020), siendo el género y los derechos de las mujeres uno de los ejes temáticos abordados desde esta perspectiva (Judith Butler, 2018).

Según lo anterior, para aproximarse a la multidimensionalidad del fenómeno asociado a la despenalización del aborto, así como también al acercamiento hacia visiones restaurativas, las posturas posestructuralistas ofrecen posibilidades de cambio y resistencia, siendo los planteos pro-

venientes de órganos internacionales de derechos humanos los discursos que visibilizan la vulneración de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres efectuando importantes observaciones respecto a las leyes nacionales que lo tipifican, puesto que, en algunas naciones, éstas operarían como freno para el acceso de las mujeres a prestaciones sanitarias (Observación general 22 del Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales [DESC]).

De este modo, y aunque el derecho a la vida se encuentra resguardado, dicha protección no es absoluta, puesto que los órganos internacionales aseveran que la protección prenatal debe estar en consonancia con el derecho de la madre a la vida, la integridad física, la salud y la vida privada, así como con los principios de igualdad y de no discriminación (Unión Europea, 2016; 2019).

El Comité de DESC de la ONU sugiere en la Observación general 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12) que, para la plena realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, se necesita modificar o derogar leyes que impiden la consecución de la igualdad sexual y reproductiva. Por lo que para algunos autores, se requiere, tanto la prevención de embarazos no buscados, así como también la despenalización del aborto, frente a las leyes restrictivas del aborto, garantizando el acceso al aborto sin riesgo y respetando la autonomía decisional de las mujeres respecto a su salud sexual y reproductiva (Comité DESC, 2016, p. 8).

Esta opción, para una de las autoras invisibiliza el conflicto, razón por la que, si bien es aceptable la opción de despenalizar el aborto, este fenómeno no debe normalizarse y es necesario tratarlo como un conflicto social, el que debe resolverse mediante mecanismos propios de la justicia restaurativa, que lo trabajen en un proceso participativo, entre el Estado, la mujer y la comunidad.

El Estado de Chile, tras el retorno a la democracia, ha adherido una serie de convenciones internacionales alusivas a los derechos humanos. Así, desde la perspectiva posestructuralista, las políticas públicas y observaciones emanadas desde entidades que consagran los derechos humanos, dichos discursos actuarían como un entramado que modela y define los comportamientos de las personas, puesto que, de alguna manera imponen saberes, prácticas y nociones que, objetivamente, van determinar

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

el actuar de las personas, ya sea para dar fiel cumplimiento a las normas o, por el contrario, para abrir espacios de disidencias y resistencias. Por lo mismo, la visión punitiva, criminalizadora y hegemónica propicia también la aparición de otras posturas que aluden a cómo los sujetos sociales se acoplan o no a un sistema de poder.

En resumen, la despenalización del aborto desde una visión jurídica restaurativa es un modo de apelar y criticar el pensamiento hegemónico inmerso en las políticas públicas y marco regulatorio de éste y que colisionan con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, perpetuando desigualdades históricas entre géneros y reproduce esquemas sociales inequitativos.

A partir del ACD del texto legal chileno, de las propuestas e investigaciones internacionales y de estudios críticos postestructuralista alusivos a grupos sociales, discurso, feminismo y otras temáticas que abordan disidencias y desigualdades, es factible evidenciar que el aborto constituye un problema que puede ser abordado multidisciplinariamente, siendo el discurso bioético el que ha primado desde los sectores políticos más conservadores. Dicho de otra forma, los valores en conflicto se sustentan principalmente en torno a la protección de la vida del que está por nacer, principio de no maleficencia, por un lado, y, por otro, el respeto de la autonomía de la madre sobre el control de su salud sexual y reproductiva (Maximiliano Portales, 2020).

Así según la doctrina “los países con leyes que restringen severamente el acceso al aborto legal seguro violan los principios de no maleficencia y beneficencia, ya que estas restricciones aumentan el daño que sufren las mujeres y la sociedad, sin disminuir el número de los abortos” (Claudia Donoso, 2016).

De este modo, surge una antigua discusión al respecto de si el feto o embrión es persona y posee derechos, lo cual se inicia según la determinación de cuándo se es persona, verdad que no está probada por la ciencia. Hay teorías que plantean que la vida de la persona y la posesión de plenos derechos comienza desde la fertilización del óvulo, hasta el otro extremo que plantea que sólo cuando se separa del cuerpo de la madre (Aníbal Faúndez y José Barzelatto, 2004). Una postura intermedia, establece que “el embrión es una persona a medida que adquiere cualidades sistémicas” (Lydia Feito, 2012). Otros autores (Alejandra Zúñiga, 2011 y 2020) afirman que los embriones son sujetos de derechos, pero no po-

seen los derechos de un ser humano. Tienen un derecho genérico a la existencia, pero carecen de derechos individualmente considerados. La Constitución chilena tiene una postura moderada, ya que, en el artículo 19, establece que “la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”. Refiriéndose a personas, no a fetos, ni a embriones. Y aunque si bien también garantiza el derecho a la vida del no nacido, tipificando en el Código Penal al aborto como delito, no lo ubica en el título de crímenes contra las personas. Asimismo, la pena por el delito de aborto es menor a la pena por homicidio, lo que evidencia que el legislador considera de mucho mayor gravedad dar muerte a una persona que a un feto (Isabel González *et al.*, 2016).

En cuanto a los principios y reglas morales de Tom Beauchamp y James Childress (2002 y 2019) plantean que no deben emplearse éstas para formular o criticar políticas públicas, no se puede afirmar que un acto o norma es moralmente correcto o incorrecto. Así, podemos argumentar que el aborto es moralmente incorrecto sin por ello suponer que la ley deba prohibirlos o negarles fondos públicos para su aplicación. Ocurre que las políticas públicas se vuelven injustas, y deshumanizadas, cuando intentan establecer leyes sobre la base de principios morales absolutos, sin reflexionar acerca de las circunstancias de los afectados por las normas (Maximiliano Portales, 2020). Razón por lo que el negar el acceso al aborto seguro, en ciertas causales y periodos, atenta contra la justicia distributiva de las personas más vulnerables, lo que, según John Rawls (2002, p. 43), permitiría desigualdades, afectando las cuotas de bienestar de los menos favorecidos. Es decir, más que legislar y aplicar penas, el desafío está en “cómo y hasta dónde sería posible pensar de otro modo” (María Fernández, 2016, p. 107).

Si observamos el aborto como un conflicto social, entonces existiría una debilidad legal que a la vez se constituye en actos de desigualdad y discriminación. De la misma manera, la penalización del aborto lesiona el principio formal de justicia, el cual declara que “los iguales deben ser tratados igualmente, y los desiguales deben ser tratados desigualmente” (Alejandra Villavicencio, 2008, pp. 35-36). Y si bien se podrá decir que efectivamente en Chile todas las mujeres embarazadas que solicitan un aborto son tratadas igualmente, negándose a todas ellas el procedimiento que no corresponda a las tres causales autorizadas, las mujeres con ingresos más elevados podrán optar a intervenciones seguras, ya por-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

que viajan a otros países o bien disfrazar esta intervención por otra enfermedad en clínicas privadas.

No obstante, y de acuerdo con lo que afirma Carlos Nino (1987) dicho trato desigual debe ir en beneficio de aquellas personas menos aventajadas. Por lo mismo no basta con la despenalización de esta práctica, sino que también se debe garantizar dichas prestaciones seguras, en los plazos correspondientes, en los servicios públicos de salud.

Los derechos sexuales y reproductivos son parte de los derechos humanos que los Estados deben resguardar. Sin embargo, la mirada conservadora ha invisibilizado persistentemente a la mujer y su cuerpo. De igual forma, esta subjetivación la transforma en un sujeto de derechos hasta el momento de la concepción, puesto que, el embarazo es un cese para la autonomía respecto de su cuerpo y pleno ejercicio de sus derechos, coartando su libertad. Por otra parte, frente a un embarazo no deseado, la mujer queda en un estado de vulnerabilidad, económica, física y psíquica no abordada por la ley, remitiéndose a procedimientos y modos de operar del cuerpo médico, sin aludir a los problemas que enfrenta la mujer y su pareja. Más aún, no hace referencia al rol decisional del progenitor, lo cual emerge como una evidencia de desigualdad y asimetrías, perpetuando estereotipos de géneros y que reproducen roles arcaicos que asumen que el cuidado del otro es un rol femenino.

Por otra parte, si el Estado opta por dar a sus ciudadanos el libre acceso al aborto, entonces estaría asumiendo la obligación de entregar una alternativa válida a la cual recurrir, la cual posibilita pensar en abortar según las condicionantes que enfrenta cada mujer, lo cual implica garantizar a todas aquellas que no quieren o no pueden tener a su hijo, el cuidado y la custodia de éste, lo que no ocurre en Chile, donde no se ha dado solución a las consecuencias propias de la pobreza, exclusión y marginalidad y que remiten al abandono real o figurativo que vivencian los niños dentro de su propio hogar o en los centros de acogida.

Así, la falta de cuidados, educación e inserción social no les permite un grado aceptable de bienestar (Miguel Kottow, 2005), lo cual atenta consistentemente con los derechos humanos de los niños y adolescentes, siendo aún más compleja la situación para quienes se encuentran en establecimientos dependientes del Servicio Nacional de Menores.

Tendencias más exigentes afirman que el Estado, para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y el control y ejercicio

de la maternidad, debiera contemplar la opción de interrumpir un embarazo cuando la mujer lo estime conveniente, ya que, conforme a la democracia, equidad y respeto de los derechos humanos no se puede obligar a nadie hacer algo que no quiera (Leonel Briozzo, 2003 y 2020). Argumentos que, según la Conferencia del Cairo, no promueven realizar abortos como un método de planificación familiar, sino que entienden la despenalización del aborto como forma de reconocer la libertad de la mujer en el manejo de su vida reproductiva, cuyo control no puede estar condicionado por el nivel socioeconómico, ni por el sistema moral de terceras personas.

Esta tendencia argumenta, que la mujer es dueña de su propio cuerpo y de que el feto no es claro que sea un ser humano, por tanto, puede ser expulsado del vientre materno y terminar con su existencia (Enrique Oyarzún, 2015). Dado que no existe consenso respecto del momento en que el embrión adquiere su condición de ser humano, que puede ser durante la fecundación, implantación uterina, inicio del desarrollo del sistema nervioso u otros.

Claudia Dides (2006) señala que, desde la bioética, habría tres criterios para determinar el estatuto del embrión y la noción de persona: el criterio biológico, según el cual la persona existe desde la fecundación; el criterio de la autonomía de la voluntad, según el cual la personalidad se adquiriría bastante tiempo después de nacido el ser humano, y un tercer criterio filosófico, conforme al cual el embrión es persona, pero no tiene los mismos derechos que los nacidos.

Así, permitir el aborto se puede fundar en que: el *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida, o el *nasciturus* es persona, pero los derechos de la mujer priman sobre los suyos, o la vida del *nasciturus* es valiosa, pero los derechos de la mujer tienen prioridad sobre ella. De esta manera surge el conflicto de la ponderación de derechos, debiendo resolver el conflicto en favor de uno de los titulares.

También se ha evaluado en qué condiciones es legítimo que el Estado obligue a una mujer a persistir en su embarazo, que es inexigible en caso de violación, o cuando el feto es inviable, situación económica muy precaria de la madre, o cuando el embarazo pueda amenazar su vida o su salud (Rodolfo Figueroa, 2013, p. 109). En este enfoque, no tienen relevancia los derechos de la mujer o del feto sino en qué circunstancias el Esta-

do puede intervenir en la esfera de libertad de las personas, obligándolas a observar cierta conducta (Claudia Dides, 2006).

Al respecto es interesante el ejemplo de Thomson (1992): una persona despierta un día y nota que está conectado a un famoso violinista que necesita diálisis para sobrevivir, usted puede desconectarse fácilmente, pero si lo hace el violinista muere, ¿puede el Estado exigirnos permanecer conectado al violinista en contra de nuestra voluntad? Si la mujer embarazada está obligada a reproducirse en todos los casos, convierten a la mujer en un mero medio, máquina reproductora, infringiendo el ideal kantiano de tratar a las personas siempre como un fin en sí mismas, privando a la mujer de su dignidad (Rodolfo Figueroa, 2013, p. 110).

Así se sostiene que “una interpretación que reconocen derechos a las mujeres y al embrión, debiera ir en la línea de aquel principio kantiano que defiende que los individuos son fines, no medios que puedan ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines” (Alejandra Zúñiga, 2011, p. 173). De este modo, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego y el sacrificio de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que resulta inconstitucional puesto que se desconoce su dignidad y se la reduce a un mero receptáculo de la vida en gestación (Alejandra Zúñiga, 2011, p. 175).

Afirma Elard Koch (2013) que el aborto es por sí mismo un acto o experiencia violenta para la mujer. Los abortos desencadenan síntomas variables y posible síndrome de estrés postraumático, a diferencia de las pérdidas espontáneas.

VI. EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE EL ABORTO

Según José Moreno (2020, p. 51) la mayoría de la doctrina concibe al aborto como un bien jurídico, sin embargo, el problema está todavía enquistado en cuándo se inicia la vida y cuándo aquello entra en conflicto con los intereses de la madre, lo cual ha sido abundantemente discutido en España, siendo bastante tardía la discusión legislativa. Sin embargo, en los países germánicos el aborto terapéutico existe desde fines del siglo XIX (P. Laurenzo, en Jorge Flores, 2020, p. 862). De igual modo, el autor señala que en dicho país existen casos en los que se practicaron abortos en fetos de estado

muy avanzado lo cual es grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer” (p. 56), lo cual, para algunos, se produce por la facilidad para burlar la ley por medio de una de las indicaciones propuestas en el artículo 417 bis del Código Penal.

Según lo anterior, surge la duda si efectivamente, el cuestionamiento respecto a las causales contempladas, tanto en la legislación chilena, como en la española, son los modos mediante los cuales lo hegemónico se inmiscuye en la vida de las personas, sin pensar en las consecuencias sociales que tendrá un embarazo y nacimiento no deseado, tanto para la madre como para el hijo. Por otra parte, las causales ya mencionadas no otorgan seguridad jurídica, lo cual ha sido señalado por Jorge Flores (2020) a la luz de experiencia comparada de la Unión Europea y estudios latinoamericanos, observando el incremento de casos y asumiendo que las causales previstas por la ley antes de las 12 semanas pudiesen ser finalmente un modo por medio del cual se defrauda a la ley.

El aborto constituye una realidad en todos los países y, por lo tanto, es necesaria su discusión, especialmente en las comunidades actuales que no reconocen códigos morales únicos o impuestos por autoridades. Las leyes son diferentes en cada país y la gran mayoría de ellas, acertadamente respeta la vida intrauterina rechazando el aborto como forma de limitar la natalidad, permitiéndolo sólo ante situaciones calificadas y con plazos definidos, condiciones que varían de un país a otro.

Por otra parte, ninguna legislación alude al riesgo de salud mental, tanto de la posible madre como del niño después de nacer, discusiones que no han sido abordadas y que, efectivamente, es un problema social conexo a otros conflictos psicosociales relevantes y que surgen a partir de frutos de una infancia desprotegida.

En cuanto a la realidad latinoamericana, dos estados de México: Ciudad de México y Oaxaca, permiten la interrupción legal del embarazo, hasta las doce semanas de gestación. La despenalización del aborto en dicho país se llevó a cabo en 2007, siendo hasta 2002 su regulación de competencia federal. Así, los códigos penales federales fueron el antecedente del proceso legislativo local que culminó con la despenalización del aborto hasta antes de las doce semanas de gestación (Claudia Robles, 2010 y Lorena Correa, 2019). Así también en Uruguay, aceptan el aborto con límites referido sólo a plazos desde 2012 y en Argentina el Senado aprobó

el proyecto de acceso a la interrupción legal del embarazo, hasta la semana catorce de gestación, y con atención posaborto en 2020.

En otros países, como Estados Unidos, Noruega y Suecia también aceptan el aborto con límites referido sólo a plazos y escasos países prohíben el aborto inducido por cualquier causa: El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, Malta y El Vaticano (Juan Pablo Beca, 2014).

África por su parte, mantiene una política restrictiva respecto al aborto, con la excepción de Sudáfrica, donde existe la ley, de 1997, de “Libre Elección respecto a la Interrupción del Embarazo”³ durante las primeras doce semanas de gestación. Esto ha logrado, según la Organización para la Salud de las Mujeres, reducir en un 91% la mortalidad materna y en 50% las lesiones (Promsex, 2010).

En cuanto al plazo, las investigaciones médicas indican que los fetos son capaces de sentir dolor entre seis y siete meses de embarazo, puesto que las estructuras cerebrales son las últimas en formarse durante la gestación (Alejandra Zúñiga, 2011, p. 172), teoría apoyada por el Informe del Colegio de Bioética de México (2007, p. 8). Por esto, el límite legal para realizar abortos en la mayoría de los países de Europa es de 12 semanas, a diferencia de Chipre en que el límite es de 28 semanas, en ciertas circunstancias y en Finlandia, el Reino Unido y Holanda son 24 semanas. El resto de los países fluctúa entre las 12 y 22 semanas (Alejandra Zúñiga, 2011, p. 173 y Lorena Correa, 2019).

La Asamblea Mundial de la Salud, en 2004, afirmaba que: “el aborto inseguro, es una causa prevenible de mortalidad y morbilidad maternas, y que debe abordarse como parte del objetivo de desarrollo del tercer milenio para la mejora de la salud materna”. Y de esta manera, “si bien la reproducción humana y sus consecuencias constituyen asuntos del ámbito privado, relacionados con la vida afectiva de las personas, se convierten en un tema político cuando su ocurrencia hace surgir la necesidad de elaborar políticas públicas” (Claudia Dides, 2006, pp. 219-229 y Lorena Correa, 2019).

Específicamente, los países deben promover leyes que permitan el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, siendo parte de éstos el acceso a un aborto legal, seguro y gratuito, lo cual es propuesto en la Ob-

³ Véase el mapa de Reproductive Rights, disponible en <http://www.worldabortionlaws.com/map/>. Última visita el 28 de mayo de 2017.

servación general 22 (2016) sobre derechos sexuales y reproductivos, en la cual el Comité de DESC estableció en los párrafos 35 y 36 que los Estados deben eliminar acciones que reproduzcan los estereotipos de género. De igual forma, la Observación general 36, de 2018, sobre el derecho a la vida se constituye en el documento más reciente publicado por el Comité de Derechos Humanos (CDH) para pronunciarse respecto al término del embarazo y la dignidad, por ende, se concibe por primera vez la dignidad de la perspectiva de la mujer.

Ahora bien, no se asume al aborto como un derecho independiente, sino apunta a la interrupción voluntaria del embarazo según circunstancias, abriendo la puerta a la esfera decisional privada y en conciencia, sin exponer la integridad física y psíquica de la mujer, pero no visibilizando al progenitor. Pese a esto, es un paso para la comprensión del conflicto social desde enfoques distintos al punitivo y bioético, de arraigo conservador y que reproduce desigualdades e inequidades sociales y de género.

Algunas buenas prácticas que se destacan en países donde se acepta la interrupción del embarazo a solicitud de la mujer, dentro de ciertos plazos, es la implementada por Uruguay, que establece en la Ley 19.987, de 2012, que el equipo médico informará sobre las alternativas al aborto provocado, de los programas disponibles de apoyo social y económico, así como la posibilidad de la adopción del hijo.

También en regiones de España con la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece que un equipo interdisciplinario le otorga apoyo psicosocial e información a la mujer, para contribuir a superar las causas que la induzcan al aborto, y servicios de educación y atención de salud sexual, reproductiva y afectiva, y acceso a prácticas clínicas de planificación de la reproducción, con anticonceptivos en el sistema público (Isabel González *et al.*, 2016).

En Latinoamérica, a pesar de que se ha avanzado en la despenalización, no existen grandes progresos legislativos que comprendan el aborto como un conflicto social y que asuman las inequidades y asimetrías sociales que se exacerban frente a un embarazo no deseado. Por otra parte, la ONG Women's Link Worldwide (2017) señala que las políticas públicas y leyes en la región son restrictivas, no haciendo caso a las recomendaciones del CDH. Ahora bien, aunque en Uruguay, Argentina, Cuba y México el aborto está despenalizado, mientras que en algunos países como Honduras, Haití, Nicaragua y El Salvador la penalización y criminaliza-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

ción es absoluta. Por otra parte, existen países, como Chile, cuya postura es intermedia y que genera un modo discursivo, sustentado en la bioética y roles heteronormativos, regulando tres causales, sin embargo, la decisión queda en el equipo médico y, además, obliga a la exposición del caso, lo cual impone y perpetúa inequidades de género, por lo mismo, se constituye en problema social, puesto que no da cabida a otras realidades injustas o desiguales enquistadas históricamente en la sociedad, las cuales se exacerbaban con un embarazo no deseado.

Un caso que sirve de precedente para la apertura hacia una legislación con enfoque restaurativo frente al aborto es una resolución del Comité Internacional de Derechos Humanos (CIDH), que en 2007 resolvió el caso de Paulina Ramírez, de México, quien fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada y el Estado mexicano le negó la posibilidad de abortar. Ante ello, la causante solicitó la intervención del CIDH y el Estado se allanó, asumiendo, tanto compromisos como responsabilidades (Informe 21/07, Petición 161-02, 2017).

La experiencia comparada nos muestra que es necesario diseñar una estrategia para disminuir el número de abortos provocados, como la que plantea Leonel Briozzo (2003, p. 196 y 2020), que contempla tres aspectos: 1) educación en aspectos sexuales; 2) servicios accesibles y oportunos de anticoncepción, y 3) despenalización del aborto (Leonel Briozzo, p. 197), ya que la política criminal de la penalización del aborto ha demostrado ser ineficaz y no disminuir este fenómeno. Así, en América del Sur, aproximadamente 30 de cada 1,000 mujeres se hacen un aborto por año y en Holanda, donde el aborto es legal, la cifra es 8 de cada 1,000 (Zúñiga, 2017, p. 165).

VII. LA JUSTICIA RESTAURATIVA APLICADA AL ABORTO

Ahora bien, en el caso chileno, culturalmente no es tan fácil pasar de un aborto no punible en tres causales, a un aborto con límite sólo de plazos, frente a lo que podría ofrecerse una alternativa para dar respuesta a este complejo conflicto social al que se enfrenta el derecho, que no ofrezca como respuesta al aborto sólo una pena, pero que tampoco quede sin regulación del Estado, que sería una forma de desentenderse de este grave fenómeno social, e invisibilizarlo, para lo que podríamos proponer un sistema restaurativo.

Al respecto, es necesario destacar que los ideales de justicia de una sociedad deben ser vinculados a la dificultad de aplicabilidad de las normas jurídicas en materias de alta sensibilidad social como lo es el aborto, de tal manera que éste se legitime como mecanismo de regular las relaciones humanas.

Hoy se hace más difícil sostener criterios orientados a una racionalidad de contenidos del derecho, comienza a dominar una tendencia hacia una racionalidad por sus procedimientos. Las investigaciones dan cuenta de la crisis de los mecanismos clásicos de la regulación social, por lo que debe generarse la oportunidad de analizar el surgimiento de una variedad de procesos de autoorganización social más alternativos, en pro de la constitución de una ciudadanía más activa (Claudio Chávez, 2018).

La justicia restaurativa, entendida como: “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en un delito en particular, resuelven de forma colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de este y sus repercusiones para el futuro” (Tony Marshall, 1999). Definición que es complementada con la de Theo Gavrielides (2012, p. 12), que la define como “una moral con objetivos prácticos, para la restauración del daño, incluyendo a las partes afectadas en un encuentro directo e indirecto y un proceso de entendimiento, voluntario y con diálogo honesto”. Así, dicha justicia posibilita la incorporación de una mirada distinta al proceso y principios al sistema jurídico.

Este sistema de justicia, supone la participación de la comunidad para obtener la restauración de los vínculos sociales dañados y la correspondiente reparación, con mecanismos tales como los círculos de sentencia, conferencias comunitarias, de grupos familiares, círculos de paz, convocatoria masiva y otras prácticas menos tradicionales, como la pizarra restaurativa de la comunidad; programas de compensación y restitución financiera para las víctimas; servicios personales a las víctimas y panel de impacto de la víctima/comunidad (Isabel González, 2020 y Michelle Mayorga, 2009).

Estas prácticas restaurativas asignan un rol importante a la familia y a la comunidad en la gestión y tratamiento del delito, buscando en conjunto soluciones posibles al conflicto para favorecer la calidad de vida y la convivencia social entre los miembros de la comunidad (Gordon Bazemore y Mark Umbreit, 1999, p. 48).

Por su parte Van Ness y Heetderks Strong (2001, p. 14) distinguen cuatro valores en la justicia restaurativa: el primero es el encuentro entre las partes y su comunidad de cuidado, que promueve una narrativa común de las partes, permitiéndoles facilitar el entendimiento mutuo; el segundo es la reparación del daño causado a la víctima y a la sociedad; el tercero es la reintegración de la víctima como del ofensor a la comunidad, y finalmente la participación activa de las partes en todas las etapas del proceso de resolución del conflicto (Carolina Villacampa, 2020).

Es así como podemos afirmar que la justicia restaurativa se concibe en tres líneas: una de ellas como proceso; la otra de valores y una tercera de resultados, las que otorgan la posibilidad de reunir a todas las partes afectadas por el daño sufrido, en procesos directos o indirectos de mediación, conferencias de grupos familiares, círculos de sentencia y sanación, y consejos con la comunidad, entre otros (Theo Gavrielides, 2018), para obtener un plan de reparación material, social y emocional del daño causado, que restaure sus efectos (Martin Wright, 1996, p. 26); rehabilite y responsabilice al ofensor; reincorpore socialmente a las partes prevenga futuras ocurrencias del conflicto (Jaccoud, 2005, p. 109 y Carolina Villacampa, 2020).

Esta práctica ofrece oportunidades a las partes en dos circunstancias: una, de contención —antes del delito o falta—, *previniéndolo* y evitando su reiteración y la otra, de solución y reparación —posterior al delito—, trasladando de esta manera parcialmente el control social del Estado a la comunidad de apoyo (Roberto Bergalli, 2008, p. 32).

En cuanto al objetivo del perdón, que se atribuye a la justicia restaurativa, es cuestionable en consideración a las connotaciones morales y religiosas que éste posee, las que no debieran verse vinculadas al derecho (Isabel González, 2020). Y en cuanto al objetivo de la reconciliación que también se le asigna a este tipo de justicia, no debiera ser necesariamente una respuesta esperada, sin perjuicio de haberse usado en el pasado como sinónimo de restaurativo, criticándose especialmente su exigencia en violencia de género (Mark Umbreit *et al.*, 2007, p. 385).

Por otra parte, Marshall propone doce principios aplicables a la justicia restaurativa, entre ellos se puede mencionar: el delito como un conflicto compartido que necesita una solución; la aceptación de las negociaciones y el compromiso en su solución; involucrar a todas las partes afectadas; concentrarse en la reducción de los delitos o agravios futuros;

valoración de la reparación por encima del castigo; escuchar a la víctima y al infractor; búsqueda de elementos positivos en el infractor; oportunidad de rehabilitación; atención a las emociones y aspectos materiales del conflicto y creatividad e innovación en la búsqueda de soluciones (Tony Marshall, 1999, p. 20).

Ahora bien, el aborto podemos concebirlo como un conflicto, entre la sociedad que lo considera un ilícito y la mujer que decide abortar, enfrentada a sus consecuencias sociales, jurídicas y psicológicas, estrechamente vinculadas entre sí, que son causas y efectos unas de otras recíprocamente, las que se originan prioritariamente en las desigualdades sociales, provocadas por la pobreza y el desamparo, que emanan de la falta de educación sexual y la pérdida de recursos de control social informal de la mujer, como son las redes de contención familiares, de la comunidad cercana, amigos, vecinos y compañeros de trabajo, entre otros (Juan Bustos, 2005, pp. 25-27).

Adicionalmente, una de las consecuencias psicosociales que produce el aborto, son las que operan en ciudades conservadoras, o con fuertes tintes ideológicos, que provocan discriminación y desarraigo social, como sanción moral a las mujeres que se practican un aborto, las que, sin perjuicio del dolor que sufren por su pérdida y la sensación de culpa, se ven enfrentadas a una pena (Lidia Casas, 1996),

Cómo podríamos entonces señalar a la mujer como ofensora o culpable en el aborto, si existe una estrecha relación entre la incidencia de sus prácticas y las deficientes condiciones económicas, sociales y culturales que ofrecen los países a sus ciudadanos, entendiendo que las regiones con alta incidencia de abortos se caracterizan por ser aquellos más pobres (Violeta Bermúdez, 1998, p. 51).

Es así como en el caso del aborto provocado por voluntad de la mujer y considerado por nuestro ordenamiento jurídico como un delito, no podemos dejar de apreciar que ella es víctima de una realidad social no querida, frente a la cual no ha podido actuar de otra manera. Sin embargo, tampoco es razonable omitir una reacción seria por parte del Estado despenalizando el aborto sin más, invisibilizando este hecho y sus consecuencias, ya que en ambos casos ocupa la mujer y la comunidad, el mismo rol de ofensora y víctima a la vez. Razón por la que este conflicto requiere ser abordado por un sistema de justicia que dé contención y restauración a la mujer y la sociedad que han sufrido a consecuencia del aborto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

Si el aborto debe considerarse o no delito no es la principal cuestión, sino de que se trata de un conflicto social relevante, que requiere respuestas e instrumentos que ofrezcan mejores alternativas que la pena, ya que como dice Bergalli, ¿cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema jurídico, de responder con los mismos instrumentos y procedimientos, a conflictos de tan vasta heterogeneidad? (Roberto Bergalli, 2003, p. 34). Por lo que podemos proponer, ocupar para su tratamiento los mecanismos que ofrece la justicia restaurativa, la cual cambia el paradigma del sistema represivo ocupado hasta ahora, por uno más humano, reparador y preventivo (Isabel González *et al.*, 2016).

Para implementar este sistema restaurativo, se podría adoptar parte de su estructura, la llamada “Ventana de la Disciplina Social”, donde frente a una infracción u ofensa se deben aplicar dos elementos fundamentales, un alto nivel de control y un alto nivel de apoyo al ofensor, para mantener la disciplina social y desmitificar la concepción del castigo (Mc Cold, 2000).

Si entendemos que la mujer que aborta ha tenido un quiebre con la comunidad, realizado un hecho no querido por gran parte de la sociedad, lo que le produce en muchas ocasiones a ella, dolor, rencor y vergüenza y requiere ser reparado mediante medidas de mitigación reales y oportunas, que se ofrezcan a la mujer reconocimiento de su dolor, falta de oportunidades, inclusión laboral y educación sexual, siendo a su vez necesario que ésta aporte a la comunidad soluciones frente al aborto, ofreciendo su testimonio, apoyo y ayuda a otras víctimas, a los estudiantes y a otras mujeres para que no sufran el mismo flagelo que ella vivió, por medio de un proyecto comunitario (Isabel González *et al.*, 2016).

Así la justicia restaurativa, probada en experiencias comparadas, permite concluir que este es un modelo que incluye mecanismos colaborativos que aportan soluciones más integrales y satisfactorias a las partes y comunidad (Burt Galaway, 1985, p. 626), otorgándoles a quienes participaron en el aborto la posibilidad de asumir su responsabilidad personal en los hechos, lo que facilitará su posterior reinserción social y disminuirá las posibilidades de reincidir en el mismo hecho.

Lo anterior permite aplicar a este fenómeno un modelo democrático, que deviene en una acción social participativa y racional, que ha sido validado por las recomendaciones de los organismos internacionales (Lucia-

na Wechselblatt, 2020.) como: Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Unión Europea, el Consejo Económico y Social.⁴

Ahora bien, dado que en el caso de un aborto se confunde la víctima y el ofensor, compartiendo la mujer que aborta y la comunidad esta calidad, parece más apropiado utilizar mecanismos restaurativos que incluyan a la comunidad, como las conferencias comunitarias, de grupo familiar, reuniones restaurativas, círculos de paz, círculos de sentencia, de apoyo a la víctima, comunidades terapéuticas y juntas de reparación, las que son experiencias mayormente restaurativas, dejando la mediación penal para situaciones en que el aborto involucre intereses contrapuestos, en que sea necesario tratar en forma directa el conflicto entre la mujer y el futuro padre o familia del *nasciturus*.

Estos mecanismos restaurativos, pueden aportar en avanzar hacia una política pública sexual y reproductiva clara, que contemplen procesos educativos en relación con la formación afectiva, sexual y reproductiva de las mujeres, como ocurre en países de mayor desarrollo, donde se ha despenalizado el aborto y se han adoptado medidas de educación temprana en esta materia y, creación de redes de cuidado significativas para las mujeres.

VIII. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

1. El aborto y su despenalización fuera de las causales concebidas por la legislación chilena se constituye en un conflicto social que afecta a todos los sectores, campos y contextos sociales y no solamente a la mujer que vive un embarazo no deseado o de riesgo físico, social y psíquico. Si bien es cierto que la ley contempla tres causales, lo cierto es que la revisión de estudios y experiencias internacionales muestra que éste se encuentra limitado, primando la visión punitiva y de criminalización, no contemplando los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la calidad de vida y protección real de los niños/as que pudiesen nacer tras un embarazo no deseado y res-

⁴ El artículo 10 de la mencionada Decisión Marco prescribe: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas (...) Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación. Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI), *Diario Oficial* L 082, del 22 de marzo de 2001, pp. 0001-0004.

tringiendo por medio de visiones médicas y bioéticas la igualdad y equidad social y de género.

Así, el sistema interamericano posee evidencia consistente respecto a la defensa de los derechos fundamentales de mujeres que estaban en situaciones complejas y que requerían abortar sin que ello fuese un delito. Pese a lo anterior, evidentemente, ninguna legislación u observación internacional ha comprendido la multidimensionalidad del fenómeno, puesto que, el respeto a la privacidad, reparación psíquica y medidas restaurativas en pro de la salud mental y física de la mujer, su pareja o padre y otros implicados está todavía en deuda en todos los países de la región.

La experiencia latinoamericana demuestra que los estereotipos y roles de género operan de manera tradicional y hegemónica, por ende, invisibilizan no sólo la autonomía femenina, sino también el rol del progenitor, no existiendo medios y formas restaurativas que posibiliten nuevas visiones respecto a la paternidad responsable y apelando desde lo punitivo y criminalizador el rol de madre. Por otra parte, el rol del padre convenientemente no opera en ningún discurso, lo cual implica que la carga, y por ende, la decisión, está remitida a la mujer. Dicho de otro modo, bajo esta línea argumentativa, no existe un trato legal igualitario, justo y equitativo para el hombre y la mujer, lo cual, efectivamente, aun cuando existe despenalización, sigue operando.

La discusión sobre el aborto es un tema que dividió a nuestro país, cuando se legisló sobre la despenalización del aborto en tres causales, quiebre que se hará mucho más profundo al enfrentarnos a la polémica posibilidad de legislar el aborto sin causales y sólo con límites de tiempo.

Quienes defienden el aborto sin causales lo hacen basados en el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo, entendiendo que nadie está abiertamente en contra de la protección de la vida humana, ni de la libertad de la mujer, el problema está en que los juicios morales, deben ser razonables y admitir excepciones y requieren hacerse cargo de situaciones concretas y frecuentes, en las cuales no existe una solución óptima.

La postura de quienes rechazan el aborto bajo cualquier circunstancia entiende que ante el conflicto de valores entre el derecho a decidir de una mujer y la protección de la vida fetal, se debería optar por esta última desde su inicio.

Así, una discusión global sobre el aborto en Chile debería hacerse cargo de varios enfoques, la ponderación del derecho a la vida, los derechos

de la mujer y la exigibilidad que tiene el Estado frente a la maternidad. Además de contar con estadísticas más exactas que las actuales, las que poseen información imprecisa, debido a que la ilegalidad del aborto obliga a las mujeres que lo practican a ocultarlo para evitar sanciones.

Las legislaciones restrictivas como las latinoamericanas no logran reducir el número de abortos inducidos y obligan a las mujeres a correr el riesgo de abortos clandestinos e inseguros, aumentando las tasas de mortalidad. Discriminando a las mujeres de menos recursos económicos y educacionales, que carecen de condiciones para prevenir un embarazo no deseado o de enfrentar el nacimiento de un hijo, respecto a los hombres que las inducen a practicarlo y a otras mujeres que no sufren los riesgos de salud ni la sanción penal.

Ahora bien, sin perjuicio de considerar esta autora el hecho del aborto un infortunio para la sociedad, la mujer y los derechos del que está por nacer, tampoco parece posible encontrar en la punición una solución para este fenómeno, ya que suma a este desafortunado hecho, producto de la pobreza y el desamparo, unas intervenciones clandestinas que afectan la salud y vida de la mujer y la aplicación de una pena que las desarraiga de su medio social y en situaciones las hace perder el cuidado de sus otros hijos.

Sin embargo, si optamos por la despenalización del aborto sin más, se corre el riesgo de invisibilizarlo e ignorar por parte del Estado y la comunidad sus consecuencias, dejando a la mujer abandonada a su suerte. Realidad frente a la cual, es una mejor alternativa aplicar un sistema restaurativo, con mecanismos colaborativos de participación comunitaria, que no penalice pero tampoco permita al Estado y sociedad ignorar este fenómeno, reparando a la mujer y a la comunidad, las que deben unirse para colaborar a que estos hechos no vuelvan a ocurrir, comprometiéndose y quienes tuvieron responsabilidad en el aborto a trabajar en proyectos comunitarios, en colegios, municipios y lugares que agrupen a jóvenes, aportando a la prevención del embarazo no deseado, entregando su testimonio, colaborando en la educación sexual y afectiva, acogiendo y apoyando a las mujeres que se encuentren frente a situación de decidir sobre el aborto, o una vez ocurrido este mitigar sus consecuencias.

En resumen, coincidimos con la opinión de Claudia Dides (2007, pp. 224-225) y Lorena Correa (2020) quienes sostienen que, para la protección de la vida prenatal son necesarias políticas activas de apoyo a las mu-

eres embarazadas y maternidad, tutelando la protección de la gestación con la voluntad de la mujer y no contra ella, permitiéndole adoptar su decisión sobre el embarazo en un plazo razonable, tras haber sido informada de todas las prestaciones y derechos a los que puede acceder durante el embarazo, la interrupción del mismo y sus consecuencias.

De igual modo, las autoras proponen que la visión restaurativa debe resolver el conflicto social desde una perspectiva que entienda que las asimetrías y desigualdades se encuentran enquistadas en la sociedad, por lo mismo, y a la luz del ACD, es importante tensionar los estereotipos y roles de género con el fin que las políticas públicas, sustentadas en leyes nacionales y tratados internacionales, comprendan la transversalización de género desde una perspectiva integradora y no segregacionista, siendo los mecanismos restaurativos un medio para modificar modelos mentales enquistados que reproducen hegemonías y supremacías y en la cual la maternidad, para bien y para mal, goza de un estatus distinto a la paternidad, lo cual se evidencia en el discurso legal y recomendaciones internacionales, los cuales invisibilizan al aborto como un conflicto social, asumiéndolo casi exclusivamente a un conflicto médico y jurídico, olvidando los efectos sociales que produce, tanto para la mujer su pareja y entorno como para el poder político y sociedad en general.

Al cierre de este texto, debemos plantear la necesidad de realización de futuros estudios que aborden la percepción de mujeres, hombres y comunidades de condiciones socioeconómicas menos favorables respecto a la ley de aborto en tres casuales, así como también avanzar respecto a propuestas legislativas concretas que conciban visiones restaurativas en caso de haber cometido prácticas abortivas, así como también, que abordajes restaurativos contemplen el trabajo preventivo que permita a las personas reconocer sus derechos fundamentales, autoprotgerlos y practicarlos bajo toda circunstancia o condición.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- BAZEMORE, Gordon y UMBREIT, Mark (1999). *Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Restorative Justice and Citizen Involvement*

- in the Response to Youth Crime. *Informe final de la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia*.
- BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James (2002). Principios de ética biomédica. (4a. ed.). Masson.
- BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James (2019). *Principles of biomedical ethics: marking its fortieth anniversary*. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/15265161.2019.1665402>.
- BECA, Juan Pablo (2004). La discusión sobre el aborto en Chile. *Revista Chilena de Pediatría*, pp. 418-420.
- BERGALLI, Roberto (2003). *Sistema penal y problema social*. Tirant lo Blanch.
- BERMÚDEZ, Violeta (1998). *La regulación jurídica del aborto en América Latina y El Caribe*. Cladem.
- BRIOZZO, Leonel (2003). Aborto provocado: un problema humano. Perspectivas para su análisis Estrategias para su reducción. *Revista Médica*, pp. 188-200.
- BRIOZZO, Leonel, NOZAR, Fernanda, FIOL, Verónica, BEN, Sebastián, GREIF, Diego, STAPF, Cecilia., y GALLINO, Verónica (2020). Análisis del impacto de la pandemia COVID-19 sobre la calidad de los servicios de salud sexual y reproductiva. *Revista Médica del Uruguay*, 36(4), pp. 249-274. http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S1688-039202000400249&script=sci_arttext.
- BUSTOS, Juan y Hormazabal, Malarée (2005). *Nuevo sistema de derecho penal*. Trotta.
- BUTLER, Judith (2018). *El género en disputa*. Paidós.
- CASANOVA, Francisca y ALARCÓN, Óscar (2017). *Despenalización del aborto: así funcionan las tres causales contempladas en la ley*. <http://www.t13.cl/noticia/politica/nacional/despenalizacion-del-aborto-asi-funcionan-las-tres-causales-contempladas-en-la-ley>.
- CASAS, Lidia (1996). Mujeres procesadas por aborto. *Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos*, Santiago.
- COOK, Rebecca, DICKENS, Bernard y Bliss, Laura (1999). International Developments in Abortion Law from 1988 to 1998. *Health Law and Ethics*, pp. 79-586.
- DÍAZ PALACIOS, Diego (2020). Norman Fairclough y el análisis crítico de discurso: armas para una Lingüística Materialista. Pensamiento al margen. *Revista Digital de Ideas Políticas* 103. <https://www.susanpetrilli.com/files/LINGUISTICA-MATERIALISTA.pdf#page=117>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

- DIDES, Claudia (2006). Aportes al debate sobre el aborto en Chile: derechos, género y bioética. *Acta Bioethica*, pp. 219-229.
- DONOSO, Claudia (2016). Despenalización del aborto en Chile. Una cuestión de justicia social. *Acta Bioethica*, pp. 156-167.
- DWORKIN, Ronald (1994). *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel.
- FAÚNDEZ, Aníbal *et al.* (2005). *Uso del misoprostol en obstetricia y ginecología*. Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología. http://archivo.argentina.indymedia.org/uploads/2007/09/manual_uso_de_misoprostol_en_gicolog_a_y_obstetricia.pdf
- FAÚNDEZ, Aníbal y BARZELATTO, José (2004). *Ética y aborto*. Santiago.
- FEITO, Lydia (2012). Estatuto del embrión humano: cuestiones filosóficas y consideraciones morales. *Revista Bioética Clínica*, pp. 281-297.
- FERNÁNDEZ, María (2016). *La mujer de la ilusión. Pactos y Contratos entre hombres y mujeres*. Paidós.
- FIGUEROA, Rodolfo (2007). Concepto de persona, titularidad de derecho a la vida y aborto. *Revista de Derecho*, pp. 95-130.
- FIGUEROA, Rodolfo (2013). La moralidad del aborto: ampliando la discusión. *Acta Bioethica*, pp. 105-112.
- FLORES MORENO, Jorge (2020). Consecuencias socio-jurídicas de la penalización del aborto en mujeres víctimas de violación. Tesis de maestría. <http://repositorionew.uasb.edu.ec/handle/10644/7466>.
- GALAWAY, Burt (1985). Victim participation in the penal corrective process. *Revista Victimology and International Journal*, pp. 617-630.
- GAVRIELIDES, Theo (2012). *Waves of Healing: Using Restorative Justice with Street Group Violence*. IARS Publications.
- GONZÁLEZ, Isabel *et al.* (2016). El aborto y la justicia restaurativa. *Polis Revista Latinoamericana*, pp. 483-510.
- HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- HASS, Bárbara (2021). *Aborto en cifras: 83% de menores de 18 años que interrumpieron su embarazo lo hicieron por violación*. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2021/02/08/aborto-en-cifras-83-de-menores-de-18-anos-que-interrumpieron-su-embarazo-lo-hicieron-por-violacion.shtml>.
- HEADLINES, Christian (2020). Más de 42 millones de abortos se realizaron en el mundo en 2019. *Evangélico Digital*. <https://www.evangelicodigital>.

- com/mundo/11184/mas-de-42-millones-de-abortos-se-realizaron-en-el-mundo-en-2019.*
- Informe 21/07. Petición 161-02 (2007). Solución Amistosa. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México. 9 de marzo. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm>.
- Informe del Colegio de Bioética de México (2007). *Revista Proceso, Semanario de información y análisis.*
- JARVIS Thomson, Judit (1992). Una defensa del aborto. *Debate sobre el aborto, cinco ensayos de filosofía moral.*
- JURACI, César *et al.* (1997). Opinião de mulheres sobre a legalização do aborto em município de porte médio no Sul do Brasil. *Revista de Saúde Pública*, pp. 567-571.
- KOCH, Elard (2004). Epidemiología del aborto y su prevención en Chile. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, pp. 351-360.
- KOCH, Elard (2013). Aborto en casos de violación, perpetuando un ciclo de violencia. *Hazte Oír*, originalmente publicado Chile B. <http://www.hazteoir.org/noticia/51972-elardkoch-aborto-casos-violaci-n-perpetuando-un-ciclo-violencia>.
- KOTTOW, Miguel (2005). *Introducción a la bioética*. (2a. ed.). Mediterráneo.
- LEAL, Brigitte (2014). Una mirada sobre la evolución histórica de la inspección escolar en Chile. *Derecho Público Iberoamericano*, pp. 87-110.
- MARSHALL, Tony (1999). *Restorative Justice*. Overview.
- MARTUCCELLI, Danilo (2019). Alain Touraine and History. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* (106), pp. 36-64. https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452019000100003&script=sci_arttext&tlng=es.
- MAYORGA, Michelle (2009). *Justicia restaurativa ¿una nueva opción dentro del sistema penal juvenil?* Universidad de Costa Rica.
- NINO, Carlos (1987). Los titulares de los derechos humanos: el concepto de persona moral. *Filosofía del lenguaje, de la ciencia, de los derechos humanos y problemas de su enseñanza*. Sociedad Filosófica Iberoamericana-Universidad Autónoma de México.
- NÚÑEZ, Leopoldo y Palma, Yolanda (1990). El aborto en México. Problema social y de salud pública. *Revista Demos*, pp. 31-32.
- OYARZÚN, Enrique (2015). Argumentos sobre la mesa en el debate sobre el aborto, según mi moral. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, p. 80.
- RAMÍREZ, Benito, SUÁREZ, Pía y RAMÍREZ, Gustavo (2007). Opinión de mujeres con interrupción voluntaria de embarazo sobre la legaliza-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 571-609.

- ción del aborto. Cuestionario aplicado en la ciudad de Puebla, México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, pp. 907-928.
- RAWLS, John (2002). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós.
- SAGOT, Montserrat y CARCEDO, Ana (2002). Aborto inducido: ética y derechos. *Medicina Legal*. Heredia, pp. 63-77.
- SALAS, Sofia *et al.* (2016). El médico y la objeción de conciencia: Opinión del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile A. G. *Revista Médica de Chile*, pp. 382-387.
- UMBREIT, Mark *et al.* (2007). Victim offender, dialogue; a multi site study in the United State. *Acta Jurídica* 22, pp. 384-385.
- VALDÉS, Margarita (1999). El problema del aborto: tres enfoques. *Bioética y derecho, fundamentos y problemas actuales*. Fondo de Cultura Económica.
- VAN DIJK, Teun (2016). *Discurso y conocimiento: una aproximación sociocognitiva*. Gedisa.
- VAN NESS, Daniel y HEETDERKS STRONG, Karen (2001). *Restoring Justice*. (2a. ed.). Editorial Rústica.
- VAN-DIJK, Teun (2017). Análisis crítico del discurso. *Revista Austral de Ciencias Sociales* (30), pp. 203-222. <http://revistas.uach.cl/index.php/racs/article/view/871>.
- VARGAS, Johanna (2020). Políticas públicas educativas neoliberales y sus efectos en las universidades confesionales de Chile (2010-2020). *Revista Dialogando*, 16(8), pp. 275-287. <http://revistadiologando.org/ojs/index.php/rdiser/issue/archive>.
- VILLAVICENCIO, Luis (2008). ¿Derechos humanos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas. *Revista de Derecho*, pp. 33-51.
- WECHSELBLATT, Luciana (2020). El rol del derecho internacional de los derechos humanos en las estrategias de incidencia de los movimientos sociales pro-aborto. *Estado y Políticas Públicas*, 131. https://revistaeypp.flacso.org.ar/files/revistas/1592169056_epp14d.pdf#page=131.
- WRIGHT, Martin (1996). *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime* (2a. ed.). Waterside Press.
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de Derecho*, pp. 163-177.