

LA REPRODUCCIÓN EN CUESTIÓN

INVESTIGACIONES Y ARGUMENTOS JURÍDICOS
SOBRE ABORTO

Agustina Ramón Michel y Paola Bergallo
COMPILADORAS

EU
DE
BA

LA REPRODUCCIÓN EN CUESTIÓN

INVESTIGACIONES Y ARGUMENTOS JURÍDICOS
SOBRE ABORTO

Agustina Ramón Michel y Paola Bergallo

COMPILADORAS





Eudeba
Universidad de Buenos Aires

Primera edición: mayo de 2018

© 2018

Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Diseño de tapa: Pablo Alessandrini
Corrección y composición general: Eudeba

Impreso en Argentina.
Hecho el depósito que establece la ley 11.723



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

ÍNDICE

Prólogo	
<i>Marcela V. Rodríguez</i>	9
Introducción	
Una invitación al diálogo sobre los fundamentos constitucionales de la legalización	
<i>Paola Bergallo y Agustina Ramón Michel</i>	11

PARTE I HISTORIA Y CONTEXTO

A - CONTEXTO HISTÓRICO Y POLÍTICO

La interpretación judicial como vía de inclusión social y de ampliación democrática	
<i>Alicia E. C. Ruiz</i>	23
Médicos, jueces y abortistas (Buenos Aires, 1940-1970)	
<i>Julieta Di Corleto</i>	37
La vida como política: la iglesia católica y las concepciones científicas y legales contrarias a la legalización del aborto	
<i>José Manuel Morán Faúndes y María Angélica Peñas Defago</i>	53
Movilizaciones recientes del campo de la diversidad sexual y la lucha por la legalización del aborto	
<i>Mariano Fernández Valle</i>	67

B - LA MORALIDAD DEL ABORTO Y LA DECISIÓN DE LAS MUJERES

Actitudes hacia el aborto: heteronomía vs. autonomía morales	
<i>Carlos Alberto Lista</i>	81

Los argumentos sobre la moralidad del aborto <i>Silvina Álvarez</i>	105
--	-----

Bases y puntos de partida para el debate sobre el aborto <i>Martin D. Farrell</i>	117
--	-----

PARTE II
ARGUMENTOS JURÍDICOS

A - AUTONOMÍA

Algunos apuntes para la despenalización y legalización del aborto <i>Laura Julieta Casas</i>	131
---	-----

Aborto voluntario: un repaso de los argumentos constitucionales y convencionales <i>Andrés Gil Domínguez</i>	147
---	-----

¿Es el aborto temprano una de las acciones privadas de las mujeres protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional? <i>Marcelo Alegre</i>	157
--	-----

Derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia, capacidad y autonomía como principios rectores <i>Laura Nogues Peralta</i>	167
---	-----

La incidencia de los derechos de las niñas y las adolescentes en la legalización del aborto. Hacia una redefinición del embarazo forzado en materia de infancia y adolescencia <i>Damián R. Muñoz</i>	179
--	-----

B - IGUALDAD Y DIGNIDAD

El argumento de la igualdad robusta como justificación del aborto <i>Laura Saldivia Menajovsky</i>	195
---	-----

¿Puede el derecho reconocer a las mujeres como humanas? Reflexiones en torno a una vieja y recurrente pregunta, con motivo del debate sobre la despenalización del aborto <i>Verónica Spaventa</i>	207
---	-----

La dignidad como eficacia de los derechos de las mujeres <i>Viviana Bohórquez Monsalve</i>	223
---	-----

La criminalización del aborto (o el control sobre el cuerpo de las mujeres en un Estado de Derecho) <i>Mercedes Cavallo y Victoria Keller</i>	235
--	-----

C - LAS IMPLICANCIAS DE LA PENALIZACIÓN

Problemas de la persecución penal del aborto <i>Leonardo Pitlevnik</i>	253
Política criminal y aborto. Algunas consideraciones sobre lo que nos muestran, y no nos muestran, las estadísticas oficiales en materia de aborto <i>Hernán Olaeta</i>	267
Las razones detrás de las razones de la penalización del aborto <i>Mariana Ripa</i>	287
Aborto: la tolerancia como violencia simbólica <i>Sabrina Cartabia y Cecilia Marcela Hopp</i>	299

D - VIDA EN GESTACIÓN

Del embrión a la persona: El proceso de gestación y la interrupción voluntaria del embarazo <i>Nelly Minyersky y Lily R. Flah</i>	317
La demanda por la liberalización del aborto en Argentina: de la politización de la sexualidad a los derechos reproductivos. Notas sobre el caso Portal de Belén (2012-2013) <i>María Eugenia Monte</i>	341

E - OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos <i>Mariela Puga y Juan Marco Vaggione</i>	361
La objeción de conciencia en los derechos sexuales y reproductivos: algunas precisiones y discusiones <i>Romina Faerman y Tamara Tenenbaum</i>	387
La objeción de conciencia sanitaria: un estudio exploratorio sobre su regulación <i>Sonia Ariza Navarrete</i>	401

PARTE III DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

El aborto en el sistema europeo de derechos humanos <i>Susana Chiarotti</i>	441
--	-----

La sexualización de los derechos humanos: el tratamiento del aborto en los casos del Sistema Interamericano <i>Beatriz Ramírez Huaroto</i>	453
Transferencias jurídicas sobre mujeres y fetos: un viaje desde el constitucionalismo del aborto alemán al portugués <i>Ruth Rubio-Marín</i>	467
<i>Nihil sub sole novi</i> (pero no importa) <i>Pedro Salazar Ugarte</i>	493
Los acuerdos carentes de una teoría completa para avanzar en aborto <i>Juanita Durán Vélez</i>	501
Interpretación y construcción de los derechos. El caso de la despenalización y legalización del aborto <i>Jenny Carolina Burgos y Fabio Enrique Pulido Ortiz</i>	513
La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina <i>Paola Bergallo y Agustina Ramón Michel</i>	527
<i>Sobre las compiladoras</i>	555

PRÓLOGO

*Marcela V. Rodríguez**

Desde el siglo pasado, los movimientos feministas y de mujeres han expuesto que el control reproductivo, el uso sexual y el apoderamiento de los cuerpos de las mujeres son los cimientos de la política sexual sobre la que se basan las sociedades de supremacía masculina. Las luchas de estos movimientos, tanto desde la producción de pensamiento, teorías y fundamentos, así como desde el activismo y la resistencia, han estado presentes a lo largo de varias décadas. En algunos momentos, incluso, han ido más allá que algunos movimientos actuales en favor de los derechos sexuales y reproductivos.

El feminismo ha identificado cómo la sexualidad se encuentra en el centro del sistema jerárquico de dominación y subordinación entre los géneros, así como de la violencia contra las mujeres. La estructura de las relaciones de poder está sexualizada. Los roles y los estereotipos de género producen, reproducen y legitiman la dominación masculina. La política sexual es un componente primario de estas estructuras jerárquicas y de su dinámica. Se ha explicado cómo un sector de la sociedad –en particular las mujeres, teniendo en consideración la interseccionalidad de múltiples formas de discriminación– es controlado y oprimido por otro, básicamente el grupo de varones dominante.

El control de la sexualidad y la reproducción ha sido elemental para mantener a las mujeres en un lugar de subordinación. El patriarcado determina mandatos como la heterosexualidad obligatoria, la maternidad como destino biológico, social y función esencial, la familia como institución elemental de la vida social y cultural, el matrimonio como forma de acceso privilegiada al uso sexual del cuerpo de las mujeres. Más aún, la familia ha variado sus formas, incluso las genéricas, sin haberse alterado la política sexual.

La penalización del aborto y las restricciones a su acceso y a métodos anticonceptivos seguros, los roles y estereotipos impuestos por la socialización patriarcal, las violaciones, el

* Abogada, egresada de la UBA. Máster en Derecho, Yale Law School. Ex diputada del Congreso de la Nación por tres períodos consecutivos. Actualmente trabaja en la Defensoría General de la Nación. Profesora de derecho penal y género en la Universidad de Buenos Aires, la Universidad de Palermo, y la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras instituciones. Autora de libros, artículos y proyectos legislativos sobre derechos humanos, derecho constitucional, diseño institucional, reformas judiciales, acceso a la justicia, igualdad y no discriminación, derecho internacional de los derechos humanos, órganos de control y transparencia, acceso a la información y en particular género, violencia contra las mujeres, trata y explotación sexual. Un número significativo de estos proyectos fueron aprobados llegando a convertirse en ley.

dominio sexual de los varones sobre sus parejas heterosexuales, la violencia ginecológica, la heterosexualidad obligatoria, el sistema prostituyente, la pobreza y dependencia económica forzada, entre otros factores, constituyen la subordinación sexual de las mujeres y la privación de sus derechos sexuales y reproductivos. Esta estructura de dominación y control es una forma de discriminación en razón de género.

La reproducción afecta todas las áreas de vida de las mujeres y el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad. La restricción de sus derechos reproductivos, en particular la criminalización del aborto, ha cercenado sus potencialidades. A lo largo de la historia, un gran número de mujeres han sido madres en contextos de desigualdad sexual, sin poder controlar las circunstancias bajo las cuales quedan embarazadas y sin tener opción alguna. Y, en sociedades en las cuales la desigualdad sexual es la norma, la maternidad generalmente implica un agravamiento de esta desigualdad. La asignación de la responsabilidad primaria del cuidado y la crianza de niñas y niños impacta forzosamente en las propias vidas de las mujeres. En ocasiones, embarazos y nacimientos someten a las mujeres a mayores situaciones de violencia de género, incluyendo femicidios.

El control reproductivo revela en forma paradigmática la interrelación entre libertad e igualdad. La libertad reproductiva y la autodeterminación son transcendentales para la igualdad entre los géneros. Cuando se priva a las mujeres de la posibilidad de decidir autónomamente sobre sus vidas sexuales y reproductivas se las confina a un estatus de ciudadanas de segunda. Asimismo, el feminismo ha mostrado que la igualdad, en términos de la ausencia de jerarquía, específicamente de jerarquía sexualizada como sexo, es la precondition de la libertad y no su consecuencia natural.

Esta obra da cuenta de los recorridos de los movimientos feministas y, posteriormente, de la diversidad sexual, en pos del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Transita diversas dimensiones: el contexto histórico, la producción teórica y los argumentos filosóficos y constitucionales desarrollados a favor del derecho al aborto.

El derecho internacional, tanto en el sistema internacional como en el regional, se ha adelantado al ordenamiento nacional en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos. En este sentido, ha sido fundamental la actividad de los distintos organismos de aplicación y monitoreo de tratados y convenciones. La compilación recoge estos avances del derecho internacional, así como ejemplos relevantes de derecho comparado. Asimismo, se concentra en algunos temas puntuales que han emergido en el debate contemporáneo.

Argentina ha logrado reformar significativamente el marco legal a los fines de garantizar el matrimonio de parejas del mismo sexo y la identidad de género. Sin embargo, no se ha podido derogar la legislación que penaliza el aborto. Las luchas del movimiento feminista también han persistido en la dimensión legislativa, tanto en la presentación de proyectos y como en la generación y seguimiento de diversas estrategias parlamentarias. Esta compilación nos interpela y permite profundizar las razones por las cuales se ha podido avanzar en leyes que tienden a minimizar determinadas formas de discriminación a la par que persiste el control reproductivo sobre las mujeres.

La igualdad sustantiva y la libertad de las mujeres solo podrán ser realidad mediante un cambio radical que garantice el acceso a su sexualidad en sus propios términos y el control de sus potencialidades reproductivas. En síntesis, el pleno goce y ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Esta obra es una importante contribución a que ese cambio esté más próximo.

INTRODUCCIÓN

UNA INVITACIÓN AL DIÁLOGO SOBRE LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEGALIZACIÓN

Paola Bergallo y Agustina Ramón Michel

Deliberar sobre aborto no siempre ha sido fácil, pero deliberar sobre aborto desde el Derecho y, en especial, entre personas que operan en el Derecho, ha resultado particularmente difícil en nuestro entorno. Ante esa dificultad, tal vez injustificable pero que podría explicarse por combinaciones de motivos subjetivos, incentivos institucionales y condiciones estructurales, el silencio fue por décadas la opción de la mayoría de quienes ejercieron roles de liderazgo en las profesiones del Derecho en nuestro país. Y ese silencio generalizado perduró incluso varias décadas después de 1983. De hecho, durante los primeros años del retorno democrático, mientras la legislación sobre otros temas que despertaban polarizaciones similares, como el divorcio o la patria potestad compartida, fue objeto de discusiones y reformas legales, el silencio sobre el aborto era prácticamente absoluto. Ese mutismo se extendía también a través de un amplio arco político-ideológico, sugiriendo un consenso difícil de hallar en otras temáticas.

Con la excepción de algunas voces rebeldes, a menudo feministas, a veces liberales, otras pocas progresistas, la discusión sobre el aborto desde una perspectiva legal fue dominada hasta hace poco por la pluma vociferante de un puñado de autores de sectores conservadores movilizadas en pos de la protección absoluta de la vida en gestación como mandato constitucional y convencional. Así pudimos observarlo en la sistematización de artículos y jurisprudencia de las Revistas *El Derecho*, *La Ley* y *Jurisprudencia Argentina* entre 1983 y 2007 que llevamos adelante en el 2008, cuando hablar de aborto en el Derecho argentino era mucho menos frecuente de lo que lo es hoy.

En los últimos años, las dificultades para deliberar sobre aborto dentro y fuera del Derecho parecen haber entrado ya en otro estadio. La palabra aborto, sustituida a veces por variaciones de la expresión interrupción del embarazo, ha ingresado al vocabulario público. Muchas personas jóvenes, en especial, parecen no tenerle ya el temor de otras generaciones. La Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito cuenta cada vez con más integrantes y organizaciones de mujeres. Ostenta hoy apoyos en las veinticuatro provincias del país y los y las legisladoras que suscriben su proyecto de legalización continúan creciendo. Las organizaciones de derechos humanos, otrora reticentes a hablar del tema, reclaman con frecuencia la reforma de la legislación vigente y se movilizan para exigir la disponibilidad de los abortos que hoy son legales según el artículo 86 del Código Penal. Universidades se pronuncian a favor de la legalización. Los partidos políticos y algunos de sus liderazgos anuncian posiciones menos maniqueas y libertad de conciencia frente al tema. Las escuelas de medicina y salud pública se involucran

finalmente con el aborto y redes de profesionales de la salud y de feministas promueven el acceso al derecho a decidir. Incluso los medios de comunicación han dejado de enfrentar en el debate a representantes de la Iglesia Católica y feministas como si se tratara de la única forma de encuadrar el diálogo. Mueve a muchos de estos actores insistir en la legitimidad moral del aborto y en la necesidad política de discutir el tema y mejorar las condiciones legales, institucionales y fácticas de acceso al aborto seguro.

Aunque estos cambios no parecen suficientes aún para encarar el debate legislativo, es claro que las dificultades para nombrar el aborto se han relajado cuando se las compara con los discursos de una década atrás. En el plano del Derecho, sin embargo, los diálogos pendientes son demasiados y las voces que se animan a participar de la deliberación para reclamar el fin de la penalización como cuestión constitucional, aunque más que antaño, no son muchas. El estigma que conlleva la práctica del aborto para las mujeres y quienes las acompañan en el proceso de abortar también alcanza a la palabra en el Derecho y a la interpretación constitucional, tanto cuando se reclama por la implementación de servicios de aborto legal como cuando se reivindica la eliminación de las normas penales todavía vigentes. También en el ámbito del discurso jurídico queda enfrentar el estigma asociado al aborto, a hablar de aborto, a hacerlo como profesionales dentro de los códigos de una disciplina que aspira a contribuir a la interpretación de las regulaciones de la vida cotidiana, y entre ellas, las relacionadas con la decisión de interrumpir un embarazo.

Una de las tantas conversaciones jurídicas pendientes desde hace décadas es la discusión constitucional sobre la injusticia que implica el empleo del derecho penal para coartar las decisiones reproductivas de las mujeres. Partiendo del reconocimiento de esa deuda, la obra que presentamos aquí ofrece una variedad de ideas, argumentos y datos de juristas de diversos puntos del país e Iberoamérica para enfrentar como cuestión constitucional el empleo de opciones punitivas en la regulación de las decisiones reproductivas de las mujeres.

Darle sentido a la Constitución exige un compromiso con el diálogo como método y una variedad de recursos para encarar la tarea interpretativa. Las próximas páginas se proponen entonces animar la deliberación sobre la legalización del aborto y la injusticia que acarrea su penalización.

1. La interpretación constitucional

La discusión sobre la legalización del aborto exige interpretar una serie de normas de la Constitución. En ese ejercicio resultan clave los arts. 14 bis, 16, 19, 30, 75, inc. 2, 19, 22, y 23, que regulan la salud, la igualdad, la autonomía, los derechos implícitos como el derecho a la vida, el estatus constitucional de un conjunto de tratados. También forman parte de las fuentes textuales relevantes cláusulas de los tratados de derechos humanos que desde 1994 integran el bloque de constitucionalidad, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de Derechos del Niño, la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes

Para contribuir a la interpretación de los textos de estatus constitucional y convencional señalados, el libro comienza localizando esa tarea hermenéutica en las prácticas de nuestra comunidad. Ese es el objetivo que nuclea a los artículos de la primera parte que ofrecen una caracterización de distintos contextos relevantes para la interpretación constitucional (Parte I). A continuación, la segunda parte reúne una variedad de capítulos que desarrollan argumentos basados en la autonomía, la igualdad, la dignidad, la vida en gestación, las implicancias de la penalización y los estándares de ejercicio de la objeción de conciencia (Parte II). Para concluir, la tercera parte enriquece las fuentes de la interpretación constitucional a favor de la legalización a través de capítulos enfocados en los desarrollos recientes del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado (Parte III). La obra culmina así con referencias a otra dimensión contextual para fortalecer la argumentación a favor de la constitucionalidad de la legalización del aborto: la que remite a los estándares de interpretación desarrollados por la comunidad internacional y en el derecho doméstico de países con tradiciones relevantes para nuestra propia práctica hermenéutica.

1.1. Contextos e historia

La interpretación constitucional transcurre en el contexto de relaciones políticas, prácticas históricas de tolerancia e inculpación, movilizaciones conservadoras y escisiones en las agendas progresistas. Los artículos que integran la primera parte del volumen ofrecen algunos elementos para reconstruir estos aspectos del entorno de la exégesis constitucional sobre el aborto.

El texto de Alicia Ruiz comienza ilustrando a través del análisis de dos sentencias constitucionales cómo el derecho no funciona como herramienta neutral sino en una compleja relación con la política y el poder. La interpretación, como la deconstrucción, operan en el marco de problemáticas político-institucionales que no puede obviar, según la autora, una hermenéutica de la Constitución. El capítulo de Julieta Di Corleto revisa algunas de las principales disputas jurídicas en torno a la penalización del aborto durante el siglo XX, mostrando desde una perspectiva histórica la connivencia de un conjunto de normas penales permisivas (las que establecen los casos de no punibilidad del aborto) jamás traducidas en la oferta de servicios de aborto legal, junto a prácticas judiciales que eludían, con frecuencia, el castigo de las acusadas de abortar. Otro aspecto relevante del ambiente del debate constitucional sobre la penalización del aborto que no deberíamos olvidar: a pesar de la evidencia médica que a menudo apuntaba a la existencia de un embarazo terminado en aborto, los jueces argentinos evitaron con frecuencia la sanción de las mujeres. En otros casos, además, apelaron a la defensa del secreto profesional o el argumento de la autoincriminación para dar por terminados los procesos penales que involucraban la acusación de mujeres por este delito. En la encrucijada de los permisos no disponibles aunque previstos en el art. 86 del Código Penal y las sanciones evitadas por el poder judicial, discurrió por casi un siglo la práctica del aborto en nuestro país.

Esta ambivalencia entre permisión de facto y prohibición formal del aborto ha operado además con el trasfondo de la noción religiosa de la “vida” sostenida por las jerarquías de la Iglesia Católica en sus argumentaciones a favor de la penalización. El texto de José J. Morán Faúndez y Angélica Peña Defago reconstruye las fuentes de esa tradición hermenéutica y discute críticamente

los presupuestos epistemológicos que articulan los discursos de los actores religiosos que influyen la interpretación constitucional de la vida gestacional. Luego de un recorrido histórico en torno a las fuentes y los procesos políticos que han configurado el discurso católico sobre la vida, el trabajo demuestra cómo las construcciones teológicas/científicas del catolicismo se han convertido a veces en presupuestos jurídicos con pretensión universal de clausurar la discusión constitucional sobre el tema.

El texto de Mariano Fernández Valle da cuenta de otra de las ambivalencias claras del contexto de la interpretación constitucional de la penalización del aborto: la que surge cuando se compara cómo funcionan o no en este debate los argumentos que resultaron centrales para avanzar la agenda de la igualdad sexual en el matrimonio igualitario y la legislación sobre identidad de género. En su capítulo, el autor señala los límites del discurso de los derechos humanos frente al debate de la constitucionalidad de la penalización de la interrupción del embarazo. Esos límites destacan también el doble estándar con el que usualmente ocurre la interpretación constitucional sin temor a comprometer la legitimidad de los discursos que se reclaman fundantes de nuestra vida democrática.

La primera parte de la obra completa esta perspectiva sobre el trasfondo de la interpretación constitucional sobre el aborto con tres artículos clave sobre argumentación moral. Los textos de Carlos Lista, Silvina Álvarez y Martín Farrell representan tres ejercicios sobre la diversidad de sentidos morales que puede darse a los valores en tensión en el debate sobre la criminalización de la interrupción del embarazo. Para comenzar, la investigación empírica llevada adelante por Carlos Lista en el contexto urbano de Córdoba a través de quince años de nuestra historia reciente, revela las cosmovisiones contrastantes que rodean a las posiciones de quienes defienden la penalización y quienes apoyan su legalización. En particular, el autor advierte sobre el temor al caos, la creencia de que es inimaginable la existencia de un mundo ordenado sin la función intermediadora de los intérpretes morales, la separación y aún contraposición entre la ética y lo que la gente actualmente hace en los sectores conservadores. Por su parte, Silvina Álvarez completa esta definición del contexto de la argumentación moral con un paneo de cuatro argumentos que incluyen consideraciones sobre la extensión de la vida, las demandas de la autoconciencia, la autonomía de las mujeres, y la exigencia de la controversia. Para cerrar, Martín Farrell ofrece herramientas para un reencuadre liberal de la dimensión moral de la controversia rescatando el reconocimiento de la pluralidad de experiencias sobre el aborto, la necesidad de comprender el valor incremental de la vida humana, y la sugerencia de excluir el concepto de persona de la deliberación sobre el tema.

1.2. Argumentos jurídicos

La segunda parte de la obra presenta una diversidad de argumentos que refuerzan los fundamentos constitucionales a favor de la interrupción voluntaria del embarazo. Un primer conjunto de artículos dirige su atención al valor de la autonomía en sus diversas manifestaciones como principio estructurante de nuestro ideario constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Los trabajos de Laura Casas, Andrés Gil Domínguez, Laura Nogués, Damián Muñoz y Marcelo Alegre proponen interpretaciones de las normas y principios que en nuestro

sistema jurídico dan sentido a la autodeterminación, la privacidad, el autocontrol y la libertad en el plano de las decisiones reproductivas.

Para comenzar, Laura Casas revisa la evolución del criterio de ciudadanía que gracias a la crítica feminista ha ido incorporando dimensiones relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos. A partir de esa reconstrucción histórica, el trabajo aboga por un análisis de proporcionalidad entre el interés en la protección de la vida en gestación y una formulación más exigente de la autonomía y la privacidad de las mujeres. A continuación, Andrés Gil Domínguez ofrece una caracterización de las principales normas y precedentes del derecho internacional de los derechos humanos que confirman que éste no contiene mandatos de penalización absoluta del aborto. Al contrario, según concluye el autor, los antecedentes en el derecho internacional son compatibles con una defensa de la autonomía que justifica la interrupción voluntaria del embarazo. El texto de Marcelo Alegre sobre autonomía aclara los alcances del principio del daño del art. 19 de nuestra Constitución para concluir que el criterio milliano opera con diferencias en los abortos llevados adelante en distintas etapas del embarazo. Por lo tanto, Alegre considera que la norma de la Constitución que protege la autonomía es compatible con restricciones a la penalización del aborto.

Los textos de Laura Nogués y Damián Muñoz avanzan el arduo debate sobre la autonomía reproductiva de niñas y adolescentes. El capítulo de Nogués se concentra en el funcionamiento de la autonomía como valor constitucional que debe interpretarse en consonancia con otros como la igualdad y la dignidad al regir las decisiones reproductivas de las mujeres menores de dieciocho años. La autora defiende así la necesidad de aplicar a las adolescentes principios idénticos a los que sustentan el reconocimiento de la autodeterminación reproductiva de las adultas. Por su lado, Muñoz propone una redefinición del concepto de embarazo forzado para comprender las especificidades de la restricción en la libertad de niñas y adolescentes y los impactos que puede implicar un embarazo en la vida de las jóvenes.

Los capítulos siguientes introducen argumentos de igualdad y dignidad que fundamentan la limitación del derecho penal para regular la interrupción del embarazo. Esta es la tarea que emprenden los trabajos de Laura Saldivia, Verónica Spaventa, Viviana Bohórquez Monsalve, Mercedes Cavallo y Victoria Keller.

El texto de Laura Saldivia aboga por una concepción robusta de la igualdad entendida según el principio anti-subordinación como alternativa superior a las definiciones clásicas de la igualdad como igualdad de oportunidades o el principio antidiscriminatorio. La versión más demandante de la igualdad propuesta por la autora, reconocible en los desarrollos más recientes del derecho internacional en nuestra región, se asienta en una concepción de las personas como seres relacionales expuestos a estructuras de opresión y estigmas como las que típicamente definen el estatus de las mujeres. Luego, Verónica Spaventa ofrece una revisión de los distintos criterios desarrollados desde el derecho internacional de los derechos humanos para fundamentar la ponderación de la protección de la vida gestacional con los derechos reproductivos de las mujeres. A partir de un repaso exhaustivo de la evolución jurisprudencial reciente que exige la ponderación de valores y derechos, la autora exhorta a tener presente que las demandas de igualdad y dignidad requieren también un cuestionamiento del funcionamiento del principio de laicidad y una mirada inter-seccional sensible a las desigualdades que atraviesan la vida de las mujeres indígenas o las que se encuentran en situación de prisión.

El capítulo elaborado por Bohórquez Monsalve se concentra en el estudio de otro de los principios claves para fundamentar la restricción de herramientas punitivas para regular el aborto: el principio de dignidad. Su trabajo incluye además una caracterización exhaustiva de la trayectoria de este principio en la argumentación de la Corte Constitucional colombiana en su línea jurisprudencial sobre el aborto junto a un repaso de las decisiones sobre salud y reproducción de la relatoría en derecho a la salud de las Naciones Unidas. Ambos ejercicios expanden las herramientas de justificación de una regulación permisiva del aborto a demanda, que la colaboración entre Mercedes Cavallo y Victoria Keller termina de completar. El trabajo de estas autoras, resultado de un esfuerzo de reflexión interdisciplinaria en la fusión de la perspectiva antropológica y el derecho, revela las funciones legitimantes del discurso jurídico que penaliza el aborto, denunciando la reproducción de estereotipos de género y la consecuente vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, en particular, en relación a al derecho a la salud y la dignidad humana.

Los siguientes capítulos revisan las implicancias de la penalización. Entre estos textos cuentan los aportes de Leonardo Pitlevnik, Hernán Olaeta, Mariana Ripa, Sabrina Cartabia y Cecilia Hopp. El capítulo elaborado por el primer autor panea las discusiones abiertas en el derecho penal sobre la regulación local del aborto. Además de señalar la persistencia de barreras materiales en el acceso a los abortos legales según la interpretación realizada por la Corte Suprema en el caso F., A.L., el autor recuerda las contramarchas de la jurisprudencia sobre secreto profesional, otra de las herramientas desplegada por el sistema punitivo para expresar sus estándares erráticos en la administración del castigo frente al aborto. En el mismo sentido, el texto de Olaeta revela la extensión de la práctica del aborto clandestino y las ambivalencias con la que se ha desplegado el ejercicio de la tarea punitiva del aborto en nuestro país. El autor presenta una sistematización de datos sanitarios y penitenciarios junto a estadísticas judiciales que muestran al mismo tiempo la tolerancia del sistema sobre ciertos sectores y la administración selectiva de la coacción sobre otros, en general, relativamente pocas, pero siempre mujeres, pertenecientes, es probable, a los grupos más vulnerables de nuestra sociedad.

Los capítulos de Mariana Ripa, y Sabrina Cartabia con Cecilia Hopp, se dedican a analizar el funcionamiento de las reglas de aborto legal previstas en el art. 86 del Código Penal. En ese sentido, Ripa luego de ubicar la confrontación sobre el aborto en el contexto más amplio de los valores en juego, ofrece un estudio pormenorizado de la experiencia en la provincia de Chubut, donde surgió el caso F., A.L. y la primera legislación vigente sobre el proceso para proveer abortos según el modelo de indicaciones previsto en el art. 86. Al igual que el de Ripa, el trabajo de Cartabia y Hopp también denuncia las contradicciones de la regulación penal vigente que, por un lado, autoriza ciertos abortos para los cuales todavía es difícil obtener servicios de salud, mientras que perpetúa la amenaza de sanción penal con sus efectos estigmatizantes y opresivos para las mujeres. Para las autoras, el funcionamiento práctico de la regulación penal del aborto revela un abuso de las funciones simbólicas de la legalidad que refuerzan la pertinencia de la legalización.

La siguiente sección incorpora dos trabajos clave para comprender el debate jurídico sobre los alcances de la protección de la vida gestacional. El texto de Nelly Minyersky y Lili Flah, desde un análisis de las normas constitucionales y convencionales en el contexto de la jurisprudencia relevante internacional, piensa la reciente reforma del Código Civil. Por otro lado, el texto de Eugenia Monte trabaja las tensiones que generan las estrategias feministas

fundadas en reivindicaciones de la salud y la igualdad como no discriminación en el marco de litigios judiciales. La autora posa su mirada en particular en los discursos utilizados en la defensa del derecho a la anticoncepción de emergencia, considerada abortiva y violatoria del derecho a la vida en gestación, e identifica los costos que asume el feminismo al aceptar el juego estratégico legal.

Esta sección del libro dedicada a los argumentos jurídicos se completa con tres trabajos sobre objeción de conciencia de Mariela Puga y Juan Marco Vaggione, Romina Faerman y Tamara Tenenbaum y Sonia Ariza. Los escritos se involucran con uno de los temas nodales de la agenda de la implementación de los regímenes permisivos frente al aborto. Tanto en los países que han adoptado un modelo de causales como allí donde rige un sistema de aborto voluntario con plazos o mixto, los ejercicios desregulados o ilegítimos de la objeción de conciencia terminan definiendo finalmente quien podrá abortar. Los tres trabajos de esta sección se toman en serio el desafío de la justificación de la objeción y las implicancias de aquella para la regulación del aborto. Mientras Puga y Vaggione reclaman una restricción amplia de la posibilidad de objetar, los trabajos de Faerman, Tenenbaum y Ariza consideran diversos aspectos de la regulación y condiciones de ejercicio que partiendo de su reconocimiento postulan una limitación amplia.

1.3. Derecho internacional y comparado

La última sección del libro asume que un debate serio sobre la regulación del aborto debe incorporar una perspectiva informada tanto sobre los desarrollos del derecho internacional como sobre las experiencias más recientes de los debates domésticos en el plano comparado. Con ese objetivo, el trabajo de Susana Chiarotti sistematiza la evolución de la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) sobre el aborto. La autora nos muestra cómo el SEDH ha establecido límites a normas y prácticas nacionales restrictivas como las puestas en marcha en países conservadores como Irlanda o Polonia o las avanzadas por activistas conservadores en Italia o Gran Bretaña. Entre las principales contribuciones repasadas por Chiarotti, el SEDH ha dejado en claro que la definición de persona en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplica sólo a las personas nacidas y ha reconocido que la mayoría de los países del sistema no define jurídicamente el comienzo de la vida. Expandiendo la mirada sobre los sistemas regionales, el trabajo de Beatriz Ramírez revisa los antecedentes del sistema interamericano de derechos humanos para desatacar los avances importantes del último lustro.

El último grupo de artículos nos acerca una variedad de experiencias comparadas. El texto de Ruth Rubio Marín explora en detalle la fundamentación de las sentencias alemanas y portuguesa sobre aborto. En el mismo sentido puede leerse el artículo de Pedro Salazar sobre la reforma de la capital mexicana, el estudio de Juanita Durán sobre las decisiones constitucionales de México y Colombia, y el texto de Flavio Burgos y Pulido sobre el caso colombiano. Para cerrar, nuestro trabajo compara las decisiones de altas cortes de cinco países latinoamericanos mostrando la evolución de las sentencias constitucionales más importantes sobre el tema en las últimas dos décadas.

2. El diálogo como método

Como sugiere este recorrido por los trabajos del libro, la obra presupone que la búsqueda de un diálogo serio sobre la legalización del aborto requiere conocimientos sobre el contexto del debate legal y una variedad de argumentos constitucionales. Los datos de contexto pueden contribuir a rastrear la historia del sistema penal, sus estadísticas, la politización de la sexualidad y el derecho, y las movilizaciones y contra-movilizaciones que conforman el entorno de la interpretación constitucional. Por su parte, los argumentos legales deben formularse en el marco de las normas aplicables del derecho argentino, el derecho internacional de los derechos humanos, y el conocimiento del derecho comparado.

Pero la convocatoria a producir los artículos incluidos en las siguientes páginas también estuvo signada por otros objetivos sobre las condiciones deseables de la deliberación legal. En primer lugar, al concebir el proyecto que dio lugar a esta obra nos propusimos escuchar una diversidad mayor de voces e invitamos a colegas de varios puntos del país e Iberoamérica. Dada la multiplicidad de espacios en los que se practica y se reflexiona sobre el Derecho nos pareció central que esta obra incluyera perspectivas desde distintas trayectorias profesionales públicas y privadas, de la académica, la práctica profesional y judicial, el activismo y la de función en la administración pública. Todas miradas igualmente valiosas a la hora de ampliar la deliberación basada en argumentos.

Los trabajos que conforman hoy el libro fueron elaborados a partir de junio de 2012 y terminaron de ser revisados en junio de 2015 en un contexto de cambios importantes en las controversias sobre el aborto en nuestro país y el resto de América Latina.

La obra es el resultado del trabajo incansable de las y los autores que aceptaron generosamente la invitación que les cursamos apenas unos meses después de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitiera su sentencia en el fallo F., A.L. Es también emergente de la colaboración sostenida en la revisión de borradores, traducciones y nuevas revisiones de un grupo extraordinario de jóvenes abogadas/os que incluyó a Catherine Greene, Brian Burton, Daniela Schnidrig, Ana Luz Chibán y Cecilia Garibotti. El libro no hubiera sido posible tampoco sin el apoyo de Gonzalo Álvarez desde la Editorial Eudeba y el trabajo de edición de Esteban Lo Presti y Paz Higgins que facilitaron de muchas formas la tarea y nos entusiasmaron a seguirlo a pesar de los diversos cambios que enfrentamos en los contextos institucionales de nuestro trabajo. Finalmente agradecemos a Felicitas Rossi, abogada y artista, quien generosamente cedió una de sus fotografías para la portada de este libro. A todas y todos ellos, nuestro más profundo agradecimiento.

Esperamos ahora que las páginas que siguen contribuyan al diálogo constitucional que hace tanto le debe nuestra democracia a las mujeres del país y, en especial, a las que perdieron la vida como consecuencia de la desidia en enfrentar el debate de la reforma legal y la mejora de condiciones para el aborto seguro y legal.

PARTE I

HISTORIA Y CONTEXTO

A

CONTEXTO HISTÓRICO Y POLÍTICO

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO VÍA DE INCLUSIÓN SOCIAL Y DE AMPLIACIÓN DEMOCRÁTICA

*Alicia E. C. Ruiz**

1. Pensar desde el acceso a la justicia

El acceso a la justicia es un derecho que se realiza en la medida en que otros derechos pueden efectivizarse y es un síntoma de cómo funciona un sistema democrático.

Es un lugar común ligar el acceso a la justicia con aquello que, en un Estado democrático, es exigible a y ante los jueces. Su campo de realización suele reducirse a lo que hace (puede o debe hacer) el Poder Judicial frente a los reclamos individuales o colectivos que son puestos a su decisión. Sin embargo, esta caracterización, aunque correcta, es limitada. La preeminencia (por no decir la exclusividad) reconocida a los jueces es útil para disimular las omisiones y los silencios de otros órganos del Estado.

Cuando alguno o algunos piden “justicia” suele ocurrir que es esa la última posibilidad que les queda, porque toda la actividad estatal que supone legislar y administrar, prever y poner en marcha políticas públicas que procuren resolver las necesidades y el aseguramiento de libertades y derechos, es insuficiente o no existe.

Importa detenerse en este punto porque al hacerlo queda exhibida la relación entre un modelo de Estado y las competencias propias del Poder Judicial. Y también porque así es factible leer de modo distinto los cuestionamientos al “activismo judicial”, a la “judicialización de la política”.

Otra advertencia imprescindible: tanto el neoconservadurismo como el liberalismo han contribuido desde perspectivas diferentes y con propósitos distintos a esta visión reductiva del “acceso a la justicia”, por lo que habré de formular algunas consideraciones al respecto. No pretendo imputar a uno y a otro los mismos efectos en la vida social, pero repensar el “acceso a la justicia” implica discutir con ambos y diferenciarse de los dos.

También, desde una teoría crítica es necesario poner en claro por qué el derecho no es meramente un sistema de normas sino un discurso social específico. El intento es, entonces vincular democracia, discurso jurídico e interpretación judicial.

* Profesora Titular de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. La cuestión del derecho

Una teoría crítica del derecho es una lectura que cuestiona los fundamentos de lo que es el derecho y de lo que es una teoría acerca del derecho. Se trata de una lectura que es, al mismo tiempo una decisión. El derecho es discurso y práctica social, y no pura normatividad. No hay un mundo de valores inmutables, eternos y universales que definen cuándo una norma es jurídica ni una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez. La legitimidad no es idéntica a la validez, pero tampoco es la realización inevitable de un modelo axiológico ajeno al mundo social y político en el que se presenta.

El discurso jurídico se construye en un entretejido de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción, y no por azar. El derecho no deviene ni de la pura razón, ni de dios. Es contingente y cambiante, es opaco, las ficciones lo atraviesan y su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades, relaciones, sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo, que “naturaliza” y declara verdaderos sólo aquellos que incluye en su texto bajo determinadas formas. El derecho tiene un vínculo con el poder y con la violencia (sobre todo con esta última) inescindible y necesariamente oculto. Y por fin hay historia en el derecho. Y por tanto, el derecho moderno lleva las marcas del tiempo en que surgió y también metaboliza, modificándolas, las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura. Los discursos, entre ellos el jurídico, son una modalidad específica del poder, un conjunto de cadenas convergentes y complejas cuyos efectos son vectores de poder. Por esa razón, ciertos tramos discursivos no se perciben como reiteraciones justamente para que produzcan los efectos perseguidos, que son los que determinan la orientación del propio discurso (Buttler, 1993: 26). El derecho configura la subjetividad y las identidades, y por esa vía consagra o denuncia formas de discriminación, interviene en los espacios de conflicto que se generan a partir de allí, y en las inevitables secuelas individuales y sociales que provocan. Reconocer a alguien como “sujeto de derecho” resignifica el discurso acerca de ese alguien. La operatividad de ese reconocimiento implica una intervención en el mundo simbólico, con efectos tremendamente reales. En forma paralela, el derecho juega naturalizando relaciones y vínculos. Así quedan “marcados” los modos en que calificamos nuestras conductas y las conductas de los que nos rodean, sin que nos hayamos planteado opciones ni elegido unas “razones” mejores que otras para adoptarlos. Esta es su “cara más temible”, su costado oscuro; porque resulta muy difícil oponerse a una presencia que casi no percibimos.

El derecho interviene en nuestras vidas cuando nos promete, cuando nos otorga, cuando nos reconoce, cuando nos niega, cuando nos crea expectativas, cuando nos provoca frustraciones, y así contribuye a dibujar el horizonte del mundo que habitamos. El derecho es un saber social diferenciado que atribuye a los juristas, los abogados, los jueces, los legisladores, la tarea de pensar y actuar las formas de administración institucionalizadas, los procedimientos de control y regulación de las conductas. Ellos son los depositarios de un conocimiento técnico que es correlativo al desconocimiento de los legos sobre quienes recaen las consecuencias jurídicas del uso de tales instrumentos.

El poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho se ejerce, parcialmente, a través del desconocimiento generalizado de esos modos de operar y la preservación de ese

poder está emparentada con la reproducción del efecto de desconocimiento [...] la opacidad del derecho es, pues, una demanda objetiva de la estructura del sistema y tiende a escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la dominación social (Cárcova, 1998: 160-164).

El derecho moderno ha hecho suyo el problema de la igualdad. Y una vez que la igualdad entra en la historia, difícilmente sale de ella. De ahí que los temas de la ciudadanía y de los derechos se convierten en representaciones complejas de nuevas formas de sociabilidad, en las que cambia la semántica y donde los “espacios de experiencia” se transforman en “horizontes de expectativa”. En sociedades donde las diferencias se acumulan como “reclamos de reconocimiento” y como “síntomas” de discriminación, el sentido de la igualdad no puede limitarse a la “igualdad ante la ley”. Sin embargo, el discurso jurídico -por su carácter social y performativo- aunque insuficiente, es imprescindible para constituir subjetividades y para ampliar esos espacios de “igualdad”. En la construcción de nuestra identidad actualizamos posibilidades estructurales de la sociedad en la que vivimos y deseamos otras. Siempre habrá otras identidades en juego, porque ninguna identidad es autopoietica, ni tampoco definitivamente fija y estable, sino histórica y mutable. Su conformación depende de los juegos con otras identidades, juegos en los que la alteración de una de esas identidades incide y modifica a las demás, y donde la desaparición (desintegración) de cualquiera de ellas resignifica a todas.

Si asumimos el compromiso de construir un orden radicalmente democrático, sería bueno que no olvidáramos que, cuando en el espacio público, la palabra es negada (por acción u omisión) a “otros”, la discriminación ya se encuentra entre nosotros. Es desde y con “los otros significantes” que nos constituimos como sujetos. Cuantos más sean los “otros”, y cuanto más diferentes de mí y de los demás sean esos “otros” a los que reconozco y que me reconocen, tanto más rica y más plena será la identidad que adquiera.

3. La interpretación judicial

La performatividad del discurso jurídico tiene su expresión más acabada en lo que hacen los jueces. “Los jueces cuando juzgan hacen muchísimas cosas al mismo tiempo. Ponen en juego todo lo que saben, conceptual y experimentalmente. Conocen, interpretan, valoran, deslindan, estipulan y además dudan. Como toda tarea humana la suya resulta fatalmente incierta y compleja” (Cárcova, 2007: 155).

La interpretación judicial excede la mera deducción y el encuadramiento en parámetros lógico-formales. No hay una solución única, ni una fórmula que encierre en todas sus dimensiones la decisión judicial. El juez, “juzgando”, decide y opta. Desecha un campo de posibilidades al seleccionar una de ellas, y la prioriza (lo sepa o no lo sepa), por algo que va mucho más allá de su racionalidad. El juez es un sujeto ubicado en un tiempo y en un espacio, actor destacado en la construcción del mundo social por el efecto performativo que sus sentencias tienen. Su hacer es fundamental, entonces, para la viabilidad de un proyecto democrático, inclusivo y en permanente ampliación; lo que exige que esté atento a la protección de los grupos más vulnerables y al aseguramiento de sus derechos. Sus fallos conllevan la legitimación de individuos,

grupos, relaciones y acciones. Y la dimensión de su labor se manifiesta paradigmáticamente en la prioridad que otorgue a la realización del acceso a la justicia, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos.

Para comprender la dimensión simbólica del ejercicio de la jurisdicción es necesario dejar de lado toda mirada ingenua que vea a la ley, al expediente judicial y muy particularmente a la sentencia como un texto de cuyo contenido no se duda, del que se sabe quien lo escribió y cuyo sentido es único. Estas son creencias (con un innegable soporte ideológico y político) fuertemente instaladas que pueden desmontarse al hilo de algunas reflexiones de Jacques Derrida, absolutamente pertinentes para trabajar el discurso jurídico. La primera es la creencia de que existe una versión original del texto (ley, sentencia, etc.) y que reconocemos en él una identidad propia, una singularidad y una unidad.¹ Ahora bien, hay que tener en cuenta que

un texto [...] no es la significación estructurada que se presenta en un corpus lingüístico visto como una estructura plana. Es su engendramiento: un engendramiento inscripto en ese fenómeno lingüístico, ese fenómeno que es texto impreso, pero que no es legible más que cuando se remonta verticalmente a través de su génesis: 1) de sus categorías lingüísticas y 2) de la topología del acto significativo (Kristeva, 1981: 96-98).

El texto es su sentido, y el sentido del texto no viene dado ni es descubierto por el intérprete sino que supone una elaboración que conlleva elegir (consciente o inconscientemente) entre varias opciones. El derecho no se cristaliza significativamente en el momento de su creación ni tampoco se completa cuando es aplicado. Produce sentido al circular; y la reconstrucción del sentido es, al mismo tiempo, producción y resignificación en la que muchos participan en escenarios diversos, ante públicos variados (pese a que la importancia de esa participación no es homogénea). La “comprensión” se organiza de variadas maneras y se proyecta en los criterios de selección escogidos. Así es que desde el discurso del derecho, un acontecimiento social es distinto a una sucesión de hechos y abre simultáneamente un abanico de significados. Las preferencias que nos inclinen hacia alguno de ellos o los mecanismos a través de los cuales unos se nos impongan sobre otros dependerán, en parte, de la estructura discursiva, pero también, en buena medida, de hegemonías de poder.

La segunda de las creencias es la de que el texto siempre tiene un autor, que define desde su conciencia y racionalidad, subjetivamente, qué dice el texto. Esta creencia, subraya Derrida, se debilita porque hay casos en los que es difícil y hasta imposible establecer quién es el autor (Derrida, 1984). El juez, como autor-mónada, es impensable desde una teoría crítica que caracteriza al derecho como una práctica social que no tiene un centro único de producción sino “posiciones, más o menos estratégicas por su influencia, medida siempre en términos circunstanciales e

1. “Creemos saber que este texto, que tomamos por único e idéntico a sí mismo, existe en su versión original, formando uno –en su original inscripción– con la lengua alemana. Según la creencia general, tal versión llamada original constituye la última referencia en cuanto a aquello que podríamos llamar la personalidad jurídica del texto, su identidad, su unicidad, sus derechos, etc. Todo esto está actualmente garantizado por la Ley, por un conjunto de leyes que tienen todas ellas una historia, a pesar de que el discurso que las justifica pretende a menudo arraiarlas en leyes naturales” (Derrida, 1984: 98).

intercambiables, y que advierte como el discurso jurídico está atravesado por una multiplicidad de otros discursos” (Cárcova, 2007: 164).²

La tercera creencia remite a la forma narrativa del texto

[a]lgunos relatos no pertenecen a la literatura por ejemplo las crónicas históricas o las relaciones de las que tenemos experiencias cotidianas: de esta forma les puedo decir que he comparecido ante la ley después de haber sido fotografiado conduciendo mi coche, por la noche, con excesiva velocidad [...] no es pues en cuanto a narración que *Ante la Ley* se define para nosotros como un fenómeno literario. Tampoco lo es asimismo en cuanto narración ficticia, ni incluso alegórica, mítica, simbólica, etc. Hay ficciones, alegorías, mitos, símbolos o parábolas que no son propiamente literarias [...] este texto singular nombra, relata a su manera el conflicto sin encuentro de la Ley y de la singularidad, esta paradoja o enigma del ser-ante-la-ley...” (Derrida, 1984: 99-100).

Derrida advierte que entre derecho y relato existe una proximidad significativa: “aquello que nos detiene ante la ley, como al campesino, ¿no es asimismo aquello que nos paraliza y nos retiene ante un relato, su posibilidad y su imposibilidad, su legibilidad y su ilegibilidad, su necesidad y su prohibición, y asimismo las de la relación, la repetición de la historia?” (Derrida, 1984: 110-111). Y agrega una observación más que pertinente si se reflexiona acerca de la responsabilidad institucional que aparece en cómo los jueces leen y entienden las normas y los hechos que tienen ante sí y los plasman en sus sentencias:

El texto sería la puerta. Estamos ante este texto que, no diciendo nada claro, no presentando ningún contenido identificable más allá del texto permanece, no obstante, rigurosamente intangible. Intangible: entiendo por esto inaccesible al contacto, no susceptible de ser tomado y finalmente inaprensible, incomprensible, más asimismo aquello a lo cual no tenemos derecho de tocar. Es un texto original como se dice: está prohibido o es ilegítimo transformarlo o deformarlo, tocar su forma... (Derrida, 1984: 123-124).

4. Aproximaciones a una teoría de la democracia

La mirada crítica y deconstructiva acerca del derecho y de la interpretación judicial requiere una aproximación a la teoría de la democracia, que ponga en cuestión algunas de las premisas que subyacen en las concepciones liberales en esta materia. No se trata de rechazarlas en bloque, sino más bien de relevar cuáles son las aporías que ellas contienen y que conforman un bloque de sentido que los jueces difícilmente logran superar al tiempo de decidir. La ficción de un sujeto

2. “Como bien saben, nos han sido legadas obras cuya unidad, identidad y totalidad siguen siendo problemáticas, porque nada permite decidir con certeza si el *corpus* es real o ficticio, simulacro deliberadamente calculado de uno o de varios autores, contemporáneos o no. Hay y ha habido obras en las cuales el autor, o una multiplicidad de autores, han entrado en escena como personajes sin dejarnos trazas o criterios para distinguir entre las dos funciones o los dos valores” (Derrida, 1984: 98).

libre y racional, la noción de igualdad, el concepto de autonomía, calificaciones como las que se asocian con la vulnerabilidad, se resignifican ubicadas en un marco teórico de distinta procedencia.

Voy a seguir aquí las ideas que Chantal Mouffe y Ernesto Laclau exponen en diversos trabajos, porque contienen las objeciones más interesantes al pensamiento que me importa criticar, sin renunciar a pensar la y en democracia.

La democracia conlleva la posibilidad del cuestionamiento ilimitado de su organización y de sus valores. De ahí la extrema e insalvable vulnerabilidad propia del sistema democrático y su vínculo indisoluble con el derecho.

El discurso del derecho es el proveedor de seguridad y previsibilidad en un contexto que se organiza en torno a la incerteza y a la indeterminación, y satisface ese papel efectiva pero “ilusoriamente”.

Sin embargo, no hay sociedad democrática sin referencia al poder, a la ley, a alguna singular forma de organización de sus divisiones, y a un orden de lo simbólico que gira en torno a la previsión y a la estabilidad de las relaciones sociales consagradas. Por eso volveré sobre el derecho en el próximo apartado. La complejidad y la fragmentación propias de la sociedad de nuestros días no pueden ser explicadas linealmente. La miseria, el desempleo, las hambrunas, los migrantes que buscan refugio para sobrevivir en algún lugar del planeta, la crisis de la representación política, los horrores y las amenazas de guerras no convencionales, los conflictos nacionales, étnicos, religiosos, de identidades y de género se expanden al mismo tiempo que aumentan las posibilidades de nuevas experiencias, de la diversificación del consumo y de la incontenible incorporación de tecnología que facilita la vinculación con el mundo y el acceso a la información (Mouffe, 1996).

La exclusión que caracteriza los tiempos que vivimos pone, en primer plano, la aporía del consenso racional, núcleo irreductible del modelo democrático liberal. Asimismo las categorías de sujeto “racional autónomo, de razón universal” (aun con matices) no sirven para entender qué pasa con las necesidades, las faltas, los reclamos de los muchos que no son escuchados, que no tienen voz ni silla en la mesa del acuerdo fundante. Remediar esta grave deficiencia requiere de un modelo democrático capaz de aprehender la naturaleza de lo político.

La utopía liberal erradica el desacuerdo legítimo de la esfera pública, limita el campo teórico a la búsqueda de acuerdos racionales entre intereses dispares, y no se hace cargo tampoco de los conflictos de valores. El reclamo de más ciudadanía “va de la mano del cuestionamiento a quienes consideran que el lazo existente entre el ideal democrático de la Ilustración y su perspectiva racionalista y universalista es de tal naturaleza que al rechazar esto último necesariamente se pone en peligro lo primero” (Mouffe, 2003: 35); entre ellos, autores como Jürgen Habermas, que ven en esta crítica una amenaza para el proyecto democrático moderno.

Tratemos de empezar desde otro lugar, afirmando que el poder es constitutivo de las relaciones sociales y que el antagonismo es una categoría ineludible para entender lo político y, por tanto, la democracia como expresión peculiar de lo político.

Todo orden político expresa una hegemonía, una pauta específica de relaciones de poder, “la práctica política no puede ser concebida como algo que representa simplemente los intereses de unas identidades previamente constituidas, al contrario, se tiene que entender como algo que constituye las propias identidades y que además lo hace en un terreno precario y siempre vulnerable” (Mouffe, 2003: 113).

En la lucha democrática se defienden interpretaciones distintas de la libertad y de la igualdad, las relaciones sociales y los sujetos se constituyen de modo diverso y consecuentemente, es imposible erradicar el desacuerdo legítimo de la esfera pública. “La distinción público-privado, importante como es para la política democrática, debe ser problematizada como una frontera inestable continuamente atravesada, en la que la autonomía personal incorpora planteos públicos y lo privado se politiza cada vez más” (Mouffe, 1996: 17).

No hay teoría que pueda eliminar el antagonismo y la exclusión. Están aquí en el mundo en el cual nuestros derechos son restringidos o desconocidos, y por tanto siempre reaparecen.

Una vez que el enfoque liberal ha creado un marco en el que su dinámica no puede sostenerse, y en el que han desaparecido las instituciones y los discursos que podrían permitir que se manifestaran los antagonismos potenciales de acuerdo con el modo agonista, existe el peligro de que en vez de una lucha entre adversarios, lo que tenga lugar sea una guerra entre enemigos. Esta es la razón de que, lejos de ser un enfoque conducente a una sociedad mejor reconciliada, acabe por poner en peligro la democracia (Mouffe, 2003: 47-48).

La obra de Rawls sirve como ejemplo de las limitaciones del modelo liberal: propone un concepto de la política que, en la medida en que la reduce a mera actividad destinada a alcanzar avenencias entre aquellos intereses en competencia susceptibles de una solución racional, no deja espacio a la confrontación agonística entre interpretaciones (Rawls, 1995). Para Rawls, los conflictos políticos pueden ser evitados a partir de una noción de justicia que apele a la idea del beneficio racional de los individuos, dentro de las restricciones establecidas por lo razonable (1995). Y esta es la clave del problema que va más allá de acuerdos alcanzados a través de una deliberación racional que asegure un punto de vista imparcial, desde el cual podrían tomarse decisiones que atendieran por igual al interés de todos. “La creación de formas democráticas de individualidad es una cuestión de identificación con los valores democráticos, y esto constituye un complejo proceso que se desarrolla mediante un variado conjunto de prácticas, discursos y juegos del lenguaje” (Mouffe, 2003: 83).

La condición misma de la existencia de la democracia es la diversidad, que implica a su vez que el/los conflicto/s son inerradicables. Las diversas formas que puede adoptar la ciudadanía democrática siempre pueden entrar en colisión.

Sin embargo, esta lucha no será una lucha entre ‘enemigos’ sino entre ‘adversarios’, ya que todos los participantes reconocerán como legítimas las posiciones que mantienen los otros. Este tipo de concepción de la política democrática, que es precisamente lo que yo llamo ‘pluralismo agonista’, es impensable en el seno de una problemática racionalista que, necesariamente, tiende a borrar la diversidad” (Mouffe, 1996: 19-20).

La acción democrática exige “variedad de prácticas y movimientos pragmáticos destinados a persuadir a la gente de que amplíe el espectro de su compromiso con los demás, de que construya una comunidad más inclusiva” (Mouffe, 1996: 19-20).

Los principios democráticos no tienen un fundamento definitivo, ya lo señalamos al comienzo de este apartado, son contingentes y están expuestos. La posibilidad de su permanencia y de su ampliación tiene más que ver con “la movilización de pasiones y sentimientos, la multiplicación

de prácticas, instituciones y juegos de lenguaje que provean la condición de posibilidad de los sujetos democráticos y formas democráticas de voluntad” (Mouffe, 1996: 22).

Una perspectiva que revela la imposibilidad de establecer un consenso sin exclusión es de fundamental importancia para comprender lo que está en juego en la política democrática, ya que desplaza la ilusión de que una justicia definitiva pueda procesarse en alguna institución social. “La politización no cesa nunca, dado que la indecidibilidad sigue habitando la decisión. Cada consenso aparece como la estabilización de algo esencialmente inestable y caótico. El caos y la inestabilidad son irreductibles pero, como lo señala Derrida, esto implica a la vez un riesgo y una posibilidad, dado que una estabilidad permanente implicaría el fin de la política y de la ética” (Mouffe, 1996: 29).

Por fin, “la especificidad de la democracia moderna y pluralista no reside en la ausencia de opresión y violencia sino en la presencia de instituciones que permite que esos aspectos sean limitados y rechazados. Y, por lo tanto, será más adecuado preguntarse cómo pueden multiplicarse y mejorarse esas instituciones” (Mouffe, 1996: 32).

5. Un intento de “mirar/ leer distinto” dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como la teoría, la mirada no está definitivamente fijada. Siempre puede ser desmenuzada, rearmada, invertida y aún definitivamente deshecha y olvidada, en un proceso inacabable de creación de sentido. Y esta alusión no es una metáfora, aunque lo parezca.³

Ahora, tal vez resulte más clara mi afirmación inicial de que el acceso a la justicia está asociado a un cierto modelo de Estado y a una cierta manera de entender las competencias propias del Poder Judicial, asociaciones que suelen no estar explicitadas. De ahí que, para trascender el sentido que hace del acceso a la justicia algo así como una forma más sofisticada y extendida de tutela a los débiles, hace falta definir aquella noción (la del acceso a la justicia) desde el concepto de una ciudadanía ampliada e inclusiva construida a partir de la diferencia, y no de la igualdad. Esto es incorporar al campo de la interpretación jurídica un modelo de democracia –del tipo al que me refiriera en el apartado anterior– que difiere del que sustentan los liberales.

La jurisprudencia que analizaré puede –y así ocurre en la mayoría de los casos– ser leída como ejemplo paradigmático de los “buenos resultados” de la internalización de los presupuestos del liberalismo político. Y me adelanto a admitir que es posible que ese sea el límite de lo que los jueces hicieron (o creyeron hacer) en sus sentencias. Sin embargo, acaso haya algo más por descubrir... si adoptamos una mirada crítica y deconstructiva: esbozos, trazos, puntas para comprender de otro modo qué está implicado en “el derecho a acceder a la justicia”.

Ejemplo interesante de la puesta en acto de una intervención democrática del Poder Judicial es el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Asociación Lucha por la Identidad

3. He tratado extensamente esta cuestión en “Miradas, lecturas, teorías”, texto presentado en las XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, realizadas en la Ciudad de Buenos Aires los días 4, 5 y 6 de octubre de 2007.

Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia” (2006).⁴ La sentencia de la Corte en el caso “ALLIT” reconoce el derecho a constituir una asociación con personería jurídica a travestis y transexuales; califica de inadmisibles la discriminación en virtud de la identidad sexual declarada por los accionantes y postula un modelo de sociedad plural y abierta en la que la articulación y el equilibrio de distintos intereses asegure el reconocimiento de las diversidades y su armonización. La constitución de un sujeto de derecho importa una diversa y compleja serie de interpelaciones. Aquellos cuyos reclamos de derechos son desoídos bajo la invocación del bien común, los que no son nombrados como quieren ser nombrados, quedan excluidos del campo de la subjetividad, y ese desconocimiento de derechos fija un parámetro, una medida y un límite acerca de los alcances de la “condición humana” y es una forma de discriminación. Los efectos de una denegación como la señalada no sólo afectan directamente a quien o quienes piden ser reconocidos, sino que se extienden a toda la sociedad y devalúan el sistema democrático.

Muchos de los topos recurrentes de la jurisprudencia argentina fueron refutados por el alto tribunal: los mecanismos de selección en cuanto a quiénes son iguales, las formas más o menos explícitas de discriminación, las trabas al derecho de asociación y al pluralismo; la explicitación de lo que se entiende por bien común en una sociedad democrática y las obligaciones del Estado en la determinación de marcos cada vez más amplios de convivencia entre los diferentes. En primer lugar, la Corte señala la importancia del derecho de asociación en el proceso de integración y apertura a la convivencia grupal, al intercambio de ideas, a la conjunción de esfuerzos que sustentan el “...funcionamiento social civilizado, en el marco de los principios del estado de derecho”. Advierte que la limitación al ejercicio de ese derecho conlleva “el riesgo de apartar a grupos sociales, especialmente a aquellos que manifiestan dificultades para su efectiva integración comunitaria’ ..., de los mecanismos racionales de solución de conflictos que el Estado debe preservar y fomentar” (CSJN, 2006: cons. 9). Y agrega:

la trascendencia del pluralismo, la tolerancia y la comprensión llevan a concluir que todo derecho de asociarse es constitucionalmente útil, en la medida en que acrecienta el respeto por las ideas ajenas, aun aquellas con las que frontalmente se discrepa, y hasta se odia, favoreciendo la participación de los ciudadanos en el proceso democrático y logrando una mayor cohesión social que nace, precisamente, de compartir la noción fundacional del respeto a la diversidad y de la interacción de personas y grupos con variadas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, económicas, políticas, étnicas, religiosas, etc. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “Gorzelik and others vs. Poland” Capplication n° 44.158/98C, pronunciamiento del 17 de febrero de 2004, puntos 89 a 92) (CSJN, 2006: cons. 12).

En segundo lugar, la Corte asume una noción de bien común incluyente, antidiscriminatoria y democrática:

el ‘bien común’ no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse

4. Ver Ruiz (2009).

según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc.” (CSJN, 2006: cons. 15).

El juego entre prejuicios y discriminación es señalado con precisión:

no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo (CSJN, 2006: cons. 16).⁵

Insiste el Alto Tribunal en vincular el bien común, la protección a las minorías discriminadas y el orden democrático cuando afirma:

que resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad. Ello implicaría desconocer el principio con arreglo al cual el bien colectivo tiene una esencia pluralista, pues sostener que ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, es sólo un beneficio propio de los miembros de esa agrupación, importa olvidar que esas prerrogativas son propósitos que hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22 (CSJN, 2006: cons. 18).

En tercer lugar, la sentencia alude de manera explícita al defecto en el que incurren los jueces cuando se desentienden de la tutela a intereses, necesidades o reclamos de grupos minoritarios:

esta Corte ya ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los tribunales cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, cual es la coexistencia social pacífica. La preservación de ésta asegura

5. Es interesante mostrar cierta coincidencia entre lo que se afirma en la sentencia de la Corte y la siguiente reflexión de Butler: “...son razones históricas y políticas las que llevan a mantener separados el análisis de la ‘raza’, la ‘sexualidad’ y la ‘diferencia sexual’. ‘...es una cuestión de poder leer un cuerpo marcado en relación con los cuerpos no marcados, en un ámbito donde los cuerpos no marcados constituyen la condición normativa de blanco’. No se podría, por ejemplo, ser blanco sin los negros y sin el rechazo constante de la relación con ellos. La condición de blanco “sólo puede constituirse en virtud de ese repudio constante y sólo puede reconstituirse, perpetua pero angustiosamente en virtud de la institucionalización de tal repudio”. En un sentido la ‘raza’ podría construirse como performativa, así un blanco produce su condición de blanco mediante “una producción ritualizada de sus barreras sexuales. Esta repetición angustiada acumula la fuerza del efecto material de un rango de hombre blanco circunscripto, pero la frontera de tal condición admite su fragilidad precisamente porque para existir requiere lo que excluye, la ‘negritud’. Una raza dominante se construye o se materializa mediante la reiteración y la exclusión” (Butler: 1993).

el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica (CSJN, 2006: cons. 19).

En cuarto lugar, la Corte hace hincapié en la noción de igualdad como el “derecho a ser diferente”, que “no puede confundirse nunca con la ‘igualación’, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales” (CSJN, 2006: cons. 19). El precedente ha sido tratado extensamente porque contiene principios de la mayor importancia para entender de qué manera la Corte se sitúa frente a los conflictos de valores o creencias, asumiendo la difícil pero inexcusable responsabilidad de intervenir en esas situaciones para asegurar los derechos y los legítimos intereses de quienes pueden verse afectados, advirtiendo que el desconocimiento (o la omisión, en tales casos) “constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33, Constitución Nacional). Por otra parte, la decisión apelada ha intentado reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía reconoce el art. 19 de la Ley Suprema” (CSJN, 2006: cons. 19). Como se ve, la hermenéutica judicial es un espacio de confrontación democrática. El Poder Judicial, como órgano del Estado, participa en la tramitación de los conflictos que atraviesan a la sociedad y, como ya dije, el efecto performativo de sus decisiones da sentido (uno entre muchos) a los textos de la Constitución y de la ley, y por esa vía construye realidad (una cierta realidad más o menos acorde con el modelo deseado de una democracia plural y participativa).

Cuando el 13 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “F., A.L. s/ Medida autosatisfactiva” define los alcances del art. 86, inc. 2 del Código Penal, lo que decide “no es una operación mecánica o intelectual, sino que es una operación que implica voluntad, decisión, juicio de valor, preferencia, construcción del caso y de su solución” (Cárcova, 2007: 168). Parafraseando lo que dice Derrida respecto de la deconstrucción, esta sentencia es más que una metodología de la lectura y de la interpretación del artículo indicado: es un acontecimiento histórico que provoca una determinada clausura del saber y de la diseminación del sentido (Peñalver, 1993). Es (y vuelvo a Derrida) más que un conjunto técnico de procedimientos discursivos o un método hermenéutico que trabajaría en archivos y enunciados, “al amparo de una institución dada y estable; constituye más bien una toma de posición en el trabajo, en base a las estructuras político institucionales que forman y regulan nuestra actividad y nuestras competencias” (1984: 33).

Por tanto, la interpretación judicial –como la deconstrucción–:

no puede ser escindida de la problemática político-institucional y requiere un nuevo planteamiento que no confía ya necesariamente en los códigos heredados de lo político y de lo ético. Ello hace que aparezca demasiado política para algunos, mientras que a aquellos que no reconocen lo político si no es con la ayuda de los paneles de señalización de antes de la guerra les aparece como demolidora (Derrida, 1984: 45).

En lo que sigue quiero apenas mencionar algunos ejes de un modelo de hermenéutica judicial que se cruza y se entiende a partir de presupuestos teóricos como los que he venido tratando en los apartados anteriores. El fallo aludido es una excelente muestra de que el derecho no puede ser entendido como una herramienta neutral sino en su complicada relación con la política y el

poder ubicado históricamente, y como un discurso interviniente en la lucha por la hegemonía y la transformación de las relaciones sociales. De nuevo vale recordar que es un discurso paradójico y que por eso también opera (a veces) para cambiar lo que está dado. Y que, desde luego, el cambio no deviene por sí sino como el resultado de prácticas sociales que involucran a los integrantes de la magistratura. La Corte asume en plenitud que los jueces son garantes supremos de los derechos humanos, y de allí infiere que tiene el deber de establecer “que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición”, como los de embarazo o su eventual interrupción, que jamás llegan “en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el decurso natural del proceso” (CSJN, 2012: cons. 5).

Y agrega que así ha de procederse “con la finalidad de que el criterio del tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro” (CSJN, 2012: cons. 5).

Interviene como último intérprete del bloque constitucional y advierte que las características estructurales del Poder Judicial no pueden ser excusas para dilatar en el tiempo decisiones que conciernen a los padecimientos que sufren las mujeres, en el transcurso de una vida irremediablemente acotada en su temporalidad.

En coincidencia con el precedente recordado (fallo “ALLIT”), la Corte invoca, para sustentar la interpretación amplia del art. 86, inc. 2 del Código Penal, los principios de igualdad, de prohibición de toda discriminación, de estricta legalidad y *pro homine* en su aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual.

El Código Penal, más precisamente un inciso de un artículo del Código Penal, es leído desde y en conjunto con las reglas, preceptos y principios que habilitan una comprensión acorde con el orden del estado de derecho. En otras palabras, la Corte Suprema al no calificar de abstracta la cuestión asume su competencia de manera plena, con lo cual denuncia explícitamente una estrategia habitual en los jueces que no quieren resolver los derechos ni considerar la vulnerabilidad de los actores que reclaman ante ellos. Cuando se instala la categoría de “vulnerable” o “en condiciones de vulnerabilidad” se quiebra la igualdad formal de los “todos”, y se amplía y transforma el campo de los sujetos de derecho. Nombrar las marcas estigmatizantes desde la “ley” –apelo a la metonimia como recurso retórico– es ir más allá de la denuncia. Nombrar desde la “ley” es poner en escena lo diferente, lo silenciado, lo negado, porque los sujetos y sus conductas son producidos mediante prácticas excluyentes y legitimadoras que se invisibilizan como tales, entre las cuales las jurídicas son altamente eficaces en ese proceso de “naturalización”. Ahora bien, cuando la “discriminación” y la “vulnerabilidad” son nombradas en una sentencia de la Corte; cuando la ley es “llenada de sentido” por esos intérpretes privilegiados que son los jueces del más alto tribunal, la fuerza significativa y el efecto simbólico de su actuación marcan el imaginario colectivo y facilitan nuevos rumbos en la actuación judicial. Otro eje de la argumentación remite a las condiciones requeridas para que la interpretación alcanzada se torne operativa en dos aspectos. Por una parte, evitando que reiteradamente las mujeres embarazadas deban recurrir a los tribunales en situaciones abarcadas por el art. 86, inc. 2 del Código Penal; por la otra, requiriendo una actuación positiva de los demás órganos estatales. Aquí aparece muy claramente el estilo con que son presentados muchos de los fundamentos de la sentencia. La Corte sienta doctrina pero lo hace como si su enunciación no innovara, como si no hubiera

novedad; la presenta como si fuera un recordatorio de todo lo que ya está en el orden jurídico argentino y hace del fallo una especie de reconstrucción minuciosa de lo que ha sido olvidado y/o postergado en múltiples antecedentes que desconocieron el derecho de las mujeres. Es una retórica interesante que rescata y rebate, sin mencionarlas, las posiciones que fueron levantadas en nuestro país desde distintos espacios durante largos años respecto del aborto no punible. La Corte opera en un mundo atravesado por conflictos de intereses y de valores que reconoce y respecto de los cuales toma posición. Claro que ese estilo de decir sin énfasis lo que nunca había sido dicho en esa instancia, lejos de desvanecer el efecto performativo de la sentencia, lo vuelve, por el contrario, más potente. La Corte explica que “media en la materia un alto grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica [se refiere a los abortos no punibles] al dictado de una autorización judicial”. Este punto complementa y precisa la referencia que hiciera al art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. La normativa señala la facultad del Poder Legislativo de promover mediante acciones positivas el ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente respecto de sectores postergados. En efecto, una de sus atribuciones es la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia, pero también, “integra un supuesto concreto del mandato del constituyente para que se establezcan en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos” (CSJN, 2012: cons. 9). Y subraya “la competencia atribuida a este poder en la materia fue a los efectos de dictar un marco específico de seguridad social y no uno punitivo”, con lo que desplaza la cuestión de fondo de la materia penal.

De aquí se sigue que es imprescindible, como lo indica la Corte, que los restantes órganos del Estado fijen pautas destinadas a adecuar las prácticas médicas de las instituciones concernidas y del propio Estado a los estándares que establecidos en los tratados internacionales y en las normas constitucionales que aseguren una intervención en tiempo oportuno para garantizar la vida, la salud y los derechos de las mujeres. En consecuencia, exhorta

a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual (CSJN, 2012: cons. 29).

Está claro que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación marca un antes y un después. Los argumentos que expone, la claridad y precisión con que se ordenaron las cuestiones, la asignación del sentido más amplio e inclusivo al texto legal y la operatividad que se deriva de esta sentencia vuelven más creíble la alusión al “acceso a la justicia”, y al mismo tiempo exhiben el poder que los jueces pueden ejercer legítimamente y en los marcos de sus competencias específicas al interior del estado democrático de derecho.

Bibliografía

- Butler, Judith: *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Buenos Aires, Paidós, 1993.
- Cárcova, Carlos M: *La opacidad del derecho*, Valladolid, Trotta, 1998.
- *Las teorías postpositivistas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- Derrida, Jacques: *La filosofía como Institución*, Barcelona, Juan Granica, Colección Plural Filosofía, 1984.
- Kristeva, Julia: *Semiótica 2*, Madrid, Fundamentos, 1981.
- Mouffe, Chantall (comp.): “Deconstrucción, pragmatismo y la política de la democracia”, en *Deconstrucción y pragmatismo*, Buenos Aires, Paidós, 1996.
- “La política y los límites del liberalismo” en *La política*, Barcelona, Paidós, 1996.
- *La paradoja democrática*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- Peñalver, Patricio: “Introducción”, en Jacques Derrida, *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora*, Barcelona, Paidós, 1989. Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Ruiz, Alicia E. C: “Miradas, lecturas, teorías”, texto presentado en las XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Ciudad de Buenos Aires, 4-6 de octubre, 2007.
- “¿Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice qué es el bien común?”, en *Políticas de Reconocimiento, Conversaciones Feministas*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Ají de pollo, 2009.

Jurisprudencia

- CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia”, 2006.
- CSJN, “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, 2012.

MÉDICOS, JUECES Y ABORTISTAS (BUENOS AIRES, 1940-1970)

*Julieta Di Corleto**

1. Introducción

En 1931, el doctor Maurice Friedman, de la Universidad de Pennsylvania, descubrió lo que se conoció luego como la reacción Friedman o test del conejo, destinado a comprobar la existencia de un embarazo. El test era un método rápido y altamente confiable ya que le adjudicaban un 98 o 100 por ciento de efectividad para determinar una gestación en curso o recientemente interrumpida (Rojas, 1976).

Seguramente por ello, a fines de 1946, en el contexto de una causa penal, un médico de policía, luego de revisar a una mujer que decía haberse realizado un aborto y observar rastros de las maniobras y signos secundarios de embarazo reciente, solicitó que se llevara adelante la reacción de Friedman para despejar toda duda. El test, en consonancia con el examen clínico, arrojó resultado positivo.

La mujer en cuestión había ingresado al hospital el 24 de noviembre de ese año con puntadas en el vientre manifestando que estaba embarazada de tres meses y que se había practicado un aborto en el consultorio de una partera. Según diría más tarde, ella era casada, no tenía hijos y deseaba tenerlos en el futuro, pero en ese momento le asustaba la idea de que el fruto de su gestación naciera enfermo. La partera, por su parte, declaró en los mismos términos. Ella era quien había provocado el aborto cuyas complicaciones derivaron en la internación de la mujer.

Con todos estos elementos, los jueces entendieron que el embarazo no se había podido acreditar y absolvieron a las acusadas (CNCC, 1947).

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires y Máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Candidata del Doctorado en Historia de la Universidad de San Andrés. Secretaria letrada de la Defensoría General de la Nación. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Parte de las fuentes aquí utilizadas fueron relevadas en el marco del proyecto “Acceso al Aborto No Punible” del Equipo de Justicia y Género del Centro Interdisciplinario de Estudio de Políticas Públicas (CIEPP) y el área de Salud, Economía y Sociedad del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), financiado por el Safe Abortion Fund de International Planned Parenthood Federation. Agradezco a Paola Bergallo, coordinadora del trabajo jurídico del proyecto, y a Agustina Ramón Michel, investigadora del CEDES, por habérmelas ofrecido para la realización de este trabajo.

Este es uno de los tantos casos denunciados ante la justicia, en el período entre 1940 y 1970, que evidenciaba que el aborto era una práctica común para las mujeres de bajos recursos (Goldstraj, 1931; Jiménez de Asúa, 1942; Rojas, 1976). La clase social era la variable que permitía no sólo no apostar entre la vida y la muerte, sino también evitar la exposición al juicio penal. La ilegalidad del aborto empujaba a las mujeres a transitar el procedimiento en la clandestinidad, en situaciones de riesgo para la salud y con alta probabilidad de ser denunciadas ante la justicia.

El objetivo de este trabajo es examinar el pasado menos reciente de la incriminación de las mujeres por el delito de aborto, para identificar sus sentidos y, también, la complejidad de las relaciones de quienes estaban involucrados en estas denuncias. La pretensión de su persecución penal es clara si se tienen en cuenta las concepciones religiosas predominantes, las opiniones médicas y jurídicas de la época y, fundamentalmente, lo que establecía el cuerpo legal. Sin embargo, esta claridad disminuye si se analiza de qué forma se implementaba la ley, otra de las dimensiones en las que se mide la eficacia del derecho.

Las escasas fuentes disponibles permiten intuir que, durante los años comprendidos entre 1940 y 1970, salvo los casos de muerte de la mujer, el aborto criminal no era condenado. Los expedientes sobre aborto eran el territorio en donde medían sus fuerzas médicos, jueces y abortistas. Los primeros eran quienes, condicionados por la ilegalidad y amparados por una pobre interpretación sobre su profesión, denunciaban penalmente a las mujeres que buscaban su asistencia, al tiempo que se esforzaban por exponer sus conocimientos sobre la clínica y los avances científicos que hacían a la prueba de la gravidez. Por su parte, los jueces, justificados por una legislación que los obligaba a seguir estrictos criterios de la valoración de la prueba, primero fundaron las absoluciones en la falta de evidencia médica sobre el embarazo y, más tarde, en la ilegalidad de la denuncia realizada por los profesionales de la salud. Finalmente, las mujeres abortistas quedaban atrapadas en las redes del proceso penal, y restringidas en su defensa por las confesiones que les arrancaban los médicos y que dejaban asentadas en los registros hospitalarios.

La manera en la que los profesionales de la salud denunciaban a la justicia los abortos, así como los recursos probatorios y argumentativos por los que se absolvía a las acusadas, ilustran las tensiones, celos y temores entre los saberes médicos y jurídicos; el divorcio existente entre la ley penal y su implementación y, principalmente, las grietas de la condena social al aborto.

El recorrido que propongo comienza con una explicación precisa del marco legal establecido y algunas notas sobre el contexto que sirven para historizar las razones de la criminalización. A continuación, describo cuáles eran los argumentos que se desplegaban en los procesos a favor de la absolución de las acusadas, y finalmente, me centro en la conducta de los médicos que denunciaban las prácticas a la justicia. En esta reconstrucción, no sigo los límites de una periodización sensible a los cambios políticos, sociales o culturales, sino que, para privilegiar un análisis sobre las asimetrías entre el derecho en sus fuentes y la ley penal en acción, opto por una perspectiva de mayor alcance, que pretende destacar las rupturas y continuidades en los argumentos utilizados por los tribunales para evitar la punición de las mujeres que abortaban, todas ellas denunciadas por los profesionales de la salud a quienes acudían en busca de ayuda.

2. Razones religiosas, políticas y sociales para la criminalización del aborto

El primer código penal de la Argentina, sancionado en 1886, castigaba a las mujeres por los abortos y a las parteras por inducirlos, con penas que oscilaban entre el año y los tres años de prisión. Las penas se reducían si el objetivo del aborto era proteger el honor y la reputación, y estas se aumentaban para las parteras si la mujer no había consentido el aborto, si había sufrido lesiones o si a causa de la intervención, moría. Los médicos, en cambio, podían recibir penas de hasta seis años de prisión, y sufrir inhabilitación especial por el doble de tiempo.

Después del auge del liberalismo en la Argentina -momento en que se expandió el control del Estado sobre la educación y el matrimonio civil-, no desapareció por completo la idea de que la ley positiva estaba anclada en preceptos de orden natural. La noción de que el Estado tenía un objetivo moral y que las leyes naturales eran su guía determinaron que el Código Penal mantuviera la criminalización del aborto (Htun, 2003). En efecto, en 1922 se sancionó un nuevo Código Penal, que establecía penas de hasta cuatro años de prisión por el delito de aborto. En esta oportunidad no se incluyó ninguna atenuación de la pena por el hecho de que la mujer pretendiera ocultar su deshonra.

A los juristas y médicos de la época les llamaba la atención la menor pena prevista para el infanticidio, puesto que en este último delito el grado de desapego maternal era mayor:

Condiciones psicológicas y psicopatológicas son necesarias para que una madre se decida a matar a su hijo. Hay muchos otros medios de defensa, el abandono del niño, entre otros. La que, empero, elige el asesinato, revela peligrosidad en sus reacciones. No pasa eso en la que aborta; el sentimiento no está todavía afirmado, puesto que éste se nutre también con la vista del fruto de su vientre. La vida que malogra no tiene aún ningún encanto. La que mata al hijo, lo hace sintiendo entre sus brazos, el palpitar, el estremecimiento de esa carne inocente de todas las maldades. Ella vé, la que aborta presente (Peco, 1926: 180).¹

A pesar de estas disquisiciones sobre el marco punitivo, el Código Penal de 1922 introdujo ideas de vanguardia para su época. La legislación que aún rige en la actualidad establece que el aborto está permitido en caso de peligro para la salud de la mujer y en supuestos de violación, incluso a mujeres “dementes”. En la aprobación de esta norma se pretendía, por un lado, la finalidad eugenésica de evitar el nacimiento de niños con discapacidades y, por otro lado, proteger a las mujeres que habían sido violadas (Htun, 2003). La redacción fue tomada del proyecto de codificación suizo; las deficiencias de la traducción provocaron décadas de discusiones en torno al alcance del permiso del aborto en casos de violación (Htun, 2003).² A esto hay que agregar

1. Ver también Belbey (1925).

2. Aunque sin una mirada vinculada a la falta de aplicación, a lo largo de la historia se hicieron varios intentos por aclarar los límites de la legislación. En 1937, Eduardo Coll y Eusebio Gomez; y en 1942, José Peco propusieron sendas reformas para aclarar que el aborto estaba permitido en cualquier caso de violación. La reforma definitiva llegó en 1967, durante el gobierno militar del general Juan Carlos Onganía que, con la colaboración de Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio, llevaron adelante reformas penales, entre las que se encontraba el artículo 86 del Código Penal. La ley 17.567 estableció la no punibilidad del aborto resultado de una violación cuando se hubiera realizado la denuncia penal. Finalmente, en 1973, se reintrodujo la redacción de 1922.

que aún hoy son escasas las instancias de implementación, tendencia que ha pretendido revertir el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia (CSJN, 2012).

En la época de la sanción del Código Penal, las feministas estaban dedicadas a obtener el reconocimiento de sus derechos civiles y políticos, y no se avizoraba como determinante una agenda a favor de la anticoncepción y, mucho menos, sobre el aborto. Por otra parte, todas compartían la idea de que la maternidad era el destino obligado de las mujeres y de que aquello que hacía a la esencia femenina (Lavrin, 1995; Barrancos, 2007). Recién en 1970, comenzaron a aparecer las demandas feministas de despenalización, por lo que hasta entonces, fueron los grandes intereses religiosos, sociales y políticos los que monopolizaron la agenda de los derechos sexuales y reproductivos (Htun, 2003).

La Iglesia católica históricamente condenó la unión sexual sin procreación y también se mostró contraria al aborto, salvo en algunos momentos históricos.³ Su postura en contra de la interrupción del embarazo se endureció en 1930, con la encíclica “Sobre el matrimonio cristiano” (*Casti Conubii*), por medio de la cual reprobó incluso el aborto terapéutico (Htun, 2003). La postura se amalgamaba con los resultados de las investigaciones sobre embriología del siglo XIX, que establecieron las bases para las nociones tempranas sobre el inicio de la vida: la vida del feto era inviolable y el aborto era un delito abominable. Años más tarde, en 1968, en pleno desarrollo de tecnología anticonceptiva, la encíclica “La vida humana” (*Humanae vitae*) rechazó cualquier método que pretendiera escindir el placer sexual de la procreación, por lo que sólo quedó a salvo la abstinencia periódica. Este discurso de la jerarquía eclesiástica pretendió disimular las grietas ya visibles de una doctrina que, en la práctica, no era tan respetada como se esperaba (Felitti, 2012).

Asimismo, si bien la maternalización de las mujeres como política estatal comenzó en 1890, la estrategia se intensificó a partir de 1920, con el afianzamiento de las ciencias médicas, y perduró hasta bien entrada la década de 1970 con otros sentidos y deberes (Cosse, 2010). El binomio madre-niño demostraba la dependencia del hijo respecto de la madre y, también, la importancia que esta relación tenía para la construcción de la subjetividad de la mujer. La figura era un emblema para la organización familiar en la sociedad, y el Estado debía tomar todas las medidas necesarias para la protección de las mujeres como potenciales madres. La medicina le dio un marco científico al ideario maternal y, no sin contradicciones, la sociedad abrigó y alimentó este modelo que percibía como una afrenta a la naturaleza cualquier comportamiento que atentara contra el destino biológico de todas las mujeres (Nari, 2004). A partir de 1950, además de la obligación de garantizar el desarrollo físico, espiritual y moral de los hijos, se sumó el deber de velar por el equilibrio psicológico, la autonomía y la madurez de la prole, por lo que la experiencia de la maternidad resultó no sólo central, sino también más compleja y demandante (Cosse, 2012).

El foco de atención sobre los cuidados que las madres debían tener respecto de sus hijos fue entrelazándose con otra preocupación geopolítica: la creciente reducción de la tasa de natalidad como consecuencia de profundos cambios sociales, entre ellos, una nueva concepción de la maternidad y la paternidad (Barrancos, 2007; Felitti, 2012). A partir de 1930, la natalidad tuvo un marcado descenso, y después del *baby boom* de la posguerra, recobró su moderada

3. Sobre este tema puede consultarse el artículo de José Manuel Morán Faúndes y María Angélica Peñas Defago en este libro.

tendencia descendente (Torrado, 2003). De todos modos, recién durante el tercer gobierno de Perón la preocupación por el descenso de la natalidad se tradujo en la adopción de políticas de corte pronatalista (Barrancos, 2007; Cepeda, 2011; con otra propuesta, Di Liscia, 1999: 33). Hasta entonces, las políticas implementadas mantuvieron el sesgo maternalista que caracterizó el cambio de siglo, y es en este contexto sociocultural en el que se inscribe este trabajo. En 1974, mediante el decreto 659/74 del Ministerio de Bienestar Social, se suspendió la difusión de anticonceptivos y, con menos éxito en la práctica, se exigió una receta por triplicado para su venta. La política en contra de la anticoncepción coincidía con la proclama antiimperialista que cuestionaba la agenda internacional, especialmente la de los Estados Unidos, que defendía la implementación de programas de planificación familiar como una solución al aumento de la población y de la pobreza (Felitti, 2012).

En este amplio período los jueces no pudieron permanecer aislados de los grandes cambios políticos, sociales y culturales. Sin embargo, frente a los casos de abortos que debían juzgar, con argumentos variables, su respuesta parece haberse mantenido constante a favor de la desincriminación *de facto* del aborto, aunque no sin consecuencias legales para las mujeres acusadas.

3. La justicia penal ante el aborto

En el período estudiado, el aborto era reconocido como uno de los delitos más extendidos en la sociedad. De acuerdo con las publicaciones de la época, las causas que conducían a la interrupción voluntaria del embarazo eran diversas: las de orden económico, vinculadas con las dificultades para la manutención de la prole; las de orden moral, relacionadas con la necesidad de ocultar la deshonra; y también estaban las estéticas o mundanas, aplicables a las mujeres que concebían la maternidad como una forma de esclavitud o que temían perder su belleza (Rojas, 1976).

A pesar de su difusión como método anticonceptivo, el aborto no era defendido por los penalistas que intervenían en la formación de los jueces de la Ciudad de Buenos Aires. En términos generales, los artículos se ocupaban de repudiar el atentado contra la vida.

Si bien se reconocía que el aborto prácticamente no era castigado y, por lo tanto, que su tipificación era ineficaz para prevenirlo, el prestigioso penalista español exiliado en la Argentina, Luis Jiménez de Asúa, no estaba de acuerdo con su despenalización: “a pesar de que es exacto que rara vez funciona el dispositivo penal contra el delito de aborto, lo cierto es que la norma de cultura [...] no ha aceptado aun el derecho de una mujer a hacerse abortar sin graves y serias motivaciones” (Jiménez de Asúa, 1946: 982).

Las opiniones a favor de la despenalización eran excepcionales. Insular en su postura, la abogada feminista Felicitas Klimpel consideraba que incluso cuando las mujeres se negaban a tener hijos por razones de frivolidad no existía fundamento racional para la pena, ya que era preferible que quienes tenían una “pobre mentalidad” y eran incapaces de “criar y educar a sus hijos” se abstuvieran de ser madres, ya que para ello se requería entre otras cualidades, de una “gran abnegación”. Más que un problema jurídico, el aborto debía ser abordado como un fenómeno social (Klimpel, 1945): “¿Es posible que una mujer que se expone a perder la vida mediante esa operación, que se priva de una de las más grandes satisfacciones, frustrando el sentimiento

más profundo de toda mujer, cual es el instinto maternal, pueda ser considerada como una delincuente?” (1945: 254). Así como el aborto se extendía en todos los sectores sociales, sólo las mujeres de escasos recursos estaban expuestas a prácticas inseguras y al riesgo de sobrellevar un proceso penal. Por ello, la despenalización no era necesaria para las clases medias y altas, las que tenían acceso a intervenciones médicas adecuadas. En 1930, el aborto era una práctica médica de técnica sencilla, que un médico de cierta experiencia, y con las garantías higiénicas y asépticas, podía realizar con un escaso margen de riesgo (Goldstraj, 1931).

El juicio penal sólo alcanzaba a quienes habían accedido a la intervención clandestina realizada por una persona no idónea y con un resultado desgraciado. Las víctimas de la ilegalidad acudían a parteras o comadronas, y luego recalaban en los hospitales públicos con hemorragias, perforaciones uterinas o infecciones. Sin embargo, como sostenía Felicitas Klimpel (1945), esta ilegalidad, antes que convertir al aborto en un delito, constituía un verdadero peligro para la vida de la mujer.

Las decisiones judiciales reflejaban las dificultades técnicas que existían en la investigación y sanción del crimen (Cepeda, 2011). Como se reconocía en las publicaciones médicas y jurídicas, no había nada más complejo que reconocer si el aborto había sido provocado o espontáneo. Ante la inexistencia de lesiones en forma de perforaciones o desgarros en la vagina, cuello o fondo del útero, era muy complejo inferir maniobras abortivas con instrumentos rígidos o punzantes (Ferrarotti, 1921). Frente a esta situación, los tratados de medicina legal orientaban en la búsqueda de signos en el embrión o feto, o de instrumentos como sondas, agujas de tejer, tijeras u horquillas que hubieran sido utilizados para afectar la cavidad cervical o para tener una acción directa sobre el feto (Levit, 1969; Rojas, 1976).

De todos modos, la mayor discusión se daba en torno a la existencia o no del embarazo, una comprobación fáctica que se trasladaba a un problema teórico fundamental: el delito imposible (Cepeda, 2011: 243). El artículo 225 del Código de Procedimientos en Materia Criminal establecía que, en el caso de aborto, el juez debía hacer constar:

la existencia de la preñez, los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto, la época del embarazo, las causas que hayan determinado el hecho y las circunstancias de haber sido provocado por la madre o por algún extraño, de acuerdo o contra la voluntad de aquélla, y las demás circunstancias que según el Código Penal deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter y gravedad del delito.

La falta de tecnología que permitiera establecer con certeza si la mujer había estado embarazada constituía la estrategia de defensa preferida por los abogados. La apelación a la figura del delito imposible, construcción afín a la dogmática jurídica, permitía a las mujeres sortear la condena penal (Barrancos, 2007; Cepeda, 2011). Podía existir un intento imposible de aborto cuando el embarazo no estaba acreditado o cuando se utilizaban medios completamente inadecuados para el fin. En consecuencia, si no se acreditaba el estado de embarazo o si los medios empleados eran inocuos, las maniobras abortivas sólo podían ser penadas en la medida en que se juzgara la peligrosidad de la acusada.

Salvo en los casos seguidos de muerte (CCCap, 1944), las decisiones judiciales recopiladas en los anales de jurisprudencia en el período analizado dan cuenta de que, para los jueces, en

general, la prueba colectada no cumplía con los requisitos legales estipulados, por lo que no era posible condenar a las mujeres. Incluso en los casos en los que la propia acusada había confesado o en los que los informes médicos constataban lesiones en el útero, ante la falta de prueba fehaciente sobre el embarazo, con estricto apego a las formas del proceso, pero tampoco sin esfuerzo alguno para llegar a la averiguación de la verdad, los jueces absolvían a las acusadas (CNCC, 1940). En general, los jueces valoraban como escasa la peligrosidad de la implicada debido a su falta de antecedentes judiciales, su precaria situación económica y su limitada cultura (CNCC, 1941; CNCC, 1945).⁴

Ello no impedía que las mujeres permanecieran en prisión. Las estadísticas anuales desde 1936 a 1942 ilustran que, aunque los casos no llegaban a condenas, un promedio de 21 mujeres al año ingresaban al Asilo Correccional de Buenos Aires por el delito de aborto. La escasez de información estadística no permite conocer con certeza cuánto tiempo permanecían en prisión, pero sí es evidente que el proceso tenía consecuencias durante los 12 o 18 largos meses en que se desarrollaba (Klimpel, 1945).

Mientras tanto, los avances científicos permitían avizorar que la grieta para sortear la condena penal no resultaría perenne. En 1948, el citólogo argentino Carlos Galli Mainini publicaría *El diagnóstico del embarazo con batracios machos*, dedicado a la prueba biológica del embarazo basada en el análisis de la orina de la mujer. Esta, aplicada a sapos, provocaba la expulsión de espermatozoides entre una y tres horas después de la inyección. El análisis era sencillo, económico y tenía la ventaja de dar resultados entre 99,5 al 100 por ciento de certeza en embarazos de menos de cinco meses hasta tres o cinco días después del parto. Más complejo, pero con una posibilidad de respuesta incluso ocho o nueve días después del parto o del aborto, la reacción de Ascheim-Zondek permitía un experimento similar con la orina de la mujer, la cual se debía inyectar por la mañana en ratas sin madurez sexual durante tres días y daba un resultado con una exactitud rayana al 99 por ciento. Finalmente, la reacción de Friedman trabajaba sobre los mismos presupuestos en conejos, con una posibilidad de determinación del embarazo incluso después de tres o cinco días del aborto (Levit, 1969; Achaval, 1969; Rojas, 1976). Mientras el examen de Friedman había comenzado a difundirse en 1930, los dos restantes se popularizaron a partir de la década de 1950 (Cepeda, 2011). Aun con la divulgación de estos métodos, la justicia penal se mostró refractaria a la condena de las mujeres. La prueba que se reunía seguía sin ser suficiente para considerar acreditado el embarazo previo y, en consecuencia, el aborto cometido. Así, por ejemplo, en el caso mencionado al inicio de este trabajo, sentenciado en 1947, la justicia consideró que incluso contando con un examen positivo como el de la reacción de Friedman, el embarazo no podía tenerse por acreditado ya que la prueba no era completamente fiable: “Si bien del análisis de orina de que instruye el protocolo [...] y del informe del médico de policía, surgen algunos indicios del estado de embarazo de la P. de A., ellos son insuficientes por sí solos para acreditar legalmente tal estado, pues la reacción de Friedman también da resultado positivo en algunos casos en que no hay preñez” (CNCC, 1947).

Para validar este criterio, los jueces hacían referencia a publicaciones científicas de catorce años de antigüedad, pero, al mismo tiempo, no tomaban ningún recaudo para obtener el testimonio

4. En estos términos, ver también Cepeda (2011).

del médico que había asegurado que la imputada sí había estado embarazada. Ella había brindado los detalles de su embarazo y de las razones que la habían llevado a recurrir a una partera que le practicara un aborto. Su temor era que su hijo naciera defectuoso o enfermo, ya que con anterioridad le habían diagnosticado una infección de la matriz.

La confesión no era un obstáculo para la absolución (Cepeda, 2011). El artículo 316 del Código de Procedimientos supeditaba su eficacia a que “el cuerpo del delito” estuviera “legalmente comprobado” y a que aquella concordara “con sus circunstancias y accidentes”. En los casos de aborto, los jueces llevaban al extremo esta interpretación y explicaban que para que la confesión tuviera efectos legales, la existencia del delito debía estar acreditada por los medios de prueba también exigidos por la ley.

El rigorismo formal en la obtención de la prueba favorecía a las acusadas. Informes hospitalarios y de médicos forenses que diagnosticaban con certeza clínica la existencia del embarazo no eran suficientes para sustentar una condena. Estos elementos sólo eran indicios frente a la confesión de la procesada (CNCC, 1948). Las deficiencias de la investigación eran también reconocidas por los fiscales: “El informe agregado no hace mérito de los principios científicos en que se funda y ofrece solamente como elemento computable la afirmación de que existió un aborto. La materialidad del hecho requiere en forma irrefragable la corroboración legal de la existencia del cuerpo del delito, o sea la evidencia de la expulsión violenta del feto del seno materno o de su muerte en el útero” (CNCC, 1954 y 1955).

En *Médicos maleantes y maricas*, obra a la que remite el título de este texto, Jorge Salessi describe la influencia de las ciencias médicas en la disciplina jurídica en el apogeo del positivismo. Así como a principios del siglo XIX la hegemonía del saber médico convertía al peritaje científico en una sentencia jurídica virtual (Salessi, 2000), a mediados del siglo XIX los jueces cuestionaban el valor de los informes legales. No sólo no se convencían de su fuerza probatoria, sino que tampoco se esforzaban por reparar las carencias que observaban al tiempo que construían nuevas reglas que remitían a un saber endogámico.

En síntesis, tal como lo han demostrado Barrancos y Cepeda, en el período analizado, la justicia penal tuvo un comportamiento singular en relación con la penalización del aborto (Barrancos, 2007; Cepeda, 2011). Como si se tratara de la ruptura de una alianza que había sido fructífera medio siglo atrás, los jueces desoían los informes clínicos y descreían de las técnicas científicas que permitían establecer con rigor la existencia de un embarazo previo. Ciñéndose a lo estrictamente estipulado por la ley, pero no sin cierta negligencia en la manera en la que recolectaban la prueba, los jueces trataron con mesura a las mujeres acusadas de haber practicado aborto.

4. Las denuncias de los médicos y los secretos que condenan

La frecuencia extraordinaria del aborto preocupaba en especial a los médicos y juristas, quienes discurrieron sobre los remedios para evitarlo. Teniendo en cuenta la diversidad de sus causas, las soluciones que pensaron también fueron variadas.

En primer lugar, se reconocía la necesidad de difundir las prácticas anticonceptivas para poner freno al aborto (Jiménez de Asúa, 1942; Rojas, 1976). Hasta avanzados los años cincuenta,

la oferta anticonceptiva incluía diafragmas, capuchones cervicales, cremas, gelatinas, óvulos, condones, coito interrumpido y el método del ritmo, único avalado por la Iglesia católica (Felitti, 2012). Entre estos, el uso del condón, el coito interrumpido y el método de abstinencia periódica eran los más difundidos para controlar el número de integrantes de las unidades domésticas. Sin embargo, el aborto seguía siendo utilizado, en particular cuando alguno de estos métodos -vinculados con la decisión del varón- fallaba (Nari, 2004; Felitti, 2012). El cambio más significativo para el control de la natalidad ocurrió en 1960, con la aparición de la píldora anticonceptiva, la cual brindaba la oportunidad de pensar en la maternidad como un destino de libre elección, a la vez que eliminaba las secuelas físicas, psicológicas y penales del aborto (Felitti, 2000). De todos modos, a los factores políticos, demográficos y religiosos que estaban en contra de la anticoncepción, se sumó la escasa información que manejaban los médicos sobre temas reproductivos, lo que afectó la difusión de la píldora, en particular en los sectores de bajos recursos, los que se mantuvieron ajenos a la “revolución de la píldora” (Felitti, 2012).

En segundo término, los médicos y juristas también consideraban importante modificar los prejuicios sociales contra las madres solteras y los hijos ilegítimos, ya que los consideraban una manera de auspiciar el aborto (Jiménez de Asúa, 1942; Rojas, 1976). La fuerza estigmatizante de la filiación ilegítima, cristalizada en la legislación civil, se había trasladado a la atenuación del aborto en el Código de 1886, aunque con la reforma de 1921, la piedad en la sanción sólo se había mantenido para el infanticidio. A partir del siglo xx, la emergencia de un modelo familiar nuclear organizado en torno a la figura del matrimonio destacaba la divergencia de otros modelos. El “proceso de dignificación” de la maternidad y la infancia alejada del modelo familiar instituido se inició en 1954, año en el que se aprobó la legislación civil que ponía fin a la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos (Cosse, 2006).

Por último, también se hacía hincapié en la necesidad de que los hombres se hicieran responsables de los hijos que engendraban con mujeres solteras. La responsabilidad sobre los hijos ilegítimos debía de ser un gran desaliento de tipo económico para las relaciones extramatrimoniales (Jiménez de Asúa, 1942). En 1942, José Peco incluiría en el proyecto de código penal el delito de “abandono de una mujer embarazada” (Klimpel, 1945), lo que evidenciaba que existía un proceso de cambio en la percepción de los dobles estándares morales establecidos para las mujeres. Sin embargo, y más allá de que, por su redacción, la norma era prácticamente inaplicable, la sociedad aún no estaba preparada para semejante avance. Un nuevo modelo de paternidad comenzaría a instalarse en los años sesenta (Cosse, 2010), pero este no trajo aparejado ninguna reforma legal sobre la responsabilidad penal del varón en supuestos de abandono a mujeres embarazadas.

Si bien no se abogaba por su despenalización, la criminalización del aborto no era una solución. Así como los juristas de renombre descreían de la función pedagógica de la ley penal, salvo algunos casos (Felitti, 2012), los médicos consideraban que no tenía una fuerte capacidad preventiva, o bien que se trataba de un crimen inútil (Jiménez de Asúa, 1942; Achával, 1969; Rojas, 1976).

No obstante, la ilegalidad del aborto y el temor a sufrir represalias, junto con la propia interpretación de los médicos sobre su función profesional, determinaron la mayor presencia de casos de aborto en los tribunales. La posición de los médicos respecto del secreto profesional determinó el inicio de todas las denuncias penales existentes contra las mujeres que ingresaban

al hospital con úteros perforados o hemorragias vaginales como consecuencia de maniobras abortivas. De esta manera, el desconocimiento de su deber de confidencialidad fue la variable legal que habilitó el inicio de los procesos penales contra mujeres desamparadas cuyas opciones eran dejarse morir o denunciar.

La situación de ilegalidad y la clandestinidad del aborto condicionaban la relación entre mujeres y médicos. Las mujeres querían preservarse de una condena penal, y para brindar una atención adecuada, los médicos necesitaban conocer los detalles de las maniobras a las que se habían expuesto. Probablemente, tras incisivos interrogatorios, la información que obtenían era precisa: los recursos más habituales eran los sellos de quinina, raspajes con sondas y manipulaciones con pinzas a través de la vagina.

Todos estos datos se volcaban sin filtro alguno en los expedientes judiciales. La manera en la que estaba regulado el secreto profesional generaba grandes discusiones. Por un lado, el Código Penal de 1921 recogía el encubrimiento como un delito específico contra la administración pública y lo definía como “dejar de comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo” (artículo 277), y también reprimía con una pena de multa de doscientos mil pesos e inhabilitación especial por seis meses a tres años al que, “teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”. Por otro lado, el Código de Procedimientos en Materia Penal establecía en sus artículos 165 y 166 que los profesionales del arte de curar estaban obligados a denunciar a las autoridades competentes los envenenamientos y otros graves atentados personales, cualesquiera que sean, cuya existencia hubieran conocido prestando los socorros de su profesión; y, a su vez, el artículo 167 eximía de lo dispuesto en los artículos anteriores a las personas que hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones hechas bajo el secreto profesional.

Sobre este punto, el influyente médico legista Nerio Rojas establecía que no había contradicción alguna entre las normas y por lo tanto el médico podía seguir cualquiera de los dos caminos. En su tratado de medicina legal, concluía que “el médico tiene el derecho de denunciar o callar”, aunque advertía que callar era más peligroso: el secreto absoluto “es un cadáver doctrinario y es necesario enterrarlo para siempre” (Achával, 1969; Rojas, 1976). Su colega, José Belbey, también sostenía que el médico tenía la potestad de resolver la situación según su arbitrio:

El médico de hospital, salvo el caso de que por reglamento esté obligado a denunciar, puede, lo mismo que todo médico particular, hablar o callar en todo caso (incluido el aborto) en que sepa que se cometió un delito. Quien le dicta su conducta será solo su conciencia y: 1° Si calla no comete encubrimiento. 2° Si habla a las autoridades judiciales o policiales, *transfiere*, su secreto, no lo *divulga*. Podrán esas autoridades divulgarlos, y allá ellas; el médico ya queda liberado. No podrá ser acusado de violación de secreto. Por lo demás [...] el hecho de denunciar un delito puede ya significar una justa causa para su conciencia (Belbey, 1943: 64).

Para esta posición, el secreto profesional poco tenía que ver con la protección de la salud, sino que se trataba de un instituto previsto para la defensa del médico, el único facultado para evaluar si tenía o no una justa razón para divulgar aquello que le había sido revelado. Esta era, como se reconocía en el ámbito médico, la interpretación que más beneficiaba al profesional de la salud.

La controvertida interpretación de los médicos tuvo su respuesta en las opiniones de los más reconocidos penalistas del país. Sebastián Soler fue quien primero se manifestó en contra de esta postura. En un fallo pionero del 30 de octubre de 1942, momento en que integraba la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Rosario, quien sería Procurador General de la Nación en 1955 resolvió absolver a la acusada porque la denuncia que había iniciado el proceso violaba el secreto profesional. En su decisión, advertía que la información brindada por los médicos sólo servía para convertir en punible la atención gratuita de la abortante, pero no la de quienes tenían más recursos y podían asistir a un consultorio privado (Segunda Instancia de Rosario, 1942).

Sin embargo, esta opinión no era unánime en la doctrina penal. Siguiendo a Eusebio Gómez, el responsable de la codificación, el prestigioso jurista Alfredo Molinario, equidistante de las interpretaciones de los influyentes médicos legistas y de la postura de Sebastián Soler, sostenía que no se debía pensar en un deber absoluto de mantener el secreto profesional, sino que este debía ser exigido por el paciente: “Si la mujer en cuestión, al solicitar los servicios del médico, le ha requerido expresa y concretamente su reserva, éste estará dispensado de la obligación de denunciar el aborto” (Molinario, 1944: 420). Sin dudas, las condiciones en las que ingresaba una mujer a atenderse en un hospital público no garantizaban que tuviera posibilidades de reclamar el respeto del secreto profesional cuando, en el mejor de los casos, conociera la existencia de tal derecho. Por otra parte, durante el gobierno peronista, los médicos pudieron sentirse compelidos a denunciar los abortos. No sólo la ambigüedad de la legislación y la interpretación que hacían de ella favorecían las denuncias, sino que en 1949, el Ministro de Salud, mediante el Plan Analítico para la Salud Pública, instó a los médicos a reforzar la represión del aborto (Di Liscia, 1999), lo que implicaba denunciar los abortos que llegaban a su conocimiento.

Es evidente que la instrucción del Ministerio de Salud no iba a tener igual impacto entre los médicos y los juristas, y los penalistas no se mostraron permeables a las denuncias realizadas por los primeros. Los casos en los que las mujeres aparecían como victimarias ante la justicia penal eran poco frecuentes y, por ello, inspiraban mayor condescendencia. A diferencia de lo que podía ocurrir respecto de otro tipo de delito, las distinciones de clase social entre jueces y justiciables no operaba como un factor de mayor rigor, sino que, por el contrario, motivaban mayor consideración. En ello podía ser determinante el divorcio entre el juicio doctrinario y el juicio popular sobre el aborto y el reconocimiento de que las clases pudientes accedían a él sin riesgo alguno. Incluso en el período estudiado, el aborto no lograba impresionar como un delito infamante que respondiera a una impostergable necesidad pública (Goldstraj, 1931).

En reconocimiento de que la absolución de estas mujeres era una causa justa, se sostenía:

Y mientras tanto sabe Dios cuántas mujeres ricas, cuántas parteras de nombre y cuántos médicos afamados seguirán a diario abominando sus engendros las unas, con complicidad y beneficio de los otros, sin que ninguno de estos hechos –salvo alguno rarísimo y fortuito– llegue a proceso. Esto queda reservado tan solo para las indigentes, las que ni siquiera cuentan con un interesado rábula que proteste por tan infamante trato (CNCC, 1962).

Entre los jueces penales, la discusión en torno al secreto profesional fue zanjada en 1966, en el fallo “Natividad Frías”, el cual, con fuerza legal, estableció que no eran válidas las denuncias realizadas por los médicos que violaban el secreto profesional (CNCC, 1966). La decisión se

adoptó tiempo después de que los jueces de instrucción ordenaran a las fuerzas de seguridad tomar todos los recaudos para que se realizaran las pruebas de Friedman, o de Ascheim-Zondek o de Galli Mainini para determinar el embarazo en los sumarios por aborto (Policía Federal Argentina, 1962).

La medida pretendía cubrir la insuficiencia de pruebas con la que se elevaban los expedientes a los jueces de instrucción, hecho que impedía avanzar en la condena de las mujeres que abortaban. Los informes médicos realizados por quienes no eran peritos oficiales y testigos clave que no eran citados a declarar, sumados a la ausencia del test de embarazo, eran algunas de las omisiones que se verificaban en los expedientes (CNCC, 1947). Los jueces ya no podían ignorar que todos los libros de medicina legal daban cuenta de los métodos científicos para probar los embarazos, incluso hasta una semana después del aborto. Entonces, el objetivo de la orden impartida a la policía era revertir el deliberado descuido con el que los poderes encargados de hacer efectiva la sanción del aborto llevaban adelante su investigación. Con el avance de la tecnología y una correcta investigación, sería más fácil llegar a la condena de las mujeres que querían interrumpir sus embarazos.

A pesar de que la orden de investigar con diligencia los abortos mostraba la ambivalencia de los jueces penales frente a este delito, la solución que primó en “Natividad Frías” fue aquella que reinterpretó la función de los médicos en la asistencia pública. Quien recurría a las autoridades sanitarias luego de un aborto no era una criminal, sino una paciente; y la denuncia penal sólo podía operar en detrimento de las asistidas.

Si bien las decisiones de estos jueces penalistas no tuvieron impacto alguno en la conducta de los médicos -quienes continuaron presentando denuncias por aborto hasta bien entrada la década de 1990-, sí determinaron que no se aplicaran condenas a las mujeres que recurrían a la interrupción del embarazo.

5. Conclusión

La jurisprudencia publicada entre 1940 y 1970 evidencia el particular tratamiento de médicos y jueces respecto del aborto. Al igual que las prohibiciones eclesiásticas, la prohibición legal de la interrupción voluntaria del embarazo no tuvo incidencia alguna en la prevención, pero sí en la exposición de mujeres a procesos penales en los que incluso llegaron a permanecer detenidas. Por lo demás, la implementación legal no sólo fue imperfecta, sino fundamentalmente injusta.

Las publicaciones del período dan cuenta de que los procesos penales por abortos eran iniciados contra las mujeres de bajos recursos. A pesar de que los médicos y juristas estaban preocupados por el número importante de abortos, y aun cuando reconocieran las distinciones de clase que caracterizaban a la práctica, la despenalización no fue un tema que se incorporara a la agenda pública. El culto a la maternidad primero, y el temor al descenso de la natalidad después, sumados a los valores religiosos sobre la vida intrauterina, limitaron el debate a la necesidad de eliminar las causas que determinaban los abortos clandestinos.

En este contexto, temerosos a la criminalización, por medio de la defensa corporativa de su profesión, los médicos de los hospitales públicos interpretaron que estaban discrecionalmente

facultados a denunciar a mujeres que llegaban a los hospitales con la opción de morir o de ser denunciadas. Paralelamente, no se podía desconocer que otros profesionales facilitaban la práctica a mujeres que tenían acceso a condiciones de asepsia e higiene que garantizaban su vida, y también a la seguridad de no estar expuestas a un proceso penal.

Así, mientras las mujeres de bajos recursos se exponían a injustas estancias en la prisión, los médicos y juristas debatían sobre sus destinos con argumentos que poco decían de las pautas religiosas, políticas o sociales de la época. En este sentido, los argumentos esbozados en torno al aborto en el período analizado parecen ser la excepción sobre la forma en la que la “neutralidad” del derecho perjudica a las mujeres.

A pesar de la clara prohibición legal, salvo los casos de muerte de la mujer, los jueces no parecían interesados o dispuestos a condenar el aborto. Estas posiciones eran un síntoma del divorcio entre la ley penal y su implementación, de las discrepancias entre la doctrina jurídica y su práctica jurisprudencial, pero fundamentalmente de la tolerancia social y judicial a una forma de control de la natalidad que sólo exponía a la muerte y a la denuncia penal a las mujeres de bajos recursos.

Bibliografía

- Achaval, Alfredo: *Manual de Medicina Legal. Práctica Forense*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1969.
- Barrancos, Dora: “Contrapuntos entre sexualidad y reproducción”, en Susana Torrado (comp.), *Población y bienestar en la Argentina del primero al segundo Centenario*, Tomo I, Buenos Aires, Edhasa, 2007.
- Belbey, José: “Aborto y Secreto Profesional”, en *Archivos de Medicina Legal*, Año XIII, Nº 1, 1943.
- Bonnet, Emilio Federico Pablo: *Medicina legal*, López Libreros Editores, Buenos Aires, 1967.
- Cepeda, Agustina: “Historiando las políticas de sexualidad y los derechos en Argentina: entre los cuentos de la cigüeña y la prohibición de la pastilla (1974-2006)”, en *Prácticas de oficio. Investigación y reflexión en Ciencias Sociales*, Nº 2, 2008.
- “En los tiempos del test del sapo: Justicia, aborto y políticas de población en la Argentina de mediados del siglo xx”, en *Revista de Estudios Universitarios*, Sorocaba, San Pablo, Vol. 37, Nº 1, 2011.
- Cosse, Isabella: *Estigmas de nacimiento. Peronismo y orden familiar 1946-1955*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica-Universidad de San Andrés, 2006.
- *Pareja, sexualidad y familia en los años sesenta*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- Di Liscia, María Herminia: “Ser madre es un deber (maternidad en los gobiernos peronistas 1946-1955)”, en Daniel Villar, María Herminia Di Liscia y María Jorgelina Caviglia (eds.), *Historia y género. Seis estudios sobre la condición femenina*, Buenos Aires, Biblos, 1999.

Felitti, Karina: “El placer de elegir. Anticoncepción y liberación sexual en la década del sesenta”, en Fernanda Gil Lozano, Valeria Pita, María Gabriela Ini (eds.), *Historia de las mujeres en la Argentina. Siglo xx*, Buenos Aires, Taurus, 2000.

— *La revolución de la píldora. Sexualidad y política en los sesenta*, Buenos Aires, Edhasa, 2012.

Goldstraj, Manuel: “La represión del aborto intencional”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, t. 36, 1931.

Htun, Mala: *Sex and the State. Abortion, Divorce and the Family Under Latin American Dictatorships and Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Jiménez de Asúa, Luis: “El aborto y su impunidad”, *La Ley*, t. 26, 1942.

Klimpel, Felicitas: *La mujer, el delito y la sociedad*, Buenos Aires, El Ateneo, 1945.

Lavrin, Asunción: *Women, Feminism and Social Change in Argentina, Chile and Uruguay 1890-1940*, Lincoln y Londres, University of Nebraska Press, 1995.

Levit, León: *Medicina Legal*, Buenos Aires, Orbir, 1969.

Molinario, Alfredo: “El secreto profesional de quienes ejercen el arte de curar y la obligación de denunciar delitos”, *Revista de Derecho Procesal*, 1944.

Nari, Marcela: *Políticas de maternidad y maternalismo político*, Buenos Aires, Biblos, 2004.

Rojas, Nerio: *Medicina Legal*, Buenos Aires, El Ateneo, 1976 [1936].

Salessi, Jorge: *Médicos maleantes y maricas*, Buenos Aires, Beatriz Viterbo, 2000.

Torrado, Susana: *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*, Buenos Aires, De la Flor, 2003.

Jurisprudencia:

Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC), “CM”, 1940 (rta. 28/4/1940 en *Revista La Ley* t. 19-325).

Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC) “Castelli Santiago”, 1941 (rta. 12/12/1941, en *Revista La Ley*, t. 25-765).

Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC), “M de M. J”, 1945 (rta. 24/8/1945, *Revista La Ley* t. 39-803).

Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC), “A de D., M”, 1947, (rta. 16/9/1947, en *Revista La Ley* t. 48- 526).

Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC), “SC”, 1948 (rta. 10/9/1948 en *Revista La Ley*, t. 53-15).

Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC), “MEC y otros”, 1954 (rta. 15/7/1954 en *Revista La Ley* t. 75-115).

Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC), “FC”, 1955 (rta. 11/3/1955, en *Revista La Ley* t. 79-31).

Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC), “CME”, 1962 (rta. 3/4/1962, en *Revista La Ley*, t. 108-741).

Cámara Nacional Criminal y Correccional en pleno (CNCC - Pleno), “Natividad Frías”, 1966, (rta. 26/8 /1966 en *Revista La Ley* t. 123-842).

Sentencia de segunda instancia de Rosario, 1942 (*Archivos de Medicina Legal*, Año XIII, Nº 1, 1943).

LA VIDA COMO POLÍTICA: LA IGLESIA CATÓLICA Y LAS CONCEPCIONES CIENTÍFICAS Y LEGALES CONTRARIAS A LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO

*José Manuel Morán Faúndes** y *María Angélica Peñas Defago***

Los campos de la sexualidad y la reproducción se han tornado en las últimas décadas espacios de fuerte disputa entre sectores antagónicos. Por un lado, las perspectivas sostenidas desde los años sesenta por los feminismos y los movimientos por la diversidad sexual acerca del cuerpo, la sexualidad y el género han buscado deconstruir y cuestionar los tradicionales paradigmas asociados al binario hombre/mujer, la maternidad como mandato, la heterosexualidad obligatoria, entre otros. Por otro lado, estos cambios han despertado la reacción de sectores que han asumido una activa defensa de roles de género y sexuales conservadores, en abierta oposición a las demandas de los movimientos feministas, de mujeres y aquellos que abogan por la diversidad sexual.

En América Latina, los actores reactivos ante las nuevas configuraciones de la sexualidad se relacionan fuertemente con determinados sectores religiosos que han visto amenazada en las últimas décadas la hegemonía de sus cosmovisiones. Relacionados principalmente con la agenda de la jerarquía de la Iglesia católica,¹ estos sectores convocan no sólo a líderes religiosos, sino además a actores vinculados con la política, el derecho, la medicina, la bioética, los medios de comunicación, la educación, entre otros (Vaggione, 2005; Morán Faúndes, 2011).

En la Argentina, uno de los principales temas de tensión entre estos sectores antagónicos es la demanda por la legalización del aborto. Desde la emergencia de las primeras voces en los años ochenta que buscaban incorporar esta demanda en el lenguaje político del feminismo y los movimientos de

* José Manuel Morán Faúndes integra el Programa de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (FDCS-UNC) y es becario CONICET del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC). Es politólogo por la Pontificia Universidad Católica de Chile, candidato doctoral en Estudios Sociales de América Latina y Magíster en Sociología por la UNC. Docente adscripto de la cátedra de sociología jurídica de la FDCS-UNC.

** María Angélica Peñas Defago integra el Programa de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (FDCS-UNC) y doctora en Derecho por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC). Es abogada por la FDCS-UNC, diplomada superior en Ciencias Sociales, con especialización en Género y Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, candidata doctoral en Derecho y Ciencias Sociales por la FDCS-UNC. Docente adscripta de la cátedra de Sociología Jurídica de la FDCS-UNC.

1. Para un análisis de este fenómeno con eje en el campo evangélico, ver Jones *et al.* (2010) y Carbonelli *et al.* (2011).

mujeres, hasta su consolidación en los años noventa y comienzos del siglo XXI como parte central -pero no exclusiva- de la agenda de estos movimientos (Brown, 2008a), la tensión con los sectores religiosos opositores se ha intensificado. Estos últimos no sólo se han complejizado como movimiento en contra del reconocimiento del aborto legal, sino que han conformado nuevas estrategias de incidencia política con el fin de mantener el *statu quo* e incluso restringir el acceso de mujeres al aborto en los casos de no punibilidad contemplados por la ley (Peñas Defago y Vaggione, 2011).

En el marco de estas disputas, se entremezclan discursos y argumentos que sitúan al cuerpo como un terreno contencioso donde se articula, pero también se resiste, el poder. El aborto, comprendido como una tecnología no reproductiva, pero también como una tecnología sexual² (Brown, 2008b; Belgrano Rawson, 2012), representa un dispositivo que desafía a una serie de mandatos culturales interconectados sobre el cuerpo de la mujer, como los de la maternidad, la fertilidad, la reproducción de la familia heterosexual, entre otros. En este sentido, el aborto no sólo interrumpe el proceso de reproducción biológica, sino además el de reproducción social y cultural de algunas formas de poder que se ciernen sobre la sexualidad y también sobre el cuerpo de las mujeres. Por esto, las tensiones que se generan ante la posibilidad de interrumpir el embarazo de un modo seguro representan disputas que van más allá de una simple discusión acerca del reconocimiento de derechos: suponen tensiones en torno al estatus social de la mujer, a su autonomía, a su posibilidad de desplazar la matriz patriarcal.

Desde aquí, la oposición de los sectores conservadores católicos a la legalización del aborto, pero también al ejercicio de la interrupción del embarazo en los casos contemplados actualmente por la ley, supone una resistencia a la apertura de espacios de mayor autonomía para las mujeres, y de nuevas gramáticas corporales que intentan superar los tradicionales binomios de la mujer-madre y mujer-esposa en el marco de la concepción ideológica de la “familia tradicional”.

El lugar desde donde la jerarquía católica suele defender su posición contraria al aborto se remonta a la idea de la “defensa de la vida”. La vida se torna acá un significante central (Mujica, 2007) con base en el cual articula una serie de discursos y estrategias que confrontan las demandas de los feminismos y los movimientos de mujeres.

El eje central del discurso católico consiste en que la vida de un nuevo individuo humano comienza desde el momento de la fecundación³ y, por lo tanto, todo acto que atente contra esa vida implicaría un asesinato. Lo que hay en juego en esta idea son dos dimensiones que es necesario distinguir: por un lado, sostiene una noción específica respecto del inicio de la vida de un nuevo individuo anclada en el momento biológico de la fecundación. Por otro, imputa a ese momento un carácter jurídico que supone que cualquier atentado contra la vida desde el momento de la fecundación implicaría un atropello contra el derecho a la vida.

La primera parte del argumento refiere a una noción de “individuo” y sus límites biográficos. Es frecuente leer o escuchar que la tensión entre las posiciones favorables a la legalización del aborto y las favorables a su penalización absoluta surge de posiciones encontradas en torno a la

2. De ahí que Josefina Brown (2008b) lo ha denominarlo una “bisagra” entre los derechos sexuales y los reproductivos.

3. La jerarquía católica suele utilizar la palabra “concepción” como sinónimo de fecundación. En la presente ocasión utilizaremos este último término ya que el término “concepción” tiene múltiples significados, que no siempre remiten a un momento biológico exacto (Faúndes y Barzelatto, 2011).

determinación del “inicio de la vida”. Sin embargo, es necesario precisar los términos de esta disputa. Por esto, vale aclarar que no es correcto decir que lo que está en juego es una determinación exacta del momento en que inicia la vida humana. Antes del comienzo de los primeros signos de actividad cerebral, de la implantación o incluso de la fecundación, ya hay vida. Óvulos y espermatozoides son, de hecho, células vivas de la especie humana, como también lo son las células de la piel, de los órganos, etc. Por esto, algunas/os prefieren hablar de la vida como un *continuum* (Faúndes y Barzelato, 2011; Croxatto, Ortiz y Díaz, 2006). Sería así preciso dejar en claro que el debate sobre la vida y el aborto tiende a centrarse más específicamente en el *inicio de la vida de un nuevo individuo humano*, y no en el inicio de la vida como tal.

La segunda parte del argumento defendido por el catolicismo remite a la idea de “persona jurídica”; esto es, un/a sujeto/a de derechos. Así, la posición católica conservadora entremezcla ambas dimensiones al asumir que la fecundación marca no sólo la emergencia de un nuevo individuo humano, sino también la aparición de una persona.

A pesar de que la jerarquía católica suele presentarse públicamente como una institución que ha “defendido la vida” a lo largo de toda su historia, lo cierto es que no siempre ha sostenido la misma idea respecto de la vida. De hecho, su actual discurso sobre la vida es heredero de una serie de procesos históricos, donde se solapan transformaciones religiosas, científicas, políticas y culturales, a partir de las cuales la noción de “vida” sostenida por la jerarquía fue mutando.

En el presente trabajo buscamos analizar la noción de “vida” sostenida por la jerarquía católica en sus argumentaciones contra el aborto, reconstruyendo sus fuentes y discutiendo críticamente sus principales proposiciones. Estas discusiones y presupuestos epistemológicos pueden contribuir a hacer las veces de guías o lentes a la hora de dilucidar el trasfondo de las concepciones que se articulan en los discursos emitidos por actores religiosos con base en consideraciones de un derecho absoluto a la vida desde la fecundación. Paralelamente, esto puede contribuir al análisis de los debates legislativos y judiciales que se esgrimen en oposición a la legalización y/o al acceso a los casos de abortos no punibles, los cuales en diversas ocasiones se ven permeados por discursos basados en la moral religiosa sostenida por la jerarquía católica.

A estos fines, el presente trabajo se divide en cuatro secciones. Las dos primeras realizan un recorrido histórico en torno a las fuentes, y en los procesos políticos y culturales que incidieron en la actual configuración del discurso católico en torno al inicio de la vida individual. En un tercer momento, se recupera el proceso por el cual las construcciones teológicas/científicas del catolicismo son interpretadas e interpeladas en clave de presupuestos jurídicos de carácter universal. Finalmente, y a modo de cierre, la cuarta sección presenta un breve análisis crítico en torno a la noción jurídica de “vida” defendida por los sectores opuestos a la legalización del aborto, contraponiéndola con las nuevas configuraciones e interpretaciones más pluralistas que se han construido desde el derecho internacional en torno a este tema.

1. El inicio de la vida individual: de la hominización al genoma humano

Lejos de fundarse en antecedentes bíblicos unívocos o en una postura única sostenida por la jerarquía católica a lo largo de su historia, la idea de que la vida individual comienza con la

fecundación fue adoptada oficialmente por la Iglesia católica recién en la segunda mitad del siglo XIX (Dombrowski y Deltete, 2000). A lo largo de la historia del catolicismo, hubo una larga lista de teólogos y sumos pontífices que apoyaron la tesis denominada “hominización tardía”, fundándose en antecedentes filosóficos como teológicos (Hurst, 1998).⁴ Esta tesis sostenía que el alma humana recién era infundida en un momento posterior a la fecundación. Para Tomás de Aquino, por ejemplo, en el caso del hombre, el alma era infundada a los cuarenta días luego de la fecundación, y en el de la mujer, a los noventa. San Agustín agregaba seis días más en los fetos masculinos. De este modo, para una gran parte de los teólogos de la antigüedad, aunque el aborto era un pecado, este era menos grave si se realizaba antes de la animación del feto, y en ningún caso se lo asimilaba con un homicidio (Galeotti, 2004; Figari, 2012).

En términos generales, la Iglesia católica mantuvo el debate interno respecto de la hominización a lo largo de casi dos milenios, sin oficializar una posición a excepción de un pequeño período de tres años, cuando en 1588 Sixto V apoyó de manera oficial la tesis de la hominización inmediata, decisión que fue revertida en 1591 por Gregorio XIV (Hurst, 1998).

Recién en el siglo XIX la Iglesia volvió a referirse nuevamente de manera oficial al tema de la hominización, cuando en 1869 el papa Pío IX indicó, en la publicación de la *Apostolicae Sedis* que todo aborto es un homicidio, abrazando así la teoría de la hominización inmediata. Medio siglo después, en 1917, el Código Canónico de la Iglesia Católica incorporó la pena de excomunión para la mujer que aborte, así como de toda/o aquel que participe en el proceso de interrupción del embarazo (Hurst, 1998). Esta es la postura que sigue defendiendo el Vaticano hasta nuestros días.⁵

¿Qué hizo cambiar la posición de la Iglesia? Para Giulia Galeotti (2004) se pueden distinguir al menos dos grandes antecedentes que incidieron en este cambio de perspectiva. El primero, de tipo científico, se relaciona con las observaciones iniciales de espermatozoides y óvulos mediante el uso del microscopio en el siglo XVII. El segundo, de tipo teológico, se asocia con la aceptación cada vez mayor de la doctrina de la Inmaculada Concepción.

1.1. La teoría preformativa

A lo largo del siglo XVII se desarrollaron las primeras observaciones que utilizaron el microscopio como tecnología de visualización, lo cual permitió indagar los objetos de acuerdo con una nueva escala de “realidad”. Ciertos científicos de la época -algunos de los primeros en hacer uso de las nuevas tecnologías de visualización- comenzaron a observar óvulos y espermatozoides mediante el microscopio, a partir de lo cual sostuvieron que en ellos se podía ver un diminuto y

4. Algunos pasajes del Antiguo Testamento, como el Éxodo, hacen una importante distinción entre las penas aplicadas a una persona por asesinato (caso en el cual la pena es la muerte), y aquellas aplicadas a una mujer que aborta (las que remiten sólo a una multa).

5. Sin embargo, cabe aclarar que en la versión de 1983 del Código Canónico se incluyen cánones de acuerdo con los cuales la Iglesia exime o atenúa la pena para la mujer que aborta. Estos casos son: si la mujer es menor de dieciséis años de edad (canon 123), si actuó presionada por el miedo (canon 124), si es para reparar un daño mayor (canon 124), cuando ignoraba que infringía una ley (canon 123), si fue realizado en legítima defensa (canon 123), o cuando sufre alguna discapacidad y/o demencia (canon 123).

completo ser humano, al que denominaron *homunculus* (Sommer, 1998; Dombrowski y Deltete, 2000). Esta idea dio pie a lo que se denominó “corriente preformativa”, la que posteriormente sería refutada por la misma ciencia. Esta curiosa visión del desarrollo biológico comenzó a ser aceptada en Europa, y junto con ella se difundió la idea de que el embrión constituiría ya un ser humano que no necesita nada más que crecer hasta el momento de su nacimiento.

La influencia de la corriente preformativa sobre el debate en torno a la hominización es para muchas/os evidente (Dombrowski y Deltete, 2000; Galeotti, 2004). Los defensores de la hominización tardía habían tendido a apoyarse, con algunas variaciones, en la idea aristotélica de que el alma humana o sensitiva sólo podía encontrarse en un ser con *forma* humana. Dado que se asumía que el óvulo recién fecundado no tenía dicha forma, se pensaba que éste no poseía alma, y que sólo era animado cuando adquiría dicha característica corpórea. La corriente preformativa puso en cuestión esta idea, ya que sostenía que el óvulo fecundado sí correspondía a un ser con forma humana. Por este motivo, algunos teólogos influenciados por estos “hallazgos” comenzaron a considerar que si el producto de la fecundación era ya un ser con forma humana, entonces este debería de tener alma desde ese mismo instante.

1.2. La doctrina de la Inmaculada Concepción

El segundo gran antecedente que abrió el camino a la oficialización de la tesis de la hominización inmediata en el siglo XIX se relaciona con una cuestión de orden teológico. En 1708, el papa Clemente XI declaró a la Inmaculada Concepción como una fiesta de guardar para la Iglesia católica, y fijó su fecha el 8 de diciembre, justo nueve meses antes del nacimiento de María (fechado en el 8 de septiembre). Según esta doctrina, si bien la Virgen María nació de un padre y una madre humanas/os, habría recibido la gracia santificante de su alma desde el momento de la fecundación, con lo cual habría sido concebida sin pecado original. De modo indirecto, esta doctrina apoyaba la tesis de la hominización inmediata, pues si se asumía que María habría recibido su alma en la concepción, se abría entonces la posibilidad de pensar que todo ser humano recibiría su alma en dicho momento (Engelhardt, 1974; Galeotti, 2004; Hurst, 1998). La aceptación de la doctrina de la Inmaculada Concepción llegó a su punto cúlmine cuando, en 1854, Pío IX la oficializó mediante la bula papal “*Ineffabilis Deus*”.

2. La genetización del alma

La actual posición de la Iglesia católica respecto del momento en que se inicia la vida de un nuevo individuo humano -si bien fue influenciada por la doctrina de la Inmaculada Concepción y por la corriente preformativa- adquirió un nuevo matiz a partir de la segunda mitad del siglo XX. Esta ya no se basa en un mero argumento teológico o en una teoría científica cuya veracidad fue refutada hace siglos. Más bien, la posición católica se ha nutrido de las categorías, proposiciones e imaginarios científicos que han empapado el escenario cultural de Occidente en las últimas décadas, logrando reformularse con base en los discursos dominantes de la ciencia contemporánea amparados en la genética. En este marco, la defensa católica de la fecundación como el

momento en el que emerge la vida humana se funda hoy sobre una idea genetista, basada en una noción de continuidad e inmutabilidad de la identidad genética a lo largo de todo el proceso de desarrollo biológico cuyo punto de partida es la fecundación del óvulo. Para el catolicismo, el hecho de que en la fecundación surja la primera célula con una identidad genética distinta a la de la mujer -que se mantendrá en las etapas posteriores de su desarrollo biológico- es un argumento suficiente para asumir que la vida individual emerge en este momento.

Este argumento genetista -más allá de remitir a una idea reduccionista del ser humano- tiene el poder de presentar la postura del catolicismo no como un mero anhelo religioso sino como una “verdad” que se pretende objetiva, neutral y empíricamente verificable. El uso de nociones genéticas dentro del argumento católico no es casual. Por el contrario, este discurso se vale de las transformaciones que han ocurrido en los últimos dos siglos en la ciencia moderna, y en particular en la biología, desde donde la vida biológica es pensada como una verdad que es descubierta a través de procesos de observación que se imaginan a sí mismos como objetivos, imparciales y neutros (Franklin, 1996; Hartsock, 1997; Haraway, 2004).

Desde una perspectiva cultural, la noción contemporánea del gen como una entidad informática que contendría los códigos preprogramados a través de los cuales la vida se gobierna y regula no es más que un imaginario dominante hoy en las ciencias biológicas. La idea de la vida, de este modo, no puede ser comprendida por fuera de las metáforas, ideas e imágenes, todas situadas histórica y culturalmente (Haraway, 1995), que subyacen al mundo de la producción científica contemporánea. Pensar la vida como una cosa-en-sí no es asumirla como una verdad absoluta y autosuficiente, sino un modo de representar conceptualmente el estilo de pensamiento que domina el campo de la biología molecular actual, y las metáforas e imaginarios que se intersectan en las producciones del conocimiento científico sobre la vida (Franklin, 2000; Haraway, 2004; Rose, 2007).

Para muchas/os, el imaginario genetista entraña una nueva forma de esencialización, en lo que Donna Haraway señala como el “fetichismo genético” (Haraway, 2004: 167). Este concepto retrata la confusión que produce el lenguaje científico mediante el cual los genes se tornan una cosa fija y aparentemente objetiva, lo que termina por invisibilizar los juegos de poder y las interacciones entre el trabajo, las acciones, las culturas, los puntos de vista y las tecnologías de visualización mediante las cuales el conocimiento científico en general, y el genético en particular, es producido.

Esta idea de que los genes contienen la información del programa de la vida nutre al argumento católico contemporáneo de que la vida de un nuevo individuo comienza con la fecundación. Y es que es a partir de ese instante biológico que el cigoto contiene la información genética, es decir, el “código preprogramado de la vida”, que se replicará en cada una de las células que se desarrollen en el proceso de formación del cuerpo del individuo.

A mediados del siglo xx, un médico comprometido con las ideas del Vaticano, Jérôme Lejeune, descubridor del origen genético del síndrome de Down, le otorgaba a este último una especie de “demostración científica” del dogma promovido desde el siglo xix por la Iglesia según el cual el inicio de la vida tendría lugar en la fecundación.⁶

6. Jérôme Lejeune descubrió a finales de la década del cincuenta que la causa del denominado “síndrome de Down” era la presencia de una copia adicional del cromosoma 21. El descubrimiento de Lejeune no sólo sirvió

En junio de 1974, Lejeune era nombrado miembro de la Pontificia Academia de las Ciencias,⁷ y sólo cinco meses después la Congregación para la Doctrina de la Fe del Vaticano publicó la “Declaración sobre el aborto” (Seper, 1974), donde señalaba:

Desde el momento de la fecundación del óvulo, queda inaugurada una vida que no es ni la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegará a ser nunca humano si no lo es ya entonces. [...] A esta evidencia de siempre –totalmente independiente de las disputas sobre el momento de la animación– la ciencia genética moderna aporta preciadas confirmaciones. Ella ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será este ser viviente: un hombre, individual, con sus notas características ya bien determinadas (Seper, 1974: 4)

En esta declaración se pueden observar al menos dos ejes que caracterizan la posición moderna del Vaticano respecto de la vida: (1) a partir de la segunda mitad del siglo xx la Iglesia católica comienza a asumir una visión genetista del ser humano, como si este fuera esencialmente genes; es decir, como si la vida individual fuera sólo códigos preprogramados situados en el genoma; y (2) esta idea genetista desplaza a la argumentación teológica acerca de la animación inmediata como discurso estratégico para defender la vida desde la fecundación.

De este modo, a partir de 1974, la política vaticana contra el aborto realiza un desplazamiento discursivo mediante el cual hace pasar a un segundo plano la argumentación teológica de la hominización inmediata que imperó por más de cien años como postura oficial de la Iglesia con lo cual le otorga prominencia al argumento genetista.

3. El derecho a la vida

Es necesario profundizar en otro aspecto del argumento católico que complementa lo visto hasta el momento, y sin el cual no es posible comprender del todo la posición vaticana contraria al aborto. Este elemento tiene que ver con el valor intrínseco y absoluto que la jerarquía católica le atribuye a la vida desde la fecundación, a partir del cual consagra la necesidad de protegerla jurídicamente. Para la Iglesia católica, la protección de la vida tiene un evidente correlato jurídico: la vida biológica es un derecho que el Estado debe proteger y garantizar.

Si bien el mandamiento “No matarás” ha sido parte central de la fe católica desde sus inicios (Hurst, 1998), la idea de que la vida es inviolable dado su valor intrínseco no ha sido una constante dentro del pensamiento católico a lo largo de su historia. Tomás de Aquino, por ejemplo, argumentaba en el siglo XIII que dar muerte a alguien para asegurar la propia protección, o bien para defenderse y conservar la propia vida, es un acto lícito, con lo cual se justificarían tanto la muerte por legítima defensa como la pena de muerte (Chia, 2012), postura que fue reafirmada

para demostrar el origen genético de ciertas enfermedades, sino para reforzar dentro de la Iglesia católica el imaginario de la vida misma: si el genoma contiene los códigos de salud y enfermedad preprogramados de los individuos, es posible asumir que la vida misma de un individuo comenzaría entonces en la fecundación, cuando el genoma individual está completo.

7. La Pontificia Academia de las Ciencias es una institución católica, fundada por la Iglesia católica en 1603.

en varias ocasiones por diversos papas.⁸ Incluso, algunos pasajes bíblicos ponen en cuestión el carácter inviolable de las vidas biológicas, desde el momento en que aseguran que es preferible vivir una “buena” vida antes que nacer.

Si a lo largo de la historia de la Iglesia católica la vida no era considerada como un valor absoluto y superior a otros, ¿a qué se debe la contemporánea defensa de la vida como un valor intrínseco al ser humano, y su consecuente defensa de un “derecho” a la vida? La respuesta la podemos encontrar en el impacto que han tenido sobre esta institución los procesos histórico-políticos de los últimos siglos, que establecieron la vida como un valor merecedor de protección jurídica irrestricta. La idea de la inviolabilidad absoluta de la vida biológica, y del consecuente derecho a ella, es así heredera de un proceso más amplio que trasciende las dinámicas internas de la Iglesia católica, un proceso que tiene que ver con la moderna construcción del derecho a la vida como un derecho humano inalienable. El derecho a esta vida inviolable es así una idea moderna (Klein, 2005).

Para arribar a la noción de que las vidas son valiosas en sí mismas y, en consecuencia, inviolables, se tuvo primero que concebir la idea de que el valor de todas las vidas es igual, acontecimiento que tiene apenas dos siglos de historia en Occidente.⁹

Fue recién en 1789 cuando por primera vez las vidas biológicas adquirieron igual valoración.¹⁰ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano decretada en Francia luego de la revolución le otorgó por primera vez un carácter político-jurídico al acontecimiento estrictamente biológico del nacimiento: “los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, rezaba el art. 1º de la Declaración. De este modo, un hecho biológico común a todos los seres humanos, el nacimiento, se establecía por primera vez como fuente de ciudadanía, y les otorgaba igual valor político a todas las vidas.

Asentado el nacimiento como el fundamento biojurídico para la adquisición de derechos en los Estados modernos occidentales, se establecieron las bases para considerar una valoración igualitaria de las vidas biológicas: si a todas/os nos es común el acontecimiento biológico del nacimiento, y es este hecho el que en los Estados modernos fundamenta los derechos ciudadanos, entonces toda vida biológica pasa a ser igualmente merecedora de tales derechos. Sin embargo, esto no implicó que la vida fuese considerada universalmente como un derecho absoluto por sobre los demás derechos.

8. Por ejemplo, Pío XI señalaba en la encíclica *Casti Connubii* de 1930, que el poder contra la vida sólo puede invocarse legítimamente en contra de los delincuentes. Pío XII, de modo similar, indicaba en su discurso frente a la Unión Médica Italiana San Lucas en 1944 que la vida de un hombre (sic) es intocable mientras este no sea culpable.

9. Antiguamente, no todas las vidas eran valoradas del mismo modo: la tradicional distinción entre esclavos y hombres libres de la cultura occidental, entre hombres y mujeres, o entre niños y adultos, es un ejemplo claro de esto. Para que el valor de las vidas fuese considerado como igualitario, debía primero construirse la ficción de la igualdad como un fundamento político, hecho que ocurrió con el advenimiento de los Estados-nación modernos.

10. Aunque no por esto adquirieron igualdad de derechos, ya que las características de raza, género, edad, nacionalidad y clase continuaron discriminando explícitamente qué ciudadanos podrían considerarse “activos” (típicamente los hombres franceses adultos de clase burguesa), y quiénes, “pasivos” (las mujeres, los/as extranjeros/as y los/as niños/as).

Recién a partir de la finalización de la Segunda Guerra mundial, y la posterior aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la naciente Organización de las Naciones Unidas, se comenzará a reconocer explícitamente a nivel internacional la necesidad de proteger la vida como un derecho humano inalienable.

Influenciadas por este contexto político internacional, las ideas de la jerarquía católica respecto de la vida sufrieron algunas transformaciones. Hasta antes de finalizada la Segunda Guerra mundial, las intervenciones vaticanas respecto del aborto sólo destacaban la idea de la sacralidad o inviolabilidad de la vida como argumento contrario a la interrupción del embarazo, sin incorporar aún una retórica de derechos. En la encíclica *Casti Connubii* de 1930, donde se introduce la “doctrina del doble efecto”,¹¹ Pío XI argumentaba que tanto la vida de la mujer como la del feto son “sagradas”. En 1944, Pío XII señaló, en su discurso a la Unión Médica Italiana San Lucas, que “la vida es intocable [...] ya se trate de la vida embrionaria, de la vida en camino o la que haya llegado a su término”¹² (Discorsi e radiomessaggi, 1944).

Fue recién en el período de la posguerra que el Vaticano comenzó a hacer converger en sus argumentos contra el aborto la idea de la inviolabilidad de la vida desde la fecundación, presente ya en sus discursos de la primera mitad del siglo xx, con la idea del “derecho a la vida”. En el año 1951, la jerarquía vaticana se pronunció por primera vez en contra del aborto introduciendo la idea de un derecho a que la vida no fuera atacada. En la *Apostolicae Sedis* 43 de aquel año, Pío XII indicó:

la vida humana inocente, sea cual sea su condición, se resta del primer momento de su existencia a cualquier ataque directo voluntario. Este es un *derecho fundamental* de la persona humana, de valor general en la concepción cristiana de la vida; válido para la vida aun oculta en el seno materno, como para la que ya floreció fuera de éste, tanto contra el aborto directo, como contra la dirigida a los niños antes, durante y después del parto [...] De acuerdo con la ley moral, en todos los casos es un grave e ilegal atentado contra la vida humana inviolable¹³ (*Apostolicae Sedis*, 1951: 857; el destacado nos pertenece).

A partir de este momento, el lenguaje de derechos comenzaría a permear los discursos vaticanos de oposición al aborto de la segunda mitad del siglo xx. Si los dichos de Pío XII en la *Apostolicae Sedis* aducían al derecho a que la vida no fuese atacada; catorce años después, tras la culminación del Concilio Vaticano II, la encíclica *Gaudium et Spes* de 1965 afirmaría su oposición al aborto invocando de manera explícita el derecho a la vida: “Hoy una gran multitud de seres humanos débiles e indefensos, como son, concretamente, los niños aún no nacidos, está siendo aplastada en su derecho fundamental a la vida” (*Gaudium et Spes*, 1965).

Nueve años más tarde, en 1974, la Iglesia católica retomaba el argumento en su “Declaración sobre el aborto”. Este texto constituyó el primer documento vaticano que conjugó la noción del derecho a la vida con la postura genetista que sostendría la idea de que la vida de un nuevo individuo se iniciaría en el momento de la fecundación, como veíamos anteriormente. Vida biológica y persona jurídica conflúan así en una misma ecuación dentro del discurso católico. Este

11. La “doctrina del doble efecto” legitima la intervención médica para salvar la vida de la mujer aun si con esto se daña al feto de manera involuntaria.

12. La traducción es propia.

13. La traducción es propia.

discurso será precisamente el que sostendrá, en lo primordial, la jerarquía católica hasta el día de hoy, lo cual impacta de diversas formas y desde la cultura, los marcos jurídicos y de sentido sociales a la hora de debatir la legalización del aborto.

4. El juego político del discurso de la vida

Los marcos de sentido desde donde se construyen situacionalmente las prácticas sociales y culturales en relación con el tema del aborto en la Argentina, como en la mayoría de los países de la región latinoamericana, han tenido como referentes principales construcciones de raíz moral fuertemente influenciadas por la religión católica. Claudia Bonan identifica en esta línea: (1) *marcos religiosos* de sentido sustentados en razones de orden moral cristiano; (2) *marcos biomédicos* sustentados en razones de orden natural, físico y biológico; y (3) *marcos político-nacionales*, articulados sobre razones de orden social, de Estado y/o de la nación (Bonan, 2004).

El establecimiento de estos marcos cognitivos responde a la determinación de un tipo de poder social y cultural específico, desde el cual los argumentos pueden ser compartidos, reapropiados y actualizados a las distintas épocas y circunstancias socioculturales, por una tipología no homogénea de actores que comparte una moral común, muchas veces ligada a la de la jerarquía católica (Bonan, 2004; Vaggione, 2009).

A la hora de abordar la órbita de las discusiones por los derechos humanos en vinculación con los derechos sexuales y reproductivos en general, y con el tema de la legalización del aborto en particular, es clave concebir estos derechos como productos culturales, y no como entidades neutrales y dadas sobre un orden natural. De este modo, resulta central posicionar el debate en torno a estos temas en un campo marcado por procesos históricos, culturales y territorialmente situados de tensión/reacción respecto del predominio de una idea hegemónica de modelo de mundo. Así, las formas de acceso a bienes que circunscriben el derecho no son neutrales, sino que están atravesadas por sistemas de valores dominantes desde donde las normas jurídicas cristalizan y/o reproducen órdenes jerárquicos de ordenación social (Herrera Flores 2005, 2008).

La labor interpretativa del derecho de parte de diversos actores no institucionales no está desvinculada de este fenómeno. Por ejemplo, sigue siendo poco frecuente hallar en la jurisprudencia un análisis dialéctico entre los marcos históricos y cognitivos en los que fueron concebidas y sancionadas las leyes, y lo disímil de los contextos de su aplicación.

Los argumentos jurídicos que utilizan quienes se oponen al reconocimiento legal del aborto se arrojan una defensa absoluta e irrestricta del derecho a la vida desde la fecundación. Para ello, en general, utilizan desde lo legal discursos de derechos humanos, en particular basados en una lectura intencionada de diversos tratados internacionales, influenciada por las nociones de “vida” promovidas desde la jerarquía de la Iglesia católica, fuertemente relacionadas con perspectivas morales y genetistas.¹⁴

14. Los textos originales de los pactos internacionales de derechos humanos no referencian el momento biológico específico desde el cual se da la protección al derecho a la vida. La única excepción al respecto lo constituye el Pacto de San José de Costa Rica, el que en su art. 4, no obstante explicitar este momento en la concepción, incorpora la frase “en general”, dejando así la puerta abierta para interpretaciones que rompen con un principio

Mientras tanto, la noción jurídica de vida en el derecho internacional de los derechos humanos ha ido evolucionando en el tiempo, no reduciéndose a características y/o propiedades exclusivamente de raíz biológica y/o genética, sino que además se vincula con el acceso a bienes y recursos necesarios para el ejercicio del derecho a la vida entendido como el derecho a una vida digna de ser vivida (Herrera Flores, 2005). Así y en relación con las discusiones que se generan respecto de las disputas interpretativas del derecho a la vida en nuestro sistema constitucional, los tratados internacionales y regionales de derechos humanos -a través de sus comités de vigilancia- entienden que el derecho a la vida entraña, entre otros aspectos, la obligación estatal de crear y garantizar las condiciones necesarias para que los seres humanos no mueran por causas evitables (Facio, 2008). El derecho a la vida, desde este punto, debe entenderse como el derecho a no morir por causas relacionadas con el parto, el embarazo, por violencia de género; el derecho a un nivel de vida adecuado y al goce de una vida sexual plena, alejándose de una noción meramente biológica y determinista sobre este derecho. Así, desde diversos espacios internacionales de derechos humanos se ha asumido que la negación del aborto en condiciones seguras, en determinadas circunstancias, constituye una violación del derecho a una vida libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011).

En forma paralela, las nociones del derecho a la vida defendidas por los sectores opositores a la legalización del aborto, al centrarse en imaginarios genetistas incididos fuertemente por la cosmovisión religiosa de la jerarquía católica, invisibilizan de modo absoluto a la mujer en tanto sujeta de derechos, con lo cual desconoce, a la vez su derecho a la vida en los términos precedentemente expuestos.¹⁵ En palabras de la historiadora Barbara Duden, “[l]o que coloca a la mujer en la sombra del conflicto y lo que, mediante una reacción inmunológica, la obliga despiadadamente a la maternidad se designa con cada vez más frecuencia como ‘una nueva vida’. ¿Qué es eso? NADA. DNA, genoma, secuencias básicas, cromosoma: jerga de expertos” (Duden, 1996: 93).

La complejidad de los términos que se debaten social, jurídica y políticamente en las discusiones sobre la legalización del aborto hace necesaria la generación de procesos reflexivos y críticos en torno al origen y los fundamentos que subyacen a las ideas sobre la vida enclavadas en nociones que se presentan como meramente biologicistas y científicas. Estas nociones, a pesar de su pretendido carácter de objetividad, neutralidad y universalidad, en muchos casos esconden visiones morales y religiosas desde donde se intenta preservar un orden social jerárquico basado

de protección absoluta de la vida desde la concepción en los términos planteados por los sectores que venimos analizando. Para una mayor profundización sobre el tema, ver Ramón Michel (2012) y los artículos publicados en este libro que retoman estos ejes.

15. Ejemplo de ello es el cuestionado caso jurisprudencial de Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2002 (“Asociación Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, 5/03/2002). En esta ocasión, al debatirse los posibles efectos de la anticoncepción hormonal de emergencia, la Corte ordenó al Ministerio de Salud dejar sin efecto la autorización del fármaco “Imediat” al considerar, por un lado, que la vida comenzaba con la fecundación y, por otro, al disponer que la protección de la vida desde la fecundación tiene un carácter absoluto. En este antecedente, la mujer es referenciada indirectamente sólo en tres oportunidades y meramente a los fines de describir los procesos biológicos de desarrollo del embrión.

en roles de género patriarcales y sexistas, con lo cual se circunscribe a la mujer a un rol de madre y esposa, y se la desconoce como sujeta autónoma de derechos.

Bibliografía

- Belgrano Rawson, Milagros: “Ley de matrimonio igualitario y aborto en Argentina: notas sobre una revolución incompleta”, *Estudios Feministas*, Vol. 20, N° 1, Florianópolis, 2012.
- Bonan, Claudia: “Derechos sexuales y reproductivos, reflexividad y transformaciones de la modernidad contemporánea”, en *Análisis comparado de legislación, políticas públicas e instituciones orientadas hacia el logro de la equidad de género*, Buenos Aires, PRIGEPP-FLACSO, Unidad N° 2 del Seminario, 2004.
- Brown, Josefina Leonor: “La cuestión del aborto en Argentina. Una mirada a partir de la prensa periódica”, *Question*, N° 20, La Plata, 2008a.
- “El aborto como bisagra entre los derechos reproductivos y los sexuales”, en Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones (comp.), *Todo sexo es político*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008b, pp. 277-301.
- Carbonelli, Marcos; Mosqueira, Mariela y Felitti, Karina: “Religión, sexualidad y política en la Argentina: intervenciones católicas y evangélicas entorno al aborto y el matrimonio igualitario”, en *Revista del Centro de Investigación. Universidad La Salle*, Vol. 9, N° 36, México D.F. 2011, pp. 25-43.
- Chía, Eduardo: “Prohibición del aborto: ¿Protección de la santidad de la vida o coacción de la autonomía sexual de las mujeres?”, *Nomadías*, N° 15, Santiago de Chile, 2012, pp. 44-67.
- Croxatto, Horacio; Ortíz, María Elena y Díaz, Soledad: *Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y sobre la píldora anticonceptiva de emergencia*, Santiago de Chile, ICMER, 2006.
- Dombrowski, Daniel y Deltete, Robert: *A Brief, Liberal, Catholic Defense of the Abortion*, Chicago, University of Illinois Press, 2000.
- Duden, Barbara: “El concepto de ‘Vida’: un ídolo moderno y una amenaza para las mujeres embarazadas”, en *DUODA Revista d’Estudis Feministes*, N° 11, Barcelona, 1996, pp. 79-96.
- Engelhardt, Tristram: “The Ontology of Abortion”, en *Ethics*, Vol. 84, N° 3, Chicago, 1974, pp. 217-234.
- Facio, Alda: *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, San José, IIDH / UNFPA, 2008.
- Faúndes, Aníbal y Barzelatto, José (2005): *El drama del aborto. En busca de un consenso*, Buenos Aires, Paidós, 2011.
- Figari, Carlos: “Discursos sobre la sexualidad”, en José Manuel Morán Faúndes, María Candelaria Sgró Ruata y Juan Marco Vaggione (eds.), *Sexualidades, desigualdades y derechos*.

- Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*, Córdoba, Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial, 2012, pp. 59-83.
- Franklin, Sarah: “Making Transparencies: Seeing through the Science Wars”, en *Social Text*, N° 46/47, Durham, 1996, pp. 141-155.
- “Life Itself. Global Nature and the Genetic Imaginary”, en Sarah Franklin, Celia Lury y Jackie Stacey, *Global Nature, Global Culture*. Londres, Sage, 2000.
- Galeotti, Giulia: *Historia del aborto*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2004.
- Haraway, Donna (1991): *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1995.
- (1997): *Testigo_Modesto@Segundo_Milenio. HombreHembrañ_Conoce_Oncoratónã. Feminismo y tecnociencia*, Barcelona, UOC, 2004.
- Hartsock, Nancy: “Comment on Hekman’s ‘Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited’: Truth or Justice?”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, Vol. 22, N° 2, New Brunswick, 1997, pp. 367-374.
- Herrera Flores, Joaquín: *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Reversos del Leviatán. Los Libros de la Catarata, 2005.
- *La reinención de los derechos humanos*, Sevilla, Ensayando Atrapasueños, 2008.
- Hurst, Jane: *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica (lo que no fue contado)*, México D.F., Católicas por el Derecho a Decidir, 1998.
- Jones, Daniel; Azparren, Ana Laura y Polischuk, Luciana: “Evangélicos, sexualidad y política. Las instituciones evangélicas en los debates públicos sobre unión civil y educación sexual en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2003-2004)”, en Juan Marco Vaggione (comp.), *El activismo religioso conservador en Latinoamérica*, Córdoba, Ferreyra editor / CEA-CONICET, 2010, pp. 193-248.
- Klein, Laura: *Fornicar y matar. El problema del aborto*, Buenos Aires, Planeta, 2005.
- Morán Faúndes, José Manuel: “Las fronteras del género: el discurso del movimiento conservador religioso de Córdoba y el ‘matrimonio igualitario’”, en Sgró Ruata, María Candelaria; Rabbia, Hugo; Iosa, Tomás; Manzo, Mariana; Campana, Maximiliano y Morán Faúndes, José Manuel, *El debate sobre matrimonio igualitario en Córdoba. Actores, estrategias y discursos*, Córdoba: Ferreyra editor / CEA-CONICET, 2011, pp. 137-178.
- Mujica, Jaris: *Economía política del cuerpo. La reestructuración de los grupos conservadores y el biopoder*, Lima, Promsex, 2007.
- Peñas Defago, María Angélica y Vaggione, Juan Marco (comps.) (2011) *Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina*. Córdoba: Ferreyra / CEA-CONICET.

Ramón Michel, Agustina: “Aborto: ¿según quién?”, en José Manuel Morán Faúndes, María Candelaria Sgró Ruata y Juan Marco Vaggione (eds.), *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*, Córdoba, Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial, 2012, pp. 275-335.

Rose, Nikolas: *Politics of life itself. Biomedicine, power and subjectivity in the Twenty-First Century*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2007.

Sommer, Susana: *Genética, clonación y bioética. ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?*, Buenos Aires, Biblos, 1998.

Vaggione, Juan Marco: “Reactive Politicization and Religious Dissidence: The Political Mutations of the Religious”, *Social Theory and Practice*, vol. 31, N° 2, Charlottesville, 2005, pp. 165-188.

— “La sexualidad en el mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos”, en Mario Silvio Gerlero (coord.), *Derecho a la Sexualidad*, Buenos Aires, Grinberg David Libros Jurídicos, 2009, pp. 141-159.

Legislación y otros

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Prácticas de adopción de un enfoque basado en los derechos humanos para eliminar la mortalidad y la morbilidad maternas prevenibles*, 18° período de sesiones, 8 de julio, 2011.

Apostolicae Sedis, N° 5, 1869.

Apostolicae Sedis, N° 43, 1951.

Discorso di sua santità Pio XII alla Unione Medico-Biologica “San Luca”, 12 de noviembre de 1944. *Encíclica Casti Connubii*, 1930.

Encíclica Gaudium et Spes, 1965.

Seper, Franco: *Declaración sobre el aborto*, Roma, 1974.

MOVILIZACIONES RECIENTES DEL CAMPO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL Y LA LUCHA POR LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO

*Mariano Fernández Valle**

“Hoy se alude al riesgo de ‘exponer a la República Argentina al desorden social’, en virtud de las sentencias de este fuero que de diversos modos han habilitado el matrimonio entre personas del mismo sexo [...] Sin embargo, el sol sigue saliendo cada mañana, el régimen jurídico salda en parte sus deudas con la realidad y, como sociedad, tenemos algunos dolores menos y algunas libertades más”.¹

1. Introducción

De la mano de una activa movilización local e internacional, distintas demandas relacionadas con el campo de la sexualidad han ganado progresivamente terreno en las agendas de derechos humanos y en la discusión pública democrática. Incluso, diferentes reclamos han obtenido un reconocimiento legal y jurídico difícil de imaginar décadas atrás, lo que dio visibilidad a distintas experiencias, legitimó a los movimientos que las politizaron y elevó los siempre insuficientes índices de justicia presentes en nuestro contexto.

Las leyes de “matrimonio igualitario” –Ley N° 26.618– y de “identidad de género” –Ley N° 26.743–, sin agotar un conjunto de reclamos mucho más amplio (Fígari, 2010: 127), aparecen como nuevos hitos dentro de estos largos procesos de interpelación al orden de género hegemónico y a sus regulaciones respecto de la sexualidad, las relaciones personales y los cuerpos. Resulta que, finalmente, nuestra sociedad “sí estaba preparada” para discutir ciertos asuntos,² e incluso para tomar importantes decisiones sobre ellos.

* Abogado. Máster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo. Docente en las Universidades de Buenos Aires, Palermo y General Sarmiento.

1. Extraído de una de las sentencias favorables al matrimonio igualitario, emitida por el Juzgado N° 13 del fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, a cargo del Juez Guillermo Scheibler. Ver autos “Canevaro, Martín y otros c. GCBA s/ amparo”, Exp. 36.410/0.

2. La muletilla recurrente sobre los “índices de preparación” para discutir ciertos temas y tomar decisiones sobre ellos, a menudo forma parte de sentidos comunes conservadores que hablan más de sus propias incapacidades que de aquellas de “la sociedad”. Aun cuando no considero que la lógica de derechos deba depender de la lógica de las mayorías, los sondeos de opinión disponibles muestran amplios apoyos ciudadanos a la despenalización

Sin embargo, no todas las demandas de derechos humanos vinculadas con la sexualidad han corrido igual suerte. La legalización del aborto continúa teniendo serias dificultades para ser parte central de las agendas democráticas³ y el terreno de discusión permanece empantanado en normativas centenarias, disputas interpretativas y cruentos obstáculos institucionales, que se potencian dentro de un panorama federal que revela compromisos muy dispares con la garantía de derechos.

En este escenario, intento en las páginas siguientes describir algunos de los argumentos involucrados en las recientes movilizaciones del campo de la diversidad sexual, así como exponer su conexión con la postergada lucha por la legalización del aborto. Entiendo que identificar estos paralelismos –y, principalmente, tomarlos en serio– podría imprimir nuevos ritmos a la discusión política, ampliar el marco de alianzas, quebrar inercias y poner en un problema de consistencia a quienes se valen de un discurso progresista e igualitario respecto de la sexualidad que, sin embargo, encuentra una piedra de tope en el aborto.

2. La sexualidad en el espacio público y político

Hace tiempo, colectivos feministas y LGTBI⁴ sacaron la sexualidad del ámbito más íntimo de construcción personal, a efectos de poner de relieve que su desarrollo, su despliegue y su ejercicio están cruzados por múltiples relaciones de poder, que operan privilegiando a ciertos grupos y depreciando a otros.

En lo que refiere a los movimientos de la diversidad sexual, por lo menos cuarenta años de activismo y reclamos institucionales en el país⁵ han generado progresiva conciencia acerca de las opresiones en su contra y acerca de los daños que estas producen; opresiones a las cuales han resistido mediante un enorme abanico de estrategias.

Entre las más recientes, pueden contarse aquellas asociadas con los reclamos que derivaron en las Leyes de Matrimonio Igualitario y de Identidad de Género. Si bien con diferencias, ambas

del aborto, con índices aún mayores frente a ciertos supuestos específicos. Ver Petracci (2007), Mallimaci (2008) y Carbajal (2012), entre otros.

3. Sostiene Zamberlin que “[d]esde 1984 se han presentado en el Congreso de la Nación, cerca de 30 proyectos de ley para despenalizar el aborto totalmente o sólo en algunas circunstancias y para regular el procedimiento de aborto no punible. Ninguno de ellos ha sido tratado en el recinto hasta la fecha” (2007: 2). En la actualidad, dicha situación no se ha modificado en lo sustancial. Uno de los proyectos con mayor apoyo, impulsado por la “Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito”, fue ingresado por cuarta vez al Congreso durante marzo de 2012 y está próximo a perder (nuevamente) estado parlamentario.

4. Esta sigla, marcada por la revisión, la impugnación, la transformación y la apertura, tiende a utilizarse para referir al activismo de colectivos de lesbianas, gays, travestis, transexuales, transgéneros, bisexuales e intersexuales, sin perjuicio de las diferencias entre ellos y hacia su interior.

5. Indica el *Plan Nacional contra la Discriminación* de nuestro país que: “Con anterioridad a la dictadura 1976-1983 ya existían varios movimientos de defensa de los derechos de las personas con sexualidades e identidad de género diversas. La dictadura promovió la desaparición de estos movimientos y el escarnio y persecución para los/as homosexuales argentinos/as” (INADI, 2005: 163).

han interpelado un rígido orden heterosexual y binario, y torcieron así arraigados discursos y ampliaron los marcos de ejercicio de ciudadanía y del acceso a derechos.

La movilización por el “matrimonio igualitario” –aún con déficit– (Fernández Valle, 2012) logró poner de relieve un conjunto de diferencias que caracterizan a las personas y a nuestras relaciones, así como la jerarquizada valoración social e institucional que estas han tenido. Puso también de resalto que las posibilidades de construir proyectos de vida están en buena medida determinadas por estas valoraciones, por ideas preconcebidas acerca de lo “normal”, por estereotipos y por prejuicios. Destacó el impacto que las historias de violencia y discriminación han tenido en ciertos grupos y en la sociedad en general, así como la “especial sospecha” que merece la exclusión de colectivos LGTBI del goce de derechos.⁶ Le puso nombre, cuerpo y experiencia a una desigualdad que ya no puede predicarse en abstracto (Maffía, 2003: 8). De allí la importancia de ser reconocidos y, principalmente, de tomar parte en las definiciones acerca de ese reconocimiento (Fraser, 1997; Young, 2000).

En particular, y directamente relacionado con el reclamo por el aborto legal, la movilización por “matrimonio igualitario” interpeló la unión “natural” que distintos sectores y discursos -seculares y religiosos- trazan entre la sexualidad y la reproducción, arrojando toda sexualidad no reproductiva al ámbito de la devaluación y la proscripción (Hiller, 2008).⁷ Si algo quedó claro luego de estos debates es que la relación entre sexualidad y reproducción no es esencial ni inevitable (Pecheny y De la Dehesa, 2011) y que, si existe, puede inscribirse desde una heterogénea multiplicidad de lugares (Vaggione, 2008). Si las familias existen y son importantes, es desde la mirada de sus integrantes y no desde la imposición forzada y dogmática de un modelo único.⁸

Por su parte, con inagotable esfuerzo, los movimientos trans lograron una Ley de Identidad de Género de avanzada en el mundo, que pone en primera línea la relevancia del ejercicio soberano sobre el cuerpo en los procesos identitarios. También señalaron la importancia de explorar de

6. En el terreno judicial, distintos casos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) que reconocieron el “matrimonio igualitario” entendieron que determinar el acceso a derechos sobre la base de la “orientación sexual” merecía especial sospecha y ameritaba un análisis estricto por parte del Poder Judicial. Puesto en otros términos, reconocieron la especial protección que las personas poseen contra la discriminación por “orientación sexual”. Para una mirada actualizada sobre el uso de “categorías sospechosas” se sugiere Saldivia (2011). En lo específicamente referido a la “orientación sexual”, puede verse CorteIDH, caso “Atala, Karen e hijas vs. Chile” (2012).

7. Anticipaba la autora, con anterioridad a la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario y de la Ley de Identidad de Género, que el “[e]l pensamiento heterocentrado (en términos de Wittig) dicotomiza los sexos y los géneros posibles e impone una tendencia reproductivista a la sexualidad. Esta matriz puede ser considerada uno de los núcleos -sino el principal- de las opresiones que sufren desde las mujeres que no quieren cumplir con el mandato de la maternidad, hasta las personas trans que ven violados sistemáticamente sus derechos e incluso la propia condición de ciudadanía” (Hiller, 2008: 164).

8. La discusión por el “matrimonio igualitario” puso en entredicho la constitución forzosa de familias alineadas con un parámetro heterosexual y reproductivo. Si bien dicho debate tuvo tintes “familistas” y eso, desde algunas miradas, podría obturar el marco de la discusión por el aborto, analizado con mayor detalle nos habla más bien de la importancia del ejercicio de la voluntad en la conformación de núcleos familiares y del rechazo a las presiones sociales e institucionales que pretenden regular qué familias y qué sujetos son o no legítimos. En el derecho a formar familia se juega también, por supuesto, el derecho a decidir si hacerlo, cómo hacerlo y cuándo hacerlo.

forma más compleja las conexiones entre los cuerpos sexuados y las construcciones de género (Maffía, 2003), y de desligar las biología de los destinos. Interpelaron todos los discursos legales, médicos y psiquiátricos que pretendían colonizar las experiencias personales a través de dispositivos *patologizantes* (Cabral, 2003, 2011; Litardo, 2012; Maffía, 2003, 2012; Stop-Trans Pathologization, 2012; Viturro, 2010). Reclamaron un saber superior al de cualquier otro discurso, en tanto nada más elemental que la auto-percepción para determinar quién se es, cómo vivir y cómo exigir reconocimiento (Maffía, 2003, 2012). Pusieron de resalto que se puede constituir y expresar el género de múltiples formas y que no hay nada excepcional en ello. Que en cualquier caso, si el aparato público y sanitario tiene un rol que jugar en este campo, es desde la garantía de los derechos y las voluntades de quienes los requieren y no desde ideales ideológicos violentos, expulsivos y/o paternalistas.⁹

La Ley de Identidad de Género vino entonces a reafirmar la centralidad que posee la disposición del propio cuerpo en la conformación de identidad.¹⁰ Disposición que debe ser asistida por el Estado y no sólo librada a las posibilidades de cada quien, sobre todo cuando se negocia con el entorno en condiciones asimétricas. Como prueba de ello, basten las consecuencias de sangre, muerte y dolor que implica el no respeto a la subjetividad, a ser quien se es, a ser valorado y reconocido como igual (Berkins y Fernández, 2005; Berkins, 2008; Cabral, 2009).

Los discursos referidos fueron acompañados por una heterogénea variedad de actores, y legitimados por la intervención de sectores de la Justicia,¹¹ del Parlamento¹² y de la Administración Pública.¹³ La movilización LGTBI tomó algunos de los mejores argumentos y estrategias

9. La ley finalmente sancionada se estructuró sobre la base de la unificación de distintos proyectos, entre los cuales sobresale el presentado por el “Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género”. Entre sus pilares más destacados, se establecen trámites administrativos ágiles (y ya no judiciales) para la modificación de la documentación, sin intermediación de criterios bioéticos, biomédicos o periciales sobre la identidad de quienes pretenden dichas modificaciones y/o el acceso a técnicas quirúrgicas y hormonales de intervención corporal. Estas prestaciones, por otro lado, se incorporan al Plan Médico Obligatorio (PMO) como parte del derecho a la salud integral. Ver Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género (2012).

10. Esta conexión entre disposición del cuerpo e identidad queda bien reflejada en el segundo artículo de la Ley N° 26.743, que toma como base la definición de “identidad de género” adelantada en el Preámbulo de los “Principios de Yogyakarta”, de 2007.

11. Con anterioridad a la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario, casi una decena de sentencias emanadas de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA habilitaron casamientos de parejas gay y lésbicas (la mencionada en el epígrafe inicial, entre ellas). Por otro lado, buena parte de estos jueces y juezas avanzaron también en el reconocimiento de la identidad de género de personas trans que acudieron a tribunales. Como contraste, la actuación de la Justicia Nacional Civil y de otros tribunales provinciales denegaron peticiones por matrimonio y por identidad de género, o sometieron estas últimas al estricto cumplimiento de requisitos biomédicos y *patologizantes*. Ver Fernández Valle (2012) y Litardo (2012).

12. La ley de Matrimonio Igualitario mostró su carácter divisivo, sancionada con 126 votos a favor y 110 en contra en Diputados y con 33 votos a favor y 27 en contra en el Senado. La Ley de Identidad de Género recibió un caudal de votos positivos marcadamente mayor, con 167 votos a favor y 17 en contra en Diputados y 55 votos a favor y una abstención en el Senado.

13. Las sentencias que habilitaron matrimonios igualitarios en la CABA y en la Provincia de Buenos Aires no fueron apeladas por las administraciones locales. Por otra parte, el primer casamiento igualitario de la

disponibles en la experiencia local y comparada, los desplegó de modo inteligente, derrotó en el campo democrático a las miradas opositoras y debilitó políticamente a quienes las sostuvieron.

Pensados como parte de un proceso más amplio de profundización democrática, ejercicio de ciudadanía y reconocimiento de derechos humanos, deberían operar ahora de manera tal de mejorar las posibilidades de re-politizar viejas demandas y favorecer su proceso de discusión. Ya decía Meccia que la Ley de Matrimonio Igualitario había revelado "...algo muy importante de nosotros mismos" pero que "...hacia futuro, lo más importante sería pensar qué otras cosas de nosotros no reveló, a qué otros no reveló y actuar en consecuencia" (2010: 82). Y ampliaba Berkins, con posterioridad a la Ley de Identidad de Género, que "[h]ay que empezar a rediscutir y entender que hay nuevas *sujetas* y nuevos sujetos que encarnamos esos derechos. Estamos entrando en una nueva etapa del debate, que es la corporalidad, porque acá hemos discutido sobre orientaciones sexuales, pero no es casual que las leyes de Identidad de género y Muerte digna hayan ido juntas [...] por eso, cuando realmente pongamos en el eje el debate sobre el cuerpo, el aborto va a ser el gran reto" (2012: 9).

3. El gran reto. El aborto en contexto

En nuestro país, según fuentes oficiales se practican cerca de 460.000 abortos inducidos por año (Ministerio de Salud, 2010),¹⁴ y se mueren un promedio de 90 mujeres en el mismo período como consecuencia de complicaciones por abortos inseguros (Zamberlin, 2007: 4-5; Ministerio de Salud, 2010). Estas complicaciones constituyen la principal causa de mortalidad materna y la segunda causa de morbilidad materna. Puesto en otros términos, una mujer aborta por minuto, mientras que una muere cada tres días y medio.

Por otro lado, diferentes estudios muestran que el circuito de ilegalidad y clandestinidad que rodea el aborto expone a las mujeres a variados e inadmisibles daños a su autonomía, a su salud, a su integridad personal/sexual y a su seguridad, con una particular incidencia en aquellas mujeres que carecen de los recursos materiales (dinero, información) e inmateriales (redes de apoyo, contención, etc.) requeridos para protegerse.¹⁵ Un circuito que, además, genera un negocio millonario a costa de la explotación financiera de las miles de mujeres que buscan servicios de

República Argentina tuvo lugar en la Provincia de Tierra del Fuego, como resultado de la intervención de su gobernadora. Finalmente, el apoyo público de la ex presidenta de la Nación, con anterioridad a la votación de la Ley de Matrimonio Igualitario en el Senado, resultó de vital importancia.

En lo que refiere a la movilización por el derecho a la identidad de género, la sanción de la ley estuvo precedida por la intervención de administraciones públicas municipales, provinciales, de la CABA; y nacionales, que avanzaron en el reconocimiento de distintas manifestaciones de la identidad autopercebida.

14. Estas cifras varían conforme diversas investigaciones y según las mecánicas de estimación utilizadas. Por su parte, suele reconocerse la dificultad de obtener datos precisos en este ámbito y la existencia de una importante cifra sin registro.

15. Sostiene Zamberlin: "En la Argentina existe un mercado de servicios de aborto extendido, diversificado y segmentado. En él coexisten procedimientos de muy diverso tipo, y la calidad y seguridad de los procedimientos están estrechamente asociadas a la capacidad económica de la mujer" (2007: 4).

aborto anualmente (LyF, 2010);¹⁶ todo lo cual profundiza los procesos de empobrecimiento de ciertos sectores y la injusticia social.

Estos datos de contexto son fundamentales para una comprensión más acabada y actualizada de la discusión. Aun cuando nuestro Código Penal contempla desde 1921 distintas excepciones a la penalización del aborto, por su propia insuficiencia y por los violentos e insalvables obstáculos de accesibilidad que presentan, lejos de alcanzar a modificar el panorama señalado (Bergallo, 2011; Ramón Michel, 2011) resultan constitutivos de este.¹⁷

En el escenario descrito y no sin dificultades, el aborto se ha ido encuadrando como una cuestión de derechos humanos, y activa discursos sociales y legales centrados en la autonomía, la igualdad y la no discriminación, emparentados con aquellos referidos en la sección anterior.

Así, *la legalización del aborto es una cuestión de autonomía personal*. Colectivos feministas reclaman hace décadas por la batalla social, política, religiosa y judicial que se libra sobre el cuerpo de las mujeres, en tanto allí se despliegan una serie de intereses ajenos a las personas que encarnan esos cuerpos. Fueron muchas las argumentaciones de defensa del aborto que tomaron como eje el respeto de ese terreno tan íntimo y tan político que es “el cuerpo”, al denunciar la expropiación -por parte de distintos actores y dispositivos- de ese conocimiento que las personas tienen acerca de sus propias experiencias.

Pensar la legalización del aborto desde este enfoque rescata entonces la centralidad que tiene la posibilidad de autodeterminarse, de tomar elecciones autónomas, de dirigir los propios destinos. En estos términos, la decisión de abortar hace al desarrollo de un espacio de libertad; libertad que no necesariamente tiene que ser asimilada a un drama,¹⁸ que no necesariamente debe ser ocultada ni quedar circunscrita al limitado espacio del silencio y la clandestinidad.¹⁹

16. En 2010, la organización “Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto” (LyF) informaba al Comité CEDAW que “[e]l volumen económico estimado del negocio del aborto clandestino en Argentina es de cerca de 1 millón de dólares por día, sólo en costos directos (pago de las mujeres a proveedoras/es de los servicios, medicinas, etc.)” (LyF, 2010: 12).

17. Aún transcurridos más de tres años de la condena internacional en el caso “L.M.R c. Argentina” (Comité de Derechos Humanos, 2011) y a más de dos años del fallo de la Corte Suprema Argentina en el caso “F.A.L s/ medida autosatisfactiva” (CSJN, 2012, confirmado posteriormente en “Pro-Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación de actos administrativos”), un reciente Informe de ADC releva distintos obstáculos para el acceso a la práctica del aborto en el país. Ver ADC (2013).

18. El “drama” está muy presente en los debates alrededor del aborto y en la retórica de los derechos en general. Quizás, una diferencia a explorar entre la movilización por matrimonio igualitario e identidad de género, y aquella por aborto, es la dificultad intrínseca de esta última para articular los aspectos “dramáticos” de la negación de derechos con otros aspectos que “celebran” la diversidad, los cuerpos, las experiencias, el ejercicio de autonomía, las formas de organización y de resistencia contra las violencias. Más allá de esta dificultad, comienzan a aparecer en el debate público actores que intentan desdramatizar las discusiones por el aborto, teniendo en vista que alcanzar un horizonte de justicia no sólo se vincula con ampliar derechos y libertades, sino también con no vivir su ejercicio como una experiencia traumática. Allí, la lucha por el reconocimiento legal manifiesta sus aspectos simbólicos más relevantes.

19. La organización “Lesbianas y Feministas...” ha utilizado la metáfora del clóset para indagar acerca de los límites que presenta la discusión sobre el aborto, y así trazó paralelismos con las formas en que este opera respecto de colectivos de la diversidad sexual. En tal sentido, en distintas reivindicaciones públicas se ha referido

Las razones para llevar adelante un embarazo, o para interrumpirlo, pueden relacionarse con una vasta heterogeneidad de factores. Por otro lado, su balance, ponderación y control deben quedar en las personas involucradas; y en el Estado, el apoyo decidido a estos procesos y la promoción de ambientes respetuosos de su tránsito.

Por otra parte, *el aborto es una cuestión de igualdad y no discriminación*. En todas las sociedades, el ejercicio de la autonomía siempre es desigual para aquellos grupos oprimidos y subalternados (Fraser, 1997; Young, 2000). Este argumento rescata entonces la enorme relevancia que posee un orden sexual, de género y de clase que opera negativamente frente a ciertos sujetos, así como la “especial sospecha” que debería merecernos su reforzamiento legal. En el caso, la prohibición del aborto sostiene una serie de estereotipos sobre las mujeres, y acentúa una construcción social que empuja a la maternidad y a la reproducción heterosexual. La amenaza penal se dirige principalmente a ellas, lo cual restringe sus espacios de libertad y autodeterminación de maneras desproporcionadas y no comparables con las de otros colectivos. A la par, habilita formas de control y de acceso al cuerpo de las mujeres por parte de una pluralidad de actores públicos y privados (profesionales de la salud, operadores judiciales, policías, organizaciones sociales y religiosas, medios de comunicación, familiares, etcétera).²⁰ Todo ello, en sociedades donde el poder penal (y el control social vinculado) se ejerce con improntas clasistas y raciales (Segato, 2007).

En los términos antedichos, la legalización del aborto es un paso adelante no sólo para redistribuir bienes materiales, sino también para transformar todo un espacio simbólico que sostiene múltiples mandatos de censura a vivencias y corporalidades.

4. Movilización, articulación y consistencia

En nuestro país, los avances enfrentan barreras que al día de hoy no han podido sortearse. Recapitulando, ¿qué pasa entonces frente al aborto? ¿Por qué no aparecen los apoyos necesarios para transformar un reclamo de autonomía, igualdad y justicia social en una prioridad de Estado? ¿Por qué la Argentina es el único país en el mundo que garantiza legalmente el matrimonio

al clóset como un límite que dificulta la discusión política del aborto, la transmisión de experiencias y de conocimiento, la puesta en escena de un hecho que no resulta para nada extraño en la vida de las personas, en tanto el aborto hace a la experiencia de un heterogéneo conjunto de la población. Por su parte, las campañas “yo aborté” pueden también leerse dentro de las estrategias dirigidas a sacar el aborto -y su discusión- del aislamiento y la clandestinidad (Pecheny, 2011).

20. Sostienen Derdoy y Pujó que “[r]azonablemente, son pocos los casos que ingresan en el circuito formal del sistema judicial, pero aun así las consecuencias de la criminalización general del aborto son vastas. Si bien esta regla tiene excepciones, las decisiones judiciales muestran cómo en la práctica ella opera en forma absoluta. El efecto del Código Penal es previo a la condena y no precisamente como disuasivo” (2007: 144). Como ejemplos, que sirvan los casos que en los últimos años tomaron estado público, involucrando situaciones de violencia institucional, obstáculos médicos y judiciales en el acceso al sistema de salud, etcétera. Casos que, por otra parte, amplificaron discursos públicos estereotipados y prejuiciados contra las mujeres en general y contra algunas mujeres en particular: niñas y adolescentes, víctimas de violencia sexual, mujeres con discapacidad, mujeres pobres y de localizaciones rurales, entre otros ejemplos.

igualitario y el respeto más avanzado a la identidad de género, a la par que sostiene regulaciones prohibitivas sobre aborto?

Los solapamientos entre las demandas referidas en los primeros apartados de este artículo y la discusión por la legalización del aborto son claros. En el plano del activismo, llaman a profundizar las articulaciones feministas, LGTBI y de derechos humanos, así como a explotar en mayor medida las conexiones de sus agendas.²¹

En el plano político, los solapamientos ponen a los/as tomadores/as de decisión en un problema de consistencia, empezando por la fuerza política mayoritaria. Las reformas de “matrimonio igualitario” e “identidad de género”, han puesto de relieve la importancia fundamental del acompañamiento de sectores judiciales, parlamentarios y, en particular, del Gobierno Nacional, que luego de ambivalentes posiciones iniciales terminó por dar un apoyo decisivo a estos reclamos sociales y por integrarlos a su agenda.²² En estos términos, si asume de manera seria y consistente esa lucha por los derechos y ese discurso igualitario alentado en el pasado reciente,²³ con más o menos dificultades debe dar pasos concretos y urgentes respecto de la legalización del aborto. Su rol en el escenario actual refuerza el *statu quo* y sus consecuencias.

Sólo limitándonos a los años que siguieron a la ley de “matrimonio igualitario” y a la de “identidad de género”, es posible señalar distintas oportunidades perdidas para entablar la discusión sobre aborto.

Si bien la mayoría de las firmas de los proyectos de legalización provinieron del entonces partido oficialista y de sectores aliados, no se motorizó aún el trámite parlamentario ni la búsqueda activa de apoyos. Por su parte, las instancias de reforma del Código Civil y Comercial y del Código Penal no avanzan en esa dirección sino, incluso, pueden obstaculizarla. El nuevo Código Civil y Comercial incluye modificaciones en línea con aspectos trabajados en este escrito, favorece miradas conservadoras en aquello relacionado con el concepto de persona humana a la par que no revisa el estatus privilegiado de la Iglesia Católica como persona jurídica de carácter

21. Las dificultades que tradicionalmente ha mostrado el campo de los derechos humanos y las organizaciones que lo trabajan frente a la inclusión decidida y enfática de la diversidad sexual y el aborto dentro de sus áreas programáticas se encuentran bien documentadas, sin perjuicio de que han comenzado a ceder en tiempos recientes. Por otra parte, como señalan Pecheny y De la Dehesa, pese a compartir enemigos comunes y a poner en el centro la disociación entre heterosexualidad y reproducción, “los movimientos de mujeres y de gays/lesbianas han tenido y tienen dificultades en integrar agendas y luchas” (2010: 38). Ejemplo de esto último es el rol más bien tangencial que ha tenido la legalización del aborto en las Marchas del Orgullo 2012 y 2013, desaprovechando así la potencia de uno de los eventos políticos y sociales más importantes del país.

22. En el caso de matrimonio, la fuerza política mayoritaria dejó librado el voto a la “libertad de conciencia” de sus legisladores y legisladoras pero utilizó distintas formas de negociación política para lograr los apoyos necesarios. Por otra parte, la entonces Presidenta hizo un encendido discurso a favor de la igualdad a la hora de promulgar la Ley N° 26.618, a la par que indicó que el “debate que se dio, dentro de unos años, va a resultar absolutamente anacrónico” y que “todo tiene sus tiempos de maduración”. Estos apoyos se consolidarían luego, frente a las demandas por reconocimiento igualitario de hijos e hijas (Gemetro, 2011) y por identidad de género. Así las cosas, la pregunta por el aborto se alimenta de este discurso, interpelándolo en sus propios términos.

23. Ver nota al pie anterior. Fígari (2011) entiende que uno de los elementos distintivos de la experiencia de matrimonio, entre muchos, fue el de enmarcar el reclamo tras una retórica “igualitaria”, funcional y útil dentro de un contexto de hegemonía populista. También Hiller (2010) analiza la relevancia de los discursos y significados sobre la igualdad a lo largo de la discusión pública de esta demanda.

público. La reforma del Código Penal apenas avanza en la clarificación de los mismos supuestos de no punibilidad que en la actualidad se incumplen sistemáticamente,²⁴ manteniendo la regla penalizadora e incluso incorporando delitos inexistentes a la fecha, tales como el aborto culposo y las lesiones al feto, que podrían entorpecer aún más el acceso efectivo a la interrupción del embarazo.²⁵

En síntesis, extender el horizonte de derechos no sólo implica mostrar orgullo por la superación de ciertas violencias, sino también tener la iniciativa suficiente para revertir las que todavía se sostienen. Si el discurso de derechos encuentra un límite en la legalización del aborto, su legitimidad no sólo queda comprometida frente a esa demanda sino en términos generales.

5. Conclusiones

Con la legalización del aborto no se terminarán los problemas ni los derechos previamente reseñados harán carne en las relaciones cotidianas y en las dinámicas sociales, pero esos cambios pueden alterar las ecuaciones materiales y simbólicas actuales, y colaborar con una reforma cultural más amplia y respetuosa de las experiencias personales.

Matrimonio igualitario, identidad de género y aborto son discusiones distintas pero tangencialmente relacionadas con la sexualidad, con las elecciones y necesidades, con la autonomía y con la igualdad, con el derecho a ser considerados sujetos legítimos y no objetos o sujetos devaluados, con el derecho a ejercer soberanía sobre los cuerpos. Con la identidad. Con la justicia social. Con los derechos humanos.

La experiencia reciente nos demuestra que ningún actor es invencible y que ningún discurso –por más arraigado que se encuentre– es inquebrantable. Siempre hay fisuras y ventanas de oportunidad. Acomodando un poco el epígrafe inicial, una vez legalizado el aborto, *el sol también seguirá saliendo cada mañana, el régimen jurídico saldrá otra de sus deudas con la realidad y, como sociedad, tendremos algunos dolores menos y algunas libertades más.*²⁶

Bibliografía

Asociación por los Derechos Civiles, *Aborto no punible. El fallo “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?”*, diciembre de 2013.

24. Ver nota al pie N° 17. Con posterioridad al dictado de F.A.L., el Poder Ejecutivo Nacional no ha tomado cartas decisivas en el asunto, ni elevado al rango de Resolución Ministerial su Guía Técnica para la Atención Integral de los ANP, ni reaccionado públicamente contra la resistencia de distintas jurisdicciones al explícito exhorto de la Corte Suprema.

25. Sobre el punto, ver Chaher (2014).

26. Ver epígrafe inicial y nota al pie N° 1.

- Bergallo, Paola: “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Berkins, Lohana (coord.): *Cumbia, copeteo y lágrimas. Informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros*, Buenos Aires, ALITT, 2008.
- “Entrevista a Lohana Berkins y Ernesto Meccia. Ley de Identidad de Género. Nuevos deberes”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales N° 81*, Buenos Aires, agosto de 2012.
- Berkins, Lohana y Fernández, Josefina (coords.): *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2005.
- Cabral, Mauro: *Me preguntaron cómo vivía/sobreviviendo dije, sobreviviendo. Trans latinoamericanas en situación de pobreza extrema*, Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas, 2009.
- “Ciudadanía (trans) sexual”, disponible en http://www.ciudadaniasexual.org/publicaciones/Articulo_Mauro_Cabral.pdf
- “El doble acceso a la identidad”, disponible en la web de Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), 2011, disponible en <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=9064&sid=25>
- Carbajal, Mariana: “Lo que se piensa pero no se dice en voz alta”, *Página 12*, Buenos Aires, 05/11/2012, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-207155-2012-11-05.html>
- Chaher, Sandra: “¿Ganan pierden las mujeres con la reforma del Código Penal?”, en *Comunicar Igualdad*, disponible en <http://www.comunicarigualdad.com.ar/ganan-o-pierden-las-mujeres-con-la-reforma-del-codigo-penal>, Buenos Aires, 18/02/2014.
- Corrales, Javier y Pecheny, Mario: “Six reasons why Argentina legalized gay marriage first”, en *Americas Quarterly*, Nueva York, 30/07/2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH): “Atala, Karen e hijas vs. Chile”, 24/02/2012.
- Derdoy, Malena y Pujó, Soledad: “Algunas notas críticas sobre el tratamiento judicial del aborto en la Argentina”, en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, 2007.
- Fernández Valle, Mariano: *Colectivos LGTBI, acceso a derechos y “matrimonio igualitario”: avances, tensiones, desafíos*. Tesis de Maestría, Universidad de Palermo (en poder del autor).
- Fígari, Carlos: “Matrimonio igualitario: ciencia y acción política”, en Néstor Solari y Carolina Von Opiela (dirs.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

- “Per scientiam ad justitiam! Matrimonio igualitario en Argentina”, en *Mediações -Revista de Ciências Sociais*, Vol. 15, Nº 1, Londrina, Brasil, 2010.
- Fraser, Nancy: *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Bogotá, Siglo del Hombre-Uniandes, 1997.
- Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género (2012). Disponible en: <http://frentenacional-leydeidentidad.blogspot.com>
- Gemetro, Florencia: “Reconocimiento igualitario”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (ed.), *Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2011*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Hiller, Renata: “Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina”, en Martín Aldao y Laura Clérico (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- “Lazos en torno a la unión civil. Notas sobre el discurso opositor”, en Mario Pecheny, Carlos Figari, y Daniel Jones (comps.), *Todo sexo es político*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008.
- Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI): *Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina*, Buenos Aires, INADI, 2005.
- Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto: *Informe Sombra para el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 46° período de sesiones, julio de 2010.
- Litardo, Emiliano: “Derecho e identidad trans. Escupamos sobre Júpiter”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales* Nº 81, agosto de 2012, pp. 60-65.
- Maffía, Diana: “Desafíos de las familias diversas: nuevos reconocimientos de género, nuevas demandas en la justicia”, ponencia presentada en el *XVI Congreso Nacional de Capacitación Judicial*, REFLEJAR, 26, 27 y 28 de septiembre de 2012.
- (comp.): *Sexualidades Migrantes. Género y Transgéneros*, Buenos Aires, Feminaria, 2003.
- Mallimaci, Fortunato: *Primera encuesta sobre creencias y actitudes religiosas en Argentina*, Ceil-Conicet, agosto de 2008.
- Meccia, Ernesto: “Los peregrinos a la ley. Una tipología sobre discursos de expertos, jueces y legisladores en torno a las demandas LGTB y al matrimonio igualitario”, en Martín Aldao y Laura Clérico (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Ministerio de Salud de la Nación: *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, 2010.
- Pecheny, Mario y De la Dehesa, Rafael: “Sexualidades y políticas en América Latina: un esbozo para la discusión”, en Sonia Correa y Richard Parker (orgs.), *Sexualidade e política na América Latina: histórias, interseções e paradoxos*, Rio de Janeiro, Sexuality Policy Watch, 2011.

- “Yo no soy progre, soy peronista. ¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Petracci, Mónica: *Hoja Informativa N° 1, Opinión pública sobre interrupción voluntaria del embarazo y despenalización del aborto en la Argentina y América Latina*, 2007, disponible en http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/hojas_informativas/01_petracci.pdf
- Ramón Michel, Agustina: “El fenómeno de inaccesibilidad al aborto no punible”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Saldivia, Laura: “Categorías sospechosas, flexibles y contextualizadas”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Segato, Rita Laura: “El color de la cárcel en América Latina. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en deconstrucción”, en *Revista Nueva Sociedad N° 208*, 2007.
- Vaggione, Juan Marco: “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Cristina Motta y Macarena Sáez (eds.), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia Latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.
- Vituro, Paula: “Reflexiones acerca del litigio en materia de géneros y sexualidades”, en Equipo Latinoamericano de Justicia y Género-ELA, *Derechos de las mujeres y discurso jurídico: Informe anual del observatorio de sentencias judiciales*, Buenos Aires, ELA, 2009.
- Young, Iris Marion: *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra-Universitat de Valencia-Instituto de la Mujer, 2000.
- Zamberlin, Nina: *Hoja Informativa N° 3, El aborto en la Argentina*, junio de 2007, disponible en http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/hojas_informativas/03_zamberlin.pdf

B

LA MORALIDAD DEL ABORTO Y LA DECISIÓN DE LAS MUJERES

ACTITUDES HACIA EL ABORTO: HETERONOMÍA VS. AUTONOMÍA MORALES*

*Carlos Alberto Lista***

1. Introducción

El término aborto posee una fuerte carga emocional, con connotaciones morales en cuyo significado se suelen combinar, en distinta manera y proporción, creencias, valores, fantasías y temores relativos a la vida y la muerte, el género, la sexualidad, el deseo y las prácticas sexuales. Impregnado de Eros y de Tánatos, los individuos reaccionan ante la práctica del aborto y su representación discursiva de diversa manera pero, por lo general, no lo hacen con indiferencia. No es frecuente encontrar personas que no tengan alguna opinión y valoración formada al respecto.

La delimitación entre lo privado y lo público, y la tensión existente entre el derecho individual a la autodeterminación y la potestad del Estado a limitarla, constituyen temas centrales de debate en el marco de la agenda política de las democracias occidentales y un área de interés fundamental para la sociología política y jurídica. En tal contexto, la regulación de la sexualidad y, en particular, la planificación familiar y el aborto son ámbitos en los que dicho debate adquiere una particular virulencia y un alto tono emocional y moral.

En nuestro país, la sensibilización y movilización social en torno a la despenalización/legalización del aborto aumentan y adquieren particular visibilidad pública en la pasada década del noventa, bien sea por la acción de organizaciones feministas y de mujeres, bien sea por la reacción antiabortista, fuertemente inspirada en creencias religiosas de raíz cristiana.

A pesar de que, en superficie, la despenalización del aborto y el reconocimiento público de la necesidad de prácticas anticonceptivas serían el objeto inmediato de reacciones a favor y

* En 1999 publicamos un artículo con resultados de nuestra investigación sobre el tema (Lista, 1999). Esa primera versión fue parcial y estuvo referida exclusivamente a la posición antiabortista (heterónoma). Con posterioridad ampliamos nuestros datos, y más recientemente se incorporaron los resultados de una encuesta poblacional reciente realizada con propósitos comparativos por otro investigador (Rabbia, 2012). La actual versión incorpora tales aportes y ha sido ampliada, e incluye la postura no condenatoria y en favor de la despenalización amplia del aborto.

** Profesor Titular Plenario de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Director Científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, España (2007-2009).

en contra, lo que se discute está más allá de la mera legalidad/ilegalidad de estas prácticas. La discusión se centra en la legitimación y distribución del poder de definir la moralidad pública y, en particular, la situación social de la mujer, todo ello oculto bajo las estrategias argumentativas de los actores participantes, que toman a la ley como tema y arena de conflicto.

El objetivo general que guía este trabajo radica en el interés por detectar la existencia de cosmovisiones subyacentes al debate sobre el aborto, para luego describirlas, con el propósito de mostrar la complejidad y trascendencia social de un conflicto que, en su superficie, parece estar atrapado en los reducidos carriles de la simplificación moralizante. Esta no contribuye a la discusión racional de una problemática social que demanda soluciones razonables y relativamente estables.

Partimos de suponer la existencia de cosmovisiones,¹ a las que Luker define como un “conjunto de supuestos sobre como el mundo está y debe ser organizado” (1984: 193), lo que nos permite distinguir así dos dimensiones, una descriptiva, integrada por creencias sobre cómo *es* el mundo (social y natural) en el que vivimos; y la otra, normativa y regulativa, referida a cómo *debe ser* el mundo.

Si bien algunos trabajos teóricos e investigaciones, principalmente cualitativas, han estudiado y discutido la existencia de cosmovisiones y su influencia mediadora con relación a diferentes fenómenos sociales, en general, la atención ha sido dirigida más hacia el efecto de las cosmovisiones sobre las perspectivas y los comportamientos de los activistas (Neitz, 1981; Luker, 1984; Fried, 1988; Hunter, 1991; Oberschall, 1993, Morán Faúndes, 2013) que sobre su efecto en las opiniones y actitudes de la población en general.

Nuestras observaciones se centran en un ámbito social y cultural con perfil muy definido: el contexto urbano de la ciudad de Córdoba; y tienen como base tres principales fuentes de datos. La primera es una encuesta poblacional realizada en 1995,² la segunda está constituida por ocho grupos focales,³ y la tercera, por una segunda encuesta poblacional, realizada en 2011 con

1. Otros autores (Fried, 1988; Welch, Leege y Cavendish, 1995) la denominan “política simbólica”. Preferimos el término cosmovisión (*worldview*), pues da la idea de conjunto interrelacionado de significados, creencias, valores e ideas.

2. La encuesta fue realizada sobre una muestra probabilística de la población de la ciudad de Córdoba, Argentina, de 15 o más años de edad. Se interrogó a cada entrevistado sobre si consideraba al aborto moralmente reprochable y si penalizaría a la mujer que decidiera interrumpir voluntariamente su embarazo, para lo cual se utilizó una escala tipo Likert de cuatro puntos. Mediante preguntas “abiertas”, se les requirió justificar sus respectivas posiciones con relación a la moralidad y despenalización aborto. Se obtuvieron 870 textos breves, con los que se generó el primer corpus de análisis. Combinando las respuestas a las preguntas cerradas se creó una tipología (desfavorable, favorable respecto del aborto, con una tercera categoría dual -moralmente desfavorable pero favorable a la despenalización amplia-), a partir de la cual se agruparon los textos de justificación de las respectivas posiciones. Dichas respuestas fueron analizadas a fin de indagar sobre los temas priorizados y la convergencia/divergencia de significados, para finalmente detectar la existencia de cosmovisiones subyacentes a cada uno de ellos. El presente trabajo se centra en la exposición de los resultados de esta última etapa. Los hallazgos del análisis cuantitativo se exponen en Lista (1997b).

3. Utilizando el mismo marco teórico de la encuesta, se organizaron ocho grupos focales integrados por mujeres y hombres de distintas edades y clases sociales. Las transcripciones de los grupos focales se sumaron al corpus de análisis anterior y, a través del análisis cualitativo, fue posible ahondar la interpretación de los datos cuantitativos de la encuesta y profundizar sobre el significado de los datos cualitativos antes obtenidos. Cuatro de

finés comparativos respecto de la de 1995 (Rabbia, 2012).⁴ El presente trabajo se focaliza en el análisis del corpus de textos que contienen la justificación de los y las entrevistados/das sobre su posición con relación a la moralidad/inmoralidad del aborto y su penalización/legalización.⁵

2. Heteronomía versus autonomía

Partimos de suponer que las actitudes y opiniones respecto del aborto no son monocausales, sino que se basan o son derivadas de cosmovisiones socialmente generadas que los individuos comparten entre sí en prácticas interactivas. Estas cosmovisiones son a) construcciones complejas, generales y abstractas; b) representaciones del mundo que integran creencias y valores; c) mediadoras entre el individuo y la “realidad” a la que definen y describen; y d) antagónicas entre sí, es decir, versiones que compiten conflictivamente en la caracterización del mundo y su valoración.

Siendo las cosmovisiones, por definición, construcciones multidimensionales (Luker, 1984; Emerson, 1996), para su denominación, sin embargo, se utilizan términos que hacen alusión a alguno de estos componentes. Así por ejemplo, Emerson (1996: 42) utiliza los términos “liberal” y “conservador” para denominar los tipos de cosmovisiones que él analiza en su investigación. McNamara, por su parte, considera “liberal” a la cosmovisión que sostiene que “cada ser humano, al nacer con potencialidades de crecimiento y desarrollo prácticamente ilimitadas, debe serle permitido el máximo de libertad para el autodesarrollo y la más completa autoexpresión” (1985: 43). La cosmovisión “conservadora”, en cambio, comparte la perspectiva de que “el ser humano es más propenso al egoísmo y a producir daño a otros, por lo que se desarrolla y expresa mejor en un contexto de servicio, control externo y estructuras jerárquicas”.

De acuerdo con la denominación y definición que ambos autores realizan de los tipos de cosmovisiones, resultan tres dimensiones sobre las que ellos difieren entre sí: la concepción de individuo que sustentan, la mejor forma de regulación de su comportamiento y la orientación política (liberal/conservadora). Si bien compartimos con estos autores los dos primeros criterios clasificatorios, los términos que utiliza Emerson para denominar a los tipos no nos parecen los más apropiados, por estar enraizados en la forma con que se define la orientación política en

estos grupos se reunieron entre 2001 y 2002; y otros cuatro, entre 2004 y 2007. La organización de los grupos focales en distintos momentos permitió indagar sobre las consistencias/inconsistencias de las cosmovisiones, así como sobre sus variaciones/estabilidad a lo largo del tiempo del tiempo.

4. Ambas encuestas se basaron en diseños cuantitativos *ex post facto* y la recolección de datos se hizo con cuestionarios semiestructurados administrados por entrevistadores.

5. Para la codificación y análisis del corpus de textos obtenidos en la encuesta y en los grupos focales se utilizaron categorías “naturales” y “concretas”. Las primeras fueron tomadas del marco teórico y de los objetivos de investigación: “la fuente de autoridad”, “la representación que se hace del feto”, “como se define al aborto”, “la representación de la mujer”. Las segundas fueron inferidas a partir de los textos analizados, teniendo en cuenta la frecuencia en la utilización de términos y frases y de asociaciones típicas entre ellos. Las categorías creadas por este procedimiento fueron las siguientes: “el significado de la vida”, “la perspectiva tomada para considerar el aborto”, “la representación de los otros”, “prevención y castigo”, “el significado del sexo y de la sexualidad” y “la valoración de la maternidad”.

los EE.UU. (liberal y conservadora). Consideramos, además, que la mejor manera de denominar a estos tipos consiste en hacer referencia a la dimensión más saliente y abarcativa que los compone. Es por ello que en nuestra investigación preferimos utilizar los términos *autonomía* y *heteronomía* para denominar las cosmovisiones típicas y polares que subyacen al debate sobre el aborto, pues ambos términos hacen referencia al “*locus* de control” (McIntyre *et al.*, 1991) o fuente de autoridad que el individuo utiliza para derivar normas y fundamentar decisiones y elecciones. Nos asisten razones teóricas y empíricas para ello. Diversos autores denominan “razonamiento moral” a esta dimensión, a la que definen operacionalmente de manera diversa (como “objetivo/subjetivo”, “trascendental/utilitario”, “idealista/pragmático”, “absolutista/relativista”, “externo/interno”), haciendo alusión a diversos indicadores que la componen. Todos ellos, directa o indirectamente, refieren al *locus* de control y fuente de autoridad. Por otra parte, la literatura teórica y las investigaciones sobre el tema nos informan que el “razonamiento moral” constituye la dimensión más general de las cosmovisiones y además sirve de base parcial a otras dimensiones (Granberg, 1981; Neitz, 1981; Granberg y Denny, 1982; Luker, 1984; Emerson, 1996). El carácter dominante o saliente que la dimensión “razonamiento moral” tiene en la tipificación de las distintas cosmovisiones es confirmado por Emerson (1996) a partir de resultados empíricos. Este autor, basándose en la literatura existente sobre el tema, incluye cuatro dimensiones para caracterizar a las cosmovisiones: “roles de género”, “sexualidad”, “centralidad de los hijos y de la maternidad/paternidad” y “razonamiento moral”, y encuentra que esta última dimensión es la que tiene el mayor efecto directo e indirecto sobre la oposición al aborto legal.

Nuestra elección del *locus* de control como variable sobresaliente y definitiva de cada cosmovisión se funda en la importancia que tienen los “empresarios morales” (Becker, 1963) como legisladores e intérpretes éticos en la construcción discursiva que sirve para fundamentar y legitimar posiciones opuestas y condenatorias relativas al aborto, frente a la autodeterminación y el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, ¿qué tendencias se detectan respecto de la aceptación/rechazo de la legalización del aborto entre los ciudadanos comunes? Un breve análisis de ellas contribuirá a enmarcar el abordaje de los fundamentos que justifican tales posiciones.

3. Liberalización relativa, situacionismo y ambigüedad: tendencias

En la encuesta realizada en la década del noventa (Lista, 1997b) observamos la coexistencia de diversas corrientes de opinión con relación al aborto, su moralidad y tratamiento legal: dos posiciones marcadamente antagónicas que revelaban polarización (una mayoritaria en contra y otra minoritaria a favor) y una categoría cuantitativamente amplia (35%) que sostenía una posición dual e intermedia (moralmente desfavorable, pero de apoyo a la despenalización amplia del aborto).

Si bien el debate público sobre el aborto aparece como altamente polarizado a nivel de los activistas de las organizaciones no gubernamentales y de los grupos de interés que constituyen su entramado, sería inadecuado trasladar tal nivel de polarización a la población en general.

Algunos autores sostienen que la dicotomización polar es reciente (Di Maggio *et al.*, 1996; Evans, 2002), especialmente en lo que respecta a la sociedad norteamericana (Rabbia, 2012). Otros critican tal afirmación y se inclinan a sostener que un número importante de personas se ubican en posiciones intermedias que evidencian actitudes ambivalentes respecto del tema, derivadas de visiones menos absolutas y más “situacionistas” (Jelen y Wilcox, 2003; Alvarez y Behm, 1995) en las que se combinan valoraciones tanto negativas como positivas. Esto último depende de las circunstancias y situaciones referidas al aborto y su práctica (Jelen y Wilcox, 2003; Lista, 1997b), y también según se trate de valoraciones morales o legales (Lista, 1997b). Las actitudes más favorables hacia el aborto inducido aumentan o son más frecuentes en situaciones traumáticas, graves y ajenas a la voluntad y decisión individuales –en particular, las de la mujer–, que en casos de situaciones en las que prima la elección.

Ambivalencia y ambigüedad no implican que las posturas de la población sean necesariamente caóticas o contradictorias, sino que son complejas y multidimensionales, lo cual resulta coherente con el carácter dilemático que el aborto tiene en nuestra cultura.

Diversos estudios realizados en América Latina muestran que la aprobación del aborto es mayor cuando se debe a circunstancias consideradas traumáticas y graves por la población, lo que se combina con una presencia importante de posiciones intermedias, ambiguas y situacionistas (CDD-México, 2003, CDD-Bolivia, 2004, citadas por Rabbia, 2012: 5; Yam *et al.* 2006). Tal sería, asimismo, el caso de la Argentina, donde se detecta una liberalización relativa a lo largo de los últimos años y la existencia de un segmento poblacional amplio con actitudes intermedias, por circunstancias que van más allá de las permitidas por la ley. Esto último se combina con actitudes menos restrictivas respecto del aborto en situaciones traumáticas (Petracci, 2011).

En lo que hace a Córdoba, la tendencia es similar. La comparación de los datos de las encuestas de 1995 y 2011 sirve de base para detectar cierto grado de liberalización en las actitudes de la población hacia el aborto, cuando las circunstancias son graves y traumáticas, aunque las actitudes desfavorables se mantienen estables si se trata de razones electivas (Rabbia, 2012: 26-27).

Los resultados expuestos sugieren que las posiciones heterónomas con relación al aborto prevalecen frente a las autónomas. Tal como era observable a mediados de los noventa, una posición favorable a la legalización del aborto “como derecho a la autonomía corporal de las mujeres, parece no ingresar en el dominio cognitivo y valorativo de los encuestados” (Rabbia, 2012: 27).

4. Las cosmovisiones en contra y a favor del aborto: principales rasgos

Utilizando una estrategia de análisis cuantitativa para caracterizar los perfiles socioculturales de los representantes de ambas perspectivas, observamos que los antiabortistas son más religiosos, más restrictivos en términos de su moralidad sexual y quienes más se oponen a aceptar el derecho individual para decidir sobre la interrupción de la vida por razones personales y privadas (Lista, 1997b).

Por su parte, quienes no condenan el aborto y se posicionan en favor de su legalización se caracterizan por tener un nivel educativo y socioeconómico relativamente más alto y desean tener menos hijos. Lo que verdaderamente los distingue son sus creencias y valores, ya que aparecen

como los menos religiosos y más permisivos sexualmente, a la vez que más favorables a aceptar la autonomía individual y la autodeterminación, aun en materia de vida y muerte: suicidio y eutanasia (Lista, 1997b).

En la encuesta de 1995 (Lista, 1997b) y en la de 2011 (Rabbia, 2012), la intensidad del sentimiento religioso resulta el mejor predictor de las variaciones actitudinales hacia el aborto, no así características estructurales como el nivel socioeconómico, el género, la edad o la educación. Esto permite concluir que las actitudes a favor y en contra del aborto se diseminan a lo largo y a lo ancho del campo social analizado.

4.1. La definición de la persona por nacer y la controversia sobre el significado de la vida

Hace ya décadas que los activistas y las organizaciones que se oponen a la legalización de la práctica del aborto han logrado con éxito instaurar su propio significado del concepto vida y utilizarlo para autodenominar su propia posición en el debate público y utilizarlo como principal argumento en contra de la despenalización del aborto y a favor de su condena moral. Esta apropiación discursiva se funda en ideas y creencias religiosas arraigadas que, sin alterar sus bases, han mutado hacia la utilización de argumentos científicos y jurídicos en apariencia secularizados.⁶ Autoidentificarse como “provida” no sólo impone y legitima una definición de esta posición, sino que permite utilizarla estratégicamente para definir de forma positiva una identidad autodefinida, y al mismo tiempo, constituir a quienes no adoptan visiones antiabortistas como “antivida” o “no-vida”. Con ello, no sólo se favorece la construcción de una identidad negativa, tanto de quienes abortan como de aquellos/as que defienden el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, sino que ofrecen argumentos para una mayor criminalización y condena moral de esta posición.

Argumentativamente, ser “proelección” pierde fuerza simbólica frente a ser “provida”. Por estas razones, reflexionar sobre el significado de la vida, bien sea de quienes apoyan la despenalización como de quienes se oponen a ella, resulta estratégico y fundamental.

Estudios como el de Morán Faúndes (2013) permiten una reflexión profunda sobre la idea de vida que utilizan las organizaciones autodenominadas provida, en particular en el debate público. Ahora bien, cabe preguntarse cuán arraigadas están estas creencias en la gente común. En particular, ¿la defensa de la vida es exclusivamente llevada a cabo por quienes se autodenominan provida y se oponen al aborto por tal motivo? Quienes apoyan la despenalización del aborto y no lo condenan como práctica inmoral argumentan a favor de la muerte o son indiferentes a la vida? o bien, ¿sustentan otra u otras visiones de vida? ¿La vida sólo admite un tipo de definición o hay concepciones alternativas sobre ella?

- a) La visión naturalizada de la vida y la personificación del feto. El aborto como homicidio

Para la perspectiva antiabortista el aborto es percibido, caracterizado y evaluado fundamentalmente desde el punto de vista del feto, no desde el punto de vista de la mujer embarazada

6. Al respecto ver Morán Faúndes (2013).

o desde el de otras personas. El principal argumento utilizado se basa en la creencia de que el embrión es una persona, un ser humano completo y no una vida en potencia. En todo caso, se considera que, aun en la potencialidad de vida, se encuentra un ser humano futuro. Se podría decir entonces que una de las principales estrategias para avalar o justificar esta postura consiste en la “personificación” del feto. La transformación de esta creencia en práctica discursiva logra un fuerte impacto y da fundamento a otras creencias y valores en contra del aborto.

La personificación del feto se logra y refuerza a través de diversos recursos lingüísticos. El primero y más frecuente consiste en referirse al feto utilizando un lenguaje personificador, denominándolo “el niño”, “persona”, “ser humano”, “el hijo”, “el bebé”, “la criatura”, “el chico”, etc. La segunda estrategia consiste en rotular al aborto como crimen u homicidio, lo cual supone la existencia de un ser humano completo como víctima. La referencia es, en este caso, indirecta, y el énfasis no se pone en la persona, sino en el acto de matar. Las referencias impersonales son infrecuentes, por ejemplo no se utiliza el término “embrión” y es muy infrecuente el uso del término “feto”. Este es definido además como víctima inocente, como un ser indefenso. El término utilizado con mayor frecuencia es “vida”, el cual aparece diseminado en el contexto del discurso antiabortista como un hecho, como el objeto de un derecho y como un valor supremo.

El hecho defendido es “la vida del feto”, quien es el sujeto del derecho a la vida. “La vida” es referida como algo abstracto, un valor a defender, pero es interesante destacar que nunca aparece contextualizada en situaciones concretas, ni sociales, ni personales. “La Vida” aparece aislada, despojada de referencias a “la vida” cotidiana. Por ejemplo, no hay referencia a la vida de otras personas, bien sean estas los futuros padres o la mujer, ni tampoco se alude a la futura vida del feto, cuando crece como niño o adulto. En otras palabras, “La Vida” a la que hace referencia el discurso antiabortista y en cuya defensa se basa su principal argumentación, es por un lado, un valor general, universal y superior, que debe ser defendido y, por otro lado, la vida concreta del feto, como existencia inmediata, sin proyecciones futuras. No hay consideraciones sobre la calidad de vida.

En consecuencia, la interrupción voluntaria del embarazo es definida como un crimen, como un acto “cruel”, “horrible” y “extremo”, como el sacrificio de un inocente. La percepción antiabortista es altamente dramática, con frecuentes sobretonos emocionales, condenatoria y absolutista. El aborto es objetivamente malo y no se detectan intentos de comprenderlo o problematizarlo. La reacción es siempre condenatoria. Por estas razones es que la realidad del aborto tiende a ser percibida por quienes defienden esta perspectiva como algo distante de ellos, algo que sucede más allá de sí mismos y que tiene como protagonistas a otras personas.

En suma, la vida es representada en un vacío social y cultural, como un hecho natural y una abstracción descontextualizada, resultado patológico de acciones desviadas y personalidades perturbadas.

Pocas excepciones son espontáneamente mencionadas por algunos entrevistados como susceptibles de despenalizar: dos son las más frecuentes, cuando el embarazo resulta de violación o cuando hace peligrar la vida de la mujer. Si bien aparecen menciones sobre otras causas “graves”, estas son sumamente infrecuentes. No hay ninguna referencia a situaciones sociales o económicas como justificativos del aborto, menos aún al derecho de la mujer a decidir en base a sus propios intereses, necesidades o deseos.

b) La vida situada y la contextualización del embarazo

En el discurso que aprueba la despenalización del aborto las referencias al feto son mucho menos observables y una primera diferencia importante respecto de la perspectiva antiabortista es que el énfasis o la creencia relativa a que el feto es una persona completa resulta mucho menor. En otras palabras, el feto pierde centralidad en el contexto discursivo, lo que no significa que desaparece, ni que no se lo considera “vida” o “persona”. La diferencia está en que las referencias al feto se hacen más infrecuentes y los esfuerzos y estrategias discursivas por personalizarlo son mucho más débiles. Junto con ello, emerge la mujer, con sus intereses y problemas y las circunstancias y situaciones concretas en las que tienen lugar el embarazo.

El feto es visto como parte de una relación en la que la mujer embarazada adquiere mucho mayor estatus y ejerce un rol más importante. El supuesto que implícita o explícitamente subyace a esta creencia es que el embrión no es aún un ser humano “completo”, el que es definido básicamente como un ser humano futuro y dependiente.

[El aborto] no es reprobable porque cada uno tiene la libertad de decidir, el hijo forma parte de la madre, por eso en ningún caso lo penalizaría, porque la madre tiene derecho sobre la vida del hijo que lleva adentro (Encuestado N° 146).

Estas tendencias se observan, por ejemplo, en el lenguaje utilizado para denominar al feto: “hijo”, “hijo no deseado”, “hijo no querido”, “embarazo no deseado”.

...pasa por la elección de la madre, en el caso de ser un hijo no deseado es triste (Encuestada N° 326).

En pocos casos [el aborto] es reprobable, porque es peor un hijo no querido que abortar, el niño sufrirá toda su vida. Psicológicamente será dañado al no ser querido (Encuestada N° 428).

Desear el embarazo y tener un hijo son importantes para esta perspectiva, en tanto y en cuanto sean deseados. La existencia del feto se asocia discursivamente a los deseos e intereses de la mujer o de los futuros padres. Amar y cuidar al futuro hijo aparecen como preocupaciones, lo cual no está presente de manera explícita en el discurso antiabortista del ciudadano común.

Considero que hay circunstancias o situaciones distintas que justifican un aborto, es más sano traer un hijo deseado que uno porque “se debe” (Encuestada N° 206)

En ningún caso [el aborto] es reprobable porque cada uno es dueño de decidir su vida. No lo penalizaría porque traer un niño al mundo para que sufra no tiene sentido (Encuestado N° 253).

Hay que poder planificar los hijos o poder traerlos para que vivan lo más felizmente posible, con afecto y apoyo económico... (Encuestada N° 271).

La “vida” dentro de esta categoría tiene al menos tres significados: primero, no es exclusivamente representada por la vida del feto; este es visto en relación con y/o dependiente de la propia decisión de la mujer y, en algunos casos, de la decisión de otros. Segundo, esta perspectiva ve la vida desde un ángulo diferente. Mientras que la preocupación antiabortista por la vida se refiere a lo inmediato, al “ser que actualmente es” y se focaliza exclusivamente en su “existencia” actual, la

preocupación de aquellos que no tienen una percepción negativa del aborto es distinta, no es sólo por la existencia actual e inmediata del feto, sino primordialmente por las condiciones de desarrollo del futuro niño, su calidad de vida y de la vida de aquellos que, de un modo u otro, se verán afectados por el nacimiento: la futura madre, el futuro padre, otros hijos, etc. Mientras los antiabortistas, en la justificación de su perspectiva, no conciben el futuro como problemático, esta otra categoría tiene en cuenta la existencia en perspectiva futura, en el mediano y largo plazo. Tercero, quienes adoptan esta perspectiva tienden a referirse a la vida en términos mucho más prácticos que los antiabortistas, quienes, como viéramos, la conciben en términos abstractos y absolutos. Por esta razón, dentro de la categoría favorable, los juicios hacia el aborto son marcadamente más relativos y se considera a las decisiones más impredecibles, dependiendo de situaciones concretas.

En suma, se observa un cambio de perspectiva respecto de la posición antiabortista, ya que el aborto no es considerado a partir de un conjunto de principios abstractos y de valores absolutos, sino que se lo representa contextualizado en situaciones sociales y personales concretas, adoptando una posición más pragmática. En otras palabras, predomina una visión menos ideal y más realista, en la que la vida es considerada como vida situada.

4.2. La representación de “el otro”: condena versus comprensión

a) Representaciones negativas que justifican el control y la condena

En los fundamentos del discurso que se opone a la legalización del aborto, los “otros” más frecuente y espontáneamente mencionados son identificados como “la pareja”, “personas” y “la mujer” que deciden practicar el aborto. En todos los casos son representados negativamente, como individuos “irresponsables”, “que tienen problemas”, tal como por ejemplo, “falta de fortaleza” para enfrentar situaciones dilemáticas. Estos problemas o determinadas carencias personales los llevan a abortar.

La mujer debería ser penalizada si no lo tiene, porque lo que le falta es fortaleza para tenerlo, es decir, no puede enfrentar la situación (Encuestada N° 335).

El aborto nunca es visto como el resultado final de una elección racional y/o razonable, sino percibido como el producto secundario de alguna forma de malfuncionamiento; o meramente como un hábito irresponsable.

Es un crimen por no tener responsabilidad... los penalizaría en la mayoría de los casos, a los que abortan por abortar, porque no le gustan los chicos, porque no tienen responsabilidades (Encuestado N° 399).

Es siempre reprobable, porque está fuera de lo común, esa cabeza (la de la mujer) no piensa (Encuestado N° 415).

En todos los casos el aborto es algo malo. Los motivos que llevan a tomar la decisión de abortar se trivializan o minimizan.

La mujer que aborta quiere sacarse un problema de encima, lo hace con vanidad (Encuestado N° 84).

...muchas mujeres lo hacen para no tener tantos chicos y para cuidarse la línea (Encuestada N° 406).

En suma, el aborto no es sólo definido como un problema, sino también como la consecuencia de seres humanos problemáticos, que deciden con base en razones o motivos que también son problemáticos. Nunca aparece representado como el resultado de necesidades personales legítimas o de elecciones significativas realizadas por seres humanos comunes y razonables.

En particular, la mujer que decide abortar es considerada como “de otra clase” y aun “de otra naturaleza”, ajena, distante, diferente, siempre “mala” y en algunos casos, “menos o no humana”.

...la mujer que rechaza a un hijo es una mala madre, un animal (Encuestado N° 378).

b) Feminidad confiable y maternidad no compulsiva

En el discurso de quienes justifican la despenalización del aborto, los contextos donde tienen lugar las decisiones de abortar se amplifican, y la representación dominante del discurso antiabortista -en el que se privilegian principios abstractos ubicados en un vacío social- es reemplazada por un escenario en el que aparecen seres humanos autónomos que enfrentan situaciones concretas, complejas y problemáticas.

En este marco crece el estatus del individuo y se tiene en cuenta a la mujer con sus deseos e intereses personales. Surgen representaciones de un ser humano libre de decidir, aun cuando lo sea en situaciones problemáticas. La visión negativa de una persona, en particular la de una mujer que es irresponsable para tomar sus propias decisiones, es entonces reemplazada por la imagen de una persona/mujer que elige, que opta, confrontado/a por las circunstancias del ejercicio diario de vivir.

En tal contexto discursivo se detecta una confianza básica en el ser humano y en su capacidad para tomar decisiones correctas y apropiadas, aun en situaciones dilemáticas como aquellas relativas al aborto. La desconfianza en las decisiones humanas que impregna el discurso antiabortista es reemplazada por la confianza en la racionalidad y en las emociones humanas. Es importante destacar que la existencia de razones o motivos “buenos” o “suficientes” se presumen, bondad y suficiencia, por lo general, definidas en términos relativos y situaciones contextualizadas.

En lo que hace a la representación de la mujer, las referencias específicas a la maternidad o a la madre están casi ausentes. Cuando las referencias a la maternidad están presentes, implícita o explícitamente, esta no se reduce al acto reproductivo como el simple resultado del embarazo, sino como el proceso de crianza del niño, pleno de responsabilidades, condiciones y requerimientos. Ser madre no es sólo parir, sino criar. En tal sentido, la maternidad es vista más en términos existenciales que esenciales, ya que no define la esencia de la condición de ser mujer. Más aún, sin que se detecten términos derogatorios respecto de la maternidad y el embarazo, ambos pueden ser percibidos como problemáticos para la mujer en determinadas circunstancias, como una interferencia o un límite en su salud y en su plan de vida. La maternidad y la reproducción no son consideradas como condiciones necesarias ni inevitables y la mujer aparece representada como persona y no sólo como madre; y el aborto, como una práctica cuyos motivos y consecuencias deben ser comprendidos, antes que moralmente condenados y penalizados.

En conclusión, de nuestras observaciones surge una representación diferente de la persona y de la condición de ser mujer, con lo cual se contribuye a la constitución de una subjetividad femenina que decide sobre aspectos sustanciales de su vida. La autonomía individual no sólo se asume, sino que se constituye a través de este tipo de discurso.

Tal como ocurre en el discurso antiabortista, el hombre está casi ausente y es invisible en las representaciones verbales de esta categoría, siendo las referencias a él escasas y vagas. Cualquiera sea el posicionamiento individual frente al aborto, espontáneamente no surgen discusiones sobre el cuerpo masculino.⁷ La corporeidad discutida es la femenina. El cuerpo de la mujer tiende a ser representado como abierto, pasivo, proyectado hacia adentro, un espacio “intervenible”, bien sea por la masculinidad, por los profesionales médicos, los operadores jurídicos y los representantes de distintos credos religiosos, o por los discursos morales, científicos y políticos. Dicha apertura y proyección hacen que el cuerpo femenino sea visto como “penetrable” quirúrgica, sexual y discursivamente. En tal sentido, el cuerpo de las mujeres es controvertido y ubicado en el ámbito de lo público; y lo que en apariencia resulta contradictorio, su privatización, es tomada como tema de debate público, aun por aquellos discursos que se esfuerzan por mantenerlo en el ámbito de lo privado y doméstico.

Por su parte, el cuerpo masculino es visto como externo, proyectado, activo, un espacio cerrado y no intervenible, lo cual resulta particularmente claro al momento de discutir prácticas preventivas de embarazos no deseados como alternativas frente al aborto, tales como la vasectomía y la ligadura de trompas.⁸ Mientras la segunda es más frecuente y espontáneamente discutida y hay mayores conocimientos sobre su procedimiento y efectos, la vasectomía no sólo es menos sugerida, sino que por lo general se la asocia a consecuencias negativas con relación a la sexualidad masculina: impotencia y disminución del deseo sexual, lo cual no sólo revela menor información sobre esta práctica médica, sino que, además, crea fantasías y miedos, especialmente entre los varones. Mientras una intervención quirúrgica preventiva en las mujeres aparece como más aceptable y menos riesgosa para su salud y su autoestima, una intervención similar en el cuerpo masculino no sólo es menos considerada como alternativa, sino como mutilante, lesiva, más amenazante para su sexualidad y autovaloración personal.

4.3. *Soluciones prescriptas*

a) Prevención y castigo. La maternidad obligatoria

La prevención es un argumento utilizado para reforzar la idea de que el aborto es evitable y que por lo tanto sucede como consecuencia de actos irresponsables, riesgosos o negligentes, todo lo cual sirve para justificar su penalización.

7. Las consideraciones que siguen sobre el cuerpo femenino y el masculino han sido tomadas de las discusiones en grupos focales. El tema de la corporeidad de las mujeres y los hombres no fue problematizado por los investigadores, ni se plantearon preguntas a debatir, sino que surgieron espontáneamente. Si bien no se trataron en profundidad, la consistencia de las creencias y valoraciones expresadas por las y los participantes nos permite realizar inferencias que son sintetizadas a continuación.

8. Técnicas de contracepción quirúrgica previstas por la Ley 26.130.

...¡para eso existen todas las cosas que hay! píldoras, preservativos, para que no llegue al embarazo. Si hay embarazo, debe tenerlo, habiendo tantos medios para cuidarse no hay porque llegar al aborto (Encuestada N° 132).

Estoy de acuerdo en casos muy embromados, pero en estos tiempos hay muchas formas de cuidarse para no llegar a esto (Encuestada N° 177).

Siempre debe penalizarse, a ella y a quien se lo haga, porque si se tiene relaciones hay que cuidarse (información hay de sobra). No se justifica y hasta los organismos públicos proveen de todo (Encuestada N° 223).

Interrogados sobre qué hacer con relación a la mujer que aborta, en los discursos antiabortistas se detectan dos reacciones típicas. La primera consiste en retrotraerse al momento anterior al embarazo y desde allí afirmar qué hubiera sido necesario hacer para prevenirlo, para, de ese modo evitar el aborto. A partir de ello, la reacción consecuente consiste en penalizar. La presunción subyacente es que “la situación no debería haber sucedido”, por ello, si sucede, se penaliza.

En cuanto a la pena, la más citada es la privación de la libertad, tanto para castigar como para evitar futuros abortos y como forma de tratamiento y resocialización de las mujeres que hacen uso de él. El objetivo de la pena es tanto moral como práctico; en el mejor de los casos, la modificación de conductas.

No siempre es por enfermedad, para los que no saben, el castigo sería que aprendan para otra vez. Yo tengo seis hijos y con pobreza y todo, yo y mi mujer los hemos criado (Encuestado N° 59).

Siempre es un crimen, la penalizaría siempre, para que no pueda olvidarse, para que aprenda a cuidarse. Lo haría menos que antes (Encuestado N° 398).

Es destacable que otra pena que manifiesta o latentemente aconsejan los antiabortistas como castigo al “sexo irresponsable” consiste en el embarazo y la maternidad obligatorios. La maternidad no es representada sólo como algo positivo, como podría esperarse entre los miembros de esta categoría, sino asociada al deber más que a la elección y la alegría. La típica afirmación es ejemplificada con la siguiente frase:

... si quedó embarazada debe asumir las consecuencias, si quedó embarazada tiene que “bancársela” (Encuestado N° 161)

Ahora bien ¿cuál es la razón última de la severidad que expresan los antiabortistas en relación con el aborto? En superficie, esta práctica aparece equiparada al homicidio; sin embargo, a un nivel más profundo, el sexo por placer o sólo irresponsable pasa a ser el objeto sometido al control y por lo tanto, castigado.

b) Educación y cuidado

En comparación con el discurso antiabortista, quienes integran la categoría opuesta otorgan mucha menor importancia a la prevención como argumento para fundar el castigo. Este, cuando aparece, lo es como un elemento residual y resignificado.

En este discurso, el énfasis está puesto en la educación en vez del castigo, especialmente con la educación posterior al aborto, a fin de fortalecer la prevención futura de embarazos no deseados. Las referencias a la prevención son realizadas a partir de una perspectiva diferente. Mientras que, para los antiabortistas, la falta de prevención que conduce al aborto da lugar al castigo, para quienes se ubican en una posición opuesta, la educación reemplaza el castigo legal.⁹

Por otra parte, se observan referencias que muestran preocupación por la mujer que aborta, ya que se considera que la experiencia del aborto es problemática; por lo tanto, en vez de castigos impuestos por normas externas, la mujer necesita apoyo, cuidado y alivio o, en última instancia, comprensión.

4.4. Procreación versus “normalización” del aborto

a) *Maternidad y feminidad: el discurso pro-natalista y “naturalista”:*

A pesar de que las referencias a la maternidad son infrecuentes, esta aparece como obligatoria para la mujer, positivamente valorada y fuertemente asociada a la feminidad, o más aún, a la esencia y naturaleza femeninas. Esta visión concuerda con la representación del sexo y de la sexualidad, exclusivamente como comportamiento y capacidad reproductivos. El embarazo y la maternidad resultan de tal modo situaciones inevitables para una mujer y el resultado de “El Destino”. Esta cosmovisión presenta muchos componentes fatalistas que prescriben una radical “no intervención” en asuntos reproductivos.

...si el hijo viene, viene (Encuestada N° 254).

El aborto es siempre reprobable, la vida no se puede manejar (Encuestado N° 276).

Según ciertas presunciones, toda mujer debe ser madre (o debería desearlo), lo cual no es asunto de elección, sino algo constitutivo, esencial y natural en ellas. De ahí que toda mujer que no lo desee o decida evitarlo por medio de un aborto sea desnaturalizada. Un aborto no sólo atenta contra la vida de otro sino contra la propia naturaleza de la mujer que, al decidir practicar un aborto actúa contra designios y proyectos en los que el ser humano no debe intervenir, los que no deben ser contradichos.

Bajo ningún punto estoy de acuerdo con el aborto, debe ser penalizado siempre, si no, no es mujer (Encuestado N° 56).

Una mujer nació para ser madre, el aborto no puede ser (Encuestada N° 309).

Si Dios le da ese don de tener hijos, hay que tener hijos. Antes de matarlo mejor darlo en adopción. A personas así no las mataría, tendrían que llevarlas a que sufran, trabajos forzados, para que sepan lo que es el sufrimiento. Distinto es cuando puede morir la madre o el

9. Es destacable, además, la asociación o identificación del castigo con la culpa. De manera concordante con la idea de elección y libre ejercicio de la voluntad, el castigo es visto como un mecanismo interno, personal, materia de la conciencia individual

hijo, Dios dispone. Por eso, en la mayoría de los casos, el aborto debe ser penalizado, para mí el aborto no tendría que existir, es una vida que Dios da, es como si Dios da pan a quien no tiene dientes. Me interesan más temas como la adopción y los niños de la calle, pero del aborto, de la sexualidad... (Encuestada N° 324).

El resultado de esta condena consiste en descalificar a la mujer que aborta, considerándola como “la otra”, un ser desviado y diferente, con lo cual se justifican su castigo y marginalización. La sexualidad, especialmente la femenina, es reducida a la función reproductiva; y la feminidad, a la maternidad. La paternidad, en cambio, aparece ausente en el discurso antiabortista. En el centro del debate sólo están la mujer y su sexualidad.

b) La “normalización” del aborto

La relativización del valor de la vida y la modificación del estatus del feto favorece la “normalización” del aborto, y lo transforma de un crimen en una elección, aunque problemática y difícil, en el ejercicio fundamental de un derecho individual, particularmente por parte de la mujer.

El principal argumento en favor de la despenalización se basa en considerar las “circunstancias”, “situaciones” y “condiciones” que rodean a la mujer, el embarazo y la decisión de abortar. La propuesta es, entonces, de reflexión, de ajustar las decisiones a la complejidad y especificidad de los casos concretos. Veamos los siguientes ejemplos:

...depende de la situación de la pareja (Encuestada N° 1).

Lo penalizaría en pocos casos, de acuerdo a la situación de la mujer (Encuestado N° 23).

...tiene que ver la situación en la que se encuentra la pareja, los motivos o casos especiales por los cuales se ha producido el embarazo, por ejemplo violación, o cuando no sos consciente del hecho, si está drogada o alcoholizada... Lo penalizaría en muy pocos casos, ya que se debe hacer un estudio del caso, porque no se puede penalizar a una persona sin saber los motivos que la llevaron a realizar el aborto (Encuestado N° 359).

...depende de la situación, yo no puedo decir “no”, porque hay personas que sufren diferentes causas, no creo que las personas digan no a la vida porque tengan ganas, así nomás... por eso, en ningún caso penalizaría, porque debe tener una razón, esto no se hace así porque sí (Encuestado N° 388).

Una segunda estrategia para “normalizar” el aborto consiste en justificarlo basándose en la libertad individual y en el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y capacidad reproductiva.

En ningún caso penalizaría porque cada uno sabe como lo decide y por qué (Encuestado N° 4).

...la mujer decide sobre su cuerpo, sobre la maternidad (Encuestada N° 44).

No es reprochable porque es la libertad individual, la Constitución no contempla la libertad individual de la mujer... por eso no penalizaría ningún caso, porque tiene el derecho de hacer con su vida y el futuro de su vida lo que ella decida (Encuestada N° 79).

...es la voluntad de la mujer, por eso no penalizaría ningún caso (Encuestada N° 165).

...no penalizaría ningún caso porque pasa por la elección de la madre (Encuestada N° 326).

Yo creo que el ser humano tiene como una de las libertades la reproducción, si quiero me reproduzco, si no quiero no, por eso no es reprobable ni lo penalizaría, porque si no quiere reproducirse... si tiene el embarazo es por algún motivo (Encuestada N° 393).

No es reprobable porque considero que una persona adulta tiene la capacidad de decidir (Encuestado N° 395).

Así, la posibilidad de elegir entre abortar o no se transforma en expresión de la libertad individual y en un tema de decisión personal.

Es una decisión personal, lo que no implica que sea tomada ligeramente, solamente cada uno puede opinar al respecto sobre cada uno y la pareja (Encuestado N° 136).

Es una cuestión absolutamente personal e individual, lo legal no cuenta (Encuestado N° 252).

El discurso es un discurso de deseos y necesidades, por oposición al discurso antiabortista, que es un discurso de obligaciones y deberes. Por ello, la propuesta es de relativización de las decisiones, para solucionar conflictos y tensiones propios de la realidad concreta. Sin embargo, la posibilidad de abortar no es ilimitada; se necesitan razones, motivos o justificativos. Los más frecuente y espontáneamente citados son, en el siguiente orden, la violación, la situación económica de la mujer o de su familia, y la vida y salud de la mujer.

En pocos casos es reprobable, aunque nadie tiene el derecho de hacerlo sin una causa seria (Encuestada N° 187).

En pocos casos es reprobable, hay casos como violación, cuando no lo puede mantener económicamente, es malo cuando no hay justificativo (Encuestado N° 236).

4.5. El significado del sexo y de la sexualidad

Cualquiera sea la posición frente al aborto y su legalización; en general, de sexo no se habla de manera espontánea. Aparece como un tema incómodo, que se evita abordar.

La no alusión al sexo y la sexualidad es evidente entre quienes se posicionan favorablemente con relación a dicha práctica y su legalización. Las referencias expresas a ambos aspectos son prácticamente inexistentes, por lo que no hay datos suficientes para inferir cómo son considerados por esta categoría de entrevistados. De cualquier modo, no son objeto de condena.

Distinta es la situación que se observa en el discurso antiabortista, en el que las relaciones sexuales son innombradas y ambiguamente referidas como “eso”, “el acto”, “la macana”,¹⁰

10. Uso coloquial del término para hacer referencia a un error o a un hecho o situación que produce incomodidad o disgusto.

“cosas” o “las relaciones” y representadas como algo vergonzoso, riesgoso y problemático, particularmente cuando se habla del papel de la mujer en ellas.

El aborto es siempre reprobable, porque es matar a un niño y porque si probó lo dulce que pruebe lo amargo (Encuestada N° 195).

No le puede quitar la vida a ese ser, ¿para qué se acostó? (Encuestada N° 232).

Si tiene relaciones y le gustó, que después no lo tire (Encuestada N° 234).

Sí, debe ser penalizado cuando es el resultado de un acto de placer (Encuestada N° 183).

Aunque infrecuentes, cuando aparecen las referencias explícitas y espontáneas al sexo y la sexualidad en el discurso antiabortista, son objeto de condena, a menudo innombrados y siempre temidos. El ejercicio de la sexualidad por la mujer es el más reprobado, particularmente cuando es por placer. Respecto de ella, el placer y el dolor van en tándem: “quien prueba lo dulce que pruebe lo amargo”, expresan varios/as entrevistados/as. Las relaciones sexuales de la mujer seguidas de embarazo son asociadas a castigo, obligación y responsabilidad.

Penalizarlo siempre, porque la mujer debe aceptar a los hijos que manda Dios, o si no, no hacerlo (Encuestada N° 49).

El aborto es siempre reprobable porque si se ha dedicado a hacer el acto tiene que tener en cuenta las consecuencias del acto (Encuestado N° 91).

Ella debe soportar las consecuencias de la relación sexual, es un crimen (Encuestada N° 153).

Debe estar siempre penalizado, porque no estoy de acuerdo, en primer lugar el chico no tiene la culpa y en segundo lugar, si se mandó la macana que se la banque (Encuestada N° 372).

De manera implícita y coherente con otros componentes discursivos, el sexo y la sexualidad no reproductivos son vistos negativamente y como condenables, al igual que cuando son ejercidos de manera irreflexiva y por placer. Esto último particularmente en referencia a la mujer.

4.6. *Las fuentes de autoridad de la que se derivan los juicios*

a) *Heteronomía*

Uno de los supuestos centrales de la moralidad “heterónoma” se basa en la creencia de que la fuente última de autoridad es externa al individuo y referida a Dios o a la naturaleza, el destino, la suerte o viejos códigos, leyes o libros sagrados. El poder y la autoridad para decidir sobre la vida y la sexualidad se ubican explícitamente más allá de las decisiones individuales. El origen divino de la vida y de la muerte es una creencia central y consolidada dentro de esta categoría; y la obediencia a ella, una prescripción firmemente establecida, lo que constituye el argumento más frecuentemente utilizado contra el aborto.

Es siempre reprobable, porque es un asesinato, porque Dios así lo manda (Encuestado N° 35).

...porque Dios no lo permite (Encuestada N° 36).

Una de las estrategias más usuales para apoyar la heteronomía se basa entonces en la creencia de que la vida es sagrada en su origen y que por lo tanto está fuera del ámbito de las decisiones humanas.

...toda persona tiene derecho a la vida, nadie la puede quitar, solo Dios (Encuestada N° 110).

No es una decisión humana. El nacimiento de otro ser es el acuerdo entre dos personas con el deseo de Dios (Encuestado N° 70).

Lo que Dios mandó hay que aceptarlo... es cosa de Dios y hay que dejarlo en manos de Dios (Encuestada N° 128).

La vida la da Dios y también la quita. El hombre no tiene autoridad para hacer eso (Encuestada N° 374).

Son también frecuentes las referencias a entidades abstractas (la Ley, la Verdad) como fuentes de autoridad, a las que se las representa como alejadas o, al menos, separadas de la existencia y la agencia humana, tanto individual como colectiva. La no intervención humana es así justificada sobre la base de la autoridad de la tradición, o en decisiones realizadas por agentes públicos e instituciones o, en general, por “la Vida” o “el Destino”. Se deposita confianza en la sabiduría de fuentes de autoridad omnipotentes y distantes, cuyos propósitos están más allá de la comprensión de la gente común.

Es un crimen, a uno le han inculcado que tiene vida ese ser, así sean días... por eso en la mayoría de los casos hay que penalizar a la mujer, hay que castigarla, salvo que el juez autorice en determinados casos (Encuestado N° 131).

Se debe respetar lo que la Vida le da (Encuestado N° 194).

La inmutabilidad y sacralización de la realidad son las consecuencias de esta perspectiva. El ser humano es puesto al servicio de propósitos superiores y dependiente de ellos. Esta posición encuentra apoyo en una visión teocéntrica del mundo, o al menos en una perspectiva antiantropocéntrica. Las creencias religiosas cristianas, mayoritariamente católicas, operan explícitamente como tales, como en los ejemplos dados, pero sobre todo lo hacen implícita e indirectamente, como una moralidad religiosa secularizada. En cualquier caso, el poder humano para decidir se aliena, y la superioridad y la autonomía se suponen como un conjunto de valores que tienen existencia propia y autónoma. A partir de ello, la decisión de abortar es quitada del ámbito y la potestad humanas.¹¹

b) Autonomía

En el contexto del discurso favorable a la legalización del aborto, la fuente de autoridad está en el ser humano o ubicada próxima a él, y aparece representada como falible, accesible, cercana y modificable. El significado de la ley es también diferente si lo comparamos con la perspectiva antiabortista, pues deja de ser inmutable y es vista al servicio de seres humanos concretos y de

11. Para el tratamiento del papel de la religión y del activismo religioso con relación al debate sobre aborto, género y sexualidad, ver Vaggione (2009a y b).

necesidades sociales. En general, la perspectiva es antropocéntrica y resulta interesante destacar la ausencia de referencias a Dios y a otras entidades abstractas, como la Naturaleza y el Destino.

Por ello es que el aborto no es definido como una práctica delictiva y pecaminosa, sino transformada en un problema humano práctico, en una consecuencia de elecciones racionales y relativas realizadas por mujeres en situaciones sociales y personales concretas. Sobre esta base, es posible considerar a estas decisiones como el ejercicio de un derecho y no como objeto de castigo; y a las definiciones legales, como instrumentos para proveer soluciones. El poder de decidir se centra en el individuo, y el estilo de razonamiento moral es básicamente autónomo.

4.7. Principales rasgos de las cosmovisiones en contra y en pro de la legalización del aborto

a) La visión anti-aborto

El marco referencial del discurso antiabortista es altamente abstracto. La realidad es valorada deductivamente, derivando juicios de principios generales cuya existencia y superioridad se suponen. La autosuficiencia y la supremacía de los valores son tomadas por dadas e indiscutidas. Dichas características favorecen la adopción de posturas dogmáticas que obstruyen la discusión abierta y la relativización o modificación de opiniones sobre el aborto. Esta práctica aparece como un asunto “no negociable”. La renuencia al reconocimiento de conflictos de valores e intereses o la legitimidad de estos conflictos son algunas de las consecuencias de esta perspectiva.

La condena al aborto resulta entonces de argumentos y juicios deductivos, a partir de principios universales y abstractos inmodificables. El tipo de razonamiento de esta perspectiva se mantiene siempre lejos de circunstancias concretas, de individuos también concretos, y particularmente de la situación y circunstancias de mujeres concretas. Juzgar es preferido a comprender, y la abstracción a la evaluación de los eventos de la vida cotidiana. Los errores humanos son representados como irreparables, en particular el embarazo y la decisión de la mujer de abortar. No se visualizan soluciones pragmáticas o alternativas intermedias.

¿Cuáles son los principios dominantes? La secularización de principios religiosos cristianos que conciben a la vida humana, a los seres humanos y a la sexualidad como objetos sagrados y al sexo exclusivamente como una actividad reproductiva (Kelley *et al.*, 1993). La maternidad en este contexto es altamente valiosa y constituye la base para definir la feminidad.

b) La visión no condenatoria y favorable a la legalización del aborto

Las decisiones son tomadas considerando circunstancias concretas, necesidades humanas y deseos, aunque ello no implica la ausencia de principios generales y abstractos. Lo que se observa es que estos no son la principal fuente de la toma de decisiones, por lo que esta perspectiva se manifiesta como marcadamente más pragmática y relativista que la anterior. La duda y el error son admitidos, y las necesidades individuales y/o sociales, consideradas como importantes argumentos para decidir. Aun cuando, de manera expresa, no se reflexione con frecuencia sobre la sexualidad, las prácticas sexuales y sus consecuencias, cuando se los aborda, se los trata como

asuntos humanos y, eventualmente, como problemas humanos. La actitud comprensiva excede a la enjuiciadora.

Asimismo, los argumentos se basan en criterios menos inmutables y rígidos. El aborto pasa a ser percibido como una solución a situaciones económicas, a la estigmatización y la discriminación de la mujer, e incluso como un método para regular el número de hijos y/o la distancia entre los nacimientos. El significado del aborto como una práctica negativa es reemplazado por la idea de que es un acto decidido por seres humanos. La decisión de abortar, por lo tanto, se torna debatible, relativa y argumentable.

En el proceso de toma de decisiones se observa un mayor inductivismo (frente al deductivismo de los antiabortistas). Resulta interesante remarcar que dentro de este tipo de discurso se puede observar un subtipo que deriva argumentos y juicios de principios generales y abstractos. En este caso, la autodeterminación, el libre albedrío y la autonomía individual son tomados como los más altos valores de los cuales se derivan tales juicios y argumentos.

5. Conclusiones y reflexiones finales

En nuestro país, la opinión pública y las actitudes con relación al aborto se estructuran sobre la tensión entre cosmovisiones polares en contradicción y conflicto, cuyos representantes viven entrelazados en la red social de la vida cotidiana. Entre ambas, un sector numéricamente importante de la población adopta una posición dual o intermedia, que combina características de ambos polos y soporta la tensión entre una visión dominada por principios absolutos y una visión más pragmática del ser humano y de la vida.

- La cosmovisión antiabortista, tal como lo expresamos antes, constituye el consenso de la heteronomía, inspirado en el supuesto de que el ser humano no es confiable y que por lo tanto necesita de guía normativa externa, intermediada por lo que Bauman llama, en un sentido amplio, “legisladores” o intérpretes éticos (1994). Tradicionalmente hegemónico, el discurso antiabortista tendría mayor legitimidad pública, pues sus supuestos y contenidos necesitan menor justificación en el marco de discursos dominantes. Es el discurso establecido, que en gran medida aparece como “dado” y que define “cómo son las cosas” en materia de aborto y reproducción, a partir de concepciones médicas, religiosas y jurídicas tradicionales. Aunque menos estable que antes, tiende a redefinirse en términos más seculares en el campo del debate público.
En contradicción con el discurso antiabortista, las posturas en apoyo al derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, favorables a la autodeterminación individual, han construido históricamente visiones alternativas y críticas, en las que prima la autonomía moral y la ubicación del *locus* de control en el individuo.
- La posición antiabortista ha sido y sigue siendo exitosa en ubicar su propia definición de vida como centro de la discusión, y quienes la asumen se autopoicionan y definen como exclusivos defensores de la vida humana. En este apoderamiento con aspiraciones monopólicas de la noción de vida, no sólo se obtura cualquier tipo de debate racional, sino que la noción de vida absolutizada y planteada en términos abstractos favorece la

constitución de subjetividades negativas (la de la mujer que aborta), que pasa a ser susceptible de ser condenada y castigada. Frente a la “defensa de la vida” se plantea como un opuesto, la “no vida”, la “muerte y el asesinato”, con lo cual la noción de “elección” pierde jerarquía o al menos enfrenta dificultades para constituirse como alternativa moralmente válida. A partir de ello, resulta prioritaria la tarea de deconstrucción de la noción de vida definida sobre la base de principios absolutos y como discurso único, para ubicar en el debate público otras nociones de “vida en contexto”, que aparecen entre quienes se posicionan en favor de la despenalización del aborto.

- Dentro de la perspectiva antiabortista, la identidad femenina tiende a ser en gran medida asimilada o reducida a la función reproductiva y vinculada “esencialmente” a la maternidad. La feminidad es vista como determinada biológicamente; y la mujer, definida como un ser no autónomo y dependiente, no sólo del varón, sino de las necesidades y requerimientos sociales. Mientras el hombre está ausente en el discurso antiabortista, la mujer es concebida como “sociocéntrica”, como un ser esencialmente relacional, contextualmente ligado al todo social a través de su capacidad de gestación (Sundman, 1994). En su intento regulativo, el discurso antiabortista refuerza la construcción social de la mujer que aborta como un ser humano “egoísta” e “irracional”, como “marginal y desviada, que se enfrenta a una categoría más amplia de mujeres que no necesitan/desean abortar” (Sheldon, 1993). Al hacerlo, se refuerza la representación misma de la mujer como periférica y dependiente.

Frente a esta concepción de la mujer y la maternidad, el discurso favorable al aborto redefine la feminidad en términos “socioculturales”. Despojada de determinismo natural y biológico, la maternidad deja de ser vista como mandato, y la sexualidad, como exclusivamente reproductiva. La mujer es considerada como una persona capaz de decidir sobre su propia vida, y en particular, sobre su cuerpo y su sexualidad.

- En los intersticios del discurso antiabortista se detectan al menos tres características que lo tipifican de manera muy general: primero, un subyacente temor al caos, paralelo a la necesidad consecuente de reforzar normas y creencias que provean de un sentido de orden (religioso, natural, social, racional, etc.); segundo, la creencia de que es inimaginable la existencia de un mundo ordenado sin la función intermediadora de los intérpretes morales (Bauman, 1994); y tercero, la separación y aun la contraposición entre la ética y lo que la gente actualmente hace. Probablemente sean estos fundamentos éticos y emocionales los que dan base a la “resistencia intelectual vehemente” (Bauman, 1994) y al lenguaje de condena que identifica y caracteriza a este discurso. El supuesto de la existencia de valores universales externos e independientes de los seres humanos va a la par de la legitimación del rol y función de los intérpretes éticos, y de este modo se fortalece la existencia y reproducción de las elites morales. Por ello es que este discurso aparece como distanciado del ser humano concreto, de sus necesidades, intereses y motivaciones cotidianas.

El discurso en defensa del derecho de la mujer a abortar es menos dramático y fatalista; se basa en concepciones morales más permisivas y flexibles, adaptadas a las necesidades que plantean las contingencias de la vida. De ahí que las decisiones sean argumentables

y no meras conclusiones deductivas de principios generales e inmutables. El antropocentrismo que lo inspira resulta consistente con tales actitudes.

- De nuestros datos surge, como conclusión general, que la corriente de opinión antiabortista se basa en valores distintos a los de la autonomía y la libre determinación individual y al derecho de la mujer a controlar su capacidad reproductiva. Esto tiene, al menos, una consecuencia importante en lo que hace al desarrollo de comportamientos reproductivos no riesgosos: la heteronomía no favorece y, más aún, se opone a la construcción de identidades, en particular la femenina, que centren en sí mismas la capacidad de decisión y el control sobre su vida, su cuerpo y su sexualidad, como sujetos no dependientes de supuestas “necesidades” sociales y determinismos naturales. En tal sentido, la heteronomía de la perspectiva antiabortista contribuye a consolidar la reproducción de una subjetividad femenina pasiva y dependiente, orientada hacia los otros y despojada de poder.

Más allá del acuerdo o el desacuerdo moral o ideológico que podamos tener con la cosmovisión antiabortista, nos interesan las consecuencias prácticas que esta puede tener a nivel de los comportamientos y las prácticas sociales concretas. Varios investigadores nos informan sobre la importancia que la ubicación del *locus* de control sobre la propia vida—fuera o dentro del sujeto—tiene sobre las conductas reproductivas (McIntyre *et al.*, 1991; Pantelides *et al.*, 1995). La asignación de control fuera de sí mismo favorece conductas riesgosas, mientras que su ubicación en el individuo se asocia a comportamientos preventivos. Pantelides, en su estudio sobre conductas reproductivas de los adolescentes, encuentra que la actitud fatalista, vinculada al *locus* de control externo; por oposición a la conducta autodirigida, está asociada a la ausencia de cuidados en la primera relación y en las relaciones recientes, así como a la falta de sistematicidad en tal cuidado.

Es así que la cosmovisión antiabortista encierra una paradoja: constituye un obstáculo importante para el logro de lo que supuestamente anhela, la prevención de embarazos no deseados y de abortos. Tal prevención supone la existencia de individualidades autónomas para el fortalecimiento de relaciones reproductivas seguras y responsables. De ahí que, cambiando el eje en la discusión sobre el aborto y la sexualidad, dominada por sobretonos morales y emocionales, sería deseable abordar tales temas con un grado más alto de reflexividad, a fin de aportar propuestas razonables desde una perspectiva más racional. Con este objetivo en la mira, se torna necesario profundizar el debate en pos de una redefinición del aborto como un problema de salud pública y de salud reproductiva. Mientras esto no ocurra, continuaremos observando, o lo que es peor, ignorando, una realidad caracterizada por altas tasas de mortalidad materna como consecuencia de la práctica clandestina del aborto, en un contexto caracterizado por la coexistencia de leyes ineficaces para la prevención de altas tasas de abortos. Ante esta situación, la propuesta consiste en repensar las soluciones morales y jurídicas que actualmente se ofrecen en el contexto de la sociedad argentina a la problemática del aborto y la reproducción. Ello no podrá lograrse eficazmente si no acompañamos este proceso con una profunda autorreflexión individual y colectiva, despojada de prejuicios y temores, en la que todas y todos nos sintamos involucradas/os.

Bibliografía

- Alvarez, Michael y Brehm, John: “American ambivalence towards Abortion Policy: Development of a heteroskedastic probit model of competing values”, en *American Journal of Political Science* 39 Vol. 4, N° 1995, pp. 1055-1082.
- Bauman, Zygmunt: “Morality without Ethics”, en *Theory, Culture & Society*, Vol. 11, 1994, pp. 1-34.
- Becker, Howard S.: *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*. Nueva York, The Free Press, 1963.
- Católicas por el Derecho a Decidir (CDD) – Bolivia: *Encuesta de opinión y percepción ciudadana católica sobre derechos sexuales y reproductivos*, La Paz, CDD, 2004.
- Católicas por el Derecho a Decidir (CDD) – México: *Encuesta de opinión católica en México*. México DF, Population Council, Estadística Aplicada y CDD, 2003.
- Di Maggio, Paul; Evans, John y Bryson, Bethany: “Have American’s social attitudes become more polarized?”, en *American Journal of Sociology*, Vol. 102, N° 3, 1996, pp. 690-755.
- Emerson, Michael O. “Through Tinted Glasses: Religion, Worldviews, and Abortion Attitudes”, en *Journal for the Scientific Study of Religion*, Vol. 35, N° 1, 1996, pp. 41-55.
- Evans, John: “Polarization in Abortion Attitudes in U.S. Religious Traditions, 1972-1998”, en *Sociological Forum*, Vol. 17, N° 3, 2002, pp. 397-422.
- Fried, Amy: “Abortion politics as symbolic politics: An investigation into belief systems”, en *Social Science Quarterly*, N° 69, 1988, pp. 137-63.
- Granberg, Donald: “The abortion activists”, en *Family Planning Perspectives*, 13, 1981, pp. 157-63.
- Granberg, Donald y Denny, Donald: “The coathanger and the rose”, en *Society*, N° 19, 1982, pp. 39-46.
- Hunter, James: *Culture wars: The struggle to define America*. Nueva York, Basic Books, 1991.
- Jelen, Ted y Wilcox, Clyde: “Causes and Consequences of Public Attitudes Toward Abortion: A Review and Research Agenda”, en *Political Research Quarterly*, Vol. 56, N° 4, 2003, pp. 489-500.
- Kelley, Jonathan; Evans, M.D.R. y Headey, Bruce: “Moral reasoning and political conflict: the abortion controversy”, en *British Journal of Sociology*, Vol. 44, N° 4, December, 1993, pp. 589-611.
- Lista, Carlos A. “Los estilos de razonamiento moral y el debate sobre el aborto”, en *Anuario II*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1994, pp. 254-76.

- “Sex differences and gender indifference: legal and political consciousness regarding abortion”. Artículo presentado en la Universidad de Strathclyde, Escocia, en el marco de un Intercambio Académico en Investigación Científica, CONICOR-The British Council, 1997a, inédito.
 - “¿Existe consenso hacia el aborto inducido?”, en *Anuario III*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1997b, pp. 151-71.
 - “El discurso antiabortista. Heteronomía moral y penalización”, en *Anuario IV*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1999, pp. 183-97.
- Luker, Kristin: *Abortion and the Politics of Motherhood*, Berkeley, University of California Press, 1984.
- Mc Intyre, Anna; Saudargas, Richard y Howard, Robin: “Attribution of control and teenage pregnancy”, en *Journal of Applied Developmental Psychology*, Voll. 12, N° 1, 1991, pp. 55-61.
- McNamara, Patrick H. “The New Christian Right’s view of the family and its social science critics: A study in different presuppositions”, en *Journal of Marriage and the Family*, N° 47, 1985, pp. 449-458.
- Melhuus, Marit: “Gender - and the Problem of Hierarchy”, en *Ethnos*, N° 3-4, 1990.
- Morán Faúndes, José M.: “Vidas que constriñen cuerpos. La política sexual y el discurso de la vida de los sectores ‘Pro-Vida’ en Argentina”, Tesis de Maestría inédita. Maestría en Sociología, Centro de Estudios Avanzados-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- Neitz, Mary Jo: “Family, state and God: Ideologies of the right-to-life movement”, en *Sociological Analysis*, N° 42, 1981, pp. 265-76.
- Obereschall, Anthony: *Social movements: Ideologies, interests and identities*. New Brunswick, NJ, Transactions, 1993.
- Pantelides, Alejandra; Geldstein, Rosa N.; e Infesta Domínguez, Graciela: *Imágenes de género y conducta reproductiva en la adolescencia*, Buenos Aires, Centro de Estudios de Población, Cuaderno N° 51, 1995.
- Petracci, Mónica: “La opinión pública sobre el aborto en Argentina”, en Carlos F. Cáceres, M. Esther Mogollón, Griselda Pérez-Luna y Fernando Olivos (eds.), *Sexualidad, ciudadanía y derechos humanos en América Latina*, Lima, IESSDEH, UPCH, 2011, pp. 237-246.
- Rabbia, Hugo H.: “Dinámicas de las actitudes sobre legalización del aborto en Córdoba, Argentina (1996-2011): ¿hacia una liberalización ambivalente?”, en *V Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población*, Montevideo, Uruguay, 23-26 de octubre de 2012.
- Sheldon, Sally: “‘Who is the mother to make the judgment?’: The Construction of Woman in English Abortion Law”, en *Feminist Legal Studies*. Liverpool, Deborah Charles Publications, Vol. I, N° 1, 1993, pp. 3-22.

- Sundman, Kerstin: *Women are person too: Gender and personhood in the abortion debate in post-Franco Spain*. Göteborg: SANS Socialantropologiske Skrifter, Socialantropologiska Institutionen, 1994.
- Vaggione, Juan M.: “El fundamentalismo religioso en Latinoamérica. La mirada de los/as activistas por los derechos sexuales”, en Juan Marco Vaggione (comp.), *El activismo religioso conservador en Latinoamérica*. Córdoba, Católicas por el Derecho a Decidir-Córdoba, 2009a, pp. 287-319.
- “La sexualidad en un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos”, en Mario Gerlero (comp.), *Derecho a la sexualidad*. Buenos Aires, David Grinberg, Libros Jurídicos, 2009b, pp. 141-159.
- Welch, Michael R.; Leege, David y Cavendish, James: “Attitudes toward abortion among U.S. Catholics: Another case of symbolic politics?”, en *Social Science Quarterly* N° 76, 1995, pp. 142-57.
- Yam, Eileen A.; Diez-Draffner, Ingrid y García, Sandra: “Abortion opinion research in Latin America and the Caribbean: A review of the literature”, en *Studies in Family Planning*, Vol. 37, N° 4, 2006, pp. 225-240.

LOS ARGUMENTOS SOBRE LA MORALIDAD DEL ABORTO

*Silvina Álvarez**

Los desencuentros en torno al aborto persisten. Incluso entre quienes mantienen perspectivas comunes en relación con la solución política o jurídica que debería darse a la cuestión, a menudo subsisten discrepancias en torno a las posibilidades de ofrecer una argumentación moral o de protección de derechos humanos que sea satisfactoria. En otras palabras, muchos dudan que puedan ofrecerse buenos argumentos a favor del derecho –en sentido moral– de las mujeres al aborto.

Quienes entendemos que se trata de un derecho fundamental de las mujeres en el marco de sus derechos reproductivos, podemos estar de acuerdo en que resulta prioritario poder llegar a un acuerdo político-jurídico que garantice tal derecho al aborto, con independencia de las posibilidades de acuerdo o argumentación moral al respecto. Creo, sin embargo, que la resistencia a aceptar que puedan existir buenos argumentos –no ya estratégicos sino de fundamentación– a favor del aborto no proviene de la inconsistencia de estos últimos, sino de fuertes preconceptos que impiden avanzar hacia el reconocimiento de derechos sexuales, reproductivos y de autonomía de las mujeres. Tales preconceptos se forjan al amparo de los estereotipos de género que condicionan la forma en que accedemos al conocimiento y modelan nuestras valoraciones. Todo esto hace que a menudo se siga pensando que en relación con las mujeres puedan exigirse actitudes y prestaciones no exigibles en contextos no necesariamente femeninos. Por esta razón, me propongo señalar aquí algunos de los recorridos filosófico-morales que a lo largo de los últimos años han nutrido la discusión sobre aborto. Se trata de argumentos que al hilo de su contenido positivo o propositivo a favor del aborto, desgranar y desmontan los principales argumentos de quienes se posicionan como antiabortistas. Volveré sobre esto enseguida.

El nudo de la discusión sobre el aborto parece centrarse en la calificación moral que recibe el material biológico de carácter humano: las células sexuales, el cigoto, las células embrionarias. No hay “una” definición científica, ni “una” definición legal en relación con el estatus de la vida embrionaria o fetal: en definitiva, no hay definiciones compartidas ya que existen dis-

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, y doctora en Derecho. Con anterioridad ha sido profesora Ramón y Cajal en la Universidad Autónoma de Madrid, y profesora visitante en el European University Institute de Florencia, así como también en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y la Universidad de Oxford. Ha trabajado sobre diversas cuestiones de filosofía moral y política –autonomía personal, comunitarismo, pluralismo– y en materia de teoría feminista –derechos humanos de las mujeres, representación política, diferencia y multiculturalismo–.

tintas valoraciones sobre hechos que no son concluyentes por sí mismos, y no lo son porque no podemos asimilarlos a otros hechos sobre los que sí tenemos valoraciones compartidas.¹ La vida embrionaria o fetal no es idéntica a la vida de los ya nacidos. Y sin embargo, aunque algunos hacen de esta diferencia un dato relevante para asignar un valor distinto a la vida prenatal en sus distintas etapas, otros entienden que tal diferencia no es relevante. Este tipo de problemas son recurrentes en la moral: a menudo estamos de acuerdo sobre los hechos pero no sobre el valor que predicamos respecto de ellos.

Si el peso del debate no gravita sobre el comienzo de la vida sino, más bien, sobre cuándo la existencia de “vida”, en términos biológicos, resulta moralmente relevante, entonces el consenso que hace falta buscar no es sobre los hechos sino sobre los valores que vinculamos a los hechos. Más aún, dicha relevancia, al menos en el caso concreto del aborto, parece no poder escindir la existencia de la vida biológica de su relación con otros valores. En otras palabras, se trata de dirimir el valor de la vida humana en los primeros momentos (días, semanas, meses; no vamos a adentrarnos aquí en precisiones en cuanto a los plazos, centrándonos en el supuesto menos controvertido de las primeras semanas) de la concepción, teniendo en cuenta que dicha vida está en relación con otros valores. Así configurada la cuestión, podemos concebir el problema del aborto en términos de conflicto entre valores: por un lado, el valor de la vida embrionaria o fetal; y por otro lado, valores tales como la vida de la mujer portadora de dicho embrión o feto, su intimidad, su autonomía personal, su capacidad para decidir sobre el propio cuerpo, u otros. Como desarrollaré más adelante, esta perspectiva me parece ineludible: cualquiera sea el valor que decidamos conferir a la vida prenatal cuando esta no es viable sino en el interior del cuerpo de la mujer, tal asignación de valor no puede pasar por alto los valores que acompañan a esa otra vida, la de la mujer, de la cual la primera depende.

Otra vía que puede explorarse es la que resulta de negar la existencia de conflicto. Esta vía presupondría, o bien establecer una jerarquía axiológica clara entre los valores involucrados –principalmente el valor de la vida prenatal dependiente y el valor de la vida, intimidad o autonomía de la mujer–, con los problemas que esto conlleva,² o bien negar la existencia de alguno de los valores involucrados; en concreto, negar el valor de la vida incipiente o negar los valores vinculados a la mujer. En cuanto a lo primero, el valor de la vida humana incipiente se manifiesta con fuerza precisamente en todos los otros casos en los que la mujer decide llevar adelante un embarazo cuyo propósito es el nacimiento; en cuanto a lo segundo, cuando se ponen en cuestión los derechos a la vida, intimidad o autonomía de la mujer, el argumento utilizado no suele ser el de negar sin más que la mujer sea titular de tales derechos, sino que se argumenta en el sentido de anteponer a ellos el valor de la vida prenatal dependiente.

Parece difícil, por tanto, negar que persiste al menos un ámbito de conflicto que puede admitir diversas soluciones. El conflicto podríamos representarlo de la siguiente manera: por un lado, lo que voy a llamar el valor de *la vida humana prenatal dependiente*. A los efectos del análisis que quiero realizar aquí no necesitamos profundizar en los límites del concepto y podemos convenir en que se trata de la vida embrionaria o fetal en las primeras semanas de

1. Sobre los problemas definicionales, los problemas fácticos y la posición que adoptarían liberales y conservadores, ver el trabajo de Roger Wetheimer (1974: 32-35).

2. Sobre monismo-pluralismo moral, ver Álvarez (2009).

vida, con independencia del número exacto de semanas (evitaré entrar aquí en los difíciles problemas relativos al límite de la vida dependiente y el momento de la viabilidad fetal, ya que para los propósitos de este trabajo nos interesan especialmente los casos relativos al primer trimestre de embarazo). Por otro lado, lo que voy a llamar el valor de la *autonomía plena*; entiendo aquí por un ejercicio pleno de la autonomía de la mujer, la capacidad de elección que tiende a incluir el mayor número posible de opciones relevantes. Este punto merece una aclaración. Se han seguido distintas vías para establecer qué derecho de la mujer resulta comprometido en relación con el aborto. Tal vez la vía más fructífera jurisprudencialmente haya sido –desde “Roe vs. Wade”– la que se refiere al derecho a la intimidad como el marco en el que se inscriben los derechos reproductivos, y en concreto, el derecho al aborto. Otras justificaciones posibles tienen que ver con el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, el derecho a planificar la propia vida o, más simplemente, el derecho a decidir, entendido como capacidad de autonomía. La referencia al ejercicio pleno de la autonomía que he propuesto quiere poner de relieve que en el derecho al aborto confluyen más de un valor relevante; valores como la intimidad, la integridad física, la realización de planes de vida, todos los cuales son manifestaciones de una autonomía que se dirime a partir de una gama de opciones no mermada en relación con lo que podemos considerar opciones relevantes (Álvarez, 2002, 2014). La decisión de tener o no tener hijos forma parte de ese núcleo de decisiones personalísimas que comprometen la propia identidad, la forma de vida que queremos para nosotros mismos, el tipo de relaciones que deseamos entablar con los demás, la manera en que queremos comprometernos afectivamente. En definitiva, se trata de una cuestión que se ubica en el círculo más personal e íntimo de la vida.

El debate queda planteado, por tanto, en torno a las posibilidades de argumentar a favor de uno u otro de los valores en conflicto. Se trata de calibrar el peso relativo de los valores enfrentados, es decir, la posición axiológica de uno en relación con el otro. En este marco se han hecho muchos aportes al debate sobre aborto. Señalaré muy sintéticamente sólo algunos de estos, aquellos que creo pueden arrojar algo de luz a la cuestión que estamos analizando. Es decir, señalaré algunos de los argumentos que pueden ayudarnos a comprender la cuestión relativa al consenso al que podemos aspirar, no ya en relación con “el comienzo de la vida”, sino en lo relativo a la cuestión subyacente, más acotada y pertinente, del valor de la vida prenatal dependiente respecto de los valores –y derechos– que conferimos a la vida de la mujer, principalmente su autonomía plena.

Expondré a continuación cuatro argumentos o combinaciones de argumentos ofrecidas por distintas filósofas y filósofos morales. Estos argumentos son contribuciones importantes en la defensa del derecho de las mujeres a decidir sobre la maternidad como un aspecto íntimo y personalísimo, un aspecto inescindible de su identidad. Del otro lado, los argumentos en contra del aborto se han construido tradicionalmente en torno a las siguientes ideas centrales: derecho a la vida del no nacido; potencialidad de la vida incipiente; responsabilidad de la mujer por la vida incipiente. Aunque no expongo de manera separada y detallada estos últimos, se verá al desgranar los argumentos a favor, que ellos se refieren a los primeros, los desmontan y, creo, los refutan.

1. El argumento Thomson: la extensión del derecho a la vida

Un primer argumento importante lo proporciona el que tal vez sea el aporte más significativo de las últimas décadas al debate sobre aborto; me refiero al trabajo de Judith J. Thomson.³ La autora sigue en su defensa del aborto una vía de argumentación maximalista que aquí podemos llamar “el argumento del derecho a la vida”. El argumento consiste en demostrar cómo –incluso si admitiésemos que la vida humana incipiente tiene el mismo estatus moral que la vida de la mujer que es portadora de dicha vida incipiente– las circunstancias y perspectivas del embarazo enfrentan a la mujer con una serie de exigencias cuya imposición en contra de su voluntad no aceptaríamos en casos análogos. Para esto la autora se vale del ya muy conocido ejemplo del “famoso violinista inconsciente”. El ejemplo consiste en imaginar que “usted” se despierta por la mañana y descubre que su cuerpo está conectado al cuerpo de un famoso violinista inconsciente. Al violinista se le ha diagnosticado una enfermedad de riñón y la Sociedad de Amantes de la Música, después de contrastar los datos médicos se ha encontrado con que el único organismo compatible para salvar la vida del violinista es el suyo y ha decidido conectarle a “usted” al cuerpo del violinista (Thomson, 1971: 48-49). A partir de este caso hipotético la autora imagina diversos escenarios posibles en los que la pregunta central gira en torno a las posibilidades de que exista una obligación moral de permanecer conectada al famoso violinista inconsciente para salvarle la vida: ¿se le puede exigir a usted que, sin haber mediado consentimiento, continúe poniendo su cuerpo a disposición del violinista famoso? ¿Sería moralmente reprochable la acción de desconectarse del cuerpo del famoso violinista inconsciente? ¿Existe un deber moral de poner a disposición de los demás nuestro propio cuerpo para salvar otra vida?

La respuesta que surge a partir de los presupuestos del individualismo moral es que tal obligación no existe, con independencia de que pueda existir una disposición altruista en relación con las necesidades de los demás que atañen a la supervivencia y que exigen acciones que comprometen gravemente la propia autonomía.⁴ El ejemplo de Thomson apunta a demostrar que el derecho a la vida de una persona no genera obligaciones positivas en los demás cuando dichas obligaciones comprometen el cuerpo de otra persona. En palabras de la autora:

Estoy argumentando únicamente que tener derecho a la vida no significa poseer un derecho a usar o a hacer un uso continuado del cuerpo de otra persona –incluso si uno lo necesita para su propia vida. Así el argumento del derecho a la vida no les sirve a quienes se oponen al aborto, en la manera simple y clara que ellos parecen creer (Thomson, 1971: 56).⁵

3. El argumento de Thomson no ha estado exento de críticas, entre las que destaca la de J. Finnis (1973). Sobre la polémica Thomson-Finnis ver también Ruiz Miguel (1990: 58-65).

4. Thomson afirma que “el Buen Samaritano” seguramente asumiría la responsabilidad por la vida del famoso violinista inconsciente y, por tanto, pondría a disposición su cuerpo (1971: 65). Este tipo de actitudes, sin embargo, van más allá de lo moralmente exigible, superan el umbral del deber, para transformarse en lo que se conoce como actitudes o acciones supererogatorias.

5. La traducción es de los editores. El texto original de Thomson es: “I am arguing only that having a right to life does not guarantee having either a right to be given the use of or a right to be allowed continued use of another person’s body –even if one needs it for life itself. So the right to life will not serve the opponents of abortion in the very simple and clear way in which they seem to have thought it would...” (1971: 56).

En conclusión, el principal aporte de lo que he llamado el *argumento Thomson* se basa en desmontar la idea según la cual el derecho a la vida del feto serviría de fundamento moral suficiente para negar el derecho al aborto. Para esto, Thomson se centra en demostrar que el derecho a la vida de una persona –incluso en los casos en los que tal presupuesto no resulta controvertido– no obliga por sí solo a que otras personas pongan a disposición su propio cuerpo con el fin de salvar la vida de la primera. El derecho a la vida no es suficiente para prohibir el aborto.

2. El argumento McMahan-Kamm: la ausencia de autoconciencia y la irrelevancia de la potencialidad

La perspectiva de análisis que propone Jeff McMahan arroja varias conclusiones importantes en relación con la moralidad del aborto. En primer lugar, el autor recurre a argumentos de índole científica para afirmar la inexistencia de actividad neuronal en el feto hasta la semana veinte de gestación. De esta afirmación se desprende la imposibilidad de interpretar que pueda siquiera existir vida humana merecedora, por sí sola, de una noción de respeto equivalente a la vinculada a la vida de las personas (2002: 267-280). Si bien a partir de ese período gestacional puede verificarse actividad consciente en el feto, no existirían en este, sin embargo, otras cualidades que suelen considerarse imprescindibles para determinar la calificación de persona –como la racionalidad y la autonomía–, razón por la cual las posibilidades de calificar como moralmente incorrecto “matar” al feto derivarían –a partir de ese momento– no ya de la vulneración del respeto debido a la vida humana, sino, si acaso, de un supuesto interés del feto –capaz ya de autoconciencia– que se vería necesariamente frustrado en el tiempo; interés que para el autor resultaría, en cualquier caso, muy débil (McMahan, 2002: 251-269).

A estas consideraciones hay que agregar las observaciones de McMahan en relación con el argumento que apela a la existencia, en la vida embrionaria, de la denominada cualidad de la “potencialidad”: es decir, de la presencia de condiciones idóneas para que en el futuro pueda llegar a existir una persona. Aunque no puedo detenerme aquí en las extensas situaciones contrafácticas en las que el autor apoya sus conclusiones, basta apuntar que él descarta que la condición de potencialidad pueda afectar de algún modo al estatus moral de algo o alguien.⁶ Afirma McMahan que lo relevante en relación con la potencialidad no es cómo pueda afectar al estatus moral sino si existen razones morales que avalen la necesidad de desarrollar dicha potencialidad. Para responder a esta pregunta, el autor se basa en su concepción de la identidad personal –cercana a

6. La posición de McMahan en relación con la potencialidad y la inexistencia de un estatus moral autónomo de la vida incipiente capaz de generar en nosotros obligaciones morales deja en evidencia uno de los argumentos más incontrovertibles a favor de la protección de dicha vida incipiente. Me refiero al argumento extensamente estudiado por Ronald Dworkin en su conocido trabajo sobre aborto (1993: capítulos 2 y 3), en referencia a la “sacralidad de la vida” como el punto de partida del respeto a dicha vida humana incipiente. Solo si creemos que hay algo de sagrado o de divino en el material biológico de origen humano que merece por sí mismo y debido a ese valor intrínseco nuestro respeto, podemos entonces derivar obligaciones morales. Este tipo de creencia, sin embargo, no se basa en la fuerza de los argumentos sino en la intensidad de las convicciones, por ejemplo, de tipo religioso.

la de Derek Parfit–, y concluye afirmando que la falta de continuidad psicológica entre el feto y la persona que este pueda llegar a ser en el futuro descarta la posibilidad de que el primero vea frustrado algún hipotético bien futuro (2002: 3-88). En este sentido, afirma:

Cualquiera que sea la razón para garantizar la realización del potencial del feto para convertirse en una persona, tal razón está ligada al respeto por el interés que a lo largo del tiempo la persona tiene en seguir viviendo. Lo bueno de convertirse o ser una persona es una de las dimensiones del bien que su futuro podría contener y que el feto tiene un interés presente a lo largo del tiempo en tener [...] El interés actual [del feto] por alcanzar los beneficios de su propio futuro es relativamente débil, dada la ausencia práctica de conexiones psicológicas entre sí –el feto como tal en el presente– y su entidad más tarde como persona. Lo que esto significa es que importa relativamente poco, para el propio bien del feto en el presente, si es consciente de su potencial o no (2002: 317).⁷

Por su parte, siempre en lo relativo al argumento del supuesto interés frustrado de la vida incipiente del embrión respecto del cual la mujer embarazada sería responsable al abortar, Frances Kamm toma como punto de partida el ejemplo del violinista de Thomson para analizar el alcance del derecho a la vida en relación con distintos supuestos –variaciones del caso del violinista– en los que la vida o la supervivencia de una persona necesita del cuerpo de otra. Respecto del aborto, Kamm ofrece una perspectiva de la relación feto-mujer embarazada, que aporta un elemento importante. Afirma la autora que, incluso si se aceptase que la mujer es responsable causalmente por haber permitido la formación de una nueva e incipiente vida humana –presupuesto cuestionado por muchos autores–, el feto no puede sobrevivir sin el soporte que le brinda el cuerpo de la mujer. Si la mujer decide poner fin al embarazo o, en otras palabras, matar al feto, lo que hace es equivalente a negarle el soporte que para la vida incipiente significa el propio cuerpo de la mujer. Al quitarle dicho soporte, la mujer no le quita nada que esa vida incipiente haya podido tener con independencia de la existencia de tal soporte corporal. En otras palabras, y para conjugar el aporte de Kamm con el de McMahan, la situación de “muerte” del feto al momento de su expulsión del cuerpo femenino del que depende para la supervivencia, no lo priva de algo que hubiese podido tener con independencia de la disponibilidad de la mujer, ni lo coloca en la situación de pérdida de un interés efectivo hacia el futuro. La situación de esa vida incipiente al momento del aborto no es peor que la situación de “no-existencia” anterior a la intervención del cuerpo femenino como soporte para la vida, ya que el embrión o el feto no pueden desarrollar ni viabilidad ni expectativas futuras. En palabras de la autora:

Al matarlo, por lo tanto, sólo se está quitando el beneficio –la preservación continúa de su vida– del apoyo corporal. Por lo tanto, si se lo mata –lo cual significa un daño, dado que

7. La traducción es de los editores. El texto original de McMahan es: “Whatever reason there is to ensure the realization of the fetus’s potential to become a person is subsumed by the reason to respect its time-relative interest in continuing to live. The good of becoming or being a person is one dimension of the good that its future might contain and that it has a present time-relative interest in having. [...] [the fetus’s] present time interest in having the goods of its own future is relatively weak, given the virtual absence of psychological connections between itself now as a fetus and itself later as a person. What this means is that it matters comparatively little, for the fetus’s own sake now, whether it realizes its potential or not” (2002: 317).

pierde los beneficios futuros de su vida— aun así no se le ocasiona un daño en relación con la condición en la que hubiera estado sin su apoyo corporal constante. [...] Dado que sin tal apoyo el feto no puede conservar la vida que se le dio y por tanto moriría, no pierde nada de lo que se pueda ser responsable por haber provocado una situación que no podría que conservar de manera independiente [...]. De acuerdo con este punto de vista, la situación en la que el feto se habría encontrado sin el apoyo corporal continuo de la madre es el punto de referencia para la comparación con el destino que correría si se lo matase (1992: 91).⁸

Las palabras de Kamm podrían ser sometidas al argumento de la potencialidad y la posible expectativa a futuro. Pero si interpretamos este argumento conjuntamente con la concepción de McMahan, entonces no existiría en la interrupción del embarazo un daño en el sentido estricto del término, ya que la mujer que interrumpe su embarazo —al menos en los momentos previos a la vida consciente, y según McMahan incluso en los abortos tardíos— no está privando al feto de nada que este hubiese podido esperar tener si la mujer se hubiese abstenido de actuar desde el inicio, teniendo en cuenta que, otra vez en términos de McMahan, no ha podido desarrollar un interés a futuro.

A esta noción agrega Kamm una descripción de las acciones de concebir y abortar que pone de manifiesto cómo la dependencia del embrión respecto del cuerpo de la mujer determina que tal embrión no pierda con el aborto nada que hubiese podido tener con independencia de la intervención del propio cuerpo de la mujer. Realizando una interpretación conjunta de Kamm y McMahan, no existiría por tanto daño en la medida en que no existe vida independiente o con posibilidades de viabilidad o expectativas independientes de desarrollo futuro.

3. El argumento Warren-MacKenzie: la autonomía de las mujeres

Otra línea importante de argumentos en relación con el derecho al aborto la han ofrecido quienes, en lugar de centrarse en analizar las posibilidades del feto para constituirse en posible titular de valor y por tanto de derechos, se han centrado en las mujeres como titulares de derechos. Este es el tipo de enfoque que han adoptado algunas autoras feministas⁹ que reivindican que la discusión en torno al aborto debe partir de aquellas premisas que resultan incontrovertibles, esto es, la consideración de las mujeres como personas con capacidad para ser titulares de derechos.

8. La traducción es pertenece a los editores. El texto original de Kamm es: “By killing it [the fetus], therefore, you are taking away no more than the benefit —the continued retention of its life— of your bodily support. Therefore, if it is killed —a harm to it because it loses the future goods of its life— it still is not harmed relative to the condition it would have been in without your continuing bodily support. [...] Because without your support the fetus cannot retain the life you gave to it and so would be dead, it loses nothing you are responsible for causing it to have that it could retain independently of you [...]. According to this view, how the fetus would have been without your continuing support is the appropriate baseline for comparison with its fate if it were killed” (1993: 91).

9. Distintos enfoques feministas en torno a la autonomía personal de las mujeres proporcionan perspectivas distintas sobre los derechos reproductivos. Sobre derechos reproductivos y autonomía personal, ver Jackson (2001: 1-9, 71-76).

Desde esta perspectiva, cuando tales premisas quieren ponerse en relación con las consideraciones en torno a si se puede, de la misma manera, considerar persona al embrión o feto y, en consecuencia, considerarlo titular de derechos, surgen las distorsiones propias de un punto de vista que ha desplazado su foco de atención. Mary A. Warren ofrece una aproximación que de manera particularmente intuitiva marca los límites que en este sentido debería asumir el debate. Afirma la autora que “Es imposible tratar a los fetos en el útero como si fueran personas, sin tratar a las mujeres como si fueran algo menos que personas” (1989: 59).¹⁰ En el trabajo del que se extrae la cita, Warren se centra en discutir respecto del momento a partir del cual debe comenzar la tutela legal de la vida; el momento de la viabilidad, de la vida sensible, del nacimiento. Para los fines del presente trabajo, me interesa en cambio centrarme en el argumento del que parte la autora, que consiste en defender la autonomía corporal o la capacidad para decidir sobre el propio cuerpo como el valor central en torno al cual debería girar la protección del derecho al aborto.

Es precisamente en relación con la capacidad de autonomía como fundamento del derecho al aborto que el aporte de Catriona Mackenzie quiere enriquecer la perspectiva de Warren. En primer lugar, Mackenzie acepta la premisa de Warren en relación con la centralidad de la perspectiva que reivindica la autonomía de la mujer con respecto al aborto, pero niega que se trate *sólo* de la autonomía corporal de la mujer. Mackenzie reconoce el valor moral del feto, aunque afirma que dicho valor debe ser puesto desde el principio en relación con el valor moral de la persona-mujer: se trata por tanto de un valor o estatus moral “definido en términos relacionales” (1992: 146).¹¹ La idea de la autora apunta precisamente a la potencialidad de esa vida incipiente que le permitirá, a medida que pase el tiempo, ir ganando en cuanto a su relieve moral, de manera que mientras en un primer momento sólo la mujer tiene entidad suficiente como agente moral para decidir sobre la vida intrauterina como algo indistinguible de su propio cuerpo, a medida que pasa el tiempo y que la vida intrauterina enriquece la entidad del feto como agente, este gana valor intrínseco.¹² Se trata, por tanto, de un “estatus moral relacional del feto” (1992: 143). Esta idea lleva a Mackenzie a poner en cuestión no solo la afirmación de Warren en relativa al nacimiento como el único momento a partir del cual se puede predicar valor moral, sino que pone en cuestión también la noción de autonomía corporal como fundamento del derecho al aborto. Según Mackenzie, no es la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo, sino una capacidad de decisión en sentido más amplio, avalada por un concepto de responsabilidad que se extiende a una serie de decisiones que pueden trascender el propio cuerpo. La decisión podría no ser sólo la decisión de expulsar un embrión del útero, sino que podrían estar comprometidas otro tipo de razones independientes del cuerpo, como las relacionadas con la maternidad o la

10. La traducción es de los editores. El texto original de Warren es: “It is impossible to treat fetuses in utero as if they were persons without treating women as if they were something less than persons” (1989: 59).

11. Aunque no puedo profundizar aquí en esta noción, me interesa resaltar que la referencia a la autonomía corporal no necesariamente se corresponde con una noción del cuerpo como “propiedad privada” en el sentido estándar o convencional del término, aunque sí hace referencia a la posibilidad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo. Dichas decisiones, sin embargo, no pueden pasar por alto el significado relacional del propio cuerpo en los términos antes señalados. Un desarrollo más reciente sobre estas cuestiones en relación con otros aspectos de la vida sexual y reproductiva de las mujeres puede encontrarse en A. Phillips (2011, 2013).

12. Sobre el enfoque “gradualista” de los derechos del no nacido, en relación con las diversas etapas de la gestación, ver también Ruiz Miguel (1990: 65-74).

existencia futura de un hijo. Esta distinción puede acarrear importantes diferencias, entre ellas la que existe respecto de una noción del aborto como mera evacuación de la vida uterina –que podría derivar en un hipotético deber, si fuese posible, de preservar la vida embrionaria fuera del útero en cuestión o incluso en otro útero– o como una interrupción de la vida embrionaria dentro o fuera del útero.

El punto que me interesa destacar de esta posición es que radica la fundamentación del aborto no ya en la no existencia de una obligación de ofrecer soporte corporal para la prolongación de otra vida, sino en la autonomía entendida como autodeterminación; y en este sentido, como una capacidad para tomar decisiones no sólo sobre el propio cuerpo, sino también sobre la configuración de la propia vida de relaciones, familiar o afectiva.

4. El argumento Wertheimer: las exigencias de la controversia

Una tercera vía o aporte relevante en torno al problema del aborto aparece en el trabajo de R. Wertheimer, cuando hacia el final de su artículo –en el que explora las líneas de pensamiento que liberales y conservadores estarían desarrollando en sus posiciones relativas a este tema– menciona lo que aquí podemos denominar como “argumento de la controversia”. En dicho artículo el autor afirma que una legislación restrictiva sobre aborto, que penaliza la mayor parte de los supuestos, es una legislación que coarta la libertad individual y provoca graves desarreglos en la ciudadanía. Una legislación de este tipo sólo puede estar justificada cuando existe una fundamentación sólida, que en este caso debería basarse en la defensa del derecho a la vida del feto entendido como persona. Sin embargo, continúa Wertheimer, dado que esto último no puede ser demostrado por el Estado para defender una legislación restrictiva, ya que existen profundos desacuerdos al respecto que generan una controversia que hasta el momento no ha sido zanjada con argumentos concluyentes respecto del estatus del feto como ser humano, entonces, tal legislación no está justificada. Como bien aclara el mismo autor, este argumento por sí solo no implica que el aborto sea moralmente lícito, pero aconseja al Estado una legislación más permisiva, con menores costes para las libertades individuales. El autor lo expresa del siguiente modo:

Actualmente, sin lugar a dudas, las leyes de aborto limitan seriamente la libertad y disminuyen el bienestar de la ciudadanía. Una ley con dicho efecto no es *ipso facto* injusta, pero el Estado tiene la carga de demostrar que dicha legislación es necesaria para alcanzar los fines legítimos del Estado. Sin embargo, los costes sociales de las leyes actuales sobre aborto son tan drásticos que sólo la protección de vidas humanas podría justificarlas. En consecuencia, para justificar esas leyes el Estado debe demostrar que el feto es un ser humano. Pero si no hay forma de hacer esto, el Estado tampoco puede hacerlo, por lo que las leyes deben ser consideradas una carga injustificada y por lo tanto un ejercicio ilegítimo del poder (1971-1974: 50).¹³

13. La traducción es de los editores. El texto original de Wertheimer es: “Now, without question, the present abortion laws seriously restrict the freedom and diminish the welfare of the citizenry. A law with that effect is not *ipso facto* unjust, but the state has the burden of showing that such a law is necessary to attain the legitimate

5. Epílogo

Este breve –e incompleto– recorrido por los argumentos de fundamentación moral en torno al aborto es importante en la medida en que nos da herramientas conceptuales para pensarlo desde otra perspectiva. La posibilidad de construir un punto de vista distinto depende, en gran medida, de que podamos abandonar esos estereotipos de género –a los que me he referido al inicio de este trabajo–, que condicionan las exigencias o deberes que se imputan a las mujeres. En otras palabras, creo que los argumentos en torno a la moralidad del aborto sólo se aprecian cuando somos capaces de repensar las categorías de género que permean nuestros juicios de valor.

Bibliografía

- Álvarez, Silvina: “La autonomía personal”, en Elías Díaz García y José Luis Colomer (eds.), *Estado, Justicia, Derechos*, Madrid, Alianza, 2002.
- “Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales”, en *DOXA*, N° 31, 2009, pp. 21-54.
- “El umbral de autonomía. La concepción relacional y la construcción de las opciones”, en Liborio Hierro (ed.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- Dworkin, Ronald: *Life’s Dominion An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1993.
- Finnis, John: “The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson”, en *Philosophy and Public Affairs*, 1, 1973, pp. 47-66.
- Jackson, Emily: *Regulating Reproduction. Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2001
- Kamm, Frances: *Creation and Abortion. A Study in Moral and Legal Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 1992.
- Mackenzie, Catriona: “Abortion and Embodiment”, en *Australian Journal of Philosophy*, 70, 1992, pp. 136-155.
- McMahan, Jeff: *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- Phillips, Anne: “It’s My Body and I’ll Do What I Like With It: Bodies as Objects and Property”, en *Political Theory*, Vol. 39, N° 6, 2011, pp. 724-728.

ends of the state. But the social costs of the present abortion laws are so drastic that only the preservation of human lives could justify them. So to justify those laws the state must demonstrate that the fetus is a human being. But if that can’t be done at all, the state can’t do it either, so the laws must be deemed an unjustifiable burden and hence an illegitimate exercise of power” (1971-1974: 50).

— *Our bodies, whose property?* New Jersey, Princeton University Press, 2013.

Ruiz Miguel, Alfonso: *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Thomson, Judith Jarvis: “A Defense of Abortion”, en *Philosophy & Public Affairs*, 1, 1971, pp. 47-66.

Warren, Mary Anne: “The Moral Significance of Birth”, en *Hypatia*, N° 4, 1989, pp. 46-65.

Wertheimer, Roger: “Understanding the Abortion Argument”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel y Thomas Michael Scanlon (eds.), *The Rights and Wrongs of Abortion*, New Jersey, Princeton University Press, 1974.

BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA EL DEBATE SOBRE EL ABORTO

*Martin D. Farrell**

1. La situación actual

En el debate sobre el aborto converge el interés de la filosofía del derecho, de la filosofía moral y de la filosofía política. Esa convergencia ha motivado un número cada vez mayor de trabajos y de conferencias sobre el tema, de contenidos muy diferentes pero con un sugestivo punto de contacto: los autores suponen que su tesis es la única válida, la defienden con vigor y descalifican sin piedad a sus oponentes. En seminarios sobre el aborto, el público llega al debate con una opinión, y se retira -desde luego- con esa misma opinión. Es posible preguntarse si los propios expositores tienen la esperanza, el propósito, o al menos el interés, de convencer a alguno de los asistentes.

Pero convencer debe ser siempre el objetivo del debate, de modo que la situación actual no es deseable y hay que intentar modificarla. Lo que hace falta, a mi juicio, es un metadebate acerca del debate sobre el aborto, esto es, una discusión acerca de la forma en que debe discutirse acerca del aborto; metadebate que, desde luego, debe ser previo al debate mismo. Mi aporte a este metadebate consistirá en ofrecer cinco puntos referidos al aborto, respecto de los cuales sugeriré que todos los que discuten el tema deberían estar de acuerdo. Este acuerdo previo es lo que puede garantizar que el debate puede resultar en alguna medida fructífero.

Si esto es así, los futuros debates sobre el aborto deberían tomar estos puntos como los límites; o el marco de la discusión, como puntos acerca de los cuales ya no se discrepa. Si esto es posible se habrá logrado un avance, pues es más fácil convencer al adversario dentro de un marco compartido. Si no es posible, entonces también se habrá logrado igualmente un avance, porque quienes debaten saben que deben hacer un alto en los temas controvertidos y lograr algún otro acuerdo acerca del marco de la disputa. De no haber acuerdo en el marco, no puede

* Ex juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal e Investigador Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires.

haber discusión fructífera acerca de los puntos que se encuentran dentro de él. Paso, entonces, a mencionar los que creo son los puntos de concordancia entre las partes.

Estos puntos son los siguientes: a) la determinación del ámbito del debate como un ámbito moral; b) la aclaración de que ninguna de las partes en la contienda considera que el aborto es bueno; c) el énfasis de que no se hable del aborto, en singular, sino de abortos, en plural; d) la propuesta de que la vida humana modifica temporalmente su valor, y d) la sugerencia de que el concepto de persona se excluya del debate.

2. Moral y no religión

El debate sobre el aborto es un debate de índole moral y no religiosa, o al menos debería serlo siempre. Se trata de una discusión moral compleja, por lo que, estoy seguro, no requiere ser complicada adicionalmente con manifestaciones religiosas, a veces presentadas como argumentos morales.

Por supuesto que la religión y la moral son dos cosas muy diferentes, aunque la tentación de confundirlas se potencia por la existencia de morales religiosas; pero la religión exige fe, mientras que la moral exige argumentos. Lo básico de una religión consiste en la fe, en la existencia de un Dios con determinados atributos y exigencias. Si usted cree en ese Dios, y cree que a Dios lo ofende, o lo entristece, que se lleve a cabo un acto determinado, entonces ese acto es un pecado, y usted no debe llevarlo a cabo, o debe arrepentirse si lo llevó a cabo, o cree que será castigado si no lo hace. Pero es importante preguntarse aquí si existe también algún argumento en contra del acto en cuestión, alguna razón para no llevarlo a cabo, que sea independiente de ofender o entristecer a Dios: si no existe esa razón, entonces ese acto podrá ser un pecado, pero no es inmoral. Comer carne vacuna durante la Semana Santa o no asistir a misa en días de guardar son ciertamente pecados para la religión católica, pero sería difícil convencer a alguien que se trata de actos inmorales; debería incluso ser difícil convencer a un católico de ello.

¿Por qué estoy interesado en que exista acuerdo acerca de este punto? Porque, como he dicho, el debate sobre el aborto interesa al ámbito del derecho, y mientras el derecho debe ser capaz de soportar el escrutinio de la moral, no tiene por qué ser capaz de soportar el escrutinio de la religión. Las sociedades occidentales, al menos, no son teocracias sino democracias.

Este punto de vista parecería merecer una adhesión unánime pero, por cierto, no siempre ha sido así en el pasado, ni lo es ahora. En su encíclica *Humanum Genus*, el entonces Papa León XIII dijo que un Dios creador y gobernador del mundo, una ley eterna que manda conservar el orden natural y un fin último del hombre colocado más allá de esta vida transitoria, “son las fuentes...y los principios de toda moral y justicia. Si se suprimen [...] la ciencia moral y el derecho quedan destituidos de toda moral y de toda justicia”. El Papa estaba diciendo aquí dos cosas. Por un lado, que sin Dios y sin religión no hay moral. Como consideraba estos aspectos como definicionales, de allí se sigue que los ateos son considerados en la encíclica como analíticamente inmorales. Por otro, que sin religión no hay derecho justo. La encíclica sostiene que la religión puede incidir de dos maneras en el derecho: directamente, o indirectamente a través de la moral. En otras palabras, el papa León XIII proponía una teocracia. Con él no hubiera habido acuerdo en este metadebate.

No nos entusiasmemos pensando que se trata aquí de un pensamiento propio del siglo XIX; independientemente del tema del poder temporal del papado, cuyo restablecimiento nadie se atrevería ahora a sugerir, muchas de las afirmaciones de la encíclica son todavía compartidas en el siglo XXI. Pero frente a personas más moderadas, podemos legítimamente preguntar: ¿qué alternativa queda disponible, entonces, para aquellas personas que no pueden encontrar argumentos que respalden sus creencias religiosas, que no pueden, en otras palabras, convertir su fe religiosa respecto de un tema determinado en argumentos morales? Mantener su fe, ciertamente, en lo que se refiere a sus propias acciones, y aconsejar a otras personas para que procedan de modo semejante, sea asistiendo a misa, sea absteniéndose de comer carne vacuna en determinados días. Lo que no pueden hacer es pretender que la coacción del derecho se aplique a aquellos que no comparten sus creencias religiosas, como mostraré enseguida.

Las creencias religiosas pueden respaldar las preferencias personales de los individuos, pero no sus preferencias externas. La distinción entre ambos tipos de preferencias, elaborada por Dworkin, es muy útil para este metadebate. Las preferencias personales son las del individuo respecto de su propio disfrute de algunos bienes u oportunidades, mientras que las preferencias externas son las del individuo respecto de la asignación de bienes y oportunidades para los demás (Dworkin, 1977). Yo puedo preferir salir de mi casa usando saco y corbata, y esta es una preferencia personal mía; también preferir que todos los demás hombres hagan lo mismo, pero esta es una preferencia externa.

Mientras respetar las preferencias personales de los individuos impresiona como una política correcta, respetar sus preferencias externas puede resultar peligroso. Un nazi, por ejemplo, puede tener la preferencia externa de que los arios tengan más preferencias satisfechas, y los judíos menos, simplemente por ser lo que son (Dworkin, 1984). Menos dramáticamente, una minoría de argentinos se opuso tenazmente a la sanción de una ley de divorcio sobre la base de sus preferencias externas respecto de los matrimonios ajenos.

Una persona debe ser respetada en el ejercicio de su preferencia religiosa personal acerca del aborto: si no quiere abortar no puede ser obligada a hacerlo; y si no quiere practicar un aborto, dentro de ciertos límites, su objeción de conciencia también debe ser respetada. Lo que no resulta admisible es que su preferencia religiosa externa acerca de la forma en que los demás individuos se comporten den relación al aborto sea respaldada por el ordenamiento jurídico.

Mi primer punto, entonces, es un alegato a favor de la argumentación moral y en contra del dogmatismo.

3. Lo bueno y lo malo

Suele presentarse el debate sobre el aborto como un conflicto en el que una de las partes sostiene que el aborto es bueno y la otra sostiene que no lo es. Esta es una muestra de una confusión muy grave, que conviene aclarar desde un comienzo en este metadebate, ya que nadie piensa que el aborto es bueno desde la perspectiva moral: en cualquier aborto se pierde siempre algo de valor, como luego veremos.

¿Cómo debería actuar alguien que creyera que el aborto es moralmente bueno? Intentando maximizar el número de abortos, por supuesto. Patrocinando concursos que otorgaran premios para quien abortara, por ejemplo, o -si esto impresiona como absurdo- oponiéndose con vigor a la distribución de anticonceptivos, aconsejando y estimulando, entonces, la práctica del aborto. Si algo es bueno, cuanto más tengamos de esto parecería ser mejor.

Nada de esto ocurre en la realidad, sin embargo. Los partidarios de conceder el derecho al aborto, en algún grado que no necesito precisar ahora, son al mismo tiempo, vigorosos partidarios de campañas de educación sexual que incluyan la distribución de anticonceptivos. Curiosamente, son algunos de los adversarios más vigorosos del aborto los que se oponen, a la vez, a la difusión de los anticonceptivos. En rigor, si alguien se opone en simultáneo a la distribución de anticonceptivos y al aborto, se está oponiendo, en realidad, a la actividad sexual de las personas heterosexuales, salvo con el propósito de concebir. Esta idea, por cierto, requiere de argumentos morales muy difíciles de encontrar, pero es una idea religiosa muy difundida: se trata, en rigor, de la doctrina que propone la encíclica *Humanae Vitae* del entonces papa Paulo VI, la que considera “intrínsecamente mala” a la contracepción, y ordena excluir cualquier acción, previa, simultánea o posterior al intercambio sexual, que pretenda impedir la procreación. Los argumentos de la encíclica están excluidos de este debate, puesto que se basan explícitamente en la idea religiosa de que Dios es la fuente de la generación de la vida, por lo que resultan prohibidos de acuerdo a mi primera propuesta para este metadebate.

Es claro, en cambio, que cualquier partidario de otorgar algún derecho al aborto lo considera malo, en el sentido de que consideraría ultrajante, desde el punto de vista moral, fomentar la práctica mediante algún tipo de incentivos.

Las dos partes que participan del debate creen lo mismo: creen que el aborto es algo moralmente malo. Lo que los separa es otra cosa: mientras algunos creen que el aborto es algo absolutamente malo, y que nada puede justificarlo, en ninguna situación, otros piensan que es algo malo, pero que hay situaciones donde no permitirlo arrojaría resultados moralmente peores.

Abortar en casos en que el embarazo es el resultado de una violación arroja una pérdida de valor, representada por la pérdida de la vida del feto; en este sentido, es algo malo. Pero hay quienes piensan que la pérdida de dignidad y de autonomía que esto implica para la mujer, indican que prohibir el aborto resultaría en una pérdida mayor desde el punto de vista moral. Sin duda que lo ideal sería que la mujer consintiera voluntariamente llevar el embarazo a término, lo que merecería un cálido elogio, pero el problema comienza cuando ella no desea hacerlo.

En este caso, al igual que cuando el embarazo pone en peligro la vida de la mujer, todos coinciden en que el aborto es moralmente malo, pero discrepan acerca de si puede o no existir algo moralmente peor. No argumentan con base en un valor único, sino que plantean un conflicto de valores.¹ En caso de peligro para la vida de la mujer, ni esta ni el padre desean interrumpir el embarazo: la perspectiva del aborto tiene para ellos el signo de una tragedia. Pero ambos pueden

1. Si fueran monistas, en el sentido de aceptar un único valor, los partidarios del aborto en este caso practicarían probablemente un cálculo felicífico, en el cual contaría –sin duda– la felicidad de la madre.

entender que a la mujer le asiste el derecho de legítima defensa, y prestar entonces, con tristeza, el consentimiento para que el aborto se practique.

Nadie piensa que el aborto es moralmente bueno entonces, pero algunos piensan que no permitirlo en ciertos casos puede producir una situación aún más inmoral, mientras que otros lo niegan. Su discrepancia, empero, no debe ocultar la coincidencia que existe entre ambos respecto de lo malo del aborto, coincidencia que debería reflejarse en un plan común destinado a disminuir, de hecho, el número de abortos.

Mi segundo punto, entonces, es un alegato a favor de la precisión argumentativa y en contra de la confusión.

4. Singular y plural

La discusión acerca de este tema suele plantearse en singular, como una discusión acerca de “*el aborto*”, pero quien procede así revela, a mi juicio, muy poco discernimiento moral y muy poca sofisticación moral. El debate debe plantearse en plural, puesto que es, en efecto, un debate sobre “*abortos*”.

Consideremos el caso de Juana, de treinta años y situación económica holgada, que decide abortar en el séptimo mes de su embarazo para no perturbar su temporada de esquí. Comparémoslo ahora con el caso de Luisa, de doce años y en situación de pobreza, que decide abortar en su segundo mes de embarazo, que es el resultado de su violación por parte de su padrastro. ¿Cómo podríamos emitir el mismo juicio moral respecto de Juana y de Luisa?

El debate sobre el aborto debe evitar los extremos. Pretender que se reprima el uso de la píldora del día después no puede sustentarse en un argumento moral convincente. En el otro extremo, el aborto a requerimiento en cualquier mes del embarazo puede ser objetado con argumentos morales razonables. Sea por la vía judicial, invocando derechos constitucionales, sea por la vía legal, el aborto debe ser objeto de discusiones y de compromisos: si las partes en conflicto respetan las reglas del metadebate, en algún lugar cercano al medio del segmento es probable que encuentren un punto de acuerdo.

Existen grupos extremistas en el segmento que deben ser atraídos gradualmente al medio del mismo: los fundamentalistas religiosos y las feministas radicales. Los primeros se torturan con el destino de los embriones congelados y malgastan recursos en atacar las técnicas de fertilización asistida. Las segundas consideran una ofensa cualquier propuesta que no contemple el aborto de manera irrestricta. Ambos grupos cometen el mismo error: contemplan al aborto en singular.

Entender al aborto de una manera plural implica cambiar el tema de la discusión, que deja de ser a todo o nada. Si existen distintos tipos de aborto puede haber distintos juicios morales acerca de ellos y, consecuentemente, distintas soluciones legales para estos. Entender el aborto en plural, entonces, es estar dispuesto a aproximarse al centro del segmento.

Mi tercer punto, entonces, es un alegato a favor de la sofisticación argumentativa y en contra del simplismo moral.

5. El inicio de la vida y el valor de la vida

En las discusiones sobre el aborto suele perderse el tiempo examinando cuándo comienza la vida humana. No conozco a nadie, de ninguna posición, que cuestione que la vida comienza con la concepción; este es un punto de acuerdo que ya está conseguido. Pero que la vida inicia con la concepción no significa que el aborto deba estar siempre prohibido, como infieren automáticamente los prohibicionistas, y este es un punto que requiere acuerdo.

Nadie tiene un derecho absoluto a la vida; si alguien pretendiera concederle este derecho al feto, le estaría asignando moralmente un estatus superior al de un adulto normal. No puede existir un derecho absoluto a la vida sencillamente porque ese derecho puede entrar en conflicto con el derecho a la vida de alguna otra persona. En el caso que más nos interesa, la presencia del feto puede provocar la muerte de la madre, por lo que insistir en el derecho absoluto del primero implica desdeñar el derecho de la segunda. Lo que importa, entonces, es establecer algún sistema que nos permita efectuar cálculos en casos de conflicto.

Muchas veces esos cálculos no son difíciles de concebir. Cuando se trata de transplantes de órganos, por ejemplo, se emplea un cálculo felicífico, tomando como base la edad del paciente y a sus otras dolencias, lo que permite calcular de qué manera, y por cuanto tiempo, podrá disponer -y disfrutar- de ese órgano escaso. Si la vida del feto colisiona con la vida de la mujer, el cálculo lo llevan a cabo el padre y la madre, y seguramente, se tratará también de un cálculo felicífico.

Pero hay algo de especial interés en el desarrollo de la vida fetal que es necesario poner de manifiesto: la vida del feto parece aumentar de valor a lo largo del embarazo, y esta característica no es complicada de mostrar. Una madre puede sentir dolor ante la pérdida de un embarazo de un mes, y usualmente lo sentirá. Pero si ella puede quedar nuevamente embarazada, no debería convertir la pérdida en una tragedia; si lo hace, sin duda tiene algún problema psicológico que posiblemente requiera ayuda profesional. El dolor por la pérdida de un embarazo de siete meses es indudable, y a veces puede aproximarse a una tragedia. En seis meses de espera y expectativa, la vida del feto aumentó de valor.

Esta es la idea que sugiere Ronald Dworkin, quien argumenta en términos de las ambiciones y expectativas involucradas, los planes y proyectos que se imaginaron, el amor, el interés y el involucramiento emocional en juego (Dworkin, 1993). El valor de la vida del feto, por otra parte, también está relacionado con la evolución de su desarrollo biológico a lo largo del embarazo.

¿Qué nos sugiere la idea de que la vida del feto aumenta de valor durante el embarazo? Creo que nos sugiere dos cosas:

- a) Si el argumento es sólido, indica que podría ser moralmente admisible dividir el embarazo en etapas, y establecer requisitos cada vez más estrictos para el aborto cuanto más avanzado se encuentre el embarazo.² Esto es lo que hizo la Corte de Estados Unidos en el caso “Roe vs. Wade”, que muestra que el aborto, como dije antes, siempre se

2. Implícitamente, el argumento de que la vida del feto aumenta de valor a lo largo del embarazo prohíbe que se le asigne a la vida del feto temprano un valor tan alto como para descartar cualquier tipo de aborto. De lo contrario, seguiríamos hablando del aborto en singular.

considera algo malo, porque en él se pierde algo de valor, que es la vida: cuanto más valor tenga esa vida, más malo será el acto de abortar, y más sólidos deberán ser los motivos para hacerlo.

- b) De paso, el argumento muestra también otra cosa: incluso en el caso de la pérdida de un embarazo de siete meses, el dolor de la mujer es mucho menor que el que ella sentiría en el caso de perder un hijo de cuatro años. Esto sugiere que la vida del nacido tiene más valor que la del feto, lo cual indica por qué suele castigarse severamente el infanticidio, y por qué aún quienes sostienen que debe castigarse el aborto nunca proponen equiparar esa pena a la del homicidio.

Respecto de este punto, pues, los contendientes deben concordar en que la vida aumenta de valor durante el embarazo, lo cual muestra lo correcto del enfoque de considerar a los abortos en plural: aquí tenemos una nueva distinción, contraria a la singularidad del aborto, que es la que se plantea entre abortos tempranos y tardíos.

Mi cuarto punto, entonces, es un alegato a favor de reconocer distinciones y en contra del uniformismo facilista.

6. El concepto de “persona”

Voy a suponer que las partes que se involucran en este debate tienen la sincera intención de arribar a un acuerdo, y es por eso que presento este requisito final: en el debate no debe utilizarse el concepto de persona, pues es inútil para la discusión; el concepto sólo permite ingresar en un círculo vicioso.

Porque no se trata aquí de un concepto descriptivo sino evaluativo: primero, nos preocupamos por establecer cuáles son aquellas propiedades que valoramos en un ente, luego decidimos tratarlo con respeto debido a la presencia de esas propiedades, y recién después decidimos entonces llamarlo “persona”. Si nos preguntan por qué respetamos al feto y respondemos que lo hacemos porque es una persona, incurrimos en un círculo vicioso, puesto que sólo es persona porque hemos decidido respetarlo.

Lo que nos preguntamos primero, pues, es lo siguiente: ¿qué propiedades, relativamente permanentes y no potenciales, que sean posibles en conjunción con otros rasgos menos permanentes de esa entidad, hacen que sea intrínsecamente malo destruirla? (Tooley, 1983). Hay muchas respuestas posibles a esta pregunta, pero varias de ellas no son admisibles en este metadebate. Supongamos, por ejemplo, que la respuesta es: “porque la entidad en cuestión posee vida humana”. Esta respuesta es la que proporcionan algunas legislaciones civiles, que sostienen que se es persona desde la concepción. Sin embargo, no resulta una respuesta aceptable en este metadebate, porque viola dos de los supuestos que he postulado más arriba. En primer lugar, viola el supuesto de que debe debatirse sobre abortos en plural, y no sobre el aborto en singular: si se hace depender la admisibilidad del aborto de la existencia o no de la vida en el feto, entonces esta respuesta prohíbe todo tipo de aborto. En segundo lugar, viola el supuesto de que la vida humana aumenta de valor a lo largo del embarazo, ya que adopta una perspectiva de todo o nada respecto de la vida.

En el extremo opuesto, tampoco es admisible en el metadebate la idea de la persona que defiende Locke: la persona es un ser pensante e inteligente, que posee razón y reflexión, y que puede considerarse a ella misma como ella misma, en diferentes tiempos y lugares, lo que hace por medio de la conciencia (Locke, 1690). Nuevamente, si se hace depender la admisibilidad del aborto de la existencia o no de la persona, esta posición viola el supuesto de que el debate debe plantearse en términos de pluralidad y no de singularidad, ya que la misma permite cualquier tipo de aborto.

Mi propuesta es que discutamos tipo por tipo cuáles son las características morales que inciden en nuestra evaluación sobre la permisibilidad o impermisibilidad del aborto, pero sin referirnos al concepto de persona.

Mi quinto punto, entonces, es un alegato a favor de la precisión y en contra de confundir evaluación y descripción.

7. Conclusión

La idea de sugerir un metadebate previo al debate mismo sobre el aborto tiene sólo el propósito de permitir que, incluso sin alcanzarse un acuerdo pleno sobre el tema, se avance en el terreno de las coincidencias. ¿Cuál es el estatus de este metadebate? Por cierto que acordar respecto del metadebate no es condición suficiente para lograr el acuerdo en el debate. Esto es muy claro y por eso me he cuidado de sugerir soluciones para los temas de fondo del debate: acerca de los temas sobre los que debe en definitiva convenirse la discusión todavía no ha comenzado. Me imagino que cualquier lector avisado puede formular profecías correctas acerca de cuál será mi posición en el debate posterior, pero me esforcé en no hacerla explícita. Sin embargo, esta abstención, desde luego, no le quita valor al metadebate: porque sin duda acordar respecto del metadebate es condición necesaria para lograr el acuerdo en el debate. Hasta que no se arribe a un acuerdo en el metadebate, iniciar el debate es una frustrante pérdida de tiempo.

No tengo una gran esperanza de que el metadebate concluya en un acuerdo. ¿Qué ocurriría si se alcanzara sólo un acuerdo parcial, un acuerdo sobre algunos, pero no todos, de los puntos sugeridos? Hubiera habido un avance, sin duda, pero que no debería ilusionarnos demasiado; cualquier acuerdo parcial es algo para celebrar, pero para celebrar con cautela. El acuerdo parcial en el metadebate no alcanza para pasar de allí al debate, puesto que el marco alcanzado sería incompleto. La discusión debe continuar, por supuesto, pues es el mejor tipo de lucha: pero debería continuar en la esfera del metadebate. El camino es largo y complejo, y cualquier ayuda para transitarlo debería ser bienvenida. Mi conclusión, entonces, es un alegato a favor de la racionalidad y en contra de los extremismos.

Bibliografía

Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

— “Rights as Trumps”, en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984.

— *Life's Dominion*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1993.

Locke, John: *An Essay concerning Human Understanding*, 1690.

Tooley, Michael: *Abortion and Infanticide*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

PARTE II

ARGUMENTOS JURÍDICOS

A

AUTONOMÍA

ALGUNOS APUNTES PARA LA DESPENALIZACIÓN Y LEGALIZACIÓN DEL ABORTO

*Laura Julieta Casas**

1. Introducción

En este artículo se analizarán algunos argumentos para sostener la necesidad de la despenalización y legalización del aborto. El abordaje se hará desde la perspectiva de los derechos humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal, haciendo un recorrido por el derecho a la privacidad, a la intimidad, a la salud, a la igualdad y a la no discriminación, entre otros derechos que contribuyen a reforzar los derechos sexuales y reproductivos. Se considerarán también algunos fallos judiciales que han establecido pautas para discutir esta problemática.

Para abordar la cuestión desde el lenguaje de los derechos se repasará el concepto de ciudadanía y democracia, y su necesaria articulación con los derechos sexuales y reproductivos, con especial énfasis en el derecho al aborto como una deuda de nuestro sistema democrático para que las mujeres seamos ciudadanas plenas.

2. Ciudadanía, autonomía y democracia

El derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, como parte del ejercicio de una ciudadanía plena, y a que se garantice el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, constituyen una deuda de la democracia real contemporánea.

El dispositivo jurídico, muchas veces, lejos de ser un mecanismo que contribuye a afianzar el principio de igualdad, actúa legitimando desigualdades que aparecen como naturales, operando

* Abogada por la Universidad Nacional de Tucumán, con posgrado en Ciencia Política y Sociología de FLACSO, Diplomada en Derechos Humanos de las Mujeres por la Universidad de Chile, especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Litoral, Doctoranda en Derecho Público y Economía de Gobierno de la Universidad Nacional de Tucumán. Jefa de Despacho del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de S.M de Tucumán y miembro de CLADEM Argentina. Profesora de Teoría del Estado y de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Tucumán. Agradezco a Agustina Ramón Michel sus comentarios y sugerencias.

más allá de la pura normatividad, instalando creencias, ficciones y mitos que consolidan el imaginario colectivo. Como discurso, se reproduce y se transmite a partir de distintos actores pero, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación (Cárcova, 1998). En este complejo sistema de legitimación del poder se inserta la problemática de los derechos de las mujeres.

En el entramado de las relaciones de poder, que supone el discurso jurídico, se instala la discusión sobre el alcance de la ciudadanía en las sociedades modernas y la problemática del aborto como uno de los temas que más debates generan en la actualidad.

Ahora bien, el análisis sobre el aborto puede realizarse desde distintas perspectivas y disciplinas: desde el derecho, la sociología, la psicología, la salud pública, la ética, entre otras; pero en cualquier caso habrá que tener en cuenta las consecuencias que tiene sobre las mujeres, en tanto es una práctica que se encuentra penalizada en nuestro sistema jurídico.¹

De este modo, en el estudio sobre las implicancias del aborto no puede soslayarse la influencia que tienen las relaciones de género y las construcciones sociales con base en estas relaciones, como tampoco la dimensión de justicia que implica reconocer o desconocer este derecho por parte del Estado (Minyersky, 2011). A todas estas aristas se suma que la problemática del aborto no está exenta de una serie de mitificaciones y fantasías que se tejen alrededor de la maternidad.²

2.1. Ciudadanía y democracia. De la polis griega a los contractualistas

Los alcances de la ciudadanía, de las demandas que involucran su pleno reconocimiento, y la inescindible vinculación con la titularidad y el ejercicio de los derechos forman parte de un debate muy frondoso que tuvo sus primeras manifestaciones en la antigüedad griega.

Si se rastrea en la Grecia del siglo V sobre los alcances de la ciudadanía, se evidencia que la esencia estaba en la participación de los asuntos de la polis. Existía un vínculo muy estrecho entre la persona y la polis; así Aristóteles decía que aquel que no podía habitar en ella era una bestia o un dios. Es decir, para la existencia griega, la idea de ciudadanía tenía carácter medular.

Esta existencia también se concebía alrededor de la idea de igualdad, de igual participación en los asuntos de la ciudad, pero esta igualdad tenía sus limitaciones: no participaban de ella ni los esclavos ni las mujeres. Por lo tanto, el diseño de la ciudadanía era limitado y referido exclusivamente a la participación de algunos en las cuestiones atinentes a la ciudad. En este mismo sentido, Rossi y Amadeo analizan la dinámica en la Ciudad Estado y sostienen que la esfera de la vida pública tenía dimensiones mucho más amplias de las que hoy pueden pensarse. No existía el fenómeno de privatización de la vida pública; el individuo todavía no se había recludo en el espacio privado (Rossi *et al.*, 2002: 62). Se pone de manifiesto, entonces, que en la Grecia del siglo V la ciudadanía significaba participación (de quienes se consideraban iguales), de ahí su vinculación con la democracia, cualquiera fuera su grado. La idea era más íntima y menos jurídica que la idea moderna de ciudadanía. A esta última, como algo que corresponde a las

1. A excepción del aborto no punible previsto en el art. 86 del Código Penal.

2. Ver en este sentido el análisis que realiza Eva Giberti sobre la construcción de la madre (Giberti, 2006).

personas a quienes se les garantizan jurídicamente ciertos derechos, la habían entendido mejor los romanos que los griegos (Sabine, 1996: 16).

Las mujeres no sólo estaban excluidas de los asuntos de la ciudad porque no eran consideradas ciudadanas, sino que también aparecían fuertemente degradadas en la filosofía griega en lo que se refiere a un estatus de reconocimiento como sujetos independientes, libres y autónomos.³

Aristóteles, cuando investiga la naturaleza, le asigna a la mujer el lugar natural fijado por el papel que desempeña en la reproducción. Por otro lado, considera a la condición femenina como una deformidad, aunque una deformidad que acontece en el curso ordinario de la naturaleza (Lovibond, 2001).

En las épocas sucesivas, la mujer se hallará bajo la absoluta autoridad del padre y luego pasará, a través del matrimonio, a depender de su marido, como en una eterna infancia, y será asimilada a los menores.

En la Edad Media el eje estuvo centrado en la divinidad y en un orden estratificado en el cual existían vasallos o súbditos. En el derecho feudal se confunden la soberanía y la propiedad, los derechos públicos y los privados. A decir de Simone de Beauvoir, a la mujer

se le niegan todos los derechos privados, porque no tiene ninguna capacidad política [...] Su situación cambia cuando los feudos se hacen hereditarios y patrimoniales, [...] la situación de la mujer no mejora por el hecho de que se convierta en heredera: necesita un tutor masculino; el marido es quien representa este papel: él es quien recibe la investidura, quien lleva el feudo, quien posee el usufructo de los bienes [...] El dominio ya no es cosa de la familia, como en tiempos de la gens romana: es propiedad del soberano; y la mujer también pertenece al soberano. Es éste quien elige un esposo para ella; cuando tiene hijos, es a él más que a su marido a quien se los da, puesto que serán los vasallos que defenderán sus bienes (1999: 89).

La mujer era como una prolongación del feudo. Sin autonomía y sin poder de decisión, continúa la sumisión que venía justificada desde la antigüedad griega pero vinculada al feudo. La ruptura con el antiguo régimen vino de la mano de la Revolución francesa. Las ideas de libertad, igualdad y fraternidad crearon un ideario que rompió los lazos de sujeción a la monarquía y con el señor feudal y redistribuyó de otra manera el poder en la sociedad. En esa ocasión tampoco les fueron reconocidos a las mujeres derechos como sujetos autónomos; no fueron consideradas en ese paraguas de libertad, igualdad y fraternidad, circunstancia que llevó a Olympia de Gouges a proclamar, en paralelo, la “Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana”.

Con los contractualistas asoma la idea universal de igualdad. A través del contrato social, los ciudadanos libres e iguales realizan un pacto para salir del estado de naturaleza y formar la sociedad civil. Podría pensarse que es un paso al reconocimiento de todas las personas como

3. Celia Amorós sostiene que el sexismo tiene manifestaciones importantes en la historia de la filosofía mucho antes de la Edad Moderna. Así, se refiere a la *Ética* a Nicómaco, en la cual Aristóteles incluye la amistad del hombre hacia la mujer entre las formas de amistad “fundadas en la superioridad, como la del padre hacia el hijo, y en general la del mayor hacia el más joven [...] y la de todo gobernante hacia el gobernado” (1985: 28).

sujetos que contratan libremente pero, si bien constituye en términos generales un avance respecto del antiguo régimen, no todas las personas ingresan de la misma manera a la vida civil que nace a partir del contrato. La gran paradoja es que, en este diseño de construcción de la vida en sociedad, las mujeres no ingresan como sujetos con autonomía. A través del contrato se estableció que el espacio de lo público era reservado a los varones, mientras que las mujeres quedaron en el espacio de lo privado, lugar en el que se ensayan numerosas formas de subordinación.

El esquema del contrato es atractivo porque significa un avance en el reconocimiento de las personas como sujetos libres, quienes, mediante la ficción del contrato, eligen vivir en sociedad. Sin embargo, este mismo contrato deja afuera a las mujeres o crea un contrato paralelo, el contrato sexual.

A partir del contrato se produce la dicotomía entre el espacio público y el espacio privado, que es como una prolongación de la contraposición entre sociedad/naturaleza, civil/natural. Lo público será el terreno de la política, de la ciudadanía, de lo masculino, y en el espacio privado quedará lo doméstico, lo no civil, el terreno reservado por “la naturaleza” a las mujeres.

Pateman (1995) sostiene que cuando se habla del contrato social se omite un punto crucial: que tales habitantes estaban sexualmente diferenciados, y que, en los autores clásicos, se sigue una diferencia en la racionalidad debido a la diferencia sexual natural. La autora considera que, en ese contrato original, aparecen la libertad y la dominación. Paralelo al contrato social surge el contrato sexual. La libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crean a través del contrato original, y el carácter de la libertad civil no se puede entender sin la mitad despreciada de la historia, la que revela cómo el derecho patriarcal de los hombres sobre las mujeres se establece a partir del contrato. Este último establece también el derecho político de los varones sobre las mujeres y también es sexual en el sentido de que da origen a un orden de acceso de los varones al cuerpo de las mujeres (Pateman, 1995).

La esfera pública alcanza su relevancia y su entendimiento si se analiza la esfera privada. Pero este espacio de lo privado no tuvo un importante papel en los estudios políticos; recién con las feministas empieza a tener relevancia, al enfatizarse sobre la interdependencia que tienen estas dos esferas.

Este breve recorrido por algunos caminos históricos de la ciudadanía evidencia que su tratamiento debe realizarse desde una perspectiva de género, lo que obliga a observar atentamente las asimetrías en la construcción del concepto, pues esto repercute en el modo en que las mujeres ingresamos al espacio de lo público y en la subjetividad creada alrededor del mundo de lo privado, que es el mundo del cuidado, de la maternidad, el mundo de “un ser para otro”, espacio históricamente femenino, y donde, con la diferenciación tajante del espacio de lo público, se construye un imaginario sobre el cuerpo de las mujeres y su destino hacia la reproducción.

La mujer, vinculada desde la antigüedad a la naturaleza, no aparece como sujeto autónomo sino como la naturaleza misma, se la trata como algo que hay que cuidar, controlar, encauzar, domar. En este escenario, el cuerpo de las mujeres pertenece al padre, al esposo, al Estado, y son ellos quienes deciden y prescriben.

2.2. *La ciudadanía contemporánea*

El significado actual de ciudadanía se fue construyendo a partir de las luchas de numerosos grupos que demandaban el reconocimiento de derechos. Es ineludible recordar en esta lucha a las sufragistas y sus demandas de inclusión en el espacio público.⁴

Contemporáneamente el concepto de ciudadanía es teorizado, entre otros, por Marshall, Giddens y David Held. Marshall⁵ centra su análisis en la evolución de los derechos en tres etapas. La posición de este autor recibió las críticas de Giddens, quien considera que la expansión de los derechos ciudadanos no se produjo a partir de un proceso unidireccional e irreversible, y sostiene que Marshall incurre en un error al no enfatizar que los derechos de ciudadanía se produjeron a partir de la lucha. Asimismo, Held (1997) critica por estrecha la visión de Marshall en lo que se refiere a la relación entre clase social y ciudadanía, y sostiene que

El conflicto de clase puede ser perfectamente un importante medio para el desarrollo de los derechos ciudadanos pero de ninguna manera es el único que reclama atención. Si la ciudadanía implica la lucha por la pertenencia y la participación en la comunidad, entonces su análisis abarca el examen de los modos en los que los diferentes grupos, clases y movimientos pugnaron por conquistar mayores grados de autonomía y control sobre sus vidas vis-á-vis las distintas formas de jerarquía, estratificación y opresión política. El debate posmarshalliano debe ampliar el análisis de la ciudadanía y dar cuenta de los temas planteados, por ejemplo, por el feminismo, el movimiento negro, los ecologistas (1997: 53).⁶

En la actualidad, podemos hablar de la ciudadanía como un estatus jurídico de las personas a raíz del cual se otorgan los mismos derechos, pero necesariamente esta igualdad debe mirarse a través del prisma de la diferencia; es decir que el concepto de derechos iguales debe someterse a una relectura. Esta igualdad se hace realidad cuando se respetan las diferencias.

Las mujeres que tienen la capacidad de gestar se encuentran en una situación distinta a la de otras personas que no tienen esta posibilidad. En la búsqueda de igualdad debe tenerse en cuenta este dato, pues es relevante para la vida, la autonomía, la libertad, la integridad física y la salud de las mujeres ¿Cómo trata el Estado esta diferencia en la búsqueda de una igualdad? Este punto será esencial para evaluar si el Estado considera a las mujeres como ciudadanas.

No se les reconoce a las mujeres el estatus de ciudadanas cuando es el cuerpo de estas el que aparece como texto, como el bastidor donde los intereses de la sociedad son expresados. Todos los poderes se expresan en este control, y paralelamente quedan expuestos los custodios de la ciudadanía del feto (Segato, 2010: 147). En definitiva, estas discusiones giran alrededor de la sexualidad de las mujeres, del control de sus cuerpos, de su autonomía, de su reclamo por ser consideradas como sujetos sociales y, en definitiva, de la manera que ejercen su ciudadanía (Chiarotti, 2006).

4. Ver Miyares (2005).

5. Ver Marshall (1998).

6. Ver también Del Re (2001).

3. Los derechos sexuales y reproductivos. Algunos apuntes sobre el derecho al aborto

Entendiendo que el ejercicio de una ciudadanía plena en un Estado de derecho democrático exige que las mujeres tengan el control y la soberanía sobre su cuerpo, se ensayarán, a partir de este apartado, argumentos para la despenalización y legalización del aborto.

El aborto forma parte de los derechos sexuales y reproductivos.⁷ El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos es reciente tanto en los instrumentos internacionales como en las normas nacionales. Un paso fundamental que se dio en el ámbito internacional para la consolidación de estos derechos fueron la Conferencia de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de El Cairo, y la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, el Desarrollo y la Paz, celebrada en Beijing en 1995.

En la Conferencia de El Cairo se reconoce que el aborto debe ser considerado como un importante problema de salud pública, y se define a la salud sexual y reproductiva como “un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos” (ONU, 1994). En consecuencia,

la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y la de procrear; como también la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esto último, lleva implícito el derecho del hombre y la mujer de obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como el acceso a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no están legalmente prohibidos, y que sean seguros, eficaces, asequibles y aceptables; el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (ONU, 1994).⁸

En la Conferencia de Beijing, los Estados reconocen que “la capacidad de las mujeres para controlar su propia fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos”, y se pide a los Estados que consideren la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales.⁹

En nuestro sistema jurídico, estos derechos son derechos humanos, y su goce y ejercicio está garantizado por el texto constitucional y los instrumentos sobre derechos humanos enunciados en el art. 75 inc. 22 de nuestra carta fundamental, que conforman el bloque de constitucionalidad federal.¹⁰

7. Los derechos sexuales y reproductivos están garantizados en los tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por nuestro país, especialmente por la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y por la Convención de los Derechos del Niño.

8. Ver Chiarotti (2006); Zampas y Tood-Gher (2011).

9. Ver Chiarotti (2006: 97).

10. Según Bidart Campos, el bloque de constitucionalidad federal es el conjunto de principios, normas y valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución, que permiten interpretar y efectuar el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales (1995: 561). El art. 75 inc. 22 trae como consecuencia la “rematerialización de la Constitución, que necesariamente desembocará en una resignificación de conceptos

Los derechos sexuales y reproductivos constituyen un fenómeno bifronte, y exigen para su goce y ejercicio, por un lado, privacidad e intimidad en la toma de decisiones reproductivas, pero también están ligados indisolublemente a la prestación de información y de servicios de salud por parte del Estado, sobre todo para garantizar la igualdad en los casos de mujeres con escasos recursos.

El derecho a la atención en salud sexual y reproductiva requiere de la intervención por parte del Estado, que debe implementar medidas para promover la maternidad voluntaria y sin riesgos, la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley, el acceso a métodos anticonceptivos, incluida la anticoncepción de emergencia. Para garantizar el derecho a la salud, los Estados deben tener en cuenta las distintas particularidades de hombres y mujeres. Como la salud reproductiva es fundamental para la vida de las mujeres, los Estados deben tomar medidas de acción afirmativa para que esté al alcance de todas ellas. El derecho a la autodeterminación reproductiva se basa en el derecho a planear la propia familia, e incluye el derecho de estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libres de todas las formas de violencia y coerción que afectan la vida reproductiva de la mujer.¹¹ De este modo, en la resignificación de los distintos institutos jurídicos y de las prácticas jurídicas aparece el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, sobre la reproducción, como un ejercicio de la ciudadanía en un Estado democrático de derecho. Porque si un Estado aspira a que las personas convivan en un pie de igualdad, no puede privar a las mujeres del derecho a decidir, a la autonomía reproductiva, derechos tan preciados para considerarnos sujetos libres.

4. Tensiones entre derechos. Interpretación

Al analizar el derecho al aborto surge una serie de conflictos con el derecho a la vida en formación. El derecho a la autonomía reproductiva de la mujer, a decidir sobre su propio cuerpo, puede encontrarse en tensión con el derecho a la vida del feto. Es importante realizar una serie de precisiones, balances y ponderaciones para determinar si el derecho a la vida en formación prevalece frente al derecho a la vida de la mujer, a su autonomía, a su salud, a su igualdad, entre otros.

Ahora bien, esta evaluación del posible conflicto que se genera requiere de una serie de ajustes en la convivencia de los derechos. Teniendo en cuenta que en nuestro sistema no existen derechos absolutos, se puede realizar un examen de proporcionalidad en el que la discusión se base en torno a la vida en gestación frente a la gama de derechos humanos de los que es titular la mujer. Entonces, si en nuestro sistema estos derechos tienen igual jerarquía, si existe algún tipo de contradicción, debe efectuarse una ponderación mediante el principio de proporcionalidad y establecer una relación de preferencia condicionada (Gil Domínguez, 2006: 1428).

construidos a la luz de viejos paradigmas y la configuración de un nuevo orden simbólico. Los derechos humanos irradian la coexistencia de una constelación plural de pociões de vida en lugar de un supuesto de homogeneidad ideológica o pensamiento único” (Gil Domínguez *et al.*, 2007: 687).

11. Ver Chiarotti *et al.* (2006); Cook *et al.* (2003).

Quienes defienden la penalización del aborto sostienen que se trata de proteger el derecho a la vida de “un ser humano”, el feto, que sería la víctima en el delito de aborto.

Poner la mirada sólo en uno de los extremos de la discusión, en el feto, es invisibilizar e instrumentalizar a las mujeres, negándoles el estatus de sujetos libres y con derechos.

En consecuencia, para efectuar una ponderación proporcionada y establecer una preferencia entre los derechos en juego se puede tener en cuenta, como parámetro que permita acercarnos a un razonamiento racional y equilibrado, el hecho del nacimiento o también el grado de desarrollo de la vida en formación de manera que se pondere el derecho a la autonomía de la mujer con la vida en gestación, entendiendo que con el paso del tiempo la vida en formación va adquiriendo mayor valor.

La sentencia “C-355” de la Corte Constitucional colombiana desarrolla un argumento interesante para evaluar las tensiones entre los derechos de la mujer y el feto. Si bien refiere a determinados casos en los que el aborto no está penado en Colombia, el pronunciamiento se refiere al valor vida como algo que tiene una intensidad distinta al derecho fundamental a la vida (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

En este sentido, es interesante lo expresado por la Corte Constitucional colombiana, acerca de las tensiones entre derechos que involucra el debate sobre aborto.

El derecho a la vida se limita a los seres humanos nacidos, mientras que el valor constitucional vida puede ser protegido antes del nacimiento. El valor vida no tiene el carácter de un derecho absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales. Se puede decir que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. Dentro del ordenamiento constitucional, la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida, de la vida como bien jurídico protegido por la constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición [...] La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es así que en la mayoría de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir que el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

Los argumentos de la sentencia pueden ser traspolados a nuestro sistema jurídico y servir para ponderar los derechos de la mujer gestante frente al derecho a la vida en formación. En esta línea, Nino utiliza la idea de potencialidad para referirse a la vida en formación,

Cuanto más inmaduro sea un feto más tenue es su identidad con el individuo que tendría los atributos fácticos de la personalidad moral y más remoto está de adquirir las capacidades relevantes, aunque sea en estado de latencia, hasta llegar a un grado en el que la relación de identidad se desvanece y pasa a ser una mera relación de “susceptible de convertirse en”, que

debe tener el mismo valor de proyección tanto si está basada en un proceso natural como si lo está en uno voluntario (Nino, 2000: 242).

La ley argentina sólo protege la vida progresivamente, y diferencia esa protección antes y después del nacimiento (Bergallo, 2011: 44). El feto tiene un estatus moral distinto al del niño, y esto se revela también en el tratamiento que la ley penal argentina le da a la figura de aborto en relación con la del homicidio.

5. “Roe vs Wade”, críticas

El caso “Roe vs. Wade” significó un hito en lo que se refiere al derecho a decidir en materia reproductiva (Corte Suprema de Estados Unidos, 1973). Este precedente de la Corte norteamericana, que liberó el aborto en los primeros meses de embarazo, fundó el derecho al aborto voluntario en el derecho a la privacidad estableciendo un sistema de plazos.

Existen distintas lecturas de este fallo.¹² Una de las discusiones gira en torno a que el derecho a la privacidad contribuye a robustecer el ámbito de lo privado en la dicotomía, criticada por las feministas, de lo público y lo privado. Desde esta perspectiva, el derecho al aborto, tanpreciado para las mujeres, es relegado al espacio en donde estas fueron sometidas históricamente, con la huella de la dominación masculina y las reminiscencias al contrato sexual, que sirvió para enmascarar un ámbito paralelo en el que las mujeres continuaban en el estado de naturaleza y no llegaban a ser ciudadanas.

Algunas de las críticas fueron realizadas por West (2009), quien sostiene que Roe cristalizó el derecho constitucional al aborto como fundamentalmente un derecho negativo, que mantiene al Estado ajeno a esta problemática,¹³ con las consecuencias nefastas que esto acarrea para las mujeres pobres. Otra de las objeciones al derecho a la privacidad como fundamento del derecho al aborto es desarrollada por MacKinnon. La autora recuerda que el argumento de la privacidad en relación con los derechos reproductivos ya se había usado en la causa “Griswold vs. Connecticut”, de 1965, y se retoma en “Roe”. Sin embargo, en 1981, en la causa “Harris vs. McRae”, el tribunal dijo que el derecho a la intimidad no implicaba que el programa federal *Medicaid* tuviera que ocuparse del aspecto médico de los abortos necesarios, y aclaró que la intimidad estaba garantizada con respecto a la decisión de la mujer de interrumpir o no su embarazo. El Estado podía apoyar una decisión pero no la otra: sí financiar aquellas concepciones que siguieran adelante, pero no financiar su interrupción. Al afirmar que la intimidad de la decisión quedaba intacta desde el punto de vista constitucional, el tribunal señalaba que “aunque el gobierno no podrá poner obstáculos en el camino que siga una mujer en el ejercicio de su libertad de elección, no tiene tampoco que eliminar los que no haya creado” (MacKinnon, 1989: 333).

12. Ver, entre otros, Hendricks (2009); West (2009); Rausch (2012).

13. “No matter its rationale, the constitutional right to abortion is fundamentally a negative right that rhetorically keeps the state out of the domain of family life” (West, 2009: 1394).

Al respecto, expresa MacKinnon que:

la ley de la intimidad propone garantizar la integridad corporal individual, el ejercicio personal de la inteligencia moral y la libertad de la intimidad. Pero ¿se han garantizado los derechos de acceso a la mujer a esos valores? La ley de la intimidad, en vez de hacerlo, traduce los valores liberales tradicionales en derechos individuales como medio para subordinar esos derechos a imperativos sociales específicos [...] La opción doctrinal de la intimidad en el contexto del aborto, por tanto, reafirma y refuerza lo que la crítica feminista de la sexualidad ataca: la división público /privado para la vida de las mujeres (1989: 334).

Así, la autora sostiene que “Roe vs. Wade” utilizó una teoría de la privacidad neutra al género. La privacidad es una espada de doble filo para las mujeres: se las trata como sujetos autónomos. Esto, según MacKinnon, es una falacia, porque las mujeres no tienen el mismo poder que los varones; mientras que el Estado se retira y abdica de cualquier obligación de garantizar las prestaciones de salud necesarias. Para la autora, la ley de la intimidad da por supuesto que las mujeres son iguales a los hombres, cuando en realidad esta afirmación es falsa, porque la intimidad como derecho negativo mira a las primeras como si fueran personas sin género y refuerza la división entre lo público y lo privado.

En sentido contrario, Cohen sostiene que el fallo “Roe vs. Wade” es relevante porque concede a las mujeres el derecho a la privacidad en sus relaciones reproductivas en tanto individuos, no en el sentido de la privacidad que resguarda la “entidad”, la familia, con las implicancias en el sentido de sometimiento que el ámbito privado familiar tiene para las mujeres. En consecuencia, las mujeres -al gozar de derechos individualizados a la privacidad- pueden acceder a la personalidad jurídica plena y comenzar a demandar protección, autonomía y la intervención del Estado en la familia para proteger sus derechos como personas y conservar al mismo tiempo el control de sus decisiones íntimas que el derecho a la privacidad individual ampara (Cohen, 1999).

6. El derecho a la privacidad y a la intimidad en el derecho argentino

En el análisis de estos derechos se tomarán en cuenta los lineamientos trazados por Nino, quien realiza una distinción entre el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad. La privacidad sería el derecho a estar a solas, abarcativo de la autonomía personal. Comprendería, de este modo, aquellas acciones voluntarias que no afectan a terceros.

Estas acciones son privadas porque no deben ser accesibles al conocimiento público, sino también en el sentido que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente (Nino, 2000: 304).

Sostiene Nino que la práctica constitucional argentina está en mejor posición que la de otros países occidentales para encarar la protección de la privacidad,¹⁴ gracias al texto de la Constitución en el art. 19 (2000: 316).

El derecho a la intimidad sería aquella esfera de la persona que está exenta del conocimiento de los demás. Nino considera que el derecho a la intimidad está principalmente presupuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional (2000: 333).¹⁵ El art. 19 de la Constitución Nacional representa el núcleo de una concepción liberal de la sociedad que alberga la autonomía personal como un derecho esencial en un Estado democrático. Si se interpreta este artículo en consonancia con los principios de derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales, protege tanto las acciones que no perjudican a terceros -que son el ejercicio más profundo de la autonomía personal- como las que se desarrollan en la esfera íntima y están a resguardo del conocimiento público. El artículo en cuestión actúa como una caja de resonancia respecto de los otros derechos y, en una interpretación amplia, abarca tanto la privacidad como la intimidad.

En el caso específico de los derechos sexuales y reproductivos, y sobre todo en el caso del aborto, el vínculo que existe entre el derecho a la privacidad y a la intimidad es inescindible. Si analizamos estos dos derechos conforme con el contenido que les asigna Nino, se advierte que para que una mujer pueda decidir acerca de practicarse, o no, un aborto, necesita paralelamente que se respete su ámbito íntimo, sin sufrir presiones o intromisiones de ningún tipo respecto de la decisión que vaya a tomar.

7. Revalorización del derecho a la intimidad y a la privacidad

Si bien el argumento utilizado en la causa “Roe vs. Wade” fue criticado por hacer eje en el derecho a la privacidad para justificar el derecho al aborto, en el contexto latinoamericano en general y de nuestro país en particular, es necesario rescatar el valor que la privacidad y la intimidad tienen como resguardo a la interferencia de terceros y del Estado en decisiones cruciales para la vida de las mujeres y que las atañen a ellas exclusivamente.

La invasión a la intimidad y la dificultad para tomar una decisión libre de presiones que sufren las mujeres en los casos de aborto las coloca en un lugar de extrema vulnerabilidad, lo que hace necesario que los derechos a la privacidad y a la intimidad se erijan como verdaderos escudos ante los fundamentalismos religiosos, ante el avance de la prensa o de la comunidad médica aliada con sectores conservadores.¹⁶

14. En los Estados Unidos, por ejemplo, no existe una cláusula expresa que defina o se refiera a la privacidad, por lo que se la extrae de distintas fuentes. En “Roe vs. Wade” se sostiene que el derecho a la privacidad deriva de la “libertad” protegida por las enmiendas V y XIV, que exigen el debido proceso legal; en el caso “Griswold vs Connecticut” se la derivó de la IX enmienda, que establece que los derechos enumerados no deben entenderse como negativa de otros derechos retenidos por el pueblo. En el caso “Whalen vs. Roe”, se define a la privacidad como el derecho tanto a evitar revelaciones sobre cuestiones personales como el derecho a tener independencia al tomar ciertas decisiones importantes; o sea, tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la privacidad en sentido estricto, que se refiere a la autonomía personal (Nino, 2000: 313).

15. Respecto de la intimidad, ver el caso paradigmático “Ponzetti de Balbín” (CSJN, 1892).

16. Ejemplo de estos actos de invasión a la autodeterminación e intimidad de mujeres es la causa “LMR”.

En la causa “Of P. y S. vs. Poland”, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también se advierte el mismo fenómeno de intromisión en la esfera de la autonomía privada y la intimidad de las mujeres (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2011). En este caso, la niña que demandaba un aborto -consecuencia de una violación- fue víctima de intromisiones a su intimidad en reiteradas oportunidades. El hospital emitió un comunicado informando que no iban a practicar el aborto y la prensa lo difundió; recibió un mensaje de texto de un sacerdote católico que le decía que estaba trabajando en el caso y que todo el país estaba orando por ella; después el sacerdote llegó al hospital con un activista religioso y trataron de convencer a la niña, sin que estuviera su madre, para que no se practicara el aborto; también llegó una persona a la noche tratando de convencerla en el mismo sentido y recibió numerosos mensajes de correo electrónico tratando de que desistiera de llevar adelante la interrupción del embarazo.¹⁷

El caso descrito también vincula la denegación del aborto legal a un trato inhumano y degradante que se ve amplificado por la divulgación de información confidencial.

8. Redefinir la privacidad y la intimidad. La igualdad como norte de las políticas públicas

Es necesario redefinir el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad para extraerlos de la dicotomía entre lo público y lo privado y reservar un ámbito necesario para reconocer autonomía a las mujeres. Los derechos a la privacidad y a la intimidad son medulares para las mujeres y sus decisiones reproductivas, y están lejos de considerarse como derechos que queden encorsetados en ese espacio privado de sometimiento histórico de las mujeres.

Ahora bien, con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos, la dimensión de lo público y lo privado se va redefiniendo.¹⁸ En el sistema jurídico argentino actual, el Estado tiene

LMR era una niña que padecía una discapacidad permanente y que, como consecuencia de un abuso sexual, quedó embarazada. Debió sortear numerosos obstáculos para lograr la interrupción del embarazo. Además de la negativa de los servicios de salud de practicarle el aborto y la judicialización innecesaria e ilegal que padeció, su familia y la niña fueron constantemente hostigadas por grupos religiosos y sectores fundamentalistas que interfirieron permanentemente impidiendo el ejercicio de los derechos humanos de la niña. Ver Carbajal, 2009 y 147) y CLADEM (2011). Existen otros casos de mujeres que sufrieron el mismo padecimiento de LMR en lo que se refiere a la interferencia de la prensa, de los grupos fundamentalistas religiosos, del personal médico y de la justicia en la privacidad y autonomía, que se relatan en el libro de Mariana Carbajal antes citado.

17. En este caso, la niña tuvo que recorrer varios hospitales solicitando que se le practicara el aborto, hasta que finalmente uno de ellos accedió, pero debido a las presiones, la niña decidió huir con su madre. Cuando estaban saliendo fueron interceptadas por grupos fundamentalistas y llevadas a una comisaría, y la niña terminó en un hogar de menores. Finalmente, su madre la llevó de manera clandestina a otra ciudad, donde pudieron practicarle el aborto.

18. Piénsese por ejemplo en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que tiene como característica que sus normas se refieren a la igualdad de las mujeres en todos ámbitos; o la Convención de Belem do Pará, que se refiere a la violencia que pueda sufrir la mujer tanto en el ámbito público como en el privado y que establece la obligación del Estado de adoptar la debida diligencia para erradicar la violencia contra la mujer aun en el espacio privado: ver la causa “María da Penha vs. Brasil” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

un rol de garante de los derechos humanos, y debe adoptar todas las medidas para que todas las personas gocen de ellos. El bloque de constitucionalidad federal está conformado por derechos que protegen la intimidad de las mujeres y niñas pero estos también requieren la intervención del Estado para garantizar la igualdad real de oportunidades y luchar contra la discriminación removiendo los obstáculos que impiden a las mujeres gozar de sus derechos. Es así que el argumento de lo público y lo privado sustentado por las críticas a “Roe” carece de actualidad en el sistema legal argentino. Esta afirmación no significa asumir una mirada ingenua y creer que las mujeres no son sometidas en el espacio de lo privado y que gozan de los mismos derechos que los varones, sino que se refiere a que en el sistema jurídico argentino el Estado debe intervenir y hacerse presente y tener la debida diligencia para evitar que el espacio privado, de la familia, sea el espacio donde se someta a las mujeres.

Frente a este panorama jurídico constitucional que rige en la Argentina, el Estado debe adoptar una actitud de respeto por las elecciones de vida por las que cada persona opte, pero a la vez debe poner a disposición los medios necesarios para hacer posible el acceso a la salud de las mujeres y para que estas elecciones sean posibles en un marco de libertad en el que el Estado brinde atención sanitaria como parte de su política pública. Porque como la interrupción del embarazo es una práctica social y médica que sólo pueden obtener las mujeres, la existencia de barreras que minan el acceso a los servicios sanitarios es una práctica estatal discriminatoria basada en el sexo (Ramón Michel, 2011).

En este sentido, Ferrajoli (2010) se pregunta si existen derechos fundamentales que sean sólo de las mujeres; es decir, cuyo desconocimiento afecte directamente sólo a las mujeres, y concluye que este derecho es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad. Dice el autor:

Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la “soberanía” de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo; porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal (Ferrajoli, 2010: 85-86).

Sería este un derecho sexuado, que corresponde sólo a la mujer, y que requiere, en consecuencia, garantías sexuadas también.

Por otro lado, la alarmante cantidad de mujeres que mueren víctimas de abortos mal practicados y porque no acceden a los medios económicos para realizarlos con las mínimas condiciones de asepsia demuestra que la problemática del aborto es una cuestión de igualdad y salud pública además de un derecho a decidir de las mujeres. Es aquí donde este derecho revela su mayor riqueza y su mayor complejidad. A la vez que se presente como un derecho a la autodeterminación reproductiva, debe garantizarse desde el Estado, porque la ausencia de acceso para algunas mujeres significa la muerte, que sellan así con su cuerpo la metáfora perfecta de la desigualdad y la discriminación.

9. Conclusión

Una ciudadanía plena en un Estado democrático de derecho implica el reconocimiento de la autonomía reproductiva a las mujeres. En el ordenamiento jurídico argentino existen herramientas para hacer efectivos los derechos sexuales y reproductivos. El aborto es parte de los derechos sexuales y reproductivos, que se caracterizan por su estructura porosa, se combinan con otros derechos, como el derecho a la información sobre salud sexual y reproductiva, el derecho a la salud, el derecho a la integridad personal, el derecho a la autonomía, a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, etc. El derecho a la autonomía reproductiva –que es posible gracias al derecho a la privacidad y a la intimidad– está relacionado también con la dignidad. El derecho al aborto se vincula estrechamente con el derecho a la igualdad y no discriminación, porque la situación de gestante sólo la tiene la mujer y sólo ella será víctima del sistema penal, si es que la práctica del aborto está criminalizada, y sólo ella experimentará la gestación y sus consecuencias.

Ahora bien, el aborto no afecta a todas las mujeres de la misma manera. Este derecho a decidir sobre el propio cuerpo se ve condicionado además por una serie de impedimentos sociales, culturales, por razones económicas, y aquí es donde se revela el verdadero problema social que entraña el aborto y su criminalización.

Las garantías constitucionales serían metafóricas si el Estado sólo se abstuviera de “molestar”, de interferir en las decisiones morales y personales de las mujeres sobre su cuerpo. El Estado no puede permanecer indiferente y debe arbitrar los medios necesarios para hacer posible la igualdad real y el acceso a los servicios de salud reforzando los derechos sexuales y reproductivos, legalizando y despenalizando el aborto. Más allá de considerar que el derecho al aborto es una forma de reconocer a las mujeres su derecho a la autonomía, la ilegalidad tiene como resultado prácticas diferenciadas según la condición económica de la mujer.

Un Estado democrático, que respete la autonomía y la soberanía de la mujer sobre su cuerpo y garantice la igualdad, debería legalizar y despenalizar el aborto, y equilibrar los derechos en juego mediante el sistema de plazos en el caso del aborto voluntario. La capacidad de gestar que tienen las mujeres es la bisagra fundamental de la diferencia que interpela el principio de igualdad. Si esta capacidad se instaura como obligatoria, se cercena la autonomía, y se coloca entonces a las mujeres frente a un destino del que no pueden escapar, lo que resulta incompatible con una ciudadanía plena en un Estado constitucional de derecho.

Bibliografía

Amorós, Celia: “Rasgos patriarcales del discurso filosófico: Notas acerca del sexismo en filosofía”, en Celia Amorós (comp.), *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Barcelona, Anthropos, 1985.

Bergallo, Paola: “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, en Paola Bergallo (Comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

- Carbajal, Mariana: *El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente*, Buenos Aires, Paidós, 2009.
- Cárcova, Carlos María: *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- Cook, Rebecca, Dickens, Bernard y Fathalla, Mahmoud: *Salud reproductiva y Derechos Humanos: Integración de la medicina, ética y el derecho*, Bogotá, Profamilia, 2003.
- Chiarotti, Susana: “El aborto en el marco de los derechos humanos. La situación en Argentina”, en Checa Susana (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- Cohen, Jean L: “Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto”, en Flora Tristán, *Sexualidad y derechos ciudadanos*, Lima, Programas de Estudios de Género, Universidad de San Marcos, Unidad de Postgrado en Ciencias Sociales, 1999.
- De Beauvoir, Simone: *El segundo sexo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999.
- Del Re, Alisa: “Para una definición del concepto de ciudadanía”, en *Sociohistórica*, N° 9-10, La Plata, Memoria Académica-Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de La Plata, 2001.
- Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010.
- Giberti, Eva: “La madre y la maternidad en suspenso. Su relación con el mito constitutivo de las identidades que se reconocen como propias de las mujeres”, en Susana Checa (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- Gil Domínguez, Andrés: “Aborto voluntario y Estado constitucional de derecho”, en *La Ley*, 2006-D, 1428, Buenos Aires, 2006.
- “El derecho a la salud sexual y procreación responsable a más de diez años de la reforma constitucional”, en Víctor Abramovich, Christian Courtis y Alberto Bovino (comps.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007.
- Held, David: “Ciudadanía y Autonomía”, en *Liberalismo Comunitarismo*, La Política, N° 3, Barcelona, 1997.
- Hendricks, Jennifer: “Body and Soul: Equality, Pregnancy, and the Unitary Right to Abortion”, *The University of Tennessee College of Law, Legal Studies Research Paper Series*, 2009.
- Lovibond, Sabina: “El feminismo en la filosofía antigua: la apuesta feminista sobre el racionalismo griego”, en Miranda Fricker y Jennifer Hornsby (comps.), *Feminismo y filosofía*, Barcelona, Idea Books, 2001.
- MacKinnon, Catharine A.: *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, Madrid, 1989.

- Marshall, Thomas H. y Bottomore, Tom: *Ciudadanía y clase social*, Versión de Papa Linares, Madrid, Astrea, 1998.
- Minyersky, Nelly: “El artículo 86 del código penal, eficacia y efectividad”, en Lexis Nexis, 0003/015440, Buenos Aires, 2011.
- Miyares, Alicia: “El Sufragismo”, en Celia Amorós Celia y Ana de Miguel Álvarez (comps.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización. De la Ilustración al segundo Sexo* Madrid, Minerva, 2005.
- Nino, Carlos Santiago: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- Pateman, Carol: *El contrato sexual*, México D.F., Anthropos, 1995.
- Ramón Michel, Agustina: “El fenómeno de inaccesibilidad del aborto no punible”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Rausch, Rebecca L.: “Property over Privacy”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice* N° 27, 2012.
- Rossi, Miguel A. y Amadeo, Javier: “Platón y Aristóteles: Dos miradas sugestivas en torno a la política”, en Atilio Borón, *Teoría y Filosofía Política. La recuperación de los Clásicos en el debate latinoamericano*, Buenos Aires, CLACSO, 2002.
- Sabine, George H: *Historia de la teoría política*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Segato, Rita: “El derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho”, en Aldo Etchegoyen (comp.), *Voces y silencios de la discriminación. Acceso a la justicia. Conferencia 2009*, Buenos Aires, El Mono Armado, 2010.
- West, Robin: “From Choice to Reproductive Justice: De-Constitutionalizing Abortion Rights”, en *Georgetown Law*, Faculty Publications, 2009.
- Zampas, Cristina y Tood-Gher, Jaime: “El aborto como derecho humano: estándares regionales e internacionales”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y Justicia reproductiva*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011.

Jurisprudencia

- CSJN, “Ponzetti de Balbín”, Fallos 206: 1892, 1984.
- “Griswold vs. Connecticut”, 381 U.S. 479, 1965.
- “Roe vs. Wade”, 410 U.S. 113, 1973.
- “Whalen vs. Roe”, 429 U.S. 589, 1977.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Of P. y S. vs. Poland”, 30 de octubre de 2011.

ABORTO VOLUNTARIO: UN REPASO DE LOS ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

*Andrés Gil Domínguez**

1. Introducción

Uno de los principales aportes realizados por los constituyentes de 1994 fue la incorporación del artículo 75 inciso 22, considerado el “núcleo ideológico” de la reforma constitucional.

La invitación a una fuente externa -los instrumentos internacionales sobre derechos humanos-, respetando su lógica de validez y en igualdad de condiciones normativas con la Constitución (CSJN, 2007), posibilita la existencia de un diálogo fluido y constante entre ambas fuentes que fortalece el sistema de derechos y resignifica los derechos secundarios. De esta manera, la supremacía constitucional se configura mediante el andamiaje de una regla de reconocimiento¹ constitucional (Gil Domínguez, 2007) semiflexible² (puesto que puede ser modificada -ampliada o disminuida- mediante un procedimiento especializado desarrollado por el Congreso que requiere de mayorías agravadas distintas a la sanción de las leyes) que simultáneamente pone en marcha el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Cuando el artículo 75 inciso 22 expresa que determinados instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen “jerarquía constitucional”, realiza una invitación concreta a una fuente externa, a efectos de construir un concepto de supremacía donde aflora la regla de reconocimiento constitucional. Más aún en la medida que ambas fuentes (la interna y la externa) son complementarias respecto de los derechos y garantías que cada una aporta desde su impronta normativa e interpretación concreta (esto es, partes concurrentes de una totalidad normativa y simbólica). Dicha invitación se realiza “en las condiciones de vigencia” de cada uno de los instrumentos internacionales, con lo cual estamos ante dos clases de salvaguardas en la configuración de la regla de reconocimiento constitucional. Las *condiciones de vigencia estáticas* remiten a la situación existente

* Abogado, doctor y posdoctor en Derecho (UBA). Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA y UNL-Pam), Profesor de Posgrado y Doctorado (UBA) y Profesor de la Universidad de Salamanca (España). Director del Programa de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Neoconstitucionalismo y garantismo (UBA). Director del Blog *Under Constitucional*. Director General de AGDConsultora.

1. El único antecedente donde la Corte Suprema de Justicia utiliza el concepto de regla de reconocimiento, a efectos de intentar conceptualizar el funcionamiento del artículo 75 inciso 22, es el considerando 19 del voto de Lorenzetti en el caso “Simón” (CSJN, 2005).

2. La Constitución argentina sigue siendo rígida, puesto que solamente se puede modificar mediante el procedimiento previsto por el artículo 30.

al momento de la ratificación de los instrumentos internacionales en torno a las reservas y declaraciones interpretativas realizadas por el Estado argentino. Las *condiciones de vigencia dinámicas* se vinculan con la interpretación que realiza cada uno de los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales en su ámbito específico de competencia (informes particulares y generales, sentencias, opiniones consultivas, observaciones particulares y generales). A la vez, estas últimas se subdividen en: a) condiciones de vigencia dinámicas *stricto sensu*: son aquellas que emergen de los fallos, informes y observaciones particulares que se refieren al Estado argentino mediante una condena o recomendación; y b) condiciones de vigencia dinámicas *lato sensu*: son aquellas que surgen de fallos, informes y observaciones que se refieren a otros Estados o bien en forma general.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia oportunamente sostuvo:

En este contexto, corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados –por recordar los términos del artículo 75 inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional– y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (CSJN, 2011: cons. 5).

También expresó que los pronunciamientos de los distintos organismos internacionales cuya “jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional” (CSJN, 2012: cons. 7).³

El objeto del presente trabajo consiste en analizar los distintos argumentos constitucionales y convencionales -emergentes de la regla de reconocimiento constitucional argentina- que convergen en la temática del aborto voluntario desde una perspectiva que abarca la normatividad vigente y se proyecta a reformas legales futuras.

2. Los argumentos constitucionales

En el caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”,⁴ la Corte Suprema de Justicia, al analizar los alcances del artículo 75 inciso 23 de la Constitución argentina, verificó que la referencia específica al marco normativo de protección social al niño desde el embarazo integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos (CSJN, 2012). Por ello, en atención al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de la competencia atribuida al Poder Legislativo (que se limita al dictado de un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo), resulta evidente que de dicha norma no se deriva ninguna clase de deber u obligación constitucional de

3. Ver también Gil Domínguez (2012).

4. Ver también Gil Domínguez (2012). Para los antecedentes del caso, ver Gil Domínguez (2010).

prohibir los abortos no punibles en general, y el practicado como consecuencia de una violación, en particular. Lo expuesto cobra mucha más fuerza si se tiene en cuenta que en la Convención Constituyente de 1994, si bien se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, no quedó plasmada ninguna voluntad que pretendiera definir la cuestión relativa al aborto.

Cabe recordar que en el debate constituyente suscitado en torno al artículo 75 inciso 23, el Convencional Rodolfo Barra (del Partido Justicialista), complementando la breve exposición del miembro informante Convencional Carlos Corach (del Partido Justicialista), expresó:

Los derechos reconocidos por la Constitución, señor presidente, y por los que hoy podemos denominar tratados constitucionales... hoy protegen, ya sin lugar a dudas, al niño desde el momento de la concepción. Otros tratados internacionales protegen a la mujer, en especial, en su condición sagrada de madre y, expresamente, también durante el embarazo. Por ello, señor presidente, esta inclusión es razonable y necesaria, ya que viene a satisfacer un indudable requerimiento social que alcanza a la madre embarazada -casada o soltera- y al niño, a través de su madre (Convención Constituyente, 1994: 4596).

Adelantado el debate, el convencional Barra intervino nuevamente:

No se trata entonces de una norma lavada sino de una aplicación que ha sido plasmada en la Constitución mediante un plan de asistencia social para ese niño concebido en el seno materno, que requiere protección social como cualquier ser humano. Ese niño es un ser humano y para nuestro derecho el “por nacer” es un niño, tal como claramente lo señalan la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Es por ello que requiere el ámbito de protección del derecho, y un aspecto parcial de dicho ámbito es la asistencia social para el que está en situación de desamparo. *Coincido con el doctor Alfonsín, en lo que respecta al delito de aborto, que debe ser regulado –como lo está hace casi ciento cincuenta años– por la legislación ordinaria y prevista su pena en el código penal, la que de ninguna manera debe ser incorporada en la Constitución* (Convención Constituyente, 1994: 4606; el destacado me pertenece).

Y el Convencional Raúl Alfonsín (de la Unión Cívica Radical) manifestó:

La cláusula que estamos considerando ha sido el resultado de extensas conversaciones e intercambio de ideas que, en algún momento, se mezclaron con proyectos que establecían criterios vinculados con el tema de la vida y, otros, referidos al aborto, tema que nuestro bloque consideró que no se encuentra habilitado para la consideración de esta Convención, tal cual se pronunció –según tengo entendido– la Comisión de Redacción, en los que fijaba su penalización. Entendemos que ésta era y es una cuestión de tipo legal. Por lo tanto, vamos a votar afirmativamente el dictamen en consideración porque está vinculado con el régimen de seguridad del que carecería la República Argentina [...] *Es por eso que estamos de acuerdo en votar afirmativamente este proyecto, que no le dice a la Legislatura que penalice el aborto o que libere cualquier posibilidad de aborto, sino que se trata de una iniciativa que podría estar perfectamente vinculada a la legislación de un país que acepta el aborto, como es Suecia, y también podría estarlo a la de un país como Irlanda, que lo prohíbe* (Constituyente, 1994: 4600-4601; el destacado me pertenece).

La conclusión a la que se arriba una vez operado el control de constitucionalidad es la siguiente: no surge del contenido constitucional del artículo 75 inciso 23 como garantía constitucional ninguna clase de mandato, deber u obligación constitucional que impida al legislador haber establecido desde 1921 un sistema de despenalización del aborto por indicaciones sin plazo taxado de interrupción, ni tampoco que imposibilite al Congreso sancionar una ley que establezca un sistema de plazos o un sistema de plazos con asesoramiento estatal (Gil Domínguez, 2000).

3. Los argumentos convencionales

En el debate sobre el aborto voluntario, a menudo se afirma de manera enfática que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, al consagrar de forma expresa el derecho a la vida desde el momento de la concepción (aunque en realidad sólo lo hace, en general, la Convención Americana sobre Derechos Humanos), están prohibiendo cualquier práctica abortiva voluntaria (Sánchez, 2011). Dichas posturas, que son recitadas como dogmas de fe inescrutables, no se condicen con las interpretaciones que han realizado los órganos de interpretación y aplicación de dichos instrumentos internacionales (respecto de los Estados partes, y particularmente, del Estado argentino) de sus “condiciones de vigencia”, que también tienen jerarquía constitucional.

El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos enuncia: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El sentido y alcance del artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y del artículo 4 de Convención Americana sobre Derechos Humanos fueron claramente determinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baby Boy”,⁵ lo cual habilitó la plena vigencia de las legislaciones de los Estados partes que posibilitan la práctica del aborto voluntario.

En la actualidad, los siguientes Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos han adoptado algún sistema que permite el aborto voluntario: Antigua y Bermuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Salvador, Estados Unidos de América, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, Dominicana, Sam Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela, Puerto Rico y Cuba. De ellos, veintitrés ratificaron dicho instrumento internacional.

En el caso “Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c/ México” (CIDH, 2007), la denunciante promovió una comunicación contra México por cuanto siendo una niña embarazada como resultado de una violación no pudo acceder a la práctica de un aborto voluntario no punible debido a los obstáculos interpuestos por las autoridades estatales (motivo por el cual Paulina dio oportunamente a luz). Si bien se arribó a un acuerdo de solución amistosa, la Comisión Interamericana de Derechos (CIDH), expresó:

5. Ver también Buergenthal, *et al.* (1990).

26. Sin perjuicio del párrafo anterior, la CIDH observa la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos.

El 26 de febrero de 2010, la CIDH, en el caso “Amelia”, hizo lugar a una medida cautelar solicitada por ONG nicaragüenses e internacionales, y ordenó al Estado de Nicaragua que adoptara las medidas necesarias para asegurar la vida de una mujer –de 27 años y madre de una niña de 10–. A Amelia el sistema de salud le había negado la realización de un aborto terapéutico que necesitaba para recibir un tratamiento de quimioterapia y radioterapia (vital para combatir el cáncer que padecía) debido a que la Asamblea Nacional había resuelto en octubre de 2006 penalizar la práctica del aborto terapéutico bajo cualquier circunstancia (CIDH, 2007. El nombre se trataba de uno ficticio, utilizado para preservar la identidad de la beneficiaria y de su familia). También ordenó que se adoptaran las medidas necesarias (concertadas con la beneficiaria y sus representantes) para asegurar que la beneficiaria tuviera acceso al tratamiento médico necesario para tratar su cáncer metastásico.

El artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

En el caso “Karen Noelia Llantoy Huamán c. Perú”, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tuvo que resolver la denuncia presentada por una joven de diecisiete años de edad embarazada de un feto con anencefalia. El hospital público le negó la realización de un aborto voluntario terapéutico no punible (2003). Con una demora de tres semanas respecto de la fecha normal prevista para el parto, la denunciante dio a luz a una niña anencefálica que vivió cuatro días (período durante el cual tuvo que amamantarla). Después del deceso de la niña, Karen se sumió en un profundo estado de depresión.

El órgano de control del instrumento internacional, al emitir el respectivo informe, consideró que Perú había violado los siguientes derechos humanos de la denunciante: a) el derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (entendido que dicho derecho no sólo se refiere al dolor físico sino también al sufrimiento moral –sobre todo cuando se trata de niños y niñas–); b) el derecho a la vida privada (por no respetar su decisión de consumir un aborto legal); c) el derecho a no ser discriminada en su carácter de niña (al no recibir, ni durante ni después del embarazo, el apoyo médico y psicológico necesario); y d) el derecho a un recurso adecuado. También estableció –como pauta general– que el Estado Parte (en este caso Perú) estaba obligado a adoptar las correspondientes medidas con el objeto de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

El Comité de Derechos Humanos, en su 98° período de sesiones (8 al 26 de marzo de 2010), expuso como Observaciones Finales respecto del Estado argentino en el punto C denominado “Principales motivos de preocupación y recomendaciones” que era preocupante: a) la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código penal; b) la inconsistente interpretación

por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo, y señaló que el Estado argentino debía adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal. También sostuvo que el Estado argentino debía modificar su legislación interna de forma tal que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y a que estas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas.⁶

La Convención sobre toda Forma de Eliminación de Discriminación de la Mujer (CEDAW) es un claro ejemplo de resignificación normativa y simbólica del principio de igualdad. Si bien desde los albores del constitucionalismo dicho principio estuvo presente, solamente los hombres que reunían determinadas características titularizaban esta prerrogativa. Hizo falta que, desde el derecho de los derechos humanos, se consagrara un instrumento internacional destinado a erradicar la discriminación de la mujer para que la clásica igualdad extendiera en la forma de la no discriminación su tradicional campo de actuación.

El Comité CEDAW, en su 17º período de sesiones (7 al 15 de julio de 1997), expuso en sus Observaciones Finales que el Estado argentino debía adoptar medidas de todo tipo para reducir la mortalidad y la morbilidad que se deriva de la maternidad, y especialmente, recomendó que se revisara la legislación por la que se penaliza a las mujeres que optan por el aborto.⁷ También le solicitó al Gobierno argentino que difundiera ampliamente dichas observaciones en todo el país a fin de dar a conocer a la población las disposiciones adoptadas en relación con la aplicación de la Convención y las medidas que habrían de adoptarse para lograr la igualdad de facto de la mujer.⁸

El Comité CEDAW, en su 46º período de sesiones (12 al 30 de julio de 2010), expuso en sus Observaciones Finales respecto del Estado argentino, en el párrafo denominado “Salud”, que es preocupante la elevada tasa de mortalidad materna que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal,⁹ e instó al Estado argentino a que revisara la legislación vigente que penaliza el aborto, puesto que tiene graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres; y que garantizara la aplicación uniforme en todo el país de la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles” (que clarifica los alcances del art. 86 del Código Penal), dictada por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de Nación, de modo tal que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir los embarazos.¹⁰

El Comité de los Derechos del Niño, en su 54º período de sesiones (25 de mayo al 11 de junio de 2010), expuso en sus Observaciones Finales respecto del Estado argentino, en el punto 58, denominado “Salud y Acceso a los Servicios de Salud”, su preocupación por el elevado

6. Ver también punto 13 de las Observaciones Finales respecto del Estado argentino realizadas por el Comité de Derechos Humanos en su 98º período de sesiones (8 al 26 de marzo de 2010).

7. Ver también los puntos 46 y 47 de las Observaciones Finales respecto del Estado argentino realizadas por el Comité de Derechos Humanos en su 98º período de sesiones (8 al 26 de marzo de 2010).

8. Ver también el punto 49 de las Observaciones Finales respecto del Estado argentino realizadas por el Comité de Derechos Humanos en su 98º período de sesiones (8 al 26 de marzo de 2010).

9. Ver también el punto 37 de las Observaciones Finales respecto del Estado argentino realizadas por el Comité de Derechos Humanos en su 98º período de sesiones (8 a 26 de marzo de 2010).

10. Ver también punto 38 de las Observaciones Finales respecto del Estado argentino realizadas por el Comité de Derechos Humanos en su 98º período de sesiones (8 a 26 de marzo de 2010).

porcentaje de mortalidad materna (especialmente de adolescentes) causada por el aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal de embarazos resultantes de violaciones, prevista en el artículo 86 del Código Penal. En dicho punto recomendó al Estado argentino: a) que adopte medidas urgentes para eliminar las desigualdades existentes entre las provincias en el acceso a los servicios de salud y la calidad de éstos, b) que adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando para que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas y c) que enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente en lo que respecta al aborto legal.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su 46º período de sesiones (14 de noviembre al 2 de diciembre de 2011), expuso en sus Observaciones Finales respecto del Estado argentino, como uno de los principales motivos de preocupación:

22. El Comité reitera su preocupación por la insuficiencia de los servicios de salud reproductiva para las jóvenes y las mujeres en el Estado parte, lo que ha dado lugar a tasas de mortalidad materna elevadas y en general a altas tasas de embarazo en la adolescencia [...]. Además, observa en particular grandes disparidades entre las distintas provincias. El Comité también observa con preocupación que los abortos no medicalizados siguen siendo una de las principales causas de la mortalidad materna (artículos 10 y 12).

En este sentido, instó al Estado argentino a que adoptara las medidas conducentes a afectos de que la ley sobre la salud sexual y reproductiva se aplique en todas las provincias y por que se garantice a todas las personas, especialmente a los adolescentes, acceso a educación y servicios completos de salud sexual y reproductiva, con el fin de, entre otras cosas, reducir las elevadas tasas de mortalidad materna. También recomendó poner en marcha programas para mejorar la sensibilización de la población a la salud sexual y reproductiva. Por último, recomendó adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso al aborto legal, a fin de reducir el número de muertes maternas evitables, y que garantice el acceso a instalaciones, suministros y servicios de salud para reducir los riesgos previos y posteriores al aborto.

Conforme con lo expuesto en los puntos precedentes y los resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el caso “F., A. L.”, es posible afirmar que si el Congreso resolviera –mediante los mecanismos de deliberación democrática– reformar el Código Penal y adoptar un sistema de plazos o un sistema de plazos con asesoramiento estatal (Gil Domínguez, 2000), dicha opción sería constitucional y convencionalmente posible, en la medida que no existe ninguna clase de interdicción emergente de la regla de reconocimiento constitucional en torno al derecho a la vida que pudiese inhibir la incorporación de alguno de dichos sistemas.

Después de dictado el fallo “F., A. L.”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en el caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica” (28 de noviembre de 2012), interpretó con exactitud el alcance del derecho a la vida contemplado en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresando al respecto que “es posible concluir de las palabras en ‘general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a

que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (punto 264)". Y entre los antecedentes que la CorteIDH toma en cuenta para alcanzar dicha interpretación se encuentra justamente el caso "F., A. L."

4. Conclusiones

Las conclusiones a las que arribé en el presente trabajo son las siguientes:

- No surge de la Constitución argentina ni de la interpretación de esta realizada por la Corte Suprema de Justicia respecto del derecho a la vida, ningún mandato que obligue a punir de manera absoluta el aborto voluntario o a impedir que se adopten distintos sistemas normativos que posibiliten la realización de abortos voluntarios (tal como sucede en nuestro país desde 1921).
- No surge de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional ningún mandato que exija punir de manera absoluta el aborto voluntario o impedir que se adopten distintos sistemas normativos que posibiliten la realización de abortos voluntarios (tal como sucede en nuestro país desde 1921).
- De las interpretaciones convencionales realizadas por los órganos de control de los instrumentos de derechos humanos, surgen mandatos expresos dirigidos al Estado argentino y a otros Estados parte, respecto de la obligación que estos titularizan, de posibilitar el acceso a los sistemas de abortos voluntarios vigentes en el orden interno, o bien de eliminar la punibilidad del aborto voluntario concebido como uno de los principales motivos de la morbilidad materna.

Bibliografía

Buergethal, Thomas; Norris, Robert y Dinah, Shelton: *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, Civitas, 1990.

Convención Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, tomo IV, 34º Reunión.

Gil Domínguez, Andrés: *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

— *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Buenos Aires, Ediar, 2007.

— "Aborto voluntario no punible y justicia constitucional", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, abril 2010.

— "La CSJN establece que el aborto voluntario no punible es constitucional y convencional", en *La Ley*, 2012-B-259.

Sánchez, Alberto M.: "Aborto: cobarde genocidio", en *La Ley* 2011-A-1124.

Jurisprudencia:

CSJN, “Simón”, Fallos 328: 2056, 2005.

CSJN, “Mazzeo y otros”, Fallos: 330: 3248, 2007.

CSJN, “Pellicori, Liliana”, Fallos 489 XLIV, 2011.

CSJN, “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F 259 XLVI, 2012.

¿ES EL ABORTO TEMPRANO UNA DE LAS ACCIONES PRIVADAS DE LAS MUJERES PROTEGIDAS POR EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL?

*Marcelo Alegre**

[U]n principio muy simple, que habrá de gobernar absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo a través de la coacción y el control, sea el medio utilizado la fuerza física en forma de sanciones legales, o la coacción moral de la opinión pública: el único fin por el cual la humanidad está autorizada, individual o colectivamente a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la auto-protección. El único propósito para el cual el poder se puede ejercer legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar el daño a otros. Su propio bien, físico o moral, no es razón suficiente. Nadie puede legítimamente ser obligado a hacer o no hacer algo porque será mejor para sí, porque lo hará más feliz, porque, en opinión de los demás hacerlo sería sabio o incluso correcto. Estas son buenas razones para discutir con él, o razonar con él, persuadirlo o rogarle, pero no para forzarlo, o imponerle un mal en caso de que haga lo contrario. Para justificar esto último la conducta de la que se desea disuadirlo debe previsiblemente producir un mal a otro. El único aspecto de la conducta por la que respondemos frente a la sociedad, es la que incumbe a los demás. En la parte que simplemente se refiere a nosotros, nuestra independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, y sobre su propio cuerpo y mente, la persona es soberana.¹

1. Introducción

Son conocidas las razones para una lectura amplia del derecho a abortar basadas en el valor de la igualdad, el derecho a la salud y a la autonomía reproductiva, y en los incurables defectos de implementación del sistema de indicaciones.² Mi foco en este capítulo es lo que J. S. Mill pocos

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en derecho por la Universidad de Nueva York (NYU).

1. Mill (1859: 18, traducción propia). Agradezco a los asistentes al Seminario de Teoría Jurídica de Vaquerías organizado por el Profesor Ricardo Caracciolo en 2008, ocasión en la que discutí el germen de este ensayo, y a los participantes en el Coloquio Carlos Nino realizado en julio de 2015 en la UBA. En particular agradezco a Sonia Ariza, Gustavo Beade, Paola Bergallo, Romina Faerman, Roberto Gargarella, Martín Farrell, Guillermo Lariguét, Pablo Navarro, Juan Nieto, Agustina Ramón Michel, Eduardo Rivera López, Liliana Ronconi y Hugo Seleme.

2. Bergallo (2013).

años después de la Constitución de 1853 llamaría el “Principio del Daño” y que sintetizara en el párrafo citado al comienzo. Entiendo que este principio está claramente incluido en el art. 19 de la Constitución, primera parte: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Este principio del daño es el que guía un argumento bastante sencillo, del que he identificado elementos en escritos de Carlos Nino (1992, 1996, 2011),³ Marcelo Ferrante (2011)⁴ y Cecilia Hopp (2008),⁵ pero que no he visto formulado de manera completa todavía.

Argumento del daño: El aborto voluntario temprano (durante al menos el primer trimestre de embarazo) es una acción privada en los términos del artículo 19 de la Constitución, que no ofende ni al orden ni a la moral pública, ni perjudica terceros; por lo tanto está “exento de la autoridad de los magistrados” y no puede penarse.

En lo que sigue haré una breve referencia al origen de esta cláusula constitucional, me detendré a fundamentar los diferentes componentes del argumento y expondré algunas consecuencias prácticas.

2. ¿Una constitución conservadora?

Dado que estoy proponiendo una lectura liberal de la Constitución, no se precisa ser originalista para preguntar si ese espíritu era compartido por los redactores. La intención original de los constituyentes no es una pauta decisiva, pero tampoco es una pauta irrelevante, ya que una teoría constitucional se fortalece si se muestra una continuidad entre ella y una reconstrucción aceptable del proyecto político-jurídico fundacional.

Debo insistir en el rechazo de la idea de un supuesto pacto a nivel constitucional entre conservadores y liberales, que haría menos atractiva y pertinente una interpretación fuertemente liberal e igualitaria de esta norma. Según los proponentes de la idea del pacto, en nuestra Carta Magna confluyen, por una parte, una visión liberal, no perfeccionista, favorable a los valores de igualdad y autonomía personal; y por otra parte, una perspectiva conservadora, perfeccionista, favorable a imponer una cosmovisión católica y tradicionalista a toda la sociedad. Conuerdo en la caracterización de los sectores en pugna, pero no en el supuesto acuerdo. Por supuesto, existió un acuerdo en el sentido en que todos los constituyentes que actuaron hasta el final de la Constituyente juraron lealtad a la Constitución. Pero no hubo acuerdo en el sentido de haberse alcanzado un texto consensuado “a mitad de camino” de las aspiraciones en pugna. Todo lo contrario. En materia religiosa, las posiciones estaban muy alejadas y las cláusulas más

3. Nino condiciona la inconstitucionalidad de la penalización del aborto a las motivaciones de la legislación, elemento que en mi análisis resulta irrelevante.

4. Ferrante afirma, de modo correcto, que nuestro Derecho dispone de base suficiente para fundamentar una decisión como “Roe vs. Wade”. Si mi reflexión es adecuada, nuestro Derecho dispone incluso de más elementos que el derecho estadounidense.

5. Hopp contrasta la autonomía de la mujer embarazada con la autonomía del embrión, al que mi perspectiva le niega carácter de tercero durante el primer trimestre de gestación.

importantes fueron aprobadas con el apoyo de la amplia mayoría liberal y el voto en contra de la minoría conservadora. El núcleo de la disputa fue la cuestión de la tolerancia religiosa. Los liberales bregaban por una concepción moderna de la libertad en materia religiosa, que incluyera una amplia protección a la libertad de cultos. Los conservadores, al contrario, defendían la declaración del catolicismo como la única religión verdadera y la religión del Estado, se oponían a la libertad de cultos y requerían que todos los funcionarios públicos, empleados del Estado y legisladores nacionales fueran de confesión católica. El resultado del proceso constituyente, lejos de ser ambiguo, refleja la cosmovisión liberal dominante en el siglo XIX: libertad de cultos, sostenimiento estatal de la religión (como contracara de su estrecho control por parte del Estado), y solamente se estableció la necesidad de que el Presidente fuera católico (en consonancia con la reivindicación del Patronato para el gobierno nacional).

Quien se incline por sostener la idea del acuerdo entre liberales y conservadores aludirá al cambio propuesto por los conservadores al proyectado artículo 19, cambio aceptado por la mayoría. Toda la discusión sobre este artículo en el Congreso Constituyente de 1853 está descrita en el acta en estas pocas líneas: “Puesto a discusión el artículo diez y nueve, expresó el señor Ferré, que él votaría conforme con el artículo con una ligera modificación y era: que en vez de decir, ‘al orden público’ se pusiera ‘á la moral y al órden público’. El señor Zenteno y varios señores Diputados apoyaron la modificación propuesta y el artículo fue aprobado con ella por unanimidad”.

Posteriormente se restringió el concepto de la moral a “moral pública”, y “orden público” pasó a ser “orden”, a secas. No hay motivos para tomar esta “ligera” modificación como una concesión relevante. Que las acciones inmorales sí queden expuestas a la autoridad de los magistrados no condiciona la fuerza libertaria de la cláusula, sobre todo con la aclaración de que se trata de la moral pública.

Si interpretamos la Constitución a la luz del ideario liberal que animó a la amplia mayoría de los constituyentes, deberíamos entender a la moral pública como la moral crítica intersubjetiva, lo que está en línea con la exigencia de que el Derecho no intente imponer una moral autorreferente o personal. La expresión “moral pública” fortalece y no debilita la lectura liberal y antiperfeccionista del este artículo.

Por otra parte, las lecturas liberales del artículo 2 coinciden en rechazar la idea de que el catolicismo sea una religión de Estado. Por lo tanto, no hay lugar en nuestro sistema constitucional para la pretensión de someter las políticas públicas a un control de ajuste con las preferencias de un credo determinado. La oposición de la Iglesia a la autonomía reproductiva no constituye obstáculo jurídico alguno para despenalizar y legalizar el derecho al aborto.

3. Las claves del argumento del daño

El argumento del daño a favor de la despenalización del aborto se compone de las siguientes afirmaciones:

- i) Los abortos tempranos no ofenden el orden, en el sentido obvio de que no provocan desorden, caos ni anarquía.

En un sentido menos evidente, la idea de orden remite a las expectativas y valores vigentes. La expresión así entendida se solapa con el concepto de “moral pública”. Observo, primero, que no resulta nada claro que la práctica del aborto afecte significativamente los valores vigentes. Nuestra sociedad convive con esta práctica desde siempre, lo que sugiere que algunos de los rechazos morales que suscita podrían no ser sinceros. Segundo, y más relevante, el orden no puede entenderse como la cristalización de las expectativas y normas sociales predominantes, porque en ese caso el artículo perdería razón de ser. Supongamos que el orden fuera entendido como el conjunto de valores dominantes. Si estos valores, contingentemente, fuesen tradicionalistas y conservadores, entonces el artículo 19 no protegería ningún espacio relevante de la vida humana. No puede ser correcta una lectura del artículo 19 que implicase, aunque sea contingentemente, que nada es ajeno a la autoridad de los magistrados. En otras palabras, no existirían genuinos límites constitucionales a la acción del gobierno si estos quedaran condicionados a los vaivenes en la moral positiva.

- ii) Los abortos tempranos tampoco ofenden a la moral pública, entendida como moral crítica intersubjetiva.⁶

Reitero aquí el argumento anterior: la “moral pública” no puede reducirse a la moral positiva o vigente, porque si ésta tuviera un contenido perfeccionista, el artículo 19 quedaría vacío de sentido. Bastaría que, por ejemplo, la sociedad condenara moralmente la lectura en privado de la filosofía analítica, para que ya no pudiésemos alegar que se trata de una conducta privada protegida por el artículo 19. La función de una protección constitucional de derechos se vería desbaratada *ab initio*, ya que se vería reducida a lo que las mayorías aprobasen o condenasen moralmente. Por la misma razón, “pública” debe entenderse como intersubjetiva, en contraste con la moral autorreferente o personal. De hecho, esta es la lectura más acorde con los términos de la versión finalmente aprobada en la Convención de 1853, que significó un cambio relevante (“moral pública”) respecto del texto acordado en el debate, que se refería a la moral a secas (lo que hubiese implicado desproteger a las acciones contrarias a la moral en todas sus dimensiones).

- iii) El aborto temprano no perjudica a terceros.

Este es el núcleo del argumento. La idea del daño a terceros como condición de existencia de un interés legítimo para la intervención del Estado y el derecho no está libre de controversias y ambigüedades.⁷ Las discusiones giran en su mayoría alrededor de la idea de “daño”. Por ejemplo, se discute cuán amplio debe ser este concepto. ¿Debe abarcar todo tipo de molestia, angustia o perturbación? En ese caso, una simple opinión desfavorable sobre una persona o sus acciones podría considerarse un daño, lo que resulta inaceptable. Por otra parte, ¿podría toda acción que nos genera una desventaja ser considerada un daño? En ese caso, por ejemplo, quien compite exitosamente conmigo en el mercado, logrando un cliente o un puesto de trabajo que yo ambiciono, me estaría dañando, conclusión también implausible.

6. En ciertos pasajes del dictamen sobre el artículo 19 de la Constitución, incluido en el libro *Dictamen Preliminar sobre la reforma constitucional* del Consejo para la Consolidación de la Democracia (Eudeba, 1988), se asimila “moral pública” a la ética de los funcionarios públicos, a mi juicio disparatadamente.

7. Un estudio clásico sobre la noción de daño a terceros es el libro de Feinberg (1984).

Por lo tanto, para evitar resultados contraintuitivos como los referidos, es preciso que la “afectación” aludida en el artículo 19 se entienda como un daño que se desprenda de una acción u omisión que el agente no tiene *derecho* a llevar adelante.

El argumento del daño aplicado al aborto no depende principalmente de las discusiones relativas al alcance del concepto de “daño”, ya que acepta que la destrucción del embrión o feto sea considerada un daño, como indudablemente lo es. En otras palabras, si un embrión o feto fuera un tercero, indudablemente el aborto voluntario significaría un daño. Pero lo que el argumento sostiene es que el embrión o feto en el primer trimestre no alcanza a ser una persona o “tercero” en los términos de la Constitución. En el caso del aborto no consentido, el tercero dañado sería la mujer embarazada, y el bien transgredido, el de la maternidad voluntaria. En el caso del aborto voluntario, no existiría un tercero dañado.

Resulta claro que, en el contexto de la primera parte de la Constitución, “tercero” se refiere a personas o individuos, de modo que la idea de acción privada protegida por la Constitución tiene como límite la afectación a intereses de otras personas. ¿Qué sucede con el embrión o feto durante el primer trimestre de embarazo? La cuestión es si el embrión llega al estatus moral suficiente como para constituirse en fuente de limitaciones a la autonomía reproductiva de la mujer embarazada.

Una moral intersubjetiva (“pública”) crítica y laica, no debería asignarle a un embrión o a un feto en las primeras semanas de gestación un derecho incondicional a la continuidad del embarazo, dado que no están presentes, por falta de suficiente desarrollo del aparato nervioso, los rasgos que tornan valiosa la preservación de la vida humana (centralmente la conciencia, la capacidad de ideación y de experimentar dolor y placer). En las primeras semanas de gestación el embrión y luego el feto no pueden, moralmente, ser considerados “terceros” en el sentido del artículo 19 y, por lo tanto, portadores de derechos, ya que se trataría de derechos sin un sujeto subyacente.⁸ Elizabeth Harman explica que la potencialidad de volverse un humano adulto cuenta para considerar la gravedad del daño sufrido por el embrión por medio de su destrucción, pero no alcanza significación moral, pues el embrión mismo no alcanza estatus moral suficiente (por la ausencia de un mínimo de conciencia).⁹

Estas consideraciones apoyan la intuición ampliamente extendida de que en la primera etapa del embarazo el embrión es parte del cuerpo de la mujer embarazada (también explican la extrañeza que causan médicos antiabortistas cuando afirman estar frente “a dos pacientes” cuando las consulta una mujer con un embarazo temprano.)

No es obstáculo para esta lectura de la Constitución lo establecido en su artículo 75, inciso 23 segunda parte, al fijar como tarea del Congreso: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. Del estudio de Leonardo Filippini¹⁰ resulta claro que ni de los debates de la Asamblea de 1994 ni de un análisis de su texto surge que dicha disposición exija la criminalización del aborto. Para los propósitos del argumento del daño, lo más que se podría admitir es que de acuerdo con

8. Es el argumento de Dworkin (1993) para negar al feto el carácter de “persona constitucional”.

9. Harman (2003). Agradezco a Eduardo Rivera López por llamarme la atención sobre este problema.

10. Filippini (2011).

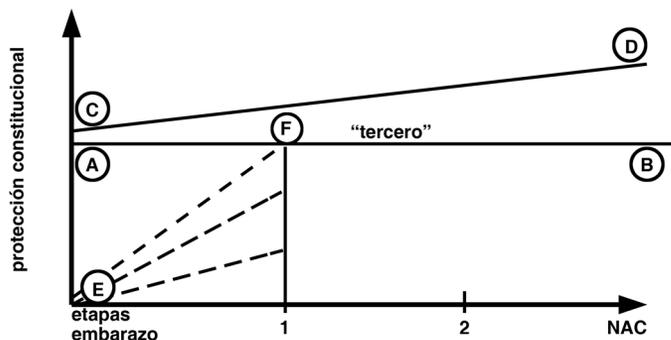
nuestra Constitución habría un punto del embarazo a partir del cual podría estarse frente a un tercero (“niño” para usar la desafortunada expresión del inciso 23, que trivializa un concepto de enorme relevancia como el de niñez). Nada en este inciso 23 precluye que ese punto aparezca en una etapa avanzada del embarazo, lo que resulta compatible con el argumento aquí defendido.

Como expuse anteriormente, la plausibilidad del argumento liberalizador del aborto con base en el daño no depende de negar que el aborto sea dañoso respecto del embrión o feto. Sin embargo, puede plantearse que el aborto, aun temprano, sí afecta negativamente (o causa daño) a terceros, en particular al potencial padre que abrigase la expectativa de un embarazo llevado a término. En este caso, cabría hacer referencia a la condición ya descrita que debería cumplir la afectación para configurar un daño en sentido jurídicamente relevante, es decir, que la desventaja o perjuicio que se alegue sea el resultado de una acción ilegítima del agente. La afirmación de que la decisión de abortar es ilegítima por la frustración que provocaría en el potencial padre equivaldría a asignarle un derecho a veto respecto de las decisiones de la mujer sobre su cuerpo. En suma, el argumento del daño a terceros sostendría que en el caso del “padre frustrado” no hay daño, y en el caso del embrión o feto, no hay “tercero”.

4. Algunas consecuencias del argumento

Se sigue del argumento que el Código Penal debe reinterpretarse como alcanzando solamente a aquellos abortos que el principio del daño le permite penalizar, los llevados a cabo luego del primer trimestre (nuevamente, no abro juicio aquí sobre la inconstitucionalidad –con base en otros argumentos– del delito de aborto más allá del primer trimestre).

- i) Por una parte, (art. 85 inc. 1) castiga todos los abortos (tempranos o tardíos) hechos sin consentimiento de la mujer. Esto puede explicarse como una reacción frente a un daño a la mujer en el caso de los abortos tempranos, y como una reacción frente al daño a la mujer más un daño a terceros (el feto) en el caso de los abortos tardíos.
- ii) Por otra parte, los abortos referidos en el artículo 86 son los tardíos, ya que los tempranos están autorizados por la Constitución (después de todo, resulta más razonable buscar permisos para actuar en la Constitución antes que en el Código Penal).
- iii) Este enfoque tiene una ventaja, la de aportar un criterio para precisar una consideración compartida por la mayoría de los que abogan a favor y aquellos que lo hacen en contra de un derecho al aborto, la idea del valor incremental de la vida. En efecto, la noción de que la vida intrauterina merece una protección gradualmente en ascenso (en contra de una protección absoluta desde la concepción) es correcta pero bastante indeterminada. Por ejemplo, un adversario frontal del derecho al aborto podría compartir esa idea, pero partiendo de un valor suficientemente alto en los primeros momentos del embarazo como para prohibir incluso los abortos tempranos (este interlocutor hipotético afirmarí que la vida intrauterina merece una protección alta en el comienzo, y altísima hacia al final del embarazo). Este bosquejo grafica el punto:



El eje vertical grafica de forma ascendente la intensidad de protección constitucional del embrión/feto. El punto A coincide con la aplicabilidad al feto del concepto de “tercero” en los términos del artículo 19. El horizontal plasma las etapas del embarazo. Adherir a la idea del valor incremental de la vida uterina no nos compromete *per se* con la permisibilidad del aborto. Es posible sostener que el incremento de la intensidad en la protección debida al feto coincide con la línea CD: merece ser penado más severamente el aborto tardío, y por supuesto el infanticidio, que el aborto temprano, pero este tampoco es permisible. El argumento del principio del daño es más preciso: la línea que comienza en E no interseca AF sino F1 o, en otras palabras, cruza por el triángulo EF1 y no por el triángulo EAF. El argumento no infiere la trayectoria de la curva que comienza en E luego del primer trimestre.

5. Los límites y el potencial del argumento del daño

Este argumento no completa una defensa de la legalización del aborto, la que debería incluir por lo menos el valor constitucional de la igualdad real de oportunidades entre los sexos, el derecho a la salud y una comprensión amplia de la autonomía. Pero dos salvedades son pertinentes en defensa del abordaje del aborto a través del principio del daño:

i) ¿Un derecho meramente negativo al aborto temprano?

Por una parte, que una acción esté protegida por el artículo 19 significa que exista un derecho al menos de no interferencia, o negativo, a dicha acción. Pero no implica *per se* que no exista un derecho positivo. En otras palabras, que una acción sea privada no implica que no exista un deber del Estado de asistir a su ejecución, deber fundamentado, por ejemplo, en una noción amplia de autonomía, derecho a la salud e igualdad de género.¹¹ Que una acción no pueda ser penalizada no implica que no deba ser subsidiada o apoyada o asistida por el Estado. Eso dependerá de las características de la acción en juego. En el caso del aborto temprano, en la medida que para llevarlo a cabo sea precisa una prestación de salud pública, el hecho de tratarse de un ejercicio

11. Alegre (2013).

básico de autonomía completa el estatus normativo del aborto temprano como una acción privada que no afecta a terceros y que debe ser protegida y asistida en lo necesario por el Estado.

ii) ¿Una fundamentación liberal?

Por otra parte, frente a quienes consideren que el argumento es incompleto e inadecuado, por centrar el foco en una noción liberal individualista (*à la* Thomson) que no parte de la experiencia de las mujeres pobres (que requieren más que una mera no interferencia) respondo, teniendo presente la Constitución y su historia, que la visión del liberalismo como atomista y desigualitario no tiene asidero filosófico, ni textual ni histórico.¹² El argumento del daño sí nos compromete con algunos presupuestos liberales, tales como el de que las acciones inofensivas no deben sufrir interferencia estatal, o que las personas tienen intereses que merecen una protección especial (tales como el interés en su propia salud y autonomía reproductiva), incluso frente a la opinión de la mayoría o la moral dominante. No veo como un feminismo que deje de lado estos presupuestos podría proteger a las mujeres contra la manipulación perfeccionista de corte moralista o religioso, y contra los peores riesgos del comunitarismo tradicionalista (que, bueno es recordar, suele tener a las mujeres y a los menores como las primeras víctimas)

6. El argumento del daño y el caso FAL¹³

¿Cómo se combina este análisis con el fallo FAL? Una de las críticas al fallo es que no discrimina en el aborto por violación entre el producido en el primer trimestre y el llevado a cabo posteriormente. Una réplica posible es que ese fallo endosa (o como mínimo es compatible con) el argumento del daño y por lo tanto se refiere a esa excepción a la prohibición penal, presuponiendo que la prohibición se refiere a los abortos más allá del primer trimestre, los únicos respecto de los cuales el argumento del daño permite alguna interferencia.

Esta decisión de la Corte es compatible con la idea del daño a terceros como una condición necesaria pero no suficiente para la punición del aborto. Es decir, no puede pensarse el aborto temprano, por no haber afectación a terceros, pero la presencia de terceros afectados no alcanza para justificar la punición del aborto tardío (por peligro para la salud o vida de la madre, o por implicar la continuación del embarazo un sacrificio irrazonable para la mujer).

7. Conclusión

La Constitución es producto de una filosofía liberal de avanzada, y debe interpretarse también acudiendo a las mejores ideas liberales contemporáneas. Las indeterminaciones semánticas del artículo 19 deben resolverse en un sentido protectorio de la autonomía, como el determinado por el principio del daño. La expresión “moral pública” no es un obstáculo para este enfoque interpretativo, que tiene la ventaja no menor de mostrar una continuidad entre el pensamiento

12. Una defensa feminista del liberalismo de lectura obligatoria es la de Martha Nussbaum (2000).

13. CSJN, “F., A. L. sobre medida autosatisfactiva”, F. 259. XLVI. 001115, 13/3/2012.

constitucional predominante en la redacción de la Constitución original y el liberalismo contemporáneo.

El argumento del daño sostiene que en la etapa inicial del embarazo el embrión o feto no alcanza a ser un “tercero” en los términos del artículo 19 de la Constitución. En otras palabras, el embrión o feto no alcanza el estatus moral necesario para que su continuidad pueda ser impuesta contra la voluntad de la mujer. Por lo tanto, una lectura del Código Penal que extienda al primer trimestre la punición del aborto sería inconstitucional. En otras palabras, no debe leerse al Código Penal como castigando lo que el artículo 19 le impide castigar. Nuestra Constitución protege un derecho incondicional a abortar durante el primer trimestre. Esta permisión está en consonancia con la Constitución como un documento de matriz claramente liberal, que impide la traslación de argumentos religiosos o perfeccionistas a las políticas públicas. Este permiso constitucional no opera en el vacío, por lo tanto, no es incompatible (si no todo lo contrario) con la idea de un derecho positivo al aborto. Los presupuestos innegablemente liberales que lo sustentan (la idea de no interferencia con acciones no lesivas, y el individualismo metodológico) no son sectarios sino imprescindible en toda versión aceptable de feminismo. Por último, el fallo “FAL” es, al menos, compatible con esta propuesta.

Si el argumento del daño fuera adecuado podría iluminar las responsabilidades de los tres poderes de la democracia respecto de la cuestión del aborto. El Poder Ejecutivo debería ser más firme en la garantía de provisión del acceso de las mujeres a los abortos tempranos, negándose a imponer una lectura de la ley penal que sería perfeccionista e irrazonable, al obstaculizar una decisión propia de la autonomía reproductiva de las mujeres que no conlleva una afectación de intereses constitucionales. El Congreso podría aportar claridad a los operadores jurídicos y del sistema de salud, plasmando taxativamente el resultado de la interpretación constitucional propuesta aquí a través de un sistema de plazos. Por último, la Justicia, si los cuerpos más representativos no lo hacen pronto, debería poner fin a una de las rémoras de nuestro subdesarrollo y tutelar más activamente la libertad reproductiva de las mujeres.

Bibliografía

- Alegre, Marcelo: “¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y Reproductiva” (versión revisada, ampliada y con réplica a críticas) en Clérico, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (Coord.), *Tratado del Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- Bergallo, Paola: “Unleashing health rights in Argentine courts: from the myth of rights to the politics of rights”, Thesis (JSD), Stanford University, 2013.
- Dworkin, Ronald: *Life’s dominion: an argument about abortion and euthanasia*, Londres, Harper Collins, 1993.
- Ferrante, Marcelo: “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2011.

Feinberg, Joel: *Harm to others*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

Filippini, Leonardo: “Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2011.

Harman, Elizabeth: “The Potentiality Problem”, en *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 114, N° 1-2, Selected Papers from the 2002 Bellingham Summer Philosophy Conference at Western Washington University, mayo 2003.

Cecilia Hopp: “La penalización del aborto: un tipo penal injusto”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 84, 2008.

Mill, John Stuart: *On Liberty*, 1859, versión *on line* disponible en: https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm#Page_140

Nussbaum, Martha: “The Future of Feminist Liberalism”, en *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* Vol. 74, N° 2, noviembre 2000.

Nino, Carlos: “The Concept of Moral Person”, en *Crítica*, Vol. 19, N° 56, agosto 1987.

— *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

— *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

— “Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2011.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA ADOLESCENCIA, CAPACIDAD Y AUTONOMÍA COMO PRINCIPIOS RECTORES

*Laura Nogues Peralta**

Las decisiones que involucran el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos –tanto en su faz negativa como positiva–, incluyendo la interrupción legal del embarazo en la adolescencia, nos enfrentan a posibles conflictos. Esto se debe a que pueden coexistir decisiones contrarias entre la niña o adolescente embarazada y los adultos responsables de su cuidado, su madre, padre, u otras personas que ejerzan –en los términos definidos por el Código Civil– su *representación legal*, derivada del instituto de la *patria potestad*. Las dificultades existentes en estos casos y sus posibles vías de resolución pueden pensarse tanto para la interrupción voluntaria del embarazo, permitida por la ley argentina vigente desde 1921 (art. 86 del Código Penal), como para el caso de la despenalización del aborto y de una legislación integral, que no sólo reconozca sino que garantice en un máximo nivel posible, la concreción del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

El posible conflicto se enmarca en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las adolescentes menores de dieciocho años, dado que su titularidad no genera mayores controversias teóricas. En la actualidad, los derechos de la infancia y adolescencia son ampliamente reconocidos en el plano formal y teórico, no obstante, al momento de su realización hay barreras de diversa índole –familiar, social, burocrática, religiosa– que impiden u obstaculizan su concreción. Una vez más, se manifiestan las diferencias entre las previsiones legales del sistema jurídico y las prácticas en el campo social.¹

* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Defensora Pública Civil y de Familia de Comodoro Rivadavia en la Provincia de Chubut. Profesora de Derecho en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Mi agradecimiento a Paola Bergallo y Agustina Ramón Michel.

1. Ver el informe sombra para el Comité de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, elaborado por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Center on Housing Rights and Evictions* (COHRE), el Programa “Género, Sociedad y Universidad” de la Secretaría de Extensión de la Universidad Nacional del Litoral (Programa de Género), Acción por los Derechos en el Noroeste (ADN) y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Asimismo, diversos artículos publicados en diarios argentinos dan cuenta del fenómeno de la inaccesibilidad a las prácticas previstas normativamente, por ejemplo: diario *El Litoral* de Santa Fe: “Restricción judicial al aborto por violación en la provincia” (15/10/2012); diario *Clarín* “Requisito ilegal para el aborto no punible” por Álvaro Herrero (31/08/2012); diario *Página12* “Para el derecho al aborto, nada mejor que un protocolo” (18/02/2013).

Desde un enfoque jurídico, la franja etaria que atraviesan niñas y adolescentes conlleva una mayor protección normativa (Convención Internacional de los Derechos del Niño [CIDN], 1990), ya que resultan titulares de todos los derechos fundamentales, más aquellos que se reconocen específicamente en el tratado antes mencionado. Este último instrumento regula de modo explícito los principios de capacidad y de autonomía progresiva, que marcan que el grado de madurez de las niñas y adolescentes es un elemento condicionante para el ejercicio de su ciudadanía. Sin embargo, en materia de reproducción, el ejercicio de estos derechos resulta, en determinadas circunstancias, limitado o directamente vulnerado por las decisiones parentales; las cuales no siempre tienen en cuenta las decisiones de sus hijas menores de edad respecto de la continuidad o interrupción del embarazo, ya sea en los casos legalmente autorizados o en los ocurridos en el contexto de la ilegalidad.

En particular me interesa postular que los mismos derechos sexuales y reproductivos cuya titularidad y ejercicio son reconocidos a favor de las mujeres adultas, y que implican decidir de modo autónomo en cuestiones de sexo y reproducción, deben reconocerse con idénticos alcances a las adolescentes.

1. Dignidad, libertad e igualdad ciudadana de las mujeres

Enfoques teóricos y jurisprudenciales surgidos del debate del aborto en las últimas décadas han construido un concepto de dignidad de la mujer que controvierte profundamente los roles tradicionales que se le han asignado en razón del género. Este concepto se encuentra vinculado inescindiblemente a la libertad, reflejada en el ejercicio de la autonomía personal, y a la igualdad ciudadana, que supone no ser objeto de discriminación arbitraria. Una exponente de estos enfoques, Reva B. Siegel, sostiene que esta visión parte de las siguientes premisas:

- 1) Las mujeres tienen derecho a mantener relaciones sexuales sin tener hijos.
- 2) Las mujeres tienen derecho a decidir cuándo tener o no tener hijos y, en consecuencia,
- 3) que la comunidad pretenda controlar las decisiones de las mujeres sobre el sexo y la maternidad les niega formas de libertad y respeto a las que tienen derecho (Siegel, 2010: 191).

Luego, el control estatal que criminaliza y penaliza la interrupción voluntaria del embarazo u otras decisiones reproductivas viola su dignidad y ocasiona un daño a la vida de las mujeres.

Puntualmente en lo que se refiere a la criminalización del aborto, la salud de la mujer se coloca como un argumento central para desafiar esta política. A modo de ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer interpreta que el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) exige a los Estados parte abstenerse de impedir las acciones realizadas por las mujeres para alcanzar sus objetivos de salud. Los obstáculos al acceso de las mujeres a la debida atención médica incluyen las leyes que criminalizan los procedimientos médicos que sólo las mujeres necesitan y que castigan a aquellas que realizan dichos procedimientos. De hecho, el Comité expresó que, de ser posible, la legislación que criminaliza el aborto debe ser reformada a fin de remover las

medidas punitivas que se les imponen a las mujeres que se realizan abortos (Comité CEDAW, 1999). En el mismo sentido, el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud del Consejo de Derechos Humanos presentó un informe especial ante la Asamblea General de la ONU, en el que sostuvo la obligación de los Estados de eliminar las barreras en torno a leyes penales y políticas que impiden o restringen el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de toda persona, y en especial cuando se trata de decisiones que deben adoptar mujeres y niñas (ONU, 2011).

Pero más allá de que el argumento de la salud es ampliamente aludido y aceptado, este debe conectarse con el argumento de la dignidad, aun cuando no se lo explicita. La dignidad subyace a todas y cada una de las decisiones que puede asumir una mujer en materia de su salud sexual y reproductiva, en el ejercicio de su ciudadanía, aun cuando estos aspectos sean considerados sólo desde la perspectiva acotada del derecho a la salud.

Las argumentaciones que resignifican el concepto de dignidad de las mujeres, “dignidad-libertad”, como el ejercicio de su condición de ciudadanas y la posibilidad de autogobernar sus vidas, y “dignidad-igualdad”, basada en el rechazo a la discriminación en razón del género, de los estereotipos y roles tradicionales que las instrumentaliza en función de la maternidad, se traducen en una posición política ampliamente compatible con los mandatos constitucionales vigentes.

En el caso “F. A. L. s/ Medida Autosatisfactiva” (CSJN, 2012), la Corte Suprema de Justicia de la Nación retoma el concepto de dignidad para rechazar la exégesis restrictiva del sistema de indicaciones vigente, y afirma que toda mujer sobreviviente de violación tiene la posibilidad legal de interrumpir el embarazo, y señala que el mentado principio impide exigir a las mujeres que realicen, en beneficio de otras personas o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar.²

De un modo análogo, hace ya dos décadas, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso “Casey”, sostuvo que las regulaciones del Estado que protegen al feto tienen que ser compatibles con las protecciones constitucionales del derecho de la mujer a decidir; admitiendo que el Estado puede intentar disuadir a las mujeres de interrumpir voluntariamente su embarazo, mediante mensajes o la creación de significados tendientes a guiar su decisión, siempre que estos no importen una “carga indebida” o un “obstáculo sustancial” sobre la libertad de la mujer respecto de la decisión de convertirse o no en madre (Corte Suprema de EEUU, 1992). En tal sentido, este tribunal sostuvo que el Estado debe abstenerse de engañar, manipular u obligar mediante coerción a las mujeres para que continúen el embarazo, pues esta instrumentalización viola su dignidad. En otras palabras, la Corte reconoció la autoridad del Estado para expresar el respeto por la dignidad de la vida en gestación, pero con la condición de que dichas expresiones no atenten contra la dignidad de la mujer ni le impongan una carga indebida. Este enfoque de las formas de dignidad de la mujer que “Casey” reconoce brinda argumentos para responder a aquellos que se basan en la protección de la vida en gestación a la vez que permite objetar la criminalización del aborto (Siegel, 2010).

2. Al respecto, la Corte Suprema sostuvo “Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente” (CSJN, 2012: 15).

Las tensiones interpretativas en el debate por la despenalización del aborto, en general, están centradas en los argumentos que enfatizan los valores de dignidad, libertad e igualdad ciudadana de las mujeres como principios que deben ponderarse en contraste con el valor de la vida intrauterina. Sin embargo, estos argumentos no obstan a la validez de otros, menos controvertidos y mayormente difundidos en el marco internacional de los derechos humanos, referidos a la protección de la vida y la salud de la mujer, ante los índices de mortalidad y graves daños a la salud por abortos clandestinos practicados en condiciones inseguras.

En este trabajo propongo reflexionar acerca de las implicancias respecto de la validez de los argumentos mencionados inicialmente; esto es, los referidos a la dignidad, libertad e igualdad, poniendo atención en las adolescentes menores de 18 años, y las mujeres con discapacidad mental, en atención a que el reconocimiento de su autonomía y posibilidades de autodeterminación ha sido tratado por diversas legislaciones de modo similar a las mujeres menores de edad, en algunos casos, y de modo más restrictivo aún, en otros.³

2. Capacidad como regla. El respeto a la autonomía y la validez del consentimiento de las niñas y adolescentes

A partir de la incorporación al texto constitucional de la CIDN, y de la aprobación de la Convención Internacional de Personas con Discapacidad (Ley 26.378) y otros tratados internacionales de derechos humanos, se produce un paulatino resquebrajamiento de las instituciones que poseían ciertos sesgos arcaicos, ancladas en normas del Código Civil, como la incapacidad relativa o absoluta de hecho proyectada sobre personas menores de edad o con algún tipo de discapacidad mental, y el sistema de representación legal previsto, derivado de la *patria potestad* o de la figura del *curador/a*.⁴

Los alcances dados a la representación de la madre, padre, tutor/a, guardador/a o curador/a, tanto por las normas civiles como por las interpretaciones judiciales y administrativas, tenían como efecto inmediato generar la invisibilidad de las personas representadas, reemplazar sus deseos, sus voluntades; negar su capacidad de tomar decisiones y silenciar sus voces. El concepto de incapacidad estaba vinculado a la falta absoluta de consideración de las personas representadas como sujetos, y respondía al modelo de *situación irregular*.⁵ La reformulación de los valores

3. La Declaración de Montreal sobre la Discapacidad Intelectual sostiene que “Al igual que otras características humanas, la discapacidad intelectual, constituye una parte integrante de la experiencia y diversidad humanas. La discapacidad intelectual es entendida de manera diversa por las distintas culturas, por lo que la comunidad internacional debe reconocer que sus valores universales de dignidad, autodeterminación igualdad y justicia social para todos se aplican a todas las personas con una discapacidad intelectual” (Punto 2). Para mayor información ver Diniz *et al.* (2009).

4. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 refleja algunos de estos cambios.

5. La llamada “doctrina de la situación irregular” se construyó en torno a la consideración de la “minoridad” segregada –infancia y adolescencia proveniente de sectores sociales desaventajados–, como objeto de tutela o represión por parte del Estado; conformó la base ideológica de la sanción de leyes y de la ejecución de prácticas (anti) jurídicas que respondían al binomio compasión-represión de estos sectores vulnerabilizados. En la Argentina, un claro ejemplo de legislación que respondía a este sistema era la Ley de Patronato de Menores,

hoy con carácter constitucional obliga al reconocimiento de la titularidad de todos los derechos que surgen del sistema jurídico vigente más la protección de los derechos que brindan los instrumentos específicos de los derechos humanos (Baratta, 1998). Es por ello que en el marco jurídico vigente, los sistemas de representación legal ya no pueden legítimamente sustituir la voluntad de los menores de edad o de las personas con discapacidad, sino que deben respetar la capacidad y el grado máximo de autonomía que puedan ellos desarrollar según la etapa vital que atraviesan, niñez o adolescencia; o sus condiciones de salud física y mental.

En esta línea, es oportuno recordar que la misma CIDN reconoce en su artículo 41 que nada de lo dispuesto en esa Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en a) el derecho de un Estado parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

La reforma constitucional de 1994 –en la que se consolida el bloque constitucional de derechos humanos– y el proceso hermenéutico posterior –que incluye la interpretación última por parte de la Corte Suprema en cuanto a la operatividad de los tratados de derechos humanos y su aplicación *en las condiciones de su vigencia*–⁶ permiten afirmar sin duda alguna la inversión del principio de incapacidad de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad mental por el principio de la capacidad como regla; siendo que esta se presume y lo contrario debe demostrarse en cada caso.

Entonces, si la regla es la capacidad y esta importa el reconocimiento de la autonomía personal como ejercicio de la libertad de ejercer los derechos sexuales y reproductivos, las decisiones vitales al respecto deben ser respetadas, y ello incluye la decisión de la niña, adolescente o mujer con discapacidad mental respecto de la interrupción legal del embarazo, lo cual torna innecesaria la autorización del representante legal.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 4 de 2003, referida a “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, advierte sobre la importancia de las cuestiones de salud sexual y reproductiva durante la adolescencia, acerca de la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos que implican nuevas obligaciones, y la exigencia de nuevos conocimientos teóricos y prácticos (CDN, 2003). Además, afirma expresamente el derecho de las y los adolescentes maduros a decidir de manera autónoma luego de ser escuchados:

Antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres que se trata del “interés superior del niño (artículo 3)” (CDN, citado por Bergallo, 2012: 294).

que fue sancionada en el año 1919 y se mantuvo vigente hasta el año 2005; en esta ley se empleaban categorías ambiguas como “menor en situación de abandono moral o material”, o la determinación del “riesgo” o “peligrosidad” de aquel. La figura del juez de menores ejercía una discrecionalidad prácticamente ilimitada al momento de decidir sobre las condiciones de vida y la libertad de las niñas, niños y adolescentes a los que situaba en aquellas categorías.

6. Ver el artículo de Andrés Gil Domínguez en este libro.

Más aún, la exigencia de la autorización del representante legal sin tener debidamente en cuenta la opinión de la niña o adolescente, así como la falta de previsión de algún procedimiento de resolución del posible conflicto entre la voluntad de la niña y sus representantes, en los casos enunciados, puede reputarse inconstitucional en el marco de la argumentación precedente, y resultar gravemente lesiva de los derechos fundamentales –libertad, igualdad, vida, salud– reconocidos a la niña o adolescente. Tanto la invisibilización de la niña en tanto sujeto de derechos, como el silenciamento de su voz, responden a una concepción que objetiviza a las mujeres menores de edad, y nos muestra que el paternalismo jurídico injustificado –propio de la *situación irregular*– continúa operando de modo subyacente y explícito en las teorías y prácticas del derecho.

La capacidad y la autonomía progresiva de niñas y adolescentes que comprenden su decisión posibilitan que se estipulen edades mínimas por debajo de los dieciocho años, a partir de las cuales el consentimiento para la interrupción legal del embarazo pueda ser expresado y aceptado sin la intervención de sus representantes legales. Uno de los parámetros posibles para este supuesto estaría dado por la edad de catorce años, fijada en el Código Civil como el momento a partir del cual se le reconoce la capacidad de discernimiento a las personas menores de edad; aunque es factible que relevamientos o estudios multidisciplinarios puedan sugerir la adopción de otra edad mínima, que podría oscilar entre 13 y 16 años, según se desprende de los sistemas de regulación por plazos que contemplan el consentimiento autónomo de las interrupciones legales del embarazo de adolescentes en el derecho comparado (Bergallo, 2007).

Datos empíricos dan cuenta de niñas menores de catorce años embarazadas. En tales supuestos,⁷ la participación de sus progenitores, o tutoras/es, en la interrupción legal del embarazo no debería, bajo ninguna circunstancia, resultar en la imposición de la decisión del adulto por sobre la decisión de la niña. Se podría, por ejemplo, requerir la autorización conjunta, y prever, para el caso de conflicto entre la decisión de la niña gestante y sus representantes legales, algún procedimiento extrajudicial que habilite la intervención de otra persona adulta facultada para otorgar la autorización en reemplazo de aquellos, o en caso contrario, sostener la decisión de la niña de no someterse a la práctica.

Reconocer, a partir del concepto de la dignidad de las mujeres, la capacidad y la autonomía como principios jurídicos, en el sentido en que los describe Dworkin “estándar que ha de ser observado [...] porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (1989: 72), nos obliga a respetar las decisiones personalísimas que asuman en materia de derechos sexuales y reproductivos las mujeres menores de dieciocho años, así como a garantizar que, en los supuestos de interrupción legal del embarazo, se considere válido y eficaz su consentimiento. Partiendo de idénticas premisas, también debe admitirse que no se puede interrumpir el embarazo sin el consentimiento de la niña o adolescente. Es por ello que, si se atribuye el consentimiento *sólo* a los y las representantes legales de las mujeres menores de edad, se posibilitaría que decidieran aun en contra de la voluntad de las niñas y adolescentes, lo que claramente lesiona y conculca sus derechos fundamentales (Casado, 2002).

7. Los registros de nacimientos de hijos de adolescentes de 10 a 14 años de edad permiten observar que la maternidad adolescente precoz existe en la Argentina, con variantes porcentuales según la región. Para una explicación detallada de este punto, ver Pantelides y Binstock (2007).

3. Guías y protocolos provinciales sobre aborto no punible: consentimiento de mujeres menores de dieciocho años

Sin pretender exhaustividad en la comparación de los protocolos de atención vigentes en las provincias, me interesa desagregar los criterios legislativos en el tratamiento y la inclusión del consentimiento de la niña o adolescente, para luego esbozar algunas reflexiones críticas. Para ello tomé como ejemplo las previsiones normativas de Chubut, Córdoba y Entre Ríos, dado que presentan particularidades referidas al consentimiento de niñas y adolescentes para el aborto no punible.

El protocolo de atención de casos de abortos no punibles en la provincia de Chubut, en los supuestos en que el embarazo es resultado de una violación, no exige la autorización de la práctica médica por parte de los representantes legales de las adolescentes mayores de catorce años, aunque sí lo requiere cuando la niña embarazada es menor de esa edad o es *incapaz* (Ley provincial XV, 2010). Prevé la posible controversia entre la menor de catorce años o la *incapaz* con sus representantes legales, y prescribe que en esos supuestos, el director del hospital deberá requerir a la Asesora de Menores que se expida.

Este procedimiento presenta al menos dos problemas: uno, referido al trato indiferenciado del conflicto entre la niña o la mujer con discapacidad mental y sus *representantes* legales; el otro, referido a la funcionaria que debe expedirse para resolver el conflicto. En el caso de la niña, es necesaria la creación de una nueva categoría de funcionaria/o pública/o, quien esté facultada para reemplazar la voluntad contraria expresada por sus *representantes*; es decir, que cuente con facultades para suplir el consentimiento (o la falta de este), en consonancia con el deseo y voluntad de la niña. No es necesario que dicha funcionaria/o sea abogada/o, aunque sí debería poseer amplios conocimientos de los derechos que se conjugan en materia de derechos sexuales y reproductivos, además de garantizar laicidad en su intervención como representante del Estado.

Respecto de la mujer con discapacidad mental, la exigencia del consentimiento de su representante se contraponen con el principio de capacidad que surge de la renovada lectura constitucional, que incluye los instrumentos de derechos humanos. Dado que, de acuerdo con este conjunto normativo, la capacidad es la regla, el consentimiento del representante no es exigible, pues este ya no suplente ni sustituye la voluntad de la mujer con discapacidad mental. En ese sentido, debe considerarse la multiplicidad de posibilidades. Según los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estas mujeres podrán recibir el acompañamiento y orientación de otras personas que brinden salvaguardias o apoyos razonables en los aspectos en que así lo requieran, lo que no implica que en todos los casos requieran de apoyo razonable para decidir cuestiones referidas a sus derechos sexuales y reproductivos, incluida la interrupción legal del embarazo. En conclusión, la exigencia de la autorización del representante en estos casos resulta contraria a los lineamientos constitucionales amplificados en la reforma de 1994 y las prescripciones específicas de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley N° 26.378).

El segundo problema consiste en la intervención de la asesora de Familia e Incapaces, quien debe expedirse en caso de conflicto de voluntades. En la provincia de Chubut, el Ministerio Pupilar forma parte del Poder Judicial provincial, y ello supone, simbólicamente, una suerte de judicialización de la controversia, en la que aparece como definitivo el dictamen de la Asesoría

de Familia e Incapaces, sin que se garanticen mecanismos de prevalencia de la decisión de la niña. Además, en el plano de las prohibiciones informales de los abortos no punibles, considero que el mecanismo previsto por la ley chubutense posibilita la discrecionalidad ilimitada de cada asesor/a de Familia e Incapaces. Por otra parte, la historia tradicional de *representación promiscua* de menores de edad y personas con discapacidad mental del Ministerio Pupilar se ha construido con basamento en una concepción civilista concordante con el modelo de *sustitución*, que considera a las niñas y adolescentes como incapaces relativas de hecho, en clara contraposición a los lineamientos constitucionales posteriores a la reforma de 1994, a leyes nacionales como la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061, a leyes provinciales como la Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia D.III N° 21 de la provincia del Chubut y a las advertencias realizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “F., A. L.”. En la provincia de Córdoba, la “Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que Soliciten Prácticas de Aborto no Punibles” (Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, 2012) contempla la práctica del aborto no punible de “mujeres menores” y “declaradas incapaces” a través del pedido y autorización de sus representantes legales, sin realizar distinción alguna referida a las edades de las niñas o adolescentes menores de 18 años. Asimismo, prevé que en caso de realizarse la práctica a una niña o adolescente, se deberá dar noticia a la Secretaría de la Niñez y la Familia. Este marco regulativo del consentimiento adolescente no resiste ni un test de constitucionalidad ni de convencionalidad, en tanto niega los principios de capacidad y autonomía de las niñas y adolescentes conforme su grado de madurez, según describen la CIDN y otros instrumentos de derechos humanos de jerarquía constitucional. Por otra parte, vulnera la confidencialidad de la práctica interruptora del embarazo, y la intimidad de las adolescentes al incluir la obligación de dar noticia a la Secretaría de la Niñez y la Familia, y al establecer un mecanismo de control social posterior a la interrupción legal del embarazo, sin justificación válida. A diferencia de las prescripciones anteriores, la provincia de Entre Ríos regula el consentimiento conjunto de las adolescentes de 14 a 18 años y sus representantes legales; y cuando la práctica interruptora del embarazo deba realizarse a mujeres menores de 14 años, prevé que resultará suficiente el consentimiento de la madre o del padre. En caso de negativa injustificada del progenitor, respecto de acompañar la decisión de la niña o adolescente, la regulación entrerriana se remite al artículo 61 del Código Civil, que establece que: “Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieran en oposición con la de sus representantes, dejarán estos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se trate”. En el caso de la mujer con enfermedad o discapacidad mental, prevén el mismo procedimiento con su representante legal.

En particular, me interesa destacar, tanto respecto de la regulación entrerriana, como de otras provinciales similares y de la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles” del Ministerio de Salud de la Nación, que la remisión al artículo 61 del Código Civil se aleja de los mandatos constitucionales. Esta previsión, así como la normativa del Código Civil en general, responde al modelo de *sustitución*, esto es, parte de la consideración de la incapacidad; lo que resulta irreconciliable con la consideración de la capacidad como regla y con el respeto de la máxima autonomía posible de toda persona considerada como sujeto de derecho. Asimismo, la regulación descripta deja planteado el interrogante de los mecanismos de designación de

los llamados “curadores especiales” fuera del ámbito judicial, dado que, llegado el caso, si tal designación supone la obligación de judicializar cualquier fase del procedimiento, resultaría una exigencia desmedida e innecesaria, siguiendo la interpretación constitucional realizada por la Corte Suprema en el caso “F., A. L.”. No obstante, vale la pena resaltar que en la Guía Técnica Nacional, la remisión normativa a la interpretación y descripción del interés superior de los niños, niñas y adolescentes plasmado en el artículo 3 de la Ley 26.061 importa la prevalencia de los intereses de las niñas por sobre otros intereses de otras personas con los que pudieran entrar en conflicto, si bien coexiste contradictoriamente con la remisión al artículo 61 del Código Civil, su inclusión específica en la Guía merece celebrarse.

4. Interés superior de la niña: su interpretación en el marco de los derechos sexuales y reproductivos

El “interés superior de la niña” en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres menores de 18 años nos invita a reflexionar acerca del sentido de esta fórmula receptada en el artículo 3 de la CIDN, proveniente de diversas alocuciones similares que con anterioridad a la Convención formaban parte de ordenamientos jurídicos internacionales. Numerosos autores han resaltado su indeterminación conceptual en tanto la consideraron una vaga directriz que habilita las más diversas arbitrariedades judiciales y administrativas, sin alcanzar siquiera un piso mínimo de seguridad jurídica. Carbonnier, por ejemplo, la definió como una noción mágica y evanescente (1960). Contrariamente, otros autores, como Cillero Bruñol (1999), han intentado –y, a mi modo de ver, han logrado con creces– una conceptualización del mentado interés superior que resulta coherente y respetuosa de los derechos humanos reconocidos en esa Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, al sostener que dicho principio es uno de los principios estructurales que posee la CIDN: el de *protección*, pues se considera que, además de ser un principio en el sentido enunciado por Dworkin (1989), es concomitantemente una garantía, entendida esta como vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos (Ferrajoli, 1995).

Ante la pregunta *¿qué es el interés superior del niño, niña y adolescente?*, la respuesta es simple: *la satisfacción de sus derechos*; ante el aparente conflicto de derechos reconocidos, el principio opera arbitrando conflictos jurídicos al permitir establecer un orden de prelación respecto de los derechos en pugna o cuya satisfacción simultánea resulta imposible. La misma Convención brinda un ejemplo de ese arbitraje en su artículo 9, al ponderar uno de los posibles conflictos que pueden presentarse cuando el derecho a la convivencia familiar se contrapone al derecho a la integridad psicofísica. Resulta asimismo destacable como uno de los aportes más significativos la extensión de este principio no sólo a los ámbitos vinculados a los poderes del Estado, sino también a sectores privados y hasta a los padres y madres, en tanto estos últimos están obligados a ejercer sus funciones de acuerdo con una orientación fundamental: “el interés superior del niño”. Según lo prescribe el artículo 18.1, ello debe interpretarse en forma conjunta con el artículo 5 de ese instrumento, que traza el objetivo de los deberes de orientación paternos y maternos consistentes en “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Siguiendo este entendimiento, el interés superior de las niñas –como principio jurídico garantista– refuerza el ideal de la máxima concreción y máximo nivel de satisfacción de sus derechos fundamentales; tanto de los reconocidos en la CIDN, como de aquellos que les atañen por su condición de sujetos de derecho. Habilita además una hermenéutica dinámica en la ponderación del cúmulo de derechos que pueden integrar un conflicto jurídico, aun en contra de los intereses de los padres y madres. Por último, obliga a acciones positivas en el ámbito público y privado, con la finalidad de igualar las condiciones desiguales y de discriminación arbitraria que atentan contra el ejercicio y satisfacción de sus derechos.

5. Experiencias: lo singular y lo colectivo

Como parte de la experiencia en el campo jurídico, la escucha de innumerables relatos de mujeres que sufrieron situaciones de abuso sexual intrafamiliar, que se vieron forzadas a enfrentar la maternidad en edades muy tempranas, sin que pudieran pensar, sentir o decidir que tenían derecho a otras opciones de vida, incluso sin que denunciaran el abuso sexual, deja al descubierto el contraste entre las penosas realidades que vivieron y viven muchas mujeres con respecto a los derechos enunciados en este capítulo. En esos casos, las mujeres no pudieron, o no supieron cómo hacer valer dichos derechos, al estar inmersas en una *lógica del instante*, de acuerdo con la cual, cada día vivido es una prueba de supervivencia a condiciones inhumanas de maltrato y opresión; y es por eso que esos derechos se tornaron, para cada una de ellas, ajenos, inasibles, inentendibles.

Esos y otros múltiples relatos confidenciales y singulares de mujeres que no se conocen entre sí, y que coinciden en experiencias, percepciones, que transitan por historias de vida muy similares, admiten un pasaje de lo singular a lo colectivo, y nos muestran hasta qué punto continúan vigentes las lógicas patriarcales enraizadas en prácticas de opresión familiares y sociales, y nos interpelan en un sentido ético a bregar por la igualdad de oportunidades.

Aun sin ser reflejados en estadística alguna, la *cifra negra* de abusos sexuales hace posible trazar un paralelismo que demuestra, coincidentemente con lo afirmado por Fernández (2009), que a menor edad de la niña o adolescente embarazada, mayor es la probabilidad de que ese embarazo sea el producto de un ataque sexual intrafamiliar o del entorno cercano, o de parientes de la familia extensa. Es importante tener en cuenta que la autora utiliza la palabra “ataque” para desvincular a la niña de la idea de consentimiento, que connota nombrar el abuso como una *relación* incestuosa. Dicho esto, es posible razonar que, si a menor edad de la niña embarazada mayor es la posibilidad de abuso, entonces mayores serán sus dificultades para el sostén de su maternaje. La multiplicidad de inscripciones sociales de las niñas y adolescentes, como por ejemplo sus diferencias étnicas, culturales, educativas y de clase, dejan huella en la construcción de sus subjetividades, y en sus singulares posibilidades de ejercer la autonomía. La pobreza y la subordinación de género –como escenarios en que transita la vida de muchas adolescentes– pueden provocarles severas dificultades subjetivas e intersubjetivas para alcanzar una vida digna y ejercer su autonomía; a diferencia de otros sectores de adolescentes que, favorecidos por el contexto social, cultural, económico, o familiar, no encuentran mayores

obstáculos contextuales en el desarrollo de su subjetividad, lo cual posibilita en mayor medida el ejercicio de su autonomía.

No obstante, el reconocimiento y el respeto por la especificidad de diferencias en la adolescencia no puede –ni debe– menoscabar la consideración de todas las mujeres como sujetos de derechos, sino que debe impulsar a que se generen las condiciones necesarias para garantizar la concreción de tales derechos; para que cada una de las personas que se encuentran en situaciones desaventajadas encuentre el modo de desarrollar mayores niveles de autonomía y libertad en sus decisiones. Para ello las políticas públicas y los diferentes niveles en que opera el Estado deberán ser sensibles a cuestiones de género, edad, clase social, educación; ya que, de lo contrario, no se podrá ser eficaz en la generación de condiciones propicias para que el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres en general, y el de los derechos sexuales y reproductivos en particular, pueda transformarse en una realidad.

En la actualidad, tanto el marco normativo del derecho internacional de los derechos humanos, como la interpretación constitucional realizada por la Corte Suprema en “F. A. L.”, y el incesante movimiento de grupos y organizaciones civiles y políticas, habilitan el debate acerca de cómo superar las condiciones adversas que atentan contra la realización de los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres; lo cual necesariamente incluye la despenalización del aborto, a través de canales de participación política lo más amplia posible. El desafío consiste en la inclusión de todas las voces, aun de mujeres menores de edad. Persisto en creer que, como sociedad, hemos alcanzado el grado de madurez suficiente para enfrentarlo.

Bibliografía

- Baratta, Alessandro: “Infancia y Democracia” en Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), *Infancia y democracias en América Latina*, Buenos Aires, Depalma 1998.
- Bergallo, Paola: “El derecho al aborto en los sistemas jurídicos del mundo”, FEIM, CEDES, IPPF, *Hoja Informativa* N° 05, 2007.
- “El acceso al aborto por la causal violación: pautas para la interpretación y aplicación de la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires”, en Christine Chinkin (ed.), *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2012.
- Carbonnier, Jean: *Comment. S. Cour d’Appel Paris: 10 avril 1959*, París, Dalloz, 1960.
- Casado, María (coord.): *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret, 2002.
- Cillero Bruñol, Miguel: “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 1999.
- Diniz, Debora, Barbosa, Livia y Wederson, Rufino Dos Santos: “Discapacidad, Derechos Humanos y Justicia”, en *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos, Red Universitaria de Derechos Humanos*, Vol. 6, N° 11, diciembre 2009.

Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

Fernández, Ana María: *Las lógicas sexuales. Amor, política y violencia*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2009.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

Pantelides, Edith Alejandra y Binstock, Georgina: “La fecundidad adolescente en la Argentina a comienzos del siglo XXI”, en *Revista Argentina de Sociología*, Año 5, N° 9, 2007.

Siegel, Reva: “La dignidad y el debate del aborto”, en Marcelo Alegre (comp.), *Derecho y sexualidades*, SELA 2009, Buenos Aires, Librería, 2010.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.

Corte Suprema de los Estados Unidos “Planned Parenthood vs. Casey”, 505 U. S. 833, 1992.

Legislación

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), Recomendación General N° 24, Mujer y Salud 14, Doc. A, 54/38/Rev. 1, 1999.

ONU - Asamblea General de las Naciones Unidas, sexagésimo sexto período de sesiones, 3 de agosto de 2011, informe provisional preparado por Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos. “El derecho de toda persona al más alto nivel de disfrute de salud física y mental”.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°4, CRC/GC/2003/4, 2003.

Ley 26.378, ley que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

Ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 2005.

Ley de la provincia de Chubut XV, 2010.

LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LAS ADOLESCENTES EN LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO. HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL EMBARAZO FORZADO EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

*Damián R. Muñoz**

1. Introducción

En el marco de las complejidades que presenta la cuestión del aborto, es posible delimitar el espacio de los abortos de niñas y adolescentes como una subcuestión que presenta especificidades propias. Si bien se pueden establecer en relación con este tema, puntos de contacto entre las mujeres adultas y las menores de edad, en el caso de las niñas y las adolescentes se presenta una serie de particularidades que no pueden ser soslayadas. Estos matices que pueden ser visibilizados, entre otros, en clave de estructura psíquica, proceso de maduración física y emocional, padecimiento subjetivo y situación de vulnerabilidad (propios del colectivo de la infancia y adolescencia) tienen, por su parte, su debido correlato en normativa especializada que invita a redefinir –en punto a sus conceptualizaciones y alcances– los supuestos de abortos no punibles cuando de niñas y adolescentes se trata.

En este trabajo de aproximación adopto como punto de partida la doctrina que surge del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F., A. L.” (2012). En mi opinión, iniciar el análisis desde los estándares fijados en este fallo resulta de suma utilidad para establecer una suerte de acuerdo jurídico mínimo a partir del cual se pueden ir sumando argumentaciones específicas del derecho de la infancia y adolescencia.

En esta tarea, intentaré problematizar el concepto de embarazo forzado en la perspectiva específica de las niñas y las adolescentes. Para ello, resultará útil inscribir tal concepto en la matriz normativa de los principios y estándares básicos del derecho de las personas menores de edad.

De alguna manera, se trata de discutir si resulta legítimo que el Estado pueda obligar a una niña o adolescente a que se convierta en madre. Es decir, de iluminar las tensiones normativas que se presentan ante la coacción estatal mediante la cual se impone una maternidad a una niña.

En el intento de alcanzar un punto de llegada que permita ampliar los argumentos desincriminatorios del aborto de niñas y adolescentes, abordaré en primer lugar las razones jurídicas

* Defensor Público Oficial Auxiliar de la Defensoría General de la Nación con funciones ante los Tribunales Orales de Menores de la Capital Federal. Cotitular de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación. Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Especialización en Derecho Penal por la Universidad de Palermo.

que sustentan los abortos no punibles. Luego, en el punto 3, esbozaré una breve caracterización del colectivo de la infancia y adolescencia en tanto etapa particular del desarrollo vital de las personas. En el apartado 4, realizaré una sintética reseña de la normativa específica en materia de niñez y adolescencia que puede resultar dirimente en la cuestión en análisis. Por último, en el punto 5, intentaré esbozar algunas reflexiones finales sobre las especificidades que imponen los embarazos forzados de niñas y adolescentes.

2. Los argumentos que sustentan los abortos no punibles

Tal como lo adelanté, considero que la doctrina que surge del fallo “F., A. L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación configura un punto de partida útil a fin de evitar el tratamiento de cuestiones que ya han sido zanjadas en este precedente.

Lo que pretendo destacar de este caso no se vincula al debate específico en torno a la no punibilidad del aborto para los casos de embarazos producto de violaciones, sino el análisis previo que realiza la Corte acerca de la inexistencia, en la normativa convencional y constitucional, de alguna cláusula que impida la desincriminación de los abortos bajo determinadas circunstancias.

Así, la Corte se encarga de afirmar que el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional no contiene ninguna previsión que pueda condicionar, de alguna manera, la cuestión de los abortos no punibles en general. Se trata de un mandato constitucional que fija lineamientos básicos de políticas públicas vinculadas a los derechos humanos. También la Corte descarta que en la Convención Constituyente de 1994 se haya generado alguna discusión o establecido algún criterio vinculado al alcance o limitación de los supuestos de abortos no punibles.

Analiza, además, los artículos pertinentes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de lo cual sostiene que tampoco se deriva de ellas ninguna previsión ni pauta de interpretación restrictiva sobre los abortos no punibles. En este punto, incluso, destacó el análisis realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 23/81, conocido como caso “Baby Boy” (CIDH, 1981). La Corte también niega que las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos tengan alguna virtualidad para condicionar los supuestos de abortos no inculminados.

En idéntico sentido, no sólo sostiene que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no impone ninguna limitación a la cuestión, sino que además resalta que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas –al analizar la situación concreta de la Argentina– manifestó su preocupación por la restrictiva interpretación de los abortos no punibles previstos en el Código Penal.¹

1. En este sentido, se ha señalado que “El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo (arts. 3 y 6 del Pacto) El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal” (CIDH, 2010: parr. 13).

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación asevera que ninguna norma de la Convención sobre los Derechos del Niño importa colisión alguna, al menos con la previsión contemplada en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal. En este análisis, ratifica dicha afirmación por vía del Comité de los Derechos del Niño que, al referirse a la situación de la Argentina, también se manifestó en punto a la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal.²

Por lo demás –lo que confirma una saludable tradición vinculada a las reglas hermenéuticas en materia penal–, la Corte sostiene que los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a la adopción de una interpretación amplia del supuesto de aborto no punible analizado en el fallo. Por tal motivo, los principios mencionados obligan (y cabe resaltar nuevamente que este es el verbo utilizado por el Tribunal) a realizar una interpretación de la norma que restrinja la aplicación del poder punitivo y, al mismo tiempo, privilegie la hermenéutica que mayores derechos le acuerden al ser humano.

El análisis que hace la Corte desde una perspectiva constitucional y convencional constituye un punto de partida formidable para establecer premisas básicas para discutir la ampliación de los supuestos de abortos no punibles (en este caso, los vinculados al objeto de este trabajo, esto es, los relacionados con los embarazos forzados de niñas y adolescentes).

A mi criterio, en ese tramo de la argumentación del fallo, la Corte no sólo zanjó cualquier tipo de obstáculo constitucional o convencional en punto a los supuestos previstos en el artículo 86, inc. 2, Código Penal, sino también a las causales previstas en el inciso 1. Entiendo, en ese sentido, que las razones jurídicas que permiten afirmar la inexistencia de impedimentos constitucionales y convencionales para la amplia operatividad de los abortos no punibles para casos de violaciones resultan plenamente trasladables a las causales de abortos necesarios para evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada.

Desde esta perspectiva ampliatoria de los supuestos no castigables, en lo que respecta al inciso 1 de la norma penal, es toda una obviedad afirmar que la cuestión problemática radica en el alcance del concepto de *peligro para la salud*. Esto es, según el modo en que se caracterice al peligro y a la salud, la norma alcanzará un mayor o menor campo de acción. Una interpretación amplia de las distintas situaciones lesivas a la salud de la mujer (tanto física, psíquica o social) implicará una operatividad extensiva de la causal.

2. Al respecto, el Comité expresó su preocupación “por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal. 59. El Comité recomienda al Estado parte que: a) Incremente sus esfuerzos para promover la salud materna e infantil, incluso durante el embarazo y el parto; b) Adopte medidas urgentes para eliminar las desigualdades existentes entre las provincias en el acceso a los servicios de salud y la calidad de éstos, haciendo especial hincapié en la atención primaria de la salud, y para eliminar las causas de la malnutrición crónica en las provincias del noroeste; c) Realice un estudio de los factores determinantes del elevado porcentaje y las tasas estables de mortalidad materna y neonatal, y trate urgentemente de eliminarlos; d) Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas; e) Enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal; y f) Solicite asistencia técnica al UNICEF y a la Organización Mundial de la Salud, entre otras entidades” (CIDH, 2010).

En este punto, no puede soslayarse el principio básico que reconocieron los Estados al constituir la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuando establecieron que la salud “es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 1946), mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con estatus constitucional en la Argentina, indica que “los Estados parte en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12).

Es claro que dicha definición alcanza contornos verdaderamente amplios. Y si, además, se la complementa con la conceptualización que realiza la Ley Nacional de Salud Mental, se obtiene un marco incluso más extenso. El artículo 3, Ley N° 26.657, dispone que “se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

Cabe recordar también que la Ley Nacional N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, garantiza el derecho a la salud integral de este grupo (art. 14). Asimismo, el decreto reglamentario dispone que el “derecho a la atención integral de la salud del adolescente incluye el abordaje de su salud sexual y reproductiva previsto en la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” (art. 14, Decreto Reglamentario N° 415/06).

También resulta necesario señalar que esta redefinición del concepto de salud no puede ser efectuada sin tener presente, por un lado y primordialmente, la opinión de la mujer y, por el otro, una imprescindible perspectiva de género. Desde este punto de vista, se ha sostenido que dado:

que nuestra legislación dispuso un permiso cuando la salud de la mujer embarazada corre peligro, los profesionales deberán, frente a determinados casos, acercarse a las razones que expresa la mujer para sostener que el embarazo afecta su salud. De esta manera, si el profesional visualiza a la mujer desde una concepción cargada de roles sexuales con una fuerte asignación de la maternidad, difícilmente sea capaz de definir como peligro para la salud la situación de una mujer que considera que no puede afrontar esa nueva maternidad que se le presenta y seguir adelante con sus hijos y su empleo, por ejemplo. Esto último permite introducirnos en otro punto clave en el acceso al aborto no punible: la definición de salud y su incorporación al tratamiento de los abortos del artículo 86, CP. La noción de salud ha venido experimentando ciertas expansiones y reconceptualizaciones, que encontraron en nuestro sistema jurídico una amplia recepción a través de la constitucionalización de los tratados de derechos humanos, sentencias de nuestros tribunales, incluida la Corte Suprema de la Nación, y otras normas legales inferiores (Ramón Michel, 2011: 168-169).

En punto a las eventuales consecuencias que puede acarrear el embarazo en la salud de la mujer, se ha explicado que

los sistemas jurídicos han expresado cierta flexibilidad para reconocer que el embarazo puede dañar la salud mental de la mujer. Por ejemplo, la Ley sobre Infanticidio de 1922 (*Infanticide Act 1922*) de Inglaterra fue la primera en admitir que la alteración mental posparto podía

causar que la madre diera muerte a su bebé, asignándole a este delito una gravedad menor que la asignada al delito de homicidio. La evidencia surgida de algunos estudios recientes demuestra que existe cierta susceptibilidad femenina a padecer efectos neurológicos puesto que las hormonas reproductivas que determinan el sexo del feto también determinan la susceptibilidad a trastornos psiquiátricos basados en el sexo. Los efectos positivos y negativos del embarazo sobre las predisposiciones neurológicas deben tenerse siempre en cuenta (Cook *et al.*, 2011: 349-350).

Al momento de precisar el alcance del concepto *salud mental*, los autores citados proponen una conceptualización que, por un lado, evite la estigmatización y, por el otro, abarque una amplia gama de padecimientos mentales.

Es en este contexto problemático (es decir, en la intersección entre los conceptos de salud en sentido general, salud mental en particular y embarazo) en el que debe inscribirse el denominado embarazo forzado: entendiendo por tal

al que la mujer considera un peligro a su integridad, salud e incluso vida, por diversos motivos. Las causas más comunes son: falta de información adecuada y/o difícil acceso a métodos anticonceptivos, falla de los mismos, violación, incesto, relaciones forzadas y precariedad socioeconómica. Nos referimos a las mujeres que, en una decisión no libre de ambivalencias y conflictos, consideran que su situación personal es incompatible con la continuación de la gestación. Entendemos que ‘ninguna mujer actúa a la ligera en lo que se refiere al aborto’. Reconocemos también que son las mismas mujeres, en ejercicio de defensa de su calidad de vida, integridad o salud física y psíquica, y en defensa de su autonomía reproductiva, quienes pueden ejercer este derecho de decisión. [...] Un embarazo forzado no interrumpido implica una maternidad forzada y esto es considerar la maternidad como un deber/mandato que invisibiliza al sujeto mujer (Chiarotti *et al.*, 1997: 22-23).

Aquí entonces aparecen no sólo las consecuencias lesivas que para la salud de la mujer importa el embarazo forzado, sino también otra línea argumental que permite señalar la problemática jurídica que genera su consecuencia, esto es, la maternidad forzada. Es decir, con:

la prohibición del aborto y con la consiguiente constricción penal a convertirse en madres se impone a las mujeres no tanto y no sólo el no abortar, cuanto una conmoción vital de incalculable alcance. No sólo la gestación y el parto, sino la renuncia a proyectos de vida diversos, la obligación de educar y mantener a un hijo, en una palabra, la constricción a una especie de servidumbre. Una maternidad no deseada puede destruir la vida de una persona: obligarla a dejar de estudiar o trabajar, enfrentarla a la propia familia, reducirla a la miseria o ponerla en situación de no ser capaz de proveer al mantenimiento de sí misma y de su propio hijo. Pues bien, la punición del aborto es el único caso en que se penaliza la omisión no ya de un simple acto –como en el caso, por lo demás bastante aislado, de la ‘omisión de socorro’ – sino de una opción de vida: la que consiste en no querer convertirse en madre. Esta circunstancia es generalmente ignorada. Habitualmente se olvida que, a diferencia de lo que sucede con las restantes prohibiciones penales, la prohibición del aborto equivale también a una obligación –la obligación de convertirse en madre, de llevar a término un embarazo, de

parir, de educar a un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal (Ferrajoli, 2008: 163-164).³

De esta manera, es posible ir vislumbrando que la íntima relación que opera entre los conceptos de embarazo forzado, maternidad forzada y salud (en todas sus versiones) conlleva sensibles consecuencias para la mujer. Y en este marco, la interrupción del embarazo aparece como solución posible a fin de limitar los efectivos lesivos. Pero aquellas consecuencias adquieren ciertas particularidades cuando se trata de niñas y adolescentes.

Resulta elocuente que el Comité de los Derechos del Niño haya abordado la cuestión de los abortos de las niñas y las adolescentes en su Observación General N° 4, titulada precisamente “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Comité de los Derechos del Niño, 2003). Al respecto, el Comité manifestó que los

niños y adolescentes deben tener acceso a la información sobre el daño que puede causar un matrimonio y un embarazo precoces y las que estén embarazadas deberían tener acceso a los servicios de salud que sean adecuados a sus derechos y necesidades particulares. Los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la morbilidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, *producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas*, y prestar apoyo a los padres de las adolescentes. *Las jóvenes madres, especialmente cuando no disponen de apoyo, pueden ser propensas a la depresión y a la ansiedad, poniendo en peligro su capacidad para cuidar de su hijo*. El Comité insta a los Estados Partes a: a) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y *las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley*, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia; b) promover las actitudes positivas y de apoyo a la maternidad de las adolescentes por parte de sus madres y padres; y c) elaborar políticas que permitan continuar su educación (Comité de los Derechos del Niño, 2003: parr. 31; todos los destacados me pertenecen).

Por último, bien cabe destacar que algunos “sistemas jurídicos permiten el aborto explícitamente ante la posible incapacidad de la mujer para la crianza. Por ejemplo, el Código Penal de Etiopía, reformado en 2004, autoriza el aborto ‘cuando el nacimiento del infante constituye un riesgo para la vida o salud de la madre’ y ‘cuando la mujer embarazada, debido a una deficiencia física o mental previa, o debido a su minoría de edad, no se encuentra física ni mentalmente capacitada para criar al hijo’” (Cook *et al.*, 2011: 355).

3. Desde esta mirada crítica vinculada a las consecuencias y, en definitiva, a la utilidad que puede acarrear una previsión legal que no contemple el deseo de la mujer, resulta interesante señalar que el “Tribunal Constitucional alemán en 1993 entendió que es legítima la tutela de la vida potencial si se deja la decisión sobre la interrupción de su embarazo a la mujer, dentro de los tres primeros meses de la concepción y previo un sistema razonable de asesoramiento. Tras analizar la situación íntima y de exclusivo conocimiento personal del embarazo en los primeros meses de la concepción, llega a la conclusión de que *en la primera fase de aquél, una protección eficaz de la vida del ser no nacido solamente es posible con la madre y no contra ella*” (Larrandart, 2010: 782; el destacado me pertenece).

Surge aquí la condición de menor de edad como circunstancia problemática para afrontar el embarazo y la maternidad. En mi opinión, no resulta adecuado pensar a las niñas y las adolescentes desde sus incapacidades.⁴ El análisis resulta mucho más enriquecedor desde una perspectiva compleja y repleta de matices que haga foco en las diversas posibilidades que se les presentan en el marco del proceso evolutivo que transitan. De esta forma, y retomando la última cita transcripta, resultaría razonable modificar al destinatario de la incapacidad. Es decir, en lugar de señalar la supuesta incapacidad de la niña o la adolescente, destacaría la imposibilidad del Estado para obligar a esa niña o adolescente a ser madre cuando esta manifieste su oposición al embarazo. En otras palabras, quien debiera quedar incapacitado para imponer una maternidad en estos supuestos es, justamente, el Estado.

3. La situación de las niñas y las adolescentes

El desarrollo humano configura un proceso multidimensional en el que interactúa, en cada grupo etario, el desarrollo físico, cognitivo, emocional y social. Este desarrollo se cristaliza en tres períodos: infantil, adolescente y adulto (Cruz, 2007).

Es precisamente la etapa de la adolescencia la que configura la transición entre el período infantil y el adulto. Y en la que además se produce un gran número de modificaciones físicas, psíquicas y sociales que tendrán incidencia directa en la subjetividad de los adolescentes.

A la hora de señalar sus particularidades, el Comité de los Derechos del Niño expresa que

es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre éstos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad (Comité de los Derechos del Niño, 2003: parr. 2).

Se trata de una etapa en la que los cambios físicos y psíquicos, sumados a las exigencias que importan las expectativas personales, familiares, sociales y estatales que dichos cambios deben traer aparejados conducen a que los sucesos vitales sean vivenciados de modo particular. En efecto, este “período difícil de la vida si los hay, impone al sujeto múltiples exigencias psíquicas: duelar el niño que ha sido, confrontarse con los cambios físicos y las urgencias pulsionales,

4. Fue particularmente extensa y trágica la historia de la niñez y la adolescencia caracterizadas desde sus *défectos, incapacidades y carencias*. Esta conceptualización de las personas menores de edad fue la que permitió (y aún permite, mediante la inexplicable vigencia de legislación previa y antagónica a la Convención sobre los Derechos del Niño) un cuerpo normativo que habilitaba una intervención estatal absolutamente discrecional pero que se justificaba en las necesidades que los “*menores*” evidenciaban en la puesta en acto de sus (supuestas) incapacidades.

desasirse de primeras identificaciones para procurarse nuevos modelos e ideales, soportar la caída de la omnipotencia de las figuras parentales, ‘matar’ simbólicamente a los padres, vérselas con la castración, encontrar nuevos grupos de pertenencia, etc.” (Homene, 2011: 101).

Todas estas especificidades han sido largamente trabajadas desde la psicología y la psiquiatría evolutivas. Estos abordajes permitieron realizar fundadas distinciones entre los comportamientos de las y los adolescentes en comparación con los adultos.⁵ Incluso, de un tiempo a esta parte los avances que ha tenido el desarrollo de las neurociencias también han confirmado estas distinciones. Se ha expresado que

en el último tiempo los neurocientíficos han comenzado a objetivar desde el punto de vista anatómico y funcional las diferencias concretas entre el cerebro adolescente y el adulto. Mediante modernas técnicas de neuroimagen cerebral los científicos señalan que el punto de cohorte para la madurez del cerebro se encontraría en los 18 años. En otras palabras, el cerebro de los adolescentes no se encuentra completamente maduro y desarrollado hasta que éste alcanza el final de la segunda década (Mercurio, 2012: 54).

Como lo sostiene este autor, estas regiones en desarrollo se encuentran en los lóbulos frontales, y operan, precisamente, en el control de los impulsos, la regulación de las emociones, la ponderación de riesgos y el razonamiento moral.

La normativa específica en materia de niñez y adolescencia debe partir de estas premisas. Es decir, todo el cuerpo jurídico en esta materia encuentra su fundamento en la necesidad de satisfacer normativamente las necesidades vitales de este período. Sólo así es posible entender los principios y estándares que rigen en este tema, en tanto garantía de vigencia de los derechos humanos de este colectivo específico. De lo contrario, o bien se puede caer en el error de caracterizarlos como beneficios graciables otorgados discrecionalmente por los ordenamientos jurídicos, o bien de padecer cierta recaída en una perspectiva neopositivista que pretenda intervenir a cualquier costo.

5. Como ejemplo de estos análisis, cabe señalar lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Maldonado”, al expresar que “corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos [los niños, las niñas y adolescentes] no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental (así, por ejemplo, Peter Blos, ‘Psicoanálisis de la adolescencia’, México, 1976; del mismo, ‘La transición adolescente’, Buenos Aires, 1981; Ana Freud, ‘La adolescencia’ (capítulo X, en ‘Psicoanálisis y desarrollo del adolescente’, Barcelona, 1985); Aberasturi-Knobel, ‘La adolescencia normal’, Buenos Aires, 1980; E. Erikson, ‘Identidad, juventud y crisis’, Buenos Aires, 1990; del mismo, ‘El ciclo vital completado’, Buenos Aires, 1985; Fernández Mouján, ‘Adolescencia, de la metapsicología a la clínica’, Buenos Aires, 1992; Varela-Álvarez-Sarmiento, ‘Adolescencia marginal’ (en Psicología forense, Buenos Aires, 2000); F. Doltó, ‘La causa de los adolescentes’, Buenos Aires, 1990; Zusman de Arbiser, ‘Familia y psicoanálisis con niños y adolescentes’, Buenos Aires, 1986; L. Kaplan, ‘Adolescencia: el adiós a la infancia’, Buenos Aires, 1994). Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional” (CSJN, 2005).

4. La normativa en materia de infancia y adolescencia

Una vez determinados los fundamentos que justifican una normativa especializada, es posible entonces definir el alcance jurídico de los principios y estándares que rigen la materia.

Es por ello que la necesidad de protección y cuidados especiales que requieren las niñas, niños y adolescentes no pueden quedar librados a la absoluta discrecionalidad de los órganos estatales. Estas garantías y cuidados especiales deben ser regulados mediante una protección legal que resguarde los derechos de la infancia y adolescencia que pueden ser indebidamente afectados, ya sea por la inacción estatal o por una intervención desmesurada.

En función de un análisis integrado de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, es posible identificar un manojito de principios, derechos y garantías elementales que, a mi criterio, configuran un sólido andamiaje jurídico que permite extender los márgenes de los abortos no punibles en caso de embarazos forzados de niñas y adolescentes.⁶

En lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño, estimo pertinente señalar las siguientes disposiciones: a) la consideración primordial del interés superior del niño y el compromiso estatal de asegurar la protección y los cuidados necesarios para su bienestar (art. 3); b) la garantía de considerar la opinión de la niña, niño o adolescente, en función de su edad y madurez (art. 12); c) la obligación estatal de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19.1); y d) el derecho al disfrute del más alto nivel de salud (art. 24.1).

Por su parte, en la Ley N° 26.061 resulta útil destacar las siguientes: a) que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, la “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidas en esta ley”. Como así también que cuando “exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 3); b) la garantía de prioridad absoluta en materia de políticas públicas vinculadas al ejercicio de derechos de la infancia y adolescencia; c) el derecho a la vida que se integra con el derecho a su disfrute, protección y a una buena calidad de vida (art. 8); d) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a su integridad física, sexual, psíquica y moral (art. 9); e) el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme con su madurez y desarrollo, en todos los ámbitos en que se desenvuelvan (art. 24); y f) el principio de efectividad, que importa el deber de todos los organismos estatales de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías en materia de niñez y adolescencia.

En lo que respecta al interés superior del niño, se ha destacado que uno de los aportes más relevantes que ha provocado es, precisamente, su función hermenéutica. Esto es, la operatividad

6. Sólo por una cuestión de espacio me limito a señalar estos dos cuerpos normativos. Pero no puedo dejar de mencionar que este andamiaje puede ser robustecido, además, con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención Belém Do Pará); la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes; la Ley de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (N° 25.673); la Ley del Programa Nacional de Educación Sexual Integral (N° 26.150) y la Ley de Protección Integral a las Mujeres (N° 26.485).

que tiene a efectos de resolver “*conflictos de derechos*” por vía de la ponderación de las tensiones jurídicas existentes (Cillero Bruñol, 2007). Y tal como fue detallado más arriba, este aspecto hermenéutico fue expresamente previsto en el artículo 3, Ley N° 26.061. Por su parte, el denominado principio de equiparación más un plus de derechos específicos también constituye un principio que tiende a privilegiar el estatus jurídicos de las niñas y las adolescentes. Este principio expresa que tal “como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (CorteIDH, 2002: parr. 54).⁷

Este conjunto de principios construye, en definitiva, un sujeto de derecho con un estándar de mayor protección normativa. En otras palabras, todos estos principios, derechos y garantías conducen a afirmar que las niñas y las adolescentes son titulares de mecanismos de protección jurídicos mucho más intensos que, por ejemplo, los mujeres adultas. Y este estatus privilegiado –al menos, en términos normativos– permite ubicar a las niñas y adolescentes que se encuentran en situación de embarazo forzado en una posición de mayor resguardo y, por ende, con argumentos aún más potentes para habilitar la interrupción de ese embarazo.

Por lo demás, entiendo que todos estos recursos jurídicos en materia de niñez y adolescencia cobran especial relevancia en el marco de la propia tensión que se presenta entre la tesis del valor constante y la tesis del valor incremental. Sobre estas tesis, se ha explicado que

lo que está en cuestión en la discusión sobre la permisividad del aborto temprano es si el valor de la vida de los embriones es mayor al valor de la autonomía sexual y reproductiva. Aquí nos enfrentamos a dos posibilidades. La primera posibilidad es que el valor de la vida de las personas sea constante desde el momento de la concepción en adelante. En ese caso, si en algún momento de la vida de una persona el valor de su vida es mayor que el derecho de otros a la autonomía sexual y reproductiva, entonces eso es así desde el momento de su concepción. La segunda posibilidad es que el valor de la vida de las personas sea incremental, de modo que el valor de la vida de una persona sea cero antes de la concepción, y a partir de la concepción su valor se vaya incrementando gradualmente con el paso del tiempo hasta alcanzar en algún punto su valor completo, ese que las personas tienen cuando ya han nacido. Nótese que si esta segunda posibilidad fuera la correcta, entonces habría un período

7. Este principio fue expresamente invocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Maldonado” ya citado, al afirmar que “partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado –como aquel elaborado por la doctrina de la ‘situación irregular’– de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (CorteIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)” (CSJN, 2005).

durante el cual la autonomía sexual y reproductiva sería más valiosa que la vida del embrión (Ferrante, 2011: 372-373).

Luego, en el trabajo citado, el autor concluye en que el derecho argentino refleja la segunda opción, esto es, la tesis del valor incremental, por lo que “el valor jurídico de los seres humanos no nacidos es inferior al de los ya nacidos” (Ferrante, 2011: 374). A esta afirmación, entonces, habría que agregarle el análisis específico en materia de niñez y adolescencia. Es decir, corresponde destacar que en ese universo de personas nacidas existe un colectivo específico que posee un plus de derechos y garantías que –reitero, al menos normativamente– le otorga un estatus jurídico privilegiado. De esta manera, se advierte que el valor jurídico –en términos de protección y resguardo– de los derechos de las niñas y las adolescentes resulta doblemente superior al del embrión. Este incremento obedece, primero, a su carácter de personas nacidas y luego, por transitar ese particular estadio vital y evolutivo que el derecho reconoce con especiales recaudos de protección normativa.

5. A modo de conclusión: el aborto ante los embarazos forzados de niñas y adolescentes

Ningún acontecimiento que suceda durante la niñez o adolescencia debe ser pensado e interpretado por fuera de su etapa vital. El abordaje de los embarazos adolescentes obliga a conceptualizarlos y problematizarlos mediante la visibilización de todos los matices y especificidades que importa un embarazo en una etapa tan particular.⁸

Desde esta mirada se ha destacado que con “frecuencia, las jóvenes inician su vida sexual sin acceder al uso de anticonceptivos, por lo que un número sustantivo queda embarazada sin desearlo. La alternativa que enfrentan es compleja: tener un hijo a esa edad, o arriesgarse a buscar un aborto clandestino, con los riesgos que esto supone” (Lamas, 2004).

También debe tenerse en cuenta que las

condiciones de deseabilidad y aceptación en que se producen los embarazos, los sistemas de apoyo para enfrentar la maternidad, la situación de conyugalidad, la edad de la adolescente y su grado de autodeterminación respecto a su maternidad son claves en la definición de la situación de embarazo como un hecho deseable o como un problema. Además esa definición está vinculada al proyecto de vida más amplio, que trasciende lo referido al hijo y la pareja e incluye la posibilidad de continuar los estudios, de trabajar, de disponer de tiempo libre. Se relaciona también con las condiciones materiales de vida-vivienda, alimentación adecuada para

8. En este trabajo sólo pretendo abordar la cuestión del embarazo adolescente en tanto género de los específicos embarazos adolescentes forzados. De todos modos, no debo soslayar que incluso los embarazos adolescentes deseados, aceptados y gozados presentan ciertas especificidades. Al respecto, se ha señalado que gran “parte de las adolescentes marginales se embarazan porque lo único que pueden tener propio es un niño, y porque quieren darle a alguien lo que ellas mismas no tienen. Es como si el sentimiento de orfandad se paliara en la fantasía de un bebé. Estamos ante una cuestión que radica en el sentimiento de orfandad y no en la sexualidad” (Bleichmar, 2008: 153-154).

la adolescente y el niño, acceso a los servicios de salud y educación, etc. El significado del embarazo se resignifica en el curso del tiempo y se comprende a partir de las reflexiones de la adolescente tanto durante el embarazo como posteriores al parto como así también de los comportamientos que lleva a cabo a partir de la confirmación del embarazo. De lo anterior se deriva que, según su significado, el embarazo adolescente implica diversas necesidades y eventuales riesgos que requieren abordajes y políticas públicas diferenciales (Climent, 2009: 189-190).

De este modo, y retomando el concepto integral de salud establecido por la Organización Mundial de la Salud, resulta claro que ese bienestar –construido por la interrelación de diversos factores– deviene mucho más frágil cuando de niñas y adolescentes se trata. Por las propias especificidades que presentan las etapas que ellas transitan, es claro que un embarazo forzado posee la entidad suficiente como para alterar notablemente la salud.⁹

Todo este conjunto de particularidades en clave de desarrollo físico y psíquico, así como el cuerpo normativo específico de niñez y adolescencia, conduce a reconfigurar necesariamente el concepto de embarazo forzado de niñas y adolescentes. En esta nueva definición debe hacerse hincapié en que, en estas etapas vitales, el embarazo forzado importa un grado mucho mayor de lesividad a la salud (física, psíquica y social) que la que puede padecer una mujer mayor de edad. Es toda una obviedad que, en términos de tramitación subjetiva, la estructura psíquica de las niñas y adolescentes se encuentra en un mayor estado de vulnerabilidad para afrontar esta situación coactiva.

En este contexto, el Estado no puede obligar a una niña o adolescente a ser madre. No resulta legítimo forzar un deseo sobre esa subjetividad que atraviesa un particular estadio de vulnerabilidad. El Estado no puede desconocer (y, al mismo tiempo, debe asumir su deber de garante sobre un colectivo privilegiado) que la subjetividad de las niñas y las adolescentes, al menos, como regla general, no puede asimilar sin un costo altísimo una maternidad coaccionada. Por lo demás, resulta francamente paradójico que, por un lado, reconozca el estatus jurídico privilegiado de las niñas y adolescentes (tal como fue detallado anteriormente, mediante el bloque de resguardo que impone la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 26.061); mientras que por el otro no contemple ese estatus a la hora de forzarlas, nada más ni nada menos, que a la maternidad. Esta coacción importa, además, la obturación del tránsito de la etapa vital en curso, esto es, la obstaculización del proyecto de vida en tanto niña o adolescente. En otros términos, coaccionarlas a que sean madres constituye una indebida confiscación de la infancia y la adolescencia, un cierre abrupto de esas etapas.

Es común encontrar en varios textos sobre embarazos y madres adolescentes testimonios que aluden a que sus vidas cambiaron de golpe, a que crecieron repentinamente, que tuvieron que madurar con velocidad, que abandonaron su juventud, etc. En estas palabras está en juego el repentino cierre de un período vital. Cuando esto es aceptado por la adolescente, la problemática que genera es bien distinta. Ahora, cuando esa ruptura surge de manera coactiva, esto implica además la imposición de roles (vinculados a actuar como adulta y madre). La obligación de

9. En un relevamiento realizado por el Hospital Materno Infantil San Roque, Paraná, se recuerda que “‘no es aconsejable’ que las niñas lleven adelante un embarazo ‘en pleno proceso de formación. No sólo en el desarrollo sexual sino también en el físico. Muchas veces no tienen la pelvis preparada, por ejemplo, para parir un bebé de 3,250 kilogramos, que es el promedio de peso que tenemos registrado” (Sanda, 2012: 6).

continuar el embarazo y parir implica, lisa y llanamente, la imposición ilegítima de una personalidad. El Estado carece de legitimidad para imponer semejantes roles bajo amenaza de pena, tanto para la niña o adolescente como para aquellos que practiquen o colaboren en la interrupción del embarazo. De este modo, el derecho penal estaría asumiendo una función verdaderamente trágica: la de hacer ingresar por la fuerza del poder punitivo a la niña o adolescente al (supuesto) mundo de los adultos.

Por último, no puedo dejar de señalar una cuestión evidente pero no por eso menos importante. El problema del aborto –en términos de argumentación jurídica– es un problema de las clases populares. Los sectores sociales más acomodados –o, al menos, no tan desaventajados– no necesitan razonamientos legales para acceder a la interrupción de un embarazo (sea o no forzado). Está claro que no existe *una infancia* ni *una adolescencia*, sino que observamos en la realidad del orden social diversas *infancias* y *adolescencias*. De manera clara e injusta, la discusión jurídica vinculada al acceso al aborto ante un embarazo forzado involucra a las infancias, adolescencias y familias que habitan los márgenes.¹⁰ Aquí también es extremadamente paradójico, e incluso perverso, que la infancia y la adolescencia pobre tenga, además, que *pagar el costo* de una argumentación jurídica que quienes la pueden pagar no la necesitan. Resulta cuanto menos curioso que a la pobreza se le exija tanto.

Bibliografía:

Bleichmar, Silvia: *Violencia social, violencia escolar: de la puesta de límites a la construcción de legalidades*, Buenos Aires, Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico, 2008.

Cillero Bruñol, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Santiago de Chile, 2007.

Comité de los Derechos del Niño: *Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina*. CRC/C/ARG/CO/3-4, 2010.

— Observación General N° 4, 2003.

Chiarotti, Susana, García Jurado, Mariana y Schuster, Gloria: “El embarazo forzado y el aborto terapéutico en el marco de los derechos humanos”, en *Foro por los Derechos Reproductivos, Aborto no punible*, Buenos Aires, FDR, 1997.

Climent, Graciela Irma: “Voces, silencios y gritos: los significados del embarazo en la adolescencia y los estilos parentales educativos”, en *Revista Argentina de Sociología*, Año 7, N° 12/13, Buenos Aires, 2009.

10. En efecto, la “probabilidad de convertirse en madre no es igual para todas las adolescentes. Como lo muestran todas las investigaciones realizadas en diferentes países y más adelante lo confirmamos para la Argentina, la maternidad en la adolescencia es mucho más frecuente entre las jóvenes con menor nivel de instrucción. Si bien las estadísticas argentinas no permiten una caracterización de la fecundidad adolescente por estratos socioeconómicos, otros indicios muestran que las adolescentes madres se reclutan desproporcionadamente entre las más pobres” (Pantelides y Binstock, 2007: 27).

Cook, Rebeca; Ortega-Ortiz, Adriana; Romans, Sarah y Ross, Lori: “Consideraciones éticas y legales en salud reproductiva: La salud mental de la mujer como indicación para el aborto legal”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011.

Cruz, Andrés Martín: “El menor y el semiadulto ante la moderna psicología evolutiva y ante la LO 8/2006 de modificación de la LORRPM”, en Agustín Jorge Barrerio y Bernardo Feijoo Sánchez (eds.), *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinaria*, Barcelona, Atelier, 2007.

Ferrajoli, Luigi: *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

Ferrante, Marcelo: “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011.

Homene, Andrea, *Psicoanálisis en las trincheras*, Buenos Aires, Letra Viva, 2011.

Lamas, Marta: *Los derechos reproductivos de las y los adolescentes, y un necesario servicio de salud sexual y reproductiva*, Presentación realizada en el Foro sobre Población, Desarrollo y Salud Sexual y Reproductiva, organizado por el Grupo Parlamentario Interamericano sobre Población y Desarrollo, Palacio Legislativo de San Lázaro, 30 y 31 de marzo de 2004.

Larrandart, Lucila: “Artículos 85/88”, en David Baigún y Raúl Eugenio Zaffaroni (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

Mercurio, Ezequiel: *Cerebro y adolescencia: implicancias jurídico-penales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.

Naciones Unidas - Organización Mundial de la Salud: *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, 1946.

Pantelides, Edith Alejandra, y Binstock, Georgina: La fecundidad adolescente en la Argentina al comienzo del siglo XXI, en *Revista Argentina de Sociología*, Año 5, N° 9, 2007.

Ramón Michel, Agustina: “El fenómeno de inaccesibilidad al aborto no punible”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011.

Sanda, Roxana: “Madre a los 11”, en *Página12* [Las 12], año 14, N° 750, 2012.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), “Opinión Consultiva OC-17/2002”, 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), “*Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado*”, Fallos, 328:4343, 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.

B

IGUALDAD Y DIGNIDAD

EL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD ROBUSTA COMO JUSTIFICACIÓN DEL ABORTO

*Laura Saldivia Menajovsky**

1. Introducción

Aquí propongo la utilización de una interpretación robusta del derecho a la igualdad y no discriminación para justificar la promoción e implementación de políticas públicas en materia proaborto y de salud sexual y reproductiva que contribuyan a dismantelar estructuras sociales, políticas y económicas opresivas de las mujeres. Esto implica que el Estado respete los derechos de las mujeres por medio del desarrollo de políticas públicas que no criminalicen sino que, por el contrario, faciliten el aborto seguro de los embarazos no deseados o riesgosos para la mujer o el feto.

La estrategia de centrar la protección de los derechos sexuales y reproductivos en el discurso de la igualdad y no discriminación de las mujeres podría considerarse limitada para una mejora concreta de sus vidas, ello dado que dicho discurso suele entenderse de un modo liberal, universalista y formal que es incapaz de reconocer las diferencias y necesidades específicas de este grupo, como así también las diferencias al interior del mismo grupo.

No obstante, aquí propongo una perspectiva desde el derecho a la igualdad y no discriminación que se aparta de aquella centrada en la igualdad de oportunidades formulada en sus inicios por el constitucionalismo clásico, como así también de aquella formulada con la incorporación de categorías sospechosas en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos —y luego por las leyes locales sobre antidiscriminación y sobre crímenes de odio— pero reducida a una perspectiva individualista que no toma en cuenta la opresión sistemática de ciertos grupos, entre ellos, el de las mujeres. Por lo tanto, en este trabajo sostendré que la perspectiva robusta y transformadora del derecho a la igualdad y no discriminación sirve para reformar la estructura social, económica y jurídica que ancla a las mujeres a una ciudadanía de segundo orden, y

* Fue responsable de proyectos de investigación del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). Abogada por la Universidad de Buenos Aires y Doctora por la Universidad de Yale. Profesora de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo y de cursos de especialización en derecho de la Universidad Tres de Febrero en temas sobre igualdad y no discriminación, ciudadanía, pluralismo jurídico, globalización y constitución. También es profesora adjunta de la materia Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Matanza.

brindaré una opción concreta de intervención para modificar la vida de opresión para así lograr el respeto de sus derechos.¹

2. De la igualdad formal a la igualdad robusta

La formulación del derecho a la igualdad y no discriminación recepta diversas interpretaciones y desarrollos respecto del alcance de su protección. La concepción sobre la igualdad esbozada en un primer momento de invención constitucional ha experimentado importantes cambios tanto en el debate nacional como internacional, que determinaron una ampliación de su alcance y de su potencialidad transformadora.

La idea sobre el derecho a la igualdad prevaleciente en un primer estadio de desarrollo del constitucionalismo clásico –producto del paradigma económico liberal imperante a fines del siglo xvii y hasta principios del siglo xx–, consistió en que el Estado debía asegurar el mismo punto de partida para las personas a través de leyes neutrales a las diferencias entre las personas. La igualdad formal ante la ley así entendida se inspira en el ideario de la modernidad, el cual presupone personas individuales, racionales, libres y autónomas que comienzan el recorrido de sus vidas en un mismo punto de partida dado precisamente por la igualdad establecida por la ley, motivo por el cual el lugar a donde llegan, es decir, el resultado de las decisiones que adoptan durante ese recorrido –en tanto las leyes son iguales y neutrales para todos– es de su exclusiva responsabilidad. Aquí no se presta atención a las condiciones en las cuales se llega a esa línea de partida ni al modo en el cual nuestras circunstancias afectan nuestro rendimiento. Sólo se juzga a los individuos por sus méritos e idoneidades intrínsecos/personales sin indagar en las condiciones sociales que determinaron la forma en que ese mérito o idoneidad se construyó.

Conforme este marco conceptual, el Estado debía facilitar ese recorrido a través de leyes que favorecieran la movilidad social ascendente de la clase media –que prohibieran los privilegios de nobleza o de castas–, el funcionamiento del mercado por medio del derecho de propiedad y la seguridad interior y exterior, un sistema de justicia, el dictado de leyes generales y la provisión de bienes comunes mínimos, todo ello sin obstaculizar la participación en el mercado y la capacidad autónoma de contratar de las personas. Este es el Estado gendarme liberal, el cual deja hacer y se limita a velar por el orden público. Por supuesto que este Estado idealiza una experiencia histórica realizada de forma limitada, intermitente y deficiente que excluye de su relato a las mujeres (como así también a los negros, a los campesinos y a los indígenas, entre otros grupos). En este sentido, no debe soslayarse que, de forma paralela a la instauración del ideal de la igualdad ante la ley, se produjo la máxima expansión del colonialismo. No obstante estas graves falencias y ausencias, este ideario reinó durante más de un siglo y todavía convive con otras miradas e impregna con su fuerza discursiva instituciones y dinámicas nacionales.

1. Por supuesto, esta aproximación teórica no obsta a que de forma concurrente se examinen otros temas medulares como es el relativo a la violencia que se ejerce contra las mujeres (ya sea en los diversos sistemas administrativos públicos o en el ámbito privado). O que este argumento se adicione a aquellos fundados en el derecho a la salud, la dignidad e integridad corporal, la privacidad, la autonomía y la vida de la mujer.

La estricta separación de dos esferas, la privada y la pública, es central para la articulación del pensamiento liberal sobre la igualdad (Capella, 2008). En la primera de ellas se tejen relaciones privadas que implican únicamente a los individuos que entran en ella. Tal es el caso de las relaciones familiares, de amistad, económicas, religiosas, entre otras, las que son propias de los individuos en tanto “hombres”. En este ámbito el poder político, en principio, no debe entrometarse, aunque puede marcar qué es lo impropio de realizar en él (organiza las relaciones de parentesco –legitimidad de las relaciones matrimoniales vs. la ilegitimidad de las no matrimoniales, matrimonio heterosexual, incestos– y qué materias no son lícitas de tráfico económico –drogas, órganos humanos, plantas y animales–). Las desigualdades que existen en la esfera privada entre las personas, debidas a diferencias de riquezas, de religión, de raza, de nacionalidad, de género, no son cuestiones que atañan al Estado y quedan circunscriptas a tal esfera. El otro ámbito es el público, donde ya no hay “hombres” sino ciudadanos. Los “hombres” –quienes habitan la esfera privada– son diferentes, pero los ciudadanos, –quienes habitan la esfera pública– son iguales. Para ello se hace abstracción de las características y diferencias reales que poseen cual hombres despojándolos de sus cualidades y revistiéndolos de derechos iguales (los derechos políticos), lo cual los transforma finalmente en ciudadanos.

La reproducción humana es una de aquellas actividades que han sido circunscriptas al ámbito privado; es decir, a aquel que se encuentra exento de la intromisión del Estado, y de esta manera, se deja sin protección estatal a las mujeres.² El Estado, siguiendo su potestad relativa a delimitar qué es lo impropio de ser realizado en esta esfera, sí ha regulado en cambio la prohibición total o parcial del aborto y lo ubicó de esta manera en las sombras del espacio privado.

El ideario liberal desconoce que las personas no son entidades aisladas sino seres relacionales, es decir, sociales, que están en continua interacción mutua con las cosas y las personas que cohabitan su ambiente, todo ello en un marco de diferencias físicas y de capacidades, lo cual genera condiciones para, y muchas veces determina, su desarrollo y desenvolvimiento personal. Es por ello que el punto de partida en la vida de las personas es distinto, variado, dependiendo del lugar donde nacieron, sus suertes, sus características físicas, sus habilidades, sus talentos. Además, el reconocimiento del carácter social de las personas determina que pertenezcan a uno o varios grupos sociales, y la historia y el presente de estos grupos son fundamentales en la definición de la persona individual.³

2. Esto se observa, entre otras cuestiones, en la regulación restrictiva de licencias por maternidad, en la ausencia de normativas sobre lactancia materna y licencias por paternidad, y claro, en la prohibición del aborto.

3. Los seres humanos no pertenecen sólo a un grupo social, sino que sus vidas están atravesadas por factores de identidad e identificación diversos que por su lado pueden confluír en procesos de discriminación múltiples. Esta idea de multiplicidad implica la noción de que la subjetividad está constituida por vectores tales como la raza, el género, la clase y la sexualidad, que se reafirman y constituyen mutuamente. Esta idea fue desarrollada por Kimberlé Crenshaw (1989) en su artículo “Demarginalizing the intersection of race and sex: black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics”, donde destaca la multidimensionalidad de la experiencia identitaria y de opresión de los sujetos marginalizados. Este tema ha comenzado a tener recepción en el sistema internacional de los derechos humanos, en particular, en la Recomendación General N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

De aquí se deduce que el derecho, en lugar de mantenerse neutral, indiferente, imparcial ante las diferencias entre las personas, debe, por el contrario, contemplarlas para modificar la estructura social que permite, alienta y perpetúa la existencia de grupos en condiciones de especial vulnerabilidad. Aquí se diluye la división entre esfera privada y pública, donde las diferencias del “hombre” en el ámbito privado que no eran relevantes pasan a ser fundamentales para la construcción de ciudadanía.

La superficie en la que se inscribe el desarrollo del derecho a la igualdad se dio, en primer lugar, a nivel nacional a través del derecho constitucional clásico liberal y, en la etapa siguiente, también a nivel nacional, con el constitucionalismo social, al incluirse a la clase trabajadora en sus protecciones constitucionales. Luego, fue el ámbito internacional el que recibió una ampliación del derecho a la igualdad que incluyó el derecho a la no discriminación en los instrumentos internacionales de derechos humanos como así también sus aplicaciones, incluido el *soft law*. Más tarde, diversas reformas constitucionales latinoamericanas se hicieron eco de esta ampliación. En su última etapa, el desarrollo del derecho a la igualdad se ubica tanto a nivel internacional como constitucional, y se centra en la recepción de la protección de grupos específicos (raza, pueblos originarios, personas con discapacidad, mujeres, niñas, niños y adolescentes).⁴ Aquí, el desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación avanza de aquellas normas que establecen, por ejemplo, al sexo como categoría prohibida de discriminación hacia una norma que indica la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

A esta altura corresponde aclarar que no obstante lo auspicioso de la expansión del derecho a la igualdad al incluir la prohibición de discriminación por ciertos motivos, en muchos años, esta no significó en los hechos una correlativa expansión en la protección de los derechos de aquellos grupos en condiciones de especial vulnerabilidad. La interpretación que se hizo de esta expansión estuvo restringida a una mirada individual, sin reconocimiento alguno de la situación estructural de desigualdad basada en patrones de discriminación de ese tipo en la que se encuentran muchos grupos. Ello en virtud de que el derecho a la igualdad y no discriminación fue utilizado de manera formal e individual, sin dar cuenta de la existencia de un grupo detrás que es objeto de una práctica de dominio, sino que se limitó a corroborar que la persona afectada posea o pertenezca a alguna de las categorías listadas de manera explícita.⁵

4. Tal es el caso de la CEDAW.

5. Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos establecen una prohibición general de discriminación al enumerar una serie de categorías que exigen una prohibición de trato peyorativo diferenciado. Las categorías enumeradas son la etnia, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. Aquí, al trato discriminatorio se le aplica el análisis formal o tradicional de la protección antidiscriminatoria el cual está centrado en el examen pormenorizado de las medidas adoptadas por el Estado en los siguientes términos: cuando el Estado realice distinciones basadas en los motivos prohibidos de discriminación que impliquen la restricción de un derecho o de un beneficio, dicho trato será considerado sospechoso y merecedor de un escrutinio estricto, es decir, de un escrutinio más elevado que aquel con el que se evalúan las normas o prácticas diferenciadoras dirigidas a las personas que no pertenecen a alguna de tales categorías sospechosas. Para que se confirme la sospecha no deben existir otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación en cuestión. Este examen riguroso exige, además, que el Estado justifique que el objetivo perseguido por la norma u acto resulta sustancial para los intereses públicos y que la distinción realizada es absolutamente indispensable para tal fin, a cuyos efectos debe esgrimir razones de peso. De esta manera,

A este tipo de protección antidiscriminatoria restringida se la ha llamado anticlasificatoria (Siegel, 2008). Consiste en una protección que, al igual que la igualdad formal, sigue centrada en los individuos. Aquí el derecho protege a la persona contra la clasificación en virtud de cualquiera de las categorías prohibidas para realizar tratos desiguales, a fin de que el proceso mediante el cual se distribuye la escasez de oportunidades o se imponen cargas sobre las personas sea realizado de forma equitativa –“*fairly*”– (Fiss, 2004). En realidad, este tipo de protección antidiscriminatoria tiene un objetivo de índole transaccional, no sustantivo; es decir, busca regular el criterio que puede ser utilizado en tal proceso de distribución de recursos escasos y de imposición de cargas.

Conforme esta mirada, el daño que produce la discriminación es examinado a través de la díada víctima-perpetrador representándose a este último como una persona que odia a otras basándose ciertas características que poseen. De esta manera, la opresión se constituye como un acto individual, lo cual imposibilita que sea encarada como una práctica y dinámica sistémica enraizada en la sociedad y en sus instituciones públicas (Spade, 2009).⁶ En este contexto, se soslaya la importancia del impacto desigual que muchas normas y prácticas formalmente neutrales tienen sobre los grupos oprimidos. Este soslayo, a su vez, impide justificar medidas especiales de protección destinadas a revertir patrones estructurales de discriminación.

Esta protección anticlasificatoria también encuentra su límite en interpretaciones que han restringido su cobertura sólo a los grupos explícitamente mencionados por las normas (excluyendo, por ejemplo, a las minorías sexuales o personas que padecen de enfermedades estigmatizantes). Por el contrario, una mirada robusta postula que la enumeración de las categorías que prohíben tratos desiguales arbitrarios es general; es decir, no tiene carácter taxativo, por ello puede ampliarse o restringirse conforme la realidad de discriminación de los distintos grupos en las distintas regiones, como así también podrían establecerse niveles de protección según la categoría involucrada, no sin antes realizar para ello un examen de tipo histórico contextual.⁷

la presunción de la validez de las normas emanadas de los poderes democráticos da lugar a la presunción opuesta, la cual se instrumenta a través de la doctrina de la “inversión de la carga de la prueba”, la cual obliga al Estado a justificar la restricción al derecho fundamental cuestionada. Este fue el caso en las decisiones de la Corte Suprema en “Hooft, Pedro” (2004) y “Gottschau, Evelyn” (2006); ambas ejemplos de la aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación restringida, o dicho de otro modo, en términos de anticlasificación pero no de antisubordinación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos expuso esta estructura de análisis de la igualdad en los mismos términos: “Teniendo en cuenta que la evaluación de si una distinción es ‘razonable y objetiva’ se efectúa caso por caso, tanto la Comisión, la Corte, como otros tribunales y organismos internacionales, han acudido a la utilización de un examen o test que se compone de varios elementos. Estos elementos incluyen por ejemplo la existencia de un fin legítimo, la idoneidad o relación lógica de medio a fin entre el objetivo que se persigue y la distinción, la existencia de otras alternativas y la proporcionalidad, entendiéndose por esta última el balance de intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del grado de beneficio del otro” (CIDH, 2010: parr. 86).

6. “Esta lectura limitada de lo que constituye una violación, de lo que se reconoce como opresión, sirve para naturalizar y afirmar la neutralidad del *statu quo*” (Spade, 2009; traducción de la autora).

7. Para mayor información ver Saldivia (2011) y el caso “Atala” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se estableció que la orientación sexual es una categoría sospechosa de distinción incluida bajo la fórmula convencional de “otra condición social” (2008). Igual postura siguió la CorteIDH en el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” (2012).

El derecho a la igualdad y no discriminación robusto se construye alrededor de la idea de antisuordinación, es decir, en centrar su análisis en la desventaja del grupo en términos de su estratificación social. Para esta mirada, el Estado no debe involucrarse en prácticas que refuerzan el estatus social inferior de los grupos históricamente oprimidos y debe arbitrar medidas de carácter afirmativo con el fin de erradicar la subordinación del grupo (Siegel, 2008).⁸ Es, por lo tanto, una mirada sustantiva, como opuesta a la racionalidad instrumental de la anticlasificación, y orientada al grupo. En este punto parece apropiado aclarar que la categoría mujer no es un término neutral que tan sólo describe el origen o una característica definitoria de la identidad de una persona, sino que tal acepción describe además una relación de opresión y de poder desigual que delata las asimetrías en términos de subordinación que afectan a las mujeres y que denota su experiencia histórica divergente, la cual se extiende en la actualidad. En este sentido, la categoría mujer no expresa una característica objetiva de las mujeres sino que tiene un fuerte carácter político, ya que consiste en un atributo que tiene conexión con las relaciones sociales que se entretajan a su alrededor.

El desarrollo de un derecho a la igualdad y no discriminación en términos robustos y no meramente anticlasificatorios es todavía un desafío en la región, aunque comienzan a verse tímidos avances.⁹ En este sentido, los órganos del sistema internacional de derechos humanos han comenzado a adoptar esta tendencia de la antisuordinación promoviendo para ello –con más o menos éxito en sus cometidos– una preocupación por aquellos grupos de personas que –por diversas razones expresadas en obstáculos o impedimentos sociales o jurídicos– no están en las mismas condiciones que la mayoría para gozar de los derechos fundamentales, ni entran a las diversas relaciones jurídicas de su vida en un plano de igualdad, sino que, por el contrario, se encuentran limitadas por patrones estructurales de discriminación y exclusión.¹⁰ Esto implica dejar de pensar el derecho en términos individualistas y, en cambio, reconocer que la pertenencia

8. La CorteIDH ha reconocido ambas perspectivas del postulado antidiscriminatorio cuando señala: “(e)l desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación permite identificar varias concepciones del mismo. Por ejemplo, una concepción es la relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria –entendiendo por diferencia de trato, distinción, exclusión, restricción o preferencia– y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Aunque en ciertos casos las diferentes perspectivas pueden estar presentes, cada una puede merecer una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la Convención Americana” (2008: párrafo 80).

9. Desde hace no muchos años comienzan a verse iniciativas en este sentido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), por ejemplo: los dictámenes de la Comisión en los casos “María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala” (2001), “Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil” (2001), “Karen Atala e hijas vs. Chile” (2008), y “Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez vs. México” (2007), como así también el fallo de la CIDH en “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” (2012), entre otros. Dichas iniciativas también pueden verse en el informe de la CIDH, sobre el “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas” (2007). A nivel nacional, salvo por la Corte Constitucional de Colombia (ver en especial la sentencia T 291/09 sobre los recicladores), los altos tribunales de los países de la región no han resuelto casos aplicando la igualdad robusta.

10. Un buen reflejo de esta tendencia se observa en la Recomendación General No. 27 del Comité CEDAW. Ver también Cook y Howard (2007).

a ciertos grupos y las diferencias entre las personas son elementos fundamentales para definir a los sujetos de derechos.

Es importante resaltar que muchas veces los actos que coartan o excluyen a ciertas personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutrales pero que, en la práctica, generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado.

En el caso de las mujeres, el requisito de la neutralidad normativa y de la acción estatal exaltado por la modernidad solapa la construcción ideológica de las relaciones sociales basadas en la mirada de los hombres, las cuales estructuran un *statu quo* que los favorece mientras que perjudica de esta forma a las mujeres. Y el derecho está formado y asentado en tal *statu quo*. Por ello, la igualdad robusta exige que el significado social y la legalidad de una práctica o norma en apariencia neutral sean consideradas en términos de su impacto real respecto de las mujeres.¹¹

En consecuencia, es indispensable el estudio del impacto de las normas y políticas públicas a los efectos de desentrañar las condiciones estructurales que definen la vida de un colectivo o grupo social (sus condiciones históricas, sociales, políticas y económicas).¹² De esta manera, se vuelve imperativo evidenciar que ciertas normas y políticas públicas –aun cuando parezcan neutrales en su diseño– pueden tener un efecto o resultado perjudicial sobre estos grupos.¹³ Aquí el derecho a la igualdad es interpretado y usado como una herramienta jurídica de demanda concreta al Estado de adopción de medidas especiales de protección (por ejemplo, acciones afirmativas y ajustes razonables).

11. Ver Crenshaw (2006) y Gotanda (2006).

12. Tal como ha sido señalado en Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, parr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”: “hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación” (2009: parr. 1). Agregando que “El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009: parr. 12).

13. El Proyecto de Recomendación general N° 28 del Comité CEDAW relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer discurre sobre la importancia de atender a la discriminación que no se presenta de manera expresa en virtud de las diferencias de sexo o género, sino que tiene lugar de forma indirecta “cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra” (Comité CEDAW, 2010). Este tipo de discriminación, continúa el Comité CEDAW, es particularmente erosiva ya que exacerba “las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre” (Comité CEDAW, 2010: parr. 16). En similar sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Es relevante que en el estudio de medidas que un Estado alegue como neutrales, también se evalúen los efectos que dicha medida pudo tener respecto de ciertos grupos, y si éstos han tenido un impacto negativo desproporcionado” (2008: parr. 87).

3. La aplicación de la igualdad robusta al aborto

Las mujeres pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad estructural al que le corresponde la protección más robusta de la cláusula antidiscriminatoria a los efectos de modificar la estructura social que no reconoce sus derechos más básicos. Los diversos patrones sistemáticos mediante los cuales se les niega su salud sexual y reproductiva son algunas de las formas con las que se las minusvalora en la sociedad.¹⁴ Ello se observa en la manera en la que se construyen las normas, políticas y estándares respecto del aborto, la información epidemiológica sobre los abortos inseguros y las barreras que tienen que sortear las mujeres para acceder a un aborto seguro.¹⁵

Los estereotipos generalizan ciertos atributos a una clase de personas y excluyen la valoración de sus necesidades y circunstancias individuales.¹⁶ Además, sugieren límites a la autonomía individual de forma arbitraria e injusta. La idea de la maternidad como el rol único e ideal válido para las mujeres se corresponde con un estereotipo discriminador que genera desventajas en las mujeres, más aún cuando tal idea es incorporada en políticas y programas del Estado. Este estereotipo discriminador también puede observarse en la ausencia de políticas y programas estatales (tal es el caso de la ausencia de un sistema integral de cuidado que distribuya socialmente la carga impuesta sobre las mujeres de cuidar a las personas mayores, enfermos y niños).¹⁷

El estereotipo que configura la maternidad limita el rango de decisiones que las mujeres adoptan sobre sus propios planes de vida. Ello en virtud de que tal estereotipo excluye aquellas decisiones que pudieran colisionar con la idea central que lo conforma, en este caso, el de la maternidad. De esta manera, las mujeres quedan relegadas como agentes morales inferiores a los hombres por su inhabilidad de tomar decisiones autónomas sobre la vida que deciden realizar, vivir. Ello conduce a su mermada participación en actividades sociales, políticas y económicas.

De esto no se sigue que deba menospreciarse el rol de la mujer como embarazada y madre sino, por el contrario, debe jerarquizarse el esfuerzo de la mujer involucrado en la procreación y el cuidado de las niñas, niños y adolescentes. La naturalización de la maternidad genera una subestimación de tales funciones. Esta circunstancia determina a su vez una distribución inequitativa de los costos de la maternidad entre los hombres y las mujeres.

14. Otros patrones consisten en la violencia. Ver al respecto el informe de la CIDH sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas” (2007).

15. Ver Ramos, *et al.* (2011).

16. El artículo 5 de la CEDAW requiere que los estados parte eliminen los prejuicios y prácticas que están basados en la idea de inferioridad o superioridad de alguno de los sexos o en roles estereotipados de hombres y mujeres.

17. Al respecto, Rico expone que “La noción de cuidados... implica el desplazamiento de los cuidados desde el ámbito privado de las familias a la esfera pública de las políticas. En este sentido, se plantea la necesidad de apelar a la responsabilidad estatal frente a los cuidados de las personas dependientes, principalmente los niños y niñas, las personas adultas mayores, las personas con alguna discapacidad, y los enfermos crónicos. La consideración del cuidado como un problema público conlleva a un proceso de desfamiliarización del acceso y la provisión de cuidados, e ir abandonando, no tan rápido como quisiéramos, la idea de que el cuidado es un problema individual y privado que se resuelve de acuerdo a los recursos que se dispongan y las negociaciones de género al interior de los hogares que expone a las mujeres a una situación desventajosa” (2011).

Por el contrario, un estándar robusto de la igualdad toma en cuenta las diferencias de género/sexo y sopesa de forma conjunta con los hombres las cargas inequitativas que la maternidad impone sobre la mujer. Tal como sostienen Rebecca Cook y Susannah Howard, “la igualdad de la mujer requiere tanto del reconocimiento y acomodamiento de las diferencias reales de las mujeres como de la eliminación de los tratos discriminatorios basados en estereotipos de género” (2007: 1044).

De esto se deduce que lo que subyace a la prohibición del aborto y a las políticas restringidas en materia de salud sexual y reproductiva es un sistema social, político y económico patriarcal que tiene por objeto naturalizar la maternidad estableciendo de este modo como función primordial de las mujeres la procreación y el cuidado de su progenie.

La perspectiva robusta de la protección de la igualdad y no discriminación aquí expuesta contribuye a desmontar y evidenciar tal sistema patriarcal a fin de que se transformen las estructuras sociales que sojuzgan a la mujer. Tal como afirma Reva Siegel, “el enfoque de la igualdad sexual sobre los derechos reproductivos se opone a las leyes que restringen el aborto o la anticoncepción, en la medida en que estas presuponen o refuerzan las normas sociales consuetudinarias que diferencian la expresión sexual y la paternidad/maternidad” (2010: 52). Esta perspectiva permite y exige indagar en cuestiones tales como por qué una mujer aborta, quién accede al aborto, de qué manera las mujeres se enfrentan a la experiencia del aborto, cuáles son las circunstancias de la vida de las mujeres antes y después de un embarazo, y en qué consiste la sujeción de género que de forma cotidiana viven las mujeres.

La comprensión y asimilación del argumento de la igualdad robusta lleva tiempo, como así también es complejo de aplicar a nivel institucional. No obstante, debe realizarse semejante esfuerzo ya que este encuadramiento del aborto permite entender qué es lo que realmente subyace en las negativas, prohibiciones y obstáculos de permitir y facilitar que las mujeres puedan decidir sobre sus propios cuerpos y planes para así asegurar que sus derechos más fundamentales se cumplan.

Bibliografía:

- Capella, Juan Ramón: *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 2008.
- Cook, Rebecca J. y Howard, Susannah: “Accommodating women’s differences under the women’s anti-discrimination convention”, en *Emory Law Journal*, Vol. 56, 2007.
- Crenshaw, Kimberlé: “Demarginalizing the intersection of race and sex: black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics”, Chicago, University of Chicago Legal Forum, 1989.
- “Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación”, en Mauricio García Villeas *et al.* (comps.), *Crítica Jurídica*, Bogotá, Uniandes, 2006.
- Fiss, Owen: “Another Equality”, en *Issues in Legal Scholarship. The origins and fate of anti-subordination theory*, Berkely Electronic Press, 2004.

- Gotanda, Neil: “Una Crítica a ‘nuestra Constitución es ciega al color’”, en Mauricio García Villeas *et al.* (comps.), *Crítica Jurídica*, Bogotá, Uniandes, 2006.
- Ramos, Silvina; Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena: “El aborto inducido en la Argentina: ¿un viejo problema con un nuevo horizonte?”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Rico, María Nieves: “Armando una hoja de ruta. Compromisos político-institucionales para un sistema nacional de cuidados”, presentado en el Seminario Internacional Políticas de tiempo, tiempo de las políticas CEPAL, Santiago de Chile, 28 y 29 de noviembre de 2011.
- Saldivia, Laura: “Categorías Sospechosas, su contextualización y flexibilidad”, en Roberto Gargarella (comp.), *Constitución 2020*, Siglo XXI, 2011.
- Siegel, Reva: “El Discurso de la Igualdad: los valores de la Antisubordinación y la Anticlasificación en las luchas constitucionales sobre el caso Brown”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 9, N° 1, 2008.
- “Los Argumentos de la Igualdad Sexual a Favor de los Derechos Reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución”, en Paola Bergallo (comp.), *Justicia, Género y Reproducción*, Buenos Aires, Librería y Red Alas, 2010.
- Spade, Dean: “Trans Law and Politics on a Neoliberal Landscape”, en *Temple Political & Civil Rights Law Review*, Vol. 18, 2009; Seattle University School of Law Research Paper N° 09-05.

Jurisprudencia:

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Hooft, Pedro” (Fallos 327: 5118, 2004).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Gottschau, Evelyn” (Fallos 311:561, 2006).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala”, Caso 11.625, 2001.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, Caso 12.051, 2001.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez vs. México”, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Karen Atala e hijas contra Chile”, Caso Nro. 12.502, 2010.
- Comisión Interamericana de Derechos (CIDH), Informe sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 2007.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” 2009.

Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la CEDAW, Recomendación General N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, 2010.

Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la CEDAW, Proyecto de Recomendación general N° 28 del relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 2010.

Corte Interamericana de Derechos (CorteIDH), “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, Serie C Nro. 239, 2012.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia “T 291/09”, 2009.

¿PUEDE EL DERECHO RECONOCER A LAS MUJERES COMO HUMANAS? REFLEXIONES EN TORNO A UNA VIEJA Y RECURRENTE PREGUNTA, CON MOTIVO DEL DEBATE SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

*Verónica Spaventa**

“El reconocimiento de la humanidad de las mujeres significa atribuirles a ellas el control sobre su capacidad biológica de generar un nuevo ser”.¹

1. Premisas y contexto de un horizonte que se va haciendo camino al andar

Olympe de Gouges, en 1793, fue guillotizada por la Revolución francesa por insistir con promover una Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, equivalente a la Declaración del Hombre, entre cuyos postulados me interesa destacar aquel que prescribía que “ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer autoridad que no emane de ellos” (art. III). La condena claramente implicaba sellar la exclusión de las mujeres de los axiomas revolucionarios. La igualdad, la libertad y la fraternidad no alcanzarían a las mujeres ¿Cuántas mujeres desde entonces y aún antes han pagado con sus vidas tal reivindicación? ¿Cuántas otras heroínas, cuántas víctimas de la violencia patriarcal necesita la humanidad para pasar de la pretendida universalidad masculina a la universalidad de la diversidad humana?²

El título de este trabajo, además, se inspira en una vieja discusión del feminismo, en torno al potencial emancipador que el derecho tiene en relación con la construcción de un sistema social superador del patriarcado. En tanto discurso normalizador, ¿el derecho funciona exclusivamente como garante de la perpetuación de la dominación masculina, o en cambio es una herramienta útil para el empoderamiento de las mujeres?; pregunta que resulta recurrente en todos los grupos

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires y doctoranda por la Universidad de Salamanca. Docente de Posgrado de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Salta e integrante de los comités académicos de las carreras de Especialización en Estudios de Género y en Derechos Humanos, ambas en la misma casa de estudios.

1. Rosado Nunes (2003).

2. El varón del universalismo liberal no abarca a todos los varones. Como sabemos, el patrón que naturaliza la exclusión se reduce al varón adulto, heterosexual, sin discapacidad aparente o convencional, blanco, con patrimonio.

minoritarios que persiguen la ampliación de derechos, en términos de ciudadanía, como los grupos de diversidad sexual.³

Cualesquiera sea la respuesta a ese interrogante, el punto de coincidencia está dado por el carácter sexista, *androcéntrico*, del derecho moderno. Derecho que “disciplina” a las mujeres, convirtiéndolas en garantes de su subordinación, a través de un derecho civil tutelar, que le abre paso al poder punitivo (penal), frente a las “indisciplinadas” que se rebelan contra el poder patriarcal, al pretender apartarse del sagrado mandato de la maternidad.

Los diferentes mecanismos mediante los cuales se manifiesta más sutilmente el control patriarcal –esto es, por fuera de las instancias abiertamente represivas– históricamente se aglutinaron en torno del poder informal de las mujeres, la reproducción de estereotipos y prejuicios, la naturalizada división de roles (y con ella, la de espacios y funciones), que básicamente se ejerce en la familia y, más tarde, y con qué fuerza, en la escuela y a través de los medios de comunicación.

El Código Civil de 1869 no reconoce en las mujeres un sujeto de derecho, con igual capacidad que los varones. En virtud del artículo 55, inciso 4º, las mujeres son consideradas incapaces de hecho, esto es, incapaces de ejercitar por sí mismas sus derechos, sujetadas a la representación de sus padres, en el caso de las mujeres solteras, o de sus maridos, en el supuesto de las mujeres casadas.

Recién en 1968, paradójicamente bajo una dictadura, el decreto-ley 17.711 modifica el estatus de incapaces que las mujeres ostentaban, aunque con muchas excepciones ya para entonces. A partir de ese hito, y especialmente tras la recuperación de la democracia en 1983, el derecho positivo argentino, gracias a la presión de las organizaciones de mujeres, ha avanzado muchísimo en términos de igualdad entre varones y mujeres, esto es, en términos de construcción de ciudadanía.

Además de las necesarias transformaciones que esos nuevos marcos legales exigen, en el plano de lo cultural y de las prácticas,⁴ el Estado argentino mantiene algunas deudas legislativas con las mujeres; por ejemplo, en relación con la postergada modificación de la normativa que regula el nombre de las personas (que perpetúa con carácter exclusivo y excluyente la patrilinealidad) –decreto-ley N° 18.248–, o la modificación del régimen de licencias por maternidad (es necesario extender el tiempo de la licencia por maternidad, terminar con la compulsividad de la licencia preparto,⁵ establecer para las mujeres monotributistas –hoy completamente desamparadas

3. En este punto, me resulta interesante hacer un paralelo con las inquietudes que la feminista italiana Teresa de Lauretis se formula en relación con el lenguaje, a propósito de la tesis de Shoshana Felman sobre la falacia del significado masculino: “¿se puede realmente, le pregunto yo a mi vez, hablar desde ‘fuera’ del lenguaje (tanto sea como ‘loca’ o ‘no-loca’, como mujer o como hombre) cuando es el propio lenguaje el que constituye esos mismos términos y el que define la diferencia en base a los mismos? Es esa la paradoja que se encuentra en el centro de lo que Felman llama ‘la falacia del significado masculino’ y que define el estatus de los discursos: las mujeres son definidas por el discurso patriarcal, pero sólo en él pueden constituirse en sujeto. Es así imposible retar esta ‘falacia’ sin afrontar tal paradoja. Evitarla, evitar hablar de loca o no-loca, para las mujeres significa simplemente evitar hablar y recaer así en un silencio que no es sólo lo no dicho, es decir, el silencio teórico de la mujer, su inexistencia como sujetos del/en discurso. De ahí deriva la necesidad de hablar al mismo tiempo el ‘lenguaje de los hombres’ y el ‘silencio de las mujeres’” (2000: 18).

4. Cambios que el Estado tiene la obligación de promover, como consecuencia del mandato que surge del artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

5. Las dificultades de salud que afronte una mujer embarazada pueden ser perfectamente atendidas con otro tipo de licencias médicas.

por el derecho de la seguridad social— algún sistema de licencia por maternidad, ampliar la licencia por paternidad, contemplar la situación de padres/madres de familias homoparentales, permitir el acogimiento indistinto por parte de la pareja que ahija a los períodos de excedencia). Sin duda, entre esas deudas aparece la despenalización del aborto, último eslabón de la cadena de derechos sexuales y reproductivos, que se inicia con la posibilidad efectiva de acceder a la educación sexual integral,⁶ a la información y prestaciones vinculadas a la planificación familiar y a la prevención de enfermedades de transmisión sexual, a la anticoncepción de emergencia, y se cierra con el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

Desde hace algunos años, varios organismos de seguimiento de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos (Comité CEDAW y Comité de DDHH⁷) vienen observando la situación de nuestro país en relación con el acceso al aborto no punible y con el régimen de penalización que adopta nuestra legislación. De algún modo, como veremos, en el caso “F., A. L.” la Corte Suprema de Justicia de la Nación se hizo cargo del primero de los señalamientos que se le hicieran a la Argentina en el ámbito de las Naciones Unidas, donde se dirime su responsabilidad internacional, al adoptar la interpretación más amplia que cabe hacer al artículo 86, inciso 2, del Código Penal y al exhortar a las máximas autoridades a dictar protocolos o guías que brinden reglas claras en el ámbito del sistema de salud a los fines de asegurar a las mujeres el acceso al aborto permitido, para clausurar así una vieja discusión que garantizó la histórica inaplicabilidad de esa norma.

2. Aborto, género y poder

El cuerpo, que en términos freudianos es encarnación de la subjetividad, el sujeto generizado, la sexualidad y la reproducción como aspectos inescindibles de aquellos, y de aquella, fue y es producto y proceso de diversas tecnologías del género,⁸ aparatos tecnosociales y biomédicos de normalización, disciplinamiento e individuación.

Como sostiene Martha Rosenberg,

[l]a capacidad biológica de gestar y criar de las mujeres funciona como uno de los pilares de la construcción social de las categorías de género. Pero lo hace ocultando su construcción discursiva mediante la naturalización que hace aparecer como obvio el hecho de que el papel

6. Acceso que, como sucede con otros temas de la agenda de las mujeres, es muy desigual según cuál sea la jurisdicción de que se trate. Parece difícil que la objetividad y cientificidad que la Ley de Educación Sexual Integral exige sea posible en provincias en las que la educación religiosa (catequesis) se imparte obligatoriamente en las escuelas públicas, y donde a su vez en forma cotidiana se somete compulsivamente a niños, niñas y adolescentes a diferentes prácticas y ritos católicos.

7. Comités encargados de velar por el efectivo cumplimiento de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

8. Término acuñado por la ya citada Teresa de Lauretis como superador del concepto foucaultiano “tecnologías del sexo”, desarrollado por Michel Foucault en el marco de su teoría de la sexualidad (sobre esta última puede consultarse su obra *Historia de la sexualidad*).

asignado a las mujeres esté determinado por la maternidad. Esta naturalización tiene efectos de totalización semántica en el imaginario social: madre significa mujer y mujer significa madre (1997).

La cristalización de tal reduccionismo histórico, del que invariablemente resultan múltiples formas más o menos sutiles de sumisión y subordinación femenina, obtura toda posibilidad de discutir la distribución generizada del poder que conlleva.⁹ Esa naturalización condiciona el potencial de desarrollo de las mujeres (obviamente, también el de los varones), al ceñir la realización del *ser* femenino a una función, la maternidad, que garantiza algo más que la perpetuación de la especie humana: asegura también, y por sobre todo, las condiciones de sujetamiento de una porción importante de la especie humana.

El manto sagrado con el que ha sido históricamente investida la maternidad ha repercutido en las relaciones de las mujeres con sus cuerpos, sus subjetividades, sus deseos, su sexualidad, sus decisiones reproductivas; en sus posibilidades de crecimiento laboral y profesional, en sus vínculos sociales, sus elecciones de vida (pública y privada), sus intervenciones en el mundo de la política o la economía, en su histórico confinamiento al espacio de lo doméstico, en el deficitario acceso a la salud, a la educación y a la justicia.

En este contexto debe leerse la actual penalización del aborto,¹⁰ sostenida bajo la pretendida protección absoluta de la vida en formación, pretensión que carece de un correlato unívoco dentro de los discursos científicos, y que intencionalmente propaga ideas confusas, que invisibilizan las diferencias que existen entre conceptos que no son equivalentes, como los de concepción, fecundación, vida en formación, vida embrionaria o vida prenatal, persona, tal como lo ha clarificado recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, al que ya haré referencia más detenidamente.

El desapoderamiento de las elecciones que las mujeres pueden (legalmente) realizar en torno a su capacidad reproductiva interfiere, cuando no anula, la facultad de determinación de aquellas vinculadas a cuestiones tan esenciales de cara a la dignidad humana, como sus vidas, sus proyectos, sus cuerpos, sus deseos, la maternidad.

La penalización del aborto es un lugar de resistencia del patriarcado frente a un proceso –sin retorno, creo– de transformaciones sustantivas en las relaciones de género. La sacralización

9. A los fines de pensar sobre esa desigual distribución del poder, es interesante pensar, como lo hace Martha Rosenberg en el texto ya citado, en el concepto de sujeto: “El sujeto, en su acepción más corriente es siempre masculino, si lo pusiéramos en femenino –sujeta– delataría inmediatamente la calidad de sujetamiento que implica. En cambio, en género masculino, sujeto alude a la soberanía construida históricamente en el ejercicio del poder por dicho genérico” (1997). Tengo versión digital, que me pasó la propia autora.

10. Así como la presunción del artículo 206 del Código Civil (“Los menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor”), o la preferencia judicial por las madres al momento de fijar los regímenes de convivencia (tenencia), que desprecia *a priori* los beneficios que en ciertos contextos familiares puede tener para los vínculos que los hijos e hijas tejen con sus padres/madres la tenencia compartida, y el valor simbólico que ese tipo de soluciones tiene de cara a la construcción de la nueva idea reguladora de la coparentalidad (art. 16, CEDAW), pues sin duda contribuyen directamente a comprometer en forma activa a los varones en la crianza de sus hijos e hijas, todo lo cual amplía su tradicional y exclusiva función proveedora (art. 5, CEDAW).

de la maternidad que supone forma parte de ese “núcleo de naturaleza”¹¹ que elude el análisis de lo social, y sella así su “neutral” perpetuación. Pero, como señala Mary Dietz, si bien los contextos nos condicionan, también somos “los creadores de nuestras construcciones políticas y sociales y podemos cambiarlas si estamos resueltos a hacerlo” (1991:124). Hoy más que nunca, pero también hoy como ayer, estamos atravesados al tiempo que somos producto de una trama intertextual, tejida por múltiples y no siempre coherentes asignaciones de sentido, asignaciones que nunca son necesarias ni absolutamente determinadas. El discurso del derecho no escapa a ese potencial emancipador, que emerge de esa tensión social constitutiva, siempre en constante movimiento, he ahí una de sus fortalezas.

3. Los derechos reproductivos: una deuda de la democracia

Mucho hemos avanzado desde la adopción de la CEDAW, que obliga a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas: i) para erradicar patrones socioculturales de conducta basados en funciones estereotipadas entre varones y mujeres; ii) para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, incluida la relativa a los servicios de planificación familiar (art. 12); y iii) para asegurar los mismos derechos entre varones y mujeres relacionados a la toma de decisiones sobre la cantidad de hijos/as y el intervalo de sus nacimientos, como así también el derecho a acceder a la información, la educación y los medios que permitan ejercer esos derechos (art. 16.e).

Inaugurado el nuevo siglo, se han sancionado numerosas normas que han contribuido en la definición legal de los derechos sexuales y reproductivos, al tiempo que en su efectivización –aunque la brecha entre esta última y el relativamente amplio espectro de reconocimiento de ese tipo de derechos es todavía importante– más aún según cuál sea la jurisdicción del país donde efectuemos tal ponderación.¹² Pensemos, por ejemplo: en la ley que crea el régimen especial de inasistencia para las estudiantes durante el período de embarazo, alumbramiento y amamantamiento (Ley N° 25.273); o en la ley que prohíbe a los establecimientos educativos impedir la inscripción o continuidad de las/os estudiantes progenitores/as durante el período del embarazo, alumbramiento y lactancia (Ley N° 25.584, modificada por Ley N° 25.808); o en la ley de creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley N° 25.673); o en la ley que humaniza el proceso del embarazo y el parto, que le restituye a la mujer el protagonismo que le cabe en esa etapa de su vida (Ley N° 25.929); o en la ley que reguló el acceso a la anticoncepción quirúrgica (Ley N° 26.130); o en la ley de creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral (Ley N° 26.150); o en la ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar

11. Utilizo aquí el concepto que la teórica francesa feminista Monique Wittig usó para representar la fuerza opresiva de la heteronormatividad.

12. A modo de ejemplo, según las cifras oficiales de la Dirección de Estadísticas e Información del Ministerio de Salud de la Nación, la tasa de mortalidad materna en Salta es seis veces más alta que en Córdoba o cuatro veces más elevada que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además, esa provincia del noroeste argentino tiene el mayor índice de adolescentes madres que parieron en sus domicilios y el segundo de partos sin ningún tipo de asistencia médica / hospitalaria.

la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley N° 26.485), que tipifica la violencia sexual, contra la libertad reproductiva, obstétrica e institucional, entre otras.

Sin embargo, ese proceso de ampliación de derechos se da en el marco del fenómeno de constitucionalización del derecho o de expansión de los derechos humanos; esto es, en el marco de una puja (claramente, de intereses) interpretativa, como sostiene Paola Bergallo (2011). Y ese proceso histórico tiene marcados límites, profundas resistencias, especialmente en lo atinente a los aspectos más nítidamente vinculados con la reproducción, que se traducen en una sesgada e incompleta definición de los derechos reproductivos, que oculta la faz negativa de tales derechos (esto es, el derecho a no reproducirse), consecuencia de una mirada igualmente parcializada de los derechos sexuales en un campo discursivo fuertemente heteronormativo, que reduce en términos teleológicos sexualidad a reproducción. En ese sentido, es pertinente la afirmación de Agustina Ramón Michel según la cual “[I]a extensión de derechos se quedó estancada en lo que refiere a la sexualidad y a la reproducción” (2012).

Instalar el derecho a la reproducción en su cara negativa o, dicho de otro modo, el derecho a no reproducirse, es una tarea en construcción que viene asumiendo el movimiento de mujeres desde hace largo tiempo. Aceptar la interfase negativa del derecho a reproducirse supone reivindicar la sexualidad como una dimensión en la que se juega mucho más que la reproducción de la especie; implica ubicar la sexualidad en la compleja trama en que se encuentra aquello que en tanto seres humanos nos diferencia de otros mamíferos del mundo animal. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, como señala Julia Kristeva, impide que se tome a las mujeres como ejecutoras naturales de la reproducción zoológica (Rosenberg, 1997), al tiempo que les restituye su condición de agentes morales capaces de tomar sus propias decisiones reproductivas y, con ello, su dignidad en tanto personas.

Traducido en positivo, el derecho a no reproducirse incluye el acceso a la educación sexual integral, a la información sobre la salud sexual y reproductiva, a los métodos anticonceptivos, incluida la anticoncepción quirúrgica y de emergencia, y a interrumpir voluntariamente el embarazo, cuando está en riesgo la salud y la vida de la mujer, cuando el embarazo es fruto de una violación, cuando la mujer no está en condiciones de dar curso a ese proceso vital.

Como recordaba unos párrafos antes, en lo que hace a los tres primeros aspectos inclusivos del contenido mínimo del derecho a no reproducirse, hemos avanzado bastante en un proceso que, como cualquier proceso histórico, no es ni lineal ni ajeno a los estancamientos y retrocesos. En materia de reconocer/garantizar la libertad para decidir voluntariamente continuar con un embarazo, el Congreso de la Nación tiene pendiente revisar la legislación penal en el sentido de ampliar las causales desincriminatorias o de no punibilidad del aborto, y en ese terreno lo máximo que se ha conseguido es que el proyecto de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito fuera debatido en la Comisión de Legislación Penal, donde obtuvo dictamen de mayoría, en una jornada histórica. En el ámbito del Poder Judicial, es justo no minimizar el impacto que tuvo y tiene el rol activo que asumió la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sólo al clausurar la discusión en torno al alcance del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal –asumiendo como constitucional y convencionalmente válida la lectura más amplia del inciso–, en sintonía con lo que venían reclamando diversos organismos internacionales de protección de

los derechos humanos, sino también al exhortar a las máximas autoridades nacionales y provinciales a adoptar protocolos o guías que aseguren el acceso efectivo a la práctica legal del aborto en los supuestos no penalizados.¹³ Pero además, el precedente “supremo” convalida algunas de las líneas argumentales que se vienen sosteniendo para fundar jurídicamente la reclamada despenalización del aborto, como trataré de mostrar a continuación.

4. El derecho a la maternidad voluntaria, ¿versus? el derecho (absoluto) a la vida intrauterina: estándares jurídicos vigentes. Ponderación de derechos, ponderación de intereses

Con la progresiva consolidación del paradigma de derechos humanos, se ha producido una apropiación (no siempre legítima) del discurso que los sostiene, desde una perspectiva dogmática y conservadora, a diferencia de lo ocurrido en otros ámbitos,¹⁴ que reclama una protección absoluta del derecho a la vida prenatal, en desmedro –entre otros– del derecho a la vida de las mujeres. Tal pretendida protección fuerza la tensión polarizada y excluyente en la que todavía se presenta ante la opinión pública la problemática del aborto, pues en la intimidad, más allá de sus posiciones, son muchísimas las mujeres que interrumpen voluntariamente un embarazo, como testimonian las elocuentes cifras que en el caso de nuestro país se estiman en un total de entre 450.000 y 600.000 abortos provocados al año (Pantelides y Del Mario, 2009).¹⁵

13. De acuerdo con el informe de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), “Aborto no punible. Primer aniversario de ‘F.A.L. s/ medida autosatisfactiva’. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?”, las jurisdicciones cuyos protocolos de atención se ajustan más cabalmente a lo dispuesto por la Corte son Chaco, Chubut, Jujuy, Santa Fe y Tierra del Fuego (2013). Entre las jurisdicciones que no cumplieron aún, ni siquiera parcialmente, con la exhortación de la Corte se encuentra Catamarca, Corrientes, Formosa, La Rioja, Mendoza, Misiones, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tucumán. Por su parte, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta obedecieron sólo en forma parcial y lo hicieron en diferentes grados, desacato parcial que en la última de las jurisdicciones mencionadas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires valió el cuestionamiento judicial de las resoluciones ministeriales oportunamente dictadas. El panorama se completa con la Guía Técnica para la Atención Integral de los abortos no punibles, que actualiza e implementa el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, que se adecua a los estándares jurídicos trazados por la Corte en “F. A. L.” y por el Comité de la CEDAW, quien no sólo elogió la guía sino que además requirió a nuestro país que garantice que esta sea aplicada en todo el país de manera uniforme, de modo que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir legalmente el embarazo (CEDAW, 2010).

14. Pienso por ejemplo en los discurso antiderechos de “mano dura” en el ámbito de la seguridad ciudadana, de “tolerancia cero” contra la delincuencia, que circulaban con tanto éxito en la década perdida, del neoliberalismo más genocida, frente a la propagación del garantismo penal, denunciado falazmente –como pueden testimoniar los genocidas de la última dictadura militar debidamente condenados– por reducir sus “beneficios” a los “delincuentes”.

15. Además de las cifras que ofrece el estudio de Pantelides y Del Mario, “Estimación de la magnitud del aborto inducido en Argentina”, encargado por la Comisión Nacional de Programas de Investigación Sanitaria (Conapris), del Ministerio de Salud de la Nación, existe otro trabajo, elaborado en el año 2005 por la organización Human Rights Watch, que expone que en la Argentina, el 40% de los embarazos termina en abortos clandestinos; un porcentaje que duplica el promedio latinoamericano. Ambas investigaciones son citadas por

Hace pocos meses, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso “Arta-via Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica” (sentencia de 28/11/12), interpretó el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que reconoce el derecho a la vida “en general, a partir del momento de la concepción”. Con cita en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, del Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, de la Corte Suprema de Irlanda y de la Corte Constitucional de Colombia, entendió que la controversia acerca de cuándo empieza la vida humana es “una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida” (CIDH, 2012). Precisamente, esa diversidad de concepciones validadas desde distintas perspectivas científicas, filosóficas, morales, éticas o religiosas impide, según la CorteIDH, “justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la CADH, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (CIDH, 2012). Con igual alcance, la Corte interpretó cláusulas similares de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto señaló que “la expresión ‘ser humano’, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido”; que “los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas” (CIDH, 2012). A su vez, la CorteIDH recordó que

[n]i en su Observación General No. 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño), el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir (CIDH, 2012).

También destacó que el Comité de la CEDAW manifestó “su preocupación por el potencial que las leyes anti-aborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y la salud”, y estableció “que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW” (CIDH, 2012). Además, marcó que “la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada la CEDH ‘tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer’ [...] [y] que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería ‘contrario al objeto y propósito de la Convención’” (CIDH, 2012). La CorteIDH concluyó su análisis sobre la jurisprudencia internacional y nacional –interpretativa de las normas en que la Sala Constitucional de Costa Rica se basó para convalidar la prohibición de las técnicas de fecundación *in vitro* en su país (art. 4 de la Convención Americana, art. 3 de la Declaración Universal, art. 6 del Pacto Internacional

la periodista feminista Mariana Carbajal en su libro *El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente* (2009).

de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959)– diciendo que “de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana”. Por el contrario, la Corte entendió que

la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. [...] [L]a cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, *el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos* (el destacado me pertenece) (CIDH, 2012).

Y tal conclusión hermenéutica tiene como correlato que la protección del derecho a la vida “es gradual e incremental según su desarrollo”.

Como han sostenido Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm al comentar el fallo de la CorteIDH, la gradualidad que esta le reconoce a la protección jurídica que merece la vida intrauterina es crucial, porque da “luz verde para legalizar la interrupción del embarazo en América en un abanico mucho más amplio de casos” (2013).

Puertas adentro, unos meses antes de que la CorteIDH se pronunciara en el antecedente precedentemente citado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “F., A. L.”, utilizó muchos de esos argumentos a efectos de fundar la validez convencional de la tesis hermenéutica amplia del inciso 2 del artículo 86 del Código Penal. En particular, me interesa destacar que, como lo hizo más tarde la máxima instancia jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, la Corte Suprema entiende que “la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida” (CSJN, 2012: cons. 10). Asimismo, la Corte recuerda que, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (art. 11, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos; entre otros), se desprende que las personas son un fin en sí mismo y que, como correlato de ello, hay una prohibición de tratarlas utilitariamente como medios (cons. 16 del voto mayoritario).¹⁶ Dado el alcance que la protección a la vida tiene en nuestro país y en el sistema interamericano de derechos humanos, no encuentro razones del orden convencional o constitucional válidas, que impidan hacer una interpretación expansiva de dicho argumento del orden filosófico, aunque con numerosos anclajes en el campo del derecho, que remite al imperativo kantiano según el cual nadie puede ser tratado/a como medio –aunque sea de procreación– para fines que no son suyos, porque la persona es un fin en sí misma. De tal modo, el fundamento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolla en el considerando 16 del voto mayoritario en el caso “F., A. L.” es más que pertinente para defender la despenalización del aborto.

16. El Dr. Santiago Petracchi y la Dra. Carmen Argibay votaron en igual sentido pero según sus votos.

Situándome nuevamente en el ámbito internacional, el Comité de la CEDAW también integra esta tendencia a abandonar el silencio desde una perspectiva de derechos. Desde el año 1999, a partir de la Recomendación General N° 24, sobre discriminación de la mujer en el acceso a la salud, sostuvo que los Estados Parte de la CEDAW deberían enmendar la legislación que castiga el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido voluntariamente a esa práctica (punto 31.c de la recomendación citada). Una década más tarde, el mismo Comité exhortó a nuestro país a revisar la legislación vigente que penaliza el aborto por las graves consecuencias que acarrea para la salud y la vida de las mujeres (Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina, 2010). Por último, en relación con el artículo 86 del Código Penal argentino, el Comité tuvo posibilidad de expedirse en el año 2011 en el marco del caso “L. M. R. vs. Argentina”, donde fue más allá en su argumentación, al admitir que la penalización del aborto violenta el principio de igualdad en tanto sólo afecta a una porción de la humanidad, esto es a las mujeres, en función, por ahora, de su exclusiva capacidad de gestar.

De igual modo, el Comité de Derechos Humanos (Comité DDHH) observó con preocupación que la criminalización del aborto disuade a los/profesionales de la salud de aplicar este procedimiento médico sin mandato judicial previo cuando la ley lo permite, y asimismo expresó su inquietud ante los efectos discriminatorios de la legislación penal y de las políticas públicas vigentes, que dan como resultado la condena a un aborto ilegal y arriesgado a las mujeres pobres y rurales (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 2010: punto 14). Una década después, el Comité de DDHH instó a nuestro país a “modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas” (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 2010: punto 13).

5. Reflexiones finales, homenajes y demandas

No me propuse en este trabajo ocuparme de la cuestión de la despenalización del aborto a partir de las dramáticas consecuencias que tiene en el ámbito de la salud pública. No porque ello sea un aspecto de menor relevancia,¹⁷ pues ellas claramente evidencian –a más de la violencia de género– la ineficacia de la prohibición penal. Reducir el problema del aborto a esas terribles y evitables violaciones a los derechos humanos de las mujeres no necesariamente conlleva la ineludible interpelación que la lucha por la despenalización del aborto supone al sistema patriarcal de dominación. Más bien fija la idea que presenta al aborto como un drama, o fruto de una decisión traumática, lo que implica –como señala Sabrina Cartabia– seguir atrapado en un discurso esencialista, que refuerza el carácter regulador del instinto materno, que “universaliza a las mujeres dentro del deseo de ser madres” y niega “las subjetividades disidentes que se desarrollan por fuera del mandato” (Cartabia, 2012: 56). Sin embargo, no puedo eludir mencionar a

17. De acuerdo con datos recientes, en la Argentina, la principal causa de muerte materna son las complicaciones por abortos inseguros (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2011).

las tantas mujeres (adolescentes, jóvenes y adultas) que pierden sus vidas a raíz de las condiciones indignas a las que se someten para, paradójicamente, no perder su dignidad como personas. Pues esas víctimas de la violencia de género develan las evitables consecuencias que oculta la simplificada apelación a la protección (penal) absoluta de la vida en gestación, en cualesquiera de sus etapas y bajo cualquier circunstancia, que a decir por las cifras de abortos provocados (en condiciones más o menos seguras/inseguras, según cuáles sean los recursos económicos con que cuenten las mujeres)¹⁸ y de internaciones y mortalidad materna por complicaciones por abortos inseguros, ya referidas, poco protege la vida en formación que se pretende proteger.

Tampoco puedo dejar de evocar a esas otras tantas mujeres de ayer y de hoy que ponen el cuerpo, sus saberes, experiencias y militancia a favor de denunciar la injusticia, sus matrices de producción, y en beneficio de profundizar la construcción de nuestra joven democracia, desde una mirada expansiva de los derechos humanos, desde una ética laica que cobija en términos equivalentes la diversidad humana, apuntalando la demorada e indispensable radicalización del proceso moderno de secularización que, aún inacabado, tolera que el derecho funcione como un brazo ejecutor de cierta moral: la moral hegemónica, la moral dominante, asfixiando el pujante surgimiento del pluralismo moral.

Antes de concluir, quiero plantear algunos aspectos menos visibles en las discusiones en torno a la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, aunque no menos presentes en el ámbito de las instancias internacionales de protección a los derechos humanos, como testimonia el reciente Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Tales aspectos tienen que ver con otra de las hipocresías que rodean la sexualidad en occidente: la esterilización forzada de las mujeres con discapacidad mental, de las mujeres con discapacidad psicosocial, de las mujeres que viven con VIH/sida, de las mujeres pobres multíparas, de las mujeres campesinas, de las mujeres indígenas.

En el contexto de esterilizaciones forzadas a población indígena en los estados mexicanos de Guerrero, Chiapas y Oaxaca, el Comité de Discriminación Racial de Naciones Unidas en 2006 exhortó a México a adoptar todas las medidas necesarias para poner fin a la práctica de esterilizaciones forzadas, a que investigue de manera imparcial, a que procese y castigue a los autores y ejecutores de las prácticas de esterilizaciones forzadas y a que le asegure a las víctimas vías de reparación. Esto se puede ver reflejado también en el caso “Mamérita Costanza vs. Perú” (CIDH, 2003), emblemático debido a que fue el primer caso en la región donde un Estado asumía su responsabilidad por haber implementado una política pública nacional sobre salud reproductiva que violentaba derechos humanos de las mujeres.¹⁹

Si pensamos en la situación de las mujeres privadas de su libertad a causa de internaciones psiquiátricas cronificadas, podemos constatar que forman un colectivo para el cual la maternidad,

18. De acuerdo con la investigación “Estimación de la magnitud del aborto inducido en Argentina”, las mujeres de estratos socioeconómicos bajos recurren mayoritariamente a personas ajenas al conocimiento médico o se lo autoprovocan, regla que se invierte en los estratos medios y altos, donde rara vez o nunca ocurre (Pantelides y Del Mario, 2009).

19. La esterilización forzada en el Perú, fue una de las principales formas de violación de los derechos reproductivos de las mujeres en el gobierno de Alberto Fujimori. En estos casos, miles de mujeres, en particular, de las de zonas periféricas, campesinas, rurales e indígenas fueron sometidas a la anticoncepción quirúrgica sin su consentimiento, usando diversas formas de engaños, coacción e incluso la fuerza.

como para el resto de las mujeres, tampoco es una elección, pero para el cual, y allí la especificidad, la maternidad no aparece como destino.²⁰ Algo similar ocurre, más allá de las garantías que brindan a las mujeres y su descendencia los tratamientos retrovirales que evitan la transmisión del virus durante el embarazo y el parto, con las esterilizaciones forzadas a mujeres que viven con VIH/sida, a quienes sin su debido consentimiento se le practica la ligadura tubaria, durante la cesárea a la que son sometidas, precisamente, para evitar la transmisión del virus en el momento del parto.²¹

Reducidas las mujeres a meros úteros, a través de la operación de cosificación ya denunciada, parece que no todos los úteros son iguales.

Ya es tiempo de que quienes nos representan en el espacio deliberativo institucionalizado honren el sistema político en cuya existencia su función cobra vida y razón de ser. Ya es tiempo de que el Estado rompa con la alianza eclesial, que tan vital y vigorosa mantiene al patriarcado, y rinda culto así a la libertad de creencias y a la igualdad entre los géneros, en cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y acceso a los derechos sexuales y reproductivos.

Como ha marcado Luigi Ferrajoli, resulta ineludible incorporar a la discusión sobre el aborto el principio de ética laica, que es incompatible con cualquier pretensión de instalar cierta moral, cualesquiera sea, como hegemónica, neutralizando la autonomía de las conciencias, como efecto de ese acto de violencia que resulta de la imposición de decisiones heterónomas, en este caso a las mujeres, como únicas opciones jurídicamente válidas, justificadas por intereses extraños –¿la reproducción de la especie?, ¿la reproducción de un sistema desigual y opresivo de relaciones generizadas?– (Ferrajoli, 2002, 2007). Así, el principio de ética laica se une a su vez con el principio de autonomía de las personas, que supone considerarlas como agentes morales responsables, despojadas del tutelaje patriarcal, que proyecta esa “*capitis deminutio*” que justificó durante años –y hasta hace muy poco– un derecho civil que incluyó a las mujeres dentro de la categoría de incapaces de hecho; esto es, incapaces para decir por sí mismas, y que alimenta un derecho penal que niega a las mujeres su capacidad o autonomía para decidir sobre su vida reproductiva.

Como lo ha señalado la CorteIDH en “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, y antes Luigi Ferrajoli, asignarle el carácter de persona a la vida prenatal es un juicio de valor, fundado en las creencias religiosas, en la moral, pero no un hecho empíricamente constatable, a decir por las diversas posiciones científicas y filosóficas que existen en torno a este polémico tema. Lo indudablemente cierto es que la vida comienza antes del nacimiento, que su desarrollo es progresivo, y por lo tanto la intensidad de su protección jurídica acompaña y se corresponde con las diferentes etapas que

20. En relación a Perú, el Comité de de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidades instó a ese Estado a abolir las directivas administrativas que permiten la esterilización forzada de personas con discapacidades psíquicas (Comité de de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidades, 2012).

21. El Informe chileno “Dignidad Negada”, realizado por el Centro de Derechos Reproductivos y la organización Vivo Positivo, que recoge las conclusiones de una investigación desarrollada durante los años 2009/2010 en ese país, identifica a las esterilizaciones forzadas a las que son sometidas las mujeres chilenas que viven con VIH/sida en el sector público de salud, como una de las situaciones vejatorias a los derechos humanos de aquellas. Según esa fuente, esta forma de violencia se presenta como una práctica institucionalizada que no es patrimonio chileno, sino que se verifica a nivel global, como por otra parte, se reconoce desde ONUSIDA.

va alcanzado progresivamente ese desarrollo, como ha dicho la máxima instancia jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

El derecho a interrumpir voluntariamente un embarazo, como plantea la psicoanalista feminista argentina ya citada en este trabajo, Martha Rosenberg, es un ejercicio de responsabilidad procreacional, como se demanda en el nombre de los programas creados por las leyes nacionales vinculadas al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos:

La decisión de abortar es planteada como sacrificio de la omnipotencia, como toma de conciencia de un límite al poder de realizar todas las fantasías, toda nueva posibilidad, eligiendo, y aceptando la culpa derivada de cerrar alguna de nuestras posibilidades para volvernos hacia las cosas que están a nuestro alcance [...] Es el precio de ser liberada de la soberanía del ideal materno y desarrollar su propia historia (2002).

El interesante proceso de profundización de la democracia en términos de construcción de ciudadanía que vive nuestro país desde hace unos años, no puede seguir tolerando, no puede mostrarse indiferente, frente a la cuestión del aborto. En un estado que se precia de democrático, el derecho no puede continuar imponiendo a las mujeres una única opción moral en relación con la experiencia de la maternidad. Mientras la maternidad siga instalada como destino, mientras neguemos cualquier subjetividad femenina construida al margen de ese mandato, no podremos alcanzar aquel objetivo central que se propone la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo quinto, con el fin de suprimir la discriminación por género y la violencia que esa discriminación supone y genera. Las mujeres, como colectivo, irreductible a su potencial reproductivo, no podremos vivir una vida libre de violencia, si decididamente la legislación penal no deja de funcionar como un vehículo que obstaculiza alcanzar tal derecho, que por otra vía el ordenamiento jurídico proclama.

Bibliografía

Asociación por los Derechos Civiles (ADC): *Aborto no punible. Primer aniversario de 'F.A.L. s/ medida autosatisfactiva'*. *¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?*, 2013.

Bergallo, Paola: “Cambio constitucional, reproducción y derechos”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Carbajal, Mariana: *El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente*, Buenos Aires, Paidós, 2009.

Cartabia, Sabrina, “Aborto: la vida o la libertad, la violencia de una falsa opción” en Alicia Ruiz y Hugo Zuleta (dirs.), revista *Filosofía del Derecho*, Año 1, N° 1, Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS) – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012.

Centro de Derechos Reproductivos y Vivo Positivo: *Dignidad Negada*, 2011.

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – Argentina, C/ARG/CO/6*, 2010.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades: *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades - Perú, CRPD/C/PER/CO/1*, 2012.
- Comité Interamericano de Derechos Humanos, opinión consultiva en “L. M. R.. vs. Argentina”, 2011.
- Dietz, Mary: “El contexto es lo que cuenta: Feminismo y teorías de la ciudadanía”, en *Debate Feminista*, Año 1, Vol. 1, marzo de 1991.
- Ferrajoli, Luigi: “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, traducción Perfecto Andrés Ibañez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, N° 44, 2002, pp. 3-12.
- “Laicidad del derecho y laicidad de la moral”, versión reducida y modificada presentada en el Congreso *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, realizado en Verona el 9 y 10 de marzo de 2007, traducción de Pedro Salazar Ugarte.
- Humans Rights Watch: “Decisión prohibida. Acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina”, 2005.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; y Lamm, Eleonora: “La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo”, en *Novedades Microjuris - Boletín Diario*, Entrega N° 25, MJ-MJN-68565-AR, 2013.
- De Lauretis, Teresa: *Diferencias*, Madrid, horas y Horas, 2000.
- Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): “Aportes para el desarrollo humano en Argentina / 2011. El sistema de salud argentino y su trayectoria de largo plazo: logros alcanzados y desafíos futuros”, Buenos Aires, 2011.
- Naciones Unidas - Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes - Méndez, Juan E: *Informe sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 2013.
- Pantelides, Alejandra y Mario, Silvia: “Estimación de la magnitud del aborto inducido en Argentina”, Comisión Nacional de Programas de Investigación Sanitaria (Conapris) del Ministerio de Salud de la Nación, 2009.
- Ramón Michel, Agustina: “Aborto: ¿según quién?”, en Morán Faundés, José Manuel, Sgró Ruata, María Candelaria y Vaggione, Juan Marco (edits.), *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba y Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial, 2012.
- Rosado Nunes, María José: “Pensando éticamente sobre concepción, anticoncepción y aborto”, en Susan Checana (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto*, Buenos Aires, Paidós, 2003.

- Rosenberg, Martha I.: “Las mujeres como sujetos... De las elecciones reproductivas, las condiciones de las mismas y los derechos que garantizan la libertad para tomarlas”, en AA.VV., *Nuestros cuerpos, nuestras vidas*, Buenos Aires, Foro por los derechos reproductivos, 1997.
- “Subjetividad, sexualidad y aborto”, ponencia presentada en el Congreso Metropolitano de Psicología 2002.

Jurisprudencia:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), “Mamérita Costanza vs. Perú”, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.

LA DIGNIDAD COMO EFICACIA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

*Viviana Bohórquez Monsalve**

Las legislaciones restrictivas sobre aborto tienen *causas y consecuencias* enraizadas en no permitir a las mujeres vivir en ejercicio pleno de sus derechos como ciudadanas. Las causas de la disputa ideológica y política en torno al aborto se han dividido, en su mayoría, en torno a discusiones generales y abstractas que van desde una gama de argumentos religiosos basados en la protección absoluta de la vida versus argumentos de derechos humanos, equidad de género o feministas, enmarcados en la defensa de la voluntad de las mujeres frente al embarazo, pasando por el análisis sobre la vida digna (no absoluta), hasta la exigibilidad de los derechos de las mujeres a la autonomía, a la intimidad, a la integridad personal y a la salud, entre otros. Por el contrario, las consecuencias que trae el aborto han sido estudiadas en gran parte por jueces que se enfrentan al análisis y la búsqueda de una solución frente a un caso concreto de una mujer que decidió interrumpir el embarazo y le han violado sus derechos fundamentales. En dicho caso, los jueces parten del supuesto fáctico de que las mujeres ya decidieron abortar¹ y que se tienen que proteger y analizar los efectos concretos de negar, obstaculizar o permitir la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en sus vidas.

Centraré el análisis del presente escrito sobre las consecuencias del aborto que, desde mi punto de vista, un juez y un legislador democráticos deberían tener en cuenta, parte sobre la base de que las mujeres desean acceder a un aborto y no siempre ven afectada su salud,² pero en la mayoría de los casos sí hay efectos negativos frente a la dignidad humana de las mujeres. Reconocer los derechos de las mujeres sin victimizarlas, minimizarlas o definir las como carentes de decisión frente a su cuerpo, la maternidad y su futuro (productivo y reproductivo) es una tarea

* Abogada y defensora de derechos humanos, con Diploma Postítulo en Derechos de las Mujeres y Estrategias Jurídicas para la Incidencia, y Diploma Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización de la Universidad de Chile.

1. Una serie de estudios del Instituto Alan Guttmacher muestran que usualmente las mujeres deciden abortar porque son muy jóvenes o muy pobres para criar a un niño, porque están separadas o en malos términos con sus parejas, porque están sin trabajo, no quieren un hijo mientras están tratando de terminar el colegio, o porque quieren poder trabajar o deben trabajar para ayudar a mantener a su familia, entre otras razones (Alan Guttmacher Institute, 1999).

2. El reconocimiento mundial que existe en la actualidad frente a la salud materna es de vital importancia, no sólo para evitar la muerte y discapacidad entre las mujeres de causas relacionadas con el embarazo, sino también para prevenir muertes asociadas (Cook y Shaw, 2012).

gradual que ha venido tomando más fuerza en las sociedades laicas y democráticas, donde se ha procurado transformar las legislaciones prohibitivas sobre aborto y reivindicar el respeto de las decisiones de las mujeres.

Este trabajo aborda, en primer lugar, un análisis sobre el marco filosófico y jurídico de la dignidad humana. En segundo lugar se analizarán los precedentes desarrollados por la Corte Constitucional de Colombia, como tribunal constitucional referente en América Latina y parte del mundo, debido a su valiosa jurisprudencia acerca del alcance de la dignidad humana. En tercer lugar, se llevará a cabo un estudio sobre los precedentes desarrollados por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, los que constituyen estándares internacionales de interpretación a favor de las mujeres y la garantía de la dignidad humana.

Adicionalmente, es relevante tener en cuenta que, desde una lectura internacional de algunas juristas de la región, los precedentes establecidos en Colombia frente al aborto han sido de gran importancia toda vez que la utilización del derecho internacional y comparado por parte la Corte Constitucional de Colombia conecta a las mujeres colombianas con las comunidades de mujeres en otros países, que enfrentan y comparten sus dificultades, experiencias y conocimientos comunes respecto del aborto. A lo largo de su sentencia, la Corte dignifica a las mujeres exhibiendo una profunda comprensión de las situaciones que viven. La aproximación de la Corte permite una aplicación contextual de las normas de derechos humanos nacionales e internacionales. Al incorporar una perspectiva de género, la Corte da sentido a los derechos humanos en general y, particularmente, al derecho a la dignidad de la mujer embarazada (Undurruga y Cook, 2009).

1. Marco jurídico de la dignidad humana

La dignidad humana es mencionada en gran parte de las declaraciones y convenciones del sistema universal³ e interamericano⁴ de derechos humanos de diversas maneras y con múltiples alcances. Así, de la lectura sistemática de los principales tratados internacionales de derechos humanos se observa que la mayoría de las veces se encuentra expresada como principio –en los preámbulos– y como derecho relacionado con el goce efectivo de la libertad, la autonomía y la igualdad. En tal sentido, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10, indica que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

3. La Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo, arts. 1, 22 y 23), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Preámbulo, arts. 10), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Preámbulo), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Preámbulo), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo, arts. 28, 37, 39 y 40).

4. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo; art. 23), en la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 5, 6 y 11); en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (preámbulo); en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belém do Pará” (Preámbulo y arts. 4, 8).

Del análisis del concepto de dignidad en los tratados de derechos humanos se desprenden al menos tres tensiones interpretativas. La primera surge de la discusión en torno a si la dignidad es algo natural en el ser humano que preexiste a todo acto social, jurídico y político o si, por el contrario, es un atributo creado por la dinámica de los sistemas político-jurídicos de las sociedades modernas. La segunda tensión apunta a determinar si la dignidad humana es un valor abstracto definido en términos formales y, por tanto, ambiguos, o si por el contrario, es un valor concreto que se encarna en diferentes ámbitos de la vida humana, tales como el derecho a la propiedad, a la integridad personal, a la seguridad social. Finalmente, o bien sólo existe una única noción de dignidad humana aplicable a toda persona sin distinción de cultura, clase social, género y demás atributos “accidentales” o, por el contrario, la dignidad humana es un concepto que necesariamente se encuentra cualificado por esas pertenencias y rasgos particulares (Bohórquez y Aguirre, 2010).

Asimismo, el concepto de dignidad humana es poco uniforme y corre el riesgo de ser bastante difuso. Empero, su importancia radica en que la dignidad aparece no sólo como un derecho o un principio reconocido en los tratados de derechos humanos sino que, además, se convierte en criterio de interpretación. En líneas generales, es innegable que los postulados generales y abstractos de los tratados internacionales de protección que resguardan la dignidad humana de todas las personas tienen una gama de colores cuando se trata de aplicarlos a casos concretos. Sin embargo, más allá de las tensiones presentadas, apelar al respeto de la dignidad humana constituye, en la actualidad, una salida positiva a favor de los derechos humanos (Bohórquez y Aguirre, 2010).

Frente a la interrupción voluntaria del embarazo, al menos en las dos últimas décadas, la dignidad humana ha tenido diversas interpretaciones –dependiendo del cada país y su tradición legal– por parte de operadores judiciales o legisladores, llamados a delimitar el margen de aplicación en el derecho penal o en el derecho constitucional. En tal sentido, estudiar su progreso es una tarea ineludible en el derecho constitucional contemporáneo.

Reva Siegel expresa que “la dignidad es central en el discurso de los derechos humanos; pero en las convenciones de derechos humanos la dignidad *no* es el foco de los derechos de aborto” (Siegel, 2009: 19). Sin embargo, reconoce que existe una nueva corriente que desarrolla y define la criminalización del aborto como violatoria de la dignidad de la mujer, partiendo de tres premisas “(1) las mujeres tienen derecho a tener relaciones sexuales sin tener hijos; y (2) las mujeres tienen derecho a decidir cuándo tener o no tener hijos y, en consecuencia, (3) que la comunidad pretenda controlar las decisiones de las mujeres sobre el sexo y la maternidad niega a las mujeres formas de libertad y respeto a las que tienen derecho” (Siegel, 2009: 19).

El protagonismo creciente de la dignidad humana explica también el papel manifiesto que recientemente ha tenido este concepto en la administración de la justicia (Habermas, 2010). Así, se demuestra que mientras en gran parte de los países del sur global se ha logrado la legalización del aborto inicialmente en un marco referido a la protección del derecho a la salud y por consiguiente, la mayoría de las legislaciones tienen contempladas excepciones (González, 2001) o causales para permitir el aborto, con el tiempo, a través de leyes o jurisprudencia, algunos países han demostrado que el aborto es un asunto de derechos y se ha logrado la redefinición de los roles de género como, por ejemplo, la maternidad como opción y no obligación. Adicionalmente, una parte esencial de la lucha por los derechos sexuales y reproductivos es saber cómo abordar las

demandas feministas en el contexto social, o la de cómo formular estas demandas de modo que toque el nervio democrático de las personas (Lamas y Bissell, 2000). En tal sentido, encontramos que la Corte Constitucional de Colombia y el Relator Especial en Salud de las Naciones Unidas han hecho importantes acercamientos para materializar el concepto de dignidad a favor de la prevalencia de la autonomía de las mujeres de cara al aborto.

La dignidad humana también ha sido un fundamento para la interpretación progresista de la “causal salud”; es decir, la excepción de aborto legal que se establece cuando la salud o la vida de una mujer embarazada están en riesgo como consecuencia de su embarazo. Esta causal –entendida en el marco de los derechos humanos– implica que el derecho a la salud debe interpretarse en consonancia con los derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la autonomía, a la privacidad y a la intimidad, a la información, a la igualdad y no discriminación y a la dignidad humana; en armonía, además, con los conceptos de bienestar y proyecto de vida, los cuales son determinantes sociales de la salud (González, 2008). No obstante lo positivo de una interpretación integral de los derechos de las mujeres, la pregunta se mantiene con relación a los casos de embarazos en los que no se encuentra en riesgo la salud de la madre pero, por otro motivo –sea el que fuere–, ella no quiere continuarlo. En dichos casos, la dignidad humana deja de ser un derecho conexo de interpretación y se convierte en el núcleo esencial de protección del derecho a la autonomía y en consecuencia, de garantizar el proyecto de vida.

2. En Colombia: la dignidad humana como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal

En Colombia, la dignidad humana⁵ ha sido el concepto de dignidad humana ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos 20 años. Cabe señalar que la Corte ha entendido que el enunciado normativo “dignidad humana” desempeña tres roles distintos: (1) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional; (2) es un principio constitucional; y (3) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la dignidad humana tiene una especial importancia en el desarrollo del principio de la eficacia de los derechos fundamentales y de la realización de los fines y valores de la Constitución. Así, entonces, reconoce que su interpretación de la dignidad humana –según la cual “el hombre es un fin en sí mismo”– se encuentra en estrecha relación con el tercero de los imperativos categóricos, en el que se postula uno de los principios básicos de la filosofía práctica kantiana así: “obra de tal forma que la máxima de

5. La dignidad humana es un principio reconocido en la Constitución Política de Colombia. Si bien no se encuentra expresamente nominado como derecho fundamental, ha sido interpretado en reiteradas oportunidades en casos concretos como derecho innominado (arts. 2 y 94). Para la Corte Constitucional, los derechos innominados también gozan de protección a nivel del derecho internacional de los derechos humanos; son derechos básicos, interdependientes y necesarios para garantizar las condiciones mínimas de respeto del derecho a la vida y, como tales, “inherentes a la persona humana” en el sentido del art. 94 de la Constitución (Botero, 2006: 24).

tu actuación esté orientada a tratar a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro como un fin y nunca como un medio” (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

De hecho, a partir de la sentencia T-881 de 2002, ha interpretado la dignidad humana en tres esferas: “i) la autonomía para construir un proyecto de vida y elegir sus características (vivir como se quiere), ii) el acceso a ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien) y iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física y moral (vivir sin humillaciones)” (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

Uno de los temas abordados por dicha corte respecto de los cuales más se resalta su relevancia se relaciona con la protección de derechos económicos, sociales y culturales y, entre ellos, el derecho a la salud (Yamin *et al.*, 2011); que incluye importantes pronunciamientos en materia de salud sexual y reproductiva. Allí encontramos que gran parte de la jurisprudencia se fundamenta en el análisis directo de otros derechos fundamentales como la autonomía y la dignidad humana. En particular, la Corte ha fallado a favor de las mujeres y otros sujetos de especial protección, como niñas y adolescentes, y personas con discapacidad, entre otros.

En relación con lo anterior, la interpretación de las diferentes esferas de la dignidad humana que ha llevado a cabo la Corte ha contribuido a consolidar el derecho al goce pleno de la sexualidad, sin discriminación por la condición sexual, libre en la determinación del número de hijos e incluso en la decisión de ser o de no ser madre; es decir libertad para determinar su proyecto de vida (Bohórquez y Aguirre, 2010). Un gran ejemplo sobre el tema es el desarrollo progresivo que la Corte Constitucional ha realizado en materia de aborto, desde el análisis de las tres esferas de interpretación anteriormente reseñadas.

2.1. La dignidad humana y el acceso al aborto en Colombia

Uno de los principales argumentos utilizados por la Corte Constitucional para declarar inconstitucional la penalización total del aborto fue considerar que la norma del Código Penal vulneraba el derecho a la dignidad de las mujeres⁶. De acuerdo con la sentencia C-355 de 2006,⁷ el concepto de dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional

6. La Corte colombiana ha tomado como referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad en el contexto del aborto a los Tribunales Constitucionales alemán y español. Sin embargo, hay un matiz diferenciador en el uso que aquella hace del argumento de la proporcionalidad, frente al de sus homólogos europeos. El enérgico reconocimiento que dicha corte dio a los derechos reproductivos de las mujeres está ausente en los fallos alemanes y españoles sobre aborto. A pesar de que la Corte Colombiana sólo resolvió que la penalización del aborto es inconstitucional en los casos extremos, su insistencia en el carácter de *ultima ratio* del derecho penal sugiere que su razonamiento podría extenderse a embarazos normales cuando la mujer decida que ella no está preparada para convertirse en madre. Ello es así, ya que hay abundante evidencia que demuestra que dicha penalización no es eficaz como medio para reducir las tasas de aborto (Undurraga y Cook; 2009).

7. En dicha sentencia la Corte Constitucional despenalizó el aborto en las siguientes circunstancias: “(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-335 de 2006).

colombiano, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional.⁸ En ese sentido, la Corte ha precisado que la dignidad humana reconoce a todas las personas una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Con relación al caso puntual de las mujeres, la Corte consideró que la dignidad humana incluye “las decisiones relacionadas con su plan de vida”, entre ellas la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, según la cual está prohibido “asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados” (Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006).

Además, la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-355 de 2006 que la dignidad humana protege “la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”. Por consiguiente, impedir a una mujer con derecho a practicarse un aborto el acceso a este servicio interfiere con su proyecto de vida y, por lo tanto, niega su dignidad humana. Con todo, la Corte concluyó que:

la dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear (Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006).

La Corte decidió con relación al aborto en menores de edad que la expresión “o en las mujeres menores de 14 años de edad” contenida en el artículo 123 del Código Penal iba en contra de la Constitución. Dicho artículo 123 tipificaba como delito al aborto realizado en mujeres menores de 14 años, incluso con su consentimiento y aun cuando el aborto fuera necesario para preservar la salud de la mujer embarazada. La Corte decidió que dicha disposición, aunque fue estipulada para proteger los derechos de las niñas y adolescentes, era contraproducente e inconstitucional porque afectaba la dignidad, autonomía y derecho al libre desarrollo de la personalidad de las menores (Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006). Por consiguiente, a partir de 2006, las niñas y adolescentes tienen el derecho a acceder a un aborto, incluso por encima de la voluntad de sus padres.

Con todo lo anterior, se observa que

el fallo no encaja fácilmente en la dicotomía comunitarista/libertaria que se ha aplicado para el análisis de las diferencias entre el tratamiento del aborto en Europa y Estados Unidos. Para la Corte colombiana, el interés comunitario no se restringe a la vida no nacida, sino que también alcanza a la protección de los derechos de la mujer embarazada. La Corte dejó claro que la igualdad de género de mujeres y niñas promueve la dignidad de todos los seres humanos, no sólo de las mujeres, y es un paso adelante en el progreso de la humanidad hacia la justicia social (Undurraga y Cook, 2009: 29).

8. Ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-881 de 2002.

Bajo dicho espíritu, la tarea de la Corte Constitucional sigue vigente, al tener el desafío permanente de crear precedentes donde los postulados iniciales de la sentencia de aborto se traduzcan en la eficacia de los derechos de las mujeres, a través de órdenes en contra de los prestadores de salud que se nieguen practicar los abortos de manera oportuna y digna. Por consiguiente, la otra parte del reto es motivar a las mujeres a acudir, cuando sea necesario, a la justicia (a través de la acción de tutela) para proteger sus derechos, y que posteriormente la Corte Constitucional revise el fallo.

Con posterioridad a la sentencia que despenalizó el aborto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diez sentencias de acciones de tutela⁹ (acción de amparo) presentadas por mujeres que solicitaban la IVE en tanto consideraban estar incursas en una de las causales constitucionalmente permitidas. En todas las sentencias de tutela, la Corte ha protegido los derechos de las mujeres a acceder al aborto, incluso cuando –producto de la negación del servicio– las mujeres no tuvieron otra salida que llevar a término el embarazo o acceder a un aborto por fuera de los servicios médicos institucionales. Gran parte de los fallos tiene como soporte el respeto a la dignidad humana. Sin embargo, la sentencia que mejor desarrolla y materializa el derecho a la dignidad humana y respeto a la autonomía frente al aborto es la T-841 de 2011.

En la sentencia T-841 de 2011, la Corte resolvió una acción de tutela de una menor que solicitaba practicarse una IVE por considerar que su embarazo ponía en peligro su salud mental, a la cual no accedió la entidad prestadora de salud. La entidad prestadora de servicio de salud a la que se encontraba afiliada la peticionaria y los hospitales adonde acudió le negaron por diferentes razones la práctica del aborto durante varios meses; motivo por el cual la menor se vio obligada a continuar el embarazo. Casi dos años más tarde, la Corte Constitucional revisó el caso y encontró que, si bien el daño ya había sido consumado, debía protegerse la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud. Por consiguiente, la Corte decidió:

condenar en abstracto a BB¹⁰ E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a AA por la negativa ilegítima de la IVE, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Los perjuicios deberán ser reparados en su integridad, para lo cual se deberá tener en cuenta, especialmente, la condición de menor de edad de AA y el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación ilegítima del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

La indemnización tiene un efecto simbólico importante para las mujeres, en primer lugar porque reconoce ellas no son simples instrumentos de reproducción de la especie humana y que los hospitales no pueden decidir sobre su vida y su futuro sin el reconocimiento, aunque sea posterior, por el daño causado. En segundo lugar, la indemnización se convierte en garantía de

9. Ver las diversas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia referentes al aborto: T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-363 de 2011, T-841 de 2011 y T-627 de 2012.

10. Las letras BB y AA fueron utilizadas para proteger la identidad de la peticionaria, su madre e incluso la entidad de salud condenada.

no repetición frente a otras mujeres que solicitan el servicio, pues la mayoría de los hospitales tienden a adoptar medidas para mejorar los servicios y evitar multas.

En otra sentencia reciente, la Corte Constitucional mantiene su posición de los recordar los precedentes en materia de aborto y proteger la dignidad humana de las mujeres en Colombia. En la sentencia T-627 de 2012,¹¹ las actoras manifestaron, entre otros aspectos, que su derecho a la información había sido violado por la procuradora delegada Hoyos Castañeda en la carta que esta le envió, el 2 de marzo de 2010, al superintendente nacional de Salud relativa a la circular externa 058 de 2009. Esta circular había sido emitida por este último en cumplimiento de la sentencia T-388 de 2009.¹² Dijeron las accionantes que en la referida comunicación, la procuradora delegada había incluido información falsa en relación con su derecho a la IVE al sostener que la sentencia C-355 de 2006 no lo había reconocido como derecho y que, en consecuencia, la Superintendencia no estaba obligada a “promover el goce e impedir las barreras que impidan el acceso al llamado derecho al aborto”. Con fundamento en ello, la procuradora delegada “invitó” y “solicitó” al superintendente “ajustar” el contenido de la circular externa “a la Constitución y la ley”.

De acuerdo con el escrito de tutela, lo sucedido además había amenazado los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, ya que la información falsa les impedía tomar decisiones libres sobre la IVE.

Por lo anterior, la Corte Constitucional indica que resulta

inaceptable que una funcionaria pública de la Procuraduría desarrolle su función preventiva en contravía de la jurisprudencia constitucional y utilizándola para amenazar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales que llevaron a esta Corte a reconocer la IVE en las hipótesis despenalizadas, es decir, el libre desarrollo de la personalidad, la vida y la salud física y mental de las mujeres, dignidad humana, incluidas las actoras. En consecuencia, se ordena que se revoque la solicitud de modificación de la Circular Externa 058 de 2009 (Corte Constitucional, 2012).

Con el anterior caso, se reiteran las obligaciones de los servidores públicos a favor del respeto de los derechos de las mujeres, que se hacen efectivos desde la información que se publica sobre aborto. La eficacia a favor de los derechos de las mujeres se observa cuando la Corte Constitucional logra garantizar el aborto en abstracto y en casos concretos, con fundamento en la protección de la dignidad humana y en la medida en que ha conseguido emitir órdenes para la garantía del proyecto de vida de las mujeres. En tal sentido, incluso ha ordenado la reparación económica en los casos donde el daño es inminente producto de la negación injustificada de los prestadores de salud.

11. Acción de tutela presentada por 1789 mujeres por la vulneración de los derechos a la información, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad contra la Procuraduría General de la Nación y otros.

12. En esta oportunidad, la Corte estudió el caso de una mujer que afirmaba que su embarazo atentaba contra su salud física y mental, razón por la cual solicitó que se le practicara una IVE. Los médicos que la atendieron aconsejaron su realización, pero condicionaron su ejercicio a que se allegara una orden judicial que así lo dispusiera (Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009).

3. Privación de la dignidad y la autonomía en leyes penales y otras restricciones jurídicas

En el 2011, el Relator Especial en Salud de las Naciones Unidas emitió un informe sobre la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas al derecho a la salud, y a la salud sexual y reproductiva. En dicho informe, por primera vez, un relator de las Naciones Unidas llamó la atención acerca de los efectos y las consecuencias de las leyes que penalizan el aborto sobre el derecho a la vida y la salud, y se señalaba asimismo y de modo sin precedentes, la importancia del derecho a la autonomía y dignidad humana de las mujeres (Consejo de Derechos Humanos de la ONU - Relator Especial por el Derecho a la Salud, 2011).¹³

El Relator afirma que “las restricciones jurídicas penales y de otra índole que se aplican en cada uno de esos ámbitos, a menudo discriminatorias, atentan contra la dignidad humana al coartar las libertades dimanantes del derecho a la salud, en particular en lo que respecta a la adopción de decisiones y a la integridad física” (Consejo de Derechos Humanos de la ONU - Relator Especial por el Derecho a la Salud, 2011: parr. 2).

De igual forma, en relación con el derecho penal y otras restricciones jurídicas que afectan al derecho a la salud sexual y reproductiva, sostiene que:

Las leyes penales y las restricciones a la salud sexual y reproductiva de otra índole podrían afectar negativamente al derecho a la salud en múltiples aspectos, incluso atentando contra la dignidad humana. El respeto de la dignidad es fundamental para el ejercicio de todos los derechos humanos. *La dignidad exige que las personas sean libres para tomar decisiones personales sin la injerencia del Estado, especialmente en un ámbito tan importante e íntimo como la salud sexual y reproductiva* (Consejo de Derechos Humanos de la ONU - Relator Especial por el Derecho a la Salud, 2011: parr. 15; el subrayado me pertenece).

Además, el Relator Especial expresa que los indicadores de desarrollo “no reflejan plenamente los efectos de la penalización ya que solo se tienen en cuenta determinados datos de salud pública cuantificables y queda excluida la privación de dignidad y autonomía” (Consejo de Derechos Humanos de la ONU - Relator Especial por el Derecho a la Salud, 2011: parr. 19). De este modo, el Relator va en busca de argumentos cuantitativos que prueben la necesidad de generar modificaciones en las legislaciones restrictivas. Así encuentra que algunos países no producen información estadística sobre aborto o no la hacen pública como parte de su estrategia de minimizar el problema, lo cual en efecto se materializa en la vulneración de los derechos de las mujeres.

El Relator promueve un análisis que favorezca marcos legales a favor de las mujeres, basados en el respeto por la autonomía y dignidad humana. De esta manera concluye que:

13. El informe, en términos generales, analiza el posible impacto negativo del derecho penal y de otros tipos de restricciones jurídicas en la atención de la salud, incluido el acceso a bienes, servicios e información, en las libertades y la dignidad de las personas afectadas, especialmente las mujeres, y en la eficacia de las políticas de salud pública.

La penalización del aborto es una clara expresión de la injerencia del Estado en la salud sexual y reproductiva de la mujer, ya que restringe el control de la mujer sobre su cuerpo y podría exponerla a riesgos para la salud innecesarios. La prohibición del aborto también obliga a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados y a dar a luz cuando no desean hacerlo. Los Estados tienen la obligación de impedir que se niegue a las mujeres el acceso a servicios posteriores al aborto cuando lo necesiten, independientemente de si el aborto se ha practicado de forma legal (Consejo de Derechos Humanos de la ONU - Relator Especial por el Derecho a la Salud, 2011: parr. 27).

Por otra parte, devela también que no se trata sólo de un problema de salud pública, sino también de la materialización de los derechos de las mujeres, que se ven usualmente restringidos por leyes prohibitivas, con consecuencias negativas para la vida en sus diferentes dimensiones (social, individual, familiar, política y económica). Por consiguiente, reconoce la autonomía y la dignidad de estas sin victimizarlas y, coherentemente, recomienda a los Estados la despenalización del aborto en todas las circunstancias, como una forma de romper el estigma, los estereotipos y la discriminación contra las mujeres. Dichos argumentos comunes para cualquier país del mundo deberían ser la base para las discusiones de los Estados democráticos que busquen el camino para reconocer el derecho a la autonomía y a la dignidad en concordancia con gran parte de los tratados internacionales de derechos humanos.

4. Conclusiones

A modo de conclusión, creo que es importante tener en cuenta que hay un cambio social en que las aspiraciones de la modernidad juegan un rol determinante. Los retos actuales del desarrollo a favor de los derechos hacen urgente el reconocimiento jurídico del derecho de las mujeres a decidir en temas relativos a sus propios cuerpos como una parte fundamental de la ciudadanía moderna (Lamas y Bissel, 2000). En tal sentido, impera encontrar avances interpretativos de acuerdo con los cuales se busque defender el derecho a la libertad de opción por la maternidad y a proteger el proyecto de vida digna.

Los precedentes alcanzados por la Corte Constitucional de Colombia e incluso por el Relator Especial en Salud de las Naciones Unidas son un acercamiento progresista a favor de mitigar las consecuencias que traen aparejadas las restricciones o limitaciones frente al acceso al aborto, partiendo desde el principio realidad –las mujeres abortamos, abortaremos y seguiremos abortando– y de la idea de que es deber del legislador democrático y del juez crear un marco jurídico que se ajuste a las necesidades y los derechos de las mujeres en las democracias y constituciones contemporáneas, más allá de los estereotipos impuestos de madres y encargadas de labores reproductivas.

En casos concretos, el concepto de dignidad humana ha servido para encontrar el núcleo esencial del derecho a la autonomía frente al aborto y para hallar así la eficacia de las políticas a favor de la protección de los derechos reproductivos. En nombre de la dignidad humana se ha protegido el proyecto de vida de las mujeres, si bien para algunas personas puede ser una interpretación un poco burguesa y alejada de las dinámicas sociales y económicas de nuestra

región. También desde el feminismo se puede pensar que aquel concepto es parte de la reivindicación de las mujeres como sujetos políticos, sociales y económicos, al reconocer su autonomía y su capacidad de decisión, con efectos en la vida productiva y no sólo reproductiva, como rol históricamente asignado.

Finalmente, la dignidad humana tiene un margen de aplicación amplio que en efecto debe darse idealmente en escenarios jurídicos y sociales donde el aborto es legal en todas las circunstancias. En los países donde el aborto es ilegal o donde está parcialmente despenalizado, debe ser el límite a la potestad del Estado frente a la injerencia en asuntos inherentes a la persona humana, por tanto, es clave para las transformaciones legales que buscan proteger los derechos reproductivos de las mujeres y adoptar medidas para su goce efectivo.

Bibliografía

- Alan Guttmacher Institute, *Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide*, 1999.
- Bohórquez, Viviana y Aguirre, Javier: “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Sur Internacional de Derechos Humanos*, N° 11, 2010.
- “Mujeres y Dignidad humana, Antecedentes en el Sistema Interamericano y en el derecho constitucional de Colombia”, *Revista Reflexión Política*, N° 23, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2010.
- Botero, Catalina: *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.
- Cook, Rebecca y Shaw, Dorothy: “Applying human rights to improve access to reproductive health services”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics Journal*, 2012.
- Grover, Anand: *Informe sobre la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud*, A/66/254, 2011.
- Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Dianoia. Revista De Filosofía*, N° 24, vol.55, mayo 201.
- La Mesa por la vida y la salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el Derecho a decidir - Ana Cristina González (coord.): *Causal salud, interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*, Montevideo, 2008.
- Lamas, Marta y Bissell, Sharon: “Abortion and politics in Mexico: ‘Context is All’”, en *Reproductive Health Matters Journal*, 2000, Vol. 8, N° 16, 2000.
- Siegel, Reva: “La Dignidad y el debate del aborto”, *Derecho y Sexualidades SELA 2009*, Buenos Aires, Librería, 2010.

Undurraga, Veronica y Cook, Rebeca: “Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006”, *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Yamin, Alicia Ely; Parra Vera, Óscar y Gianella, Camila: “Colombia. Judicial protection of the right to health: an elusive promise?”, en Yamin, Alicia Ely y Siri Gloppen (comp.), *Litigating health rights Can Courts bring more justice to health?*, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-881, 2002.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355, 2006.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-388, 2009.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-841, 2011.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-627, 2012.

LA CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO (O EL CONTROL SOBRE EL CUERPO DE LAS MUJERES EN UN ESTADO DE DERECHO)

*Mercedes Cavallo** y *Victoria Keller***

1. Introducción

Existen distintas clases de argumentos jurídicos a favor de la legalización y despenalización del aborto. En este artículo abordaremos el argumento de que la criminalización del aborto implica un trato desigualitario y discriminatorio hacia las mujeres. En particular, nos proponemos desarrollar el argumento de que su penalización produce y reproduce una categoría de género prescriptiva que opera sobre la definición de los roles de las mujeres de forma estereotipante, y, como tal, violatoria de sus derechos humanos.

En particular, exploraremos la manera en que la criminalización del aborto refuerza la asociación mujer-madre y la construye bajo determinados parámetros biologicistas que funcionan como legitimadores totales y autoexplicatorios de la norma. El objetivo es mostrar que el derecho no es únicamente un mecanismo de control en su función de impedir la finalización voluntaria de un embarazo, sino más bien en su capacidad de generar y de normalizar una cierta categoría de género.

Este trabajo es el resultado de un esfuerzo colaborativo e interdisciplinario de la antropología feminista y del derecho internacional de los derechos humanos, que apunta a ampliar los términos puestos en uso por el discurso jurídico, con el fin de incorporar nuevos elementos conceptuales que hacen al entendimiento de la problemática del aborto. Por ello, este artículo se estructura en dos partes.

En primer lugar, analizaremos, desde la antropología feminista, cómo el lenguaje jurídico actualiza el tutelaje del Estado sobre el cuerpo de las mujeres, y genera una feminidad “normal” enraizada en el ejercicio de una sexualidad orientada, en primera y última instancia, a la reproducción.

* Mercedes Cavallo es abogada por la Universidad Torcuato Di Tella, Magister en Derechos Sexuales y Reproductivos por la Universidad de Toronto.

** Victoria Keller es miembro de la Colectiva de Antropólogas Feministas. Profesora en Ciencias Antropológicas de la Universidad de Buenos Aires y Magister en Estudios de Género de Universidad de Toronto.

Partimos de un marco teórico en el cual el poder es pensado no únicamente en su capacidad de acción movilizadora por instituciones coercitivas y reguladoras, sino también en su capacidad productiva, siempre mediatizada por el discurso. Así, surge la importancia de entender el derecho más allá de su función explícitamente reguladora y punitiva, para pasar a pensarlo como creador de categorías que se desprenden de su ámbito de acción para permearse en otras instancias, institucionales y de la vida civil. Por ello, estudiaremos el régimen de significados dominantes por el cual las mujeres se convierten en sujetos [de sexualidad] tutelables. Nos preguntamos entonces: ¿qué nos dice el derecho de la categoría Mujer al criminalizar el aborto?

En segundo lugar, extraeremos y analizaremos las consecuencias jurídicas que se derivan del marco conceptual de la antropología feminista, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. En función de ello, utilizaremos la noción de estereotipos de género de un modo operativo, para así examinar de qué manera la penalización del aborto constituye una vulneración de los derechos de las mujeres; en particular el derecho a la igualdad y no discriminación, en relación con su derecho a la salud y dignidad humana respecto de los varones.¹

2. La criminalización del aborto como productora y reproductora de una categoría de género

La criminalización del aborto encuentra su fundamento –al menos de forma explícita– en el interés de la norma en proteger la vida del embrión. Sin embargo, los datos disponibles indican que esta clase de normas fracasan en su propósito.

De hecho, sabemos que en la Argentina, según cifras del Ministerio de Salud, en 2009 se registraron 745.000 nacidos vivos (Ministerio de Salud, 2010), mientras que estimaciones de 2006 indican que se practican entre 486.000 y 522.000 abortos clandestinos al año (Pantelides *et al.*, 2007). Esto equivale, aproximadamente, a más de un aborto por cada dos nacimientos.

Una gran cantidad de estos abortos clandestinos son, además, inseguros. En 2010, 331 mujeres perdieron la vida por causas asociadas al embarazo y el parto (Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva, 2010), mientras que los abortos practicados en condiciones de riesgo causaron el 20,5% de esas muertes maternas (Ministerio de Salud, 2011). En el quinquenio 2006-2010 se registró un promedio anual de 77 mujeres fallecidas por año por abortos practicados en condiciones de riesgo (Ministerio de Salud, 2007, 2011).² Además, en los hospitales públicos de todo el país se registran casi 60.000 internaciones por abortos inseguros al año (Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva, 2010). Del total, alrededor del 15% corresponden a adolescentes y niñas menores de 20 años, y alrededor del 50% a mujeres de entre 20 y 29 años (Pantelides *et al.*, 2007).

1. La bibliografía utilizada para analizar los estereotipos de género corresponde al programa de la cátedra Women's Rights in International Law, dictada por la profesora Rebecca Cook durante septiembre-diciembre de 2008 en la Universidad de Toronto.

2. Con base en las estadísticas vitales publicadas por el Ministerio de Salud de la Nación.

A esto se suma que, de acuerdo con los datos disponibles, la efectiva aplicación de la criminalización del aborto es baja. Las denuncias son escasas, la persecución penal efectiva es aún más escasa y su condena es excepcional.³

Ante la concluyente evidencia del fracaso de la política criminal como política pública orientada a la protección del embrión, y a la alta morbilidad materna que el aborto inseguro representa para el sistema de salud público, la pregunta que permanece es: ¿por qué se sostiene la criminalización del aborto?⁴ Visto de otro modo: ¿qué significa que la principal respuesta que el Estado brinda a la problemática del embarazo no deseado sea la penalización del aborto?

Si bien no es nuestro objetivo en este artículo abordar la discusión sobre la justificación del derecho penal, sí nos interesa mostrar que en el caso particular del aborto, la continuidad de su criminalización parece fundarse, casi exclusivamente, en su poder simbólico. Es decir, en su capacidad normativizadora y creadora de una categoría de género que asocia la condición de mujeres con la maternidad.

En este sentido, las mujeres que incumplen la norma son castigadas con la más gravosa y perjudicial de las potestades de Estado: la pérdida de la libertad. Como hemos mencionado, aun cuando no existe una aplicación consistente y efectiva de la pena, las mujeres que deciden practicarse un aborto lo hacen bajo el manto de la ilegalidad, en la clandestinidad, interiorizando en muchas ocasiones la mirada patriarcal que sanciona su decisión y sintiendo el peso de haber faltado al imperativo de la maternidad que se traduce en un incumplimiento de su rol de mujer.⁵

La perspectiva antropológica no entiende al aborto como un hecho aislado, como un accidente en la vida reproductiva de una mujer que circunstancialmente se enfrenta al sistema sanitario y jurídico. Por el contrario, cuando hablamos de aborto estamos hablando de mujeres que subvierten los supuestos que codifican su rol social y simbólico. Así, el aborto constituye una problemática que no se limita a la decisión de las mujeres frente a la legislación que lo autoriza o lo penaliza, sino que observa el sistema de significados que le otorgan sentido, íntimamente ligado con discursos médicos y bioéticos acerca de la vida y la muerte, la religión y la moral cristiana, así como con la administración pública de la salud e ingreso de la tecnomedicina en la biopolítica.⁶

Este sistema de representaciones sociales da significado a la categoría de mujer, en la cual el aborto se inscribe como una práctica que desafía los mandatos que definen su rol social dentro de un determinado sistema sexo/género. En términos de Gayle Rubin, el sistema sexo/género

3. Para mayor información, ver el trabajo de Hernán Olaeta incluido en este libro.

4. Esta pregunta no pretende simplificar el debate. Si tomamos como referencia el marco global contemplando la transnacionalización de las demandas por los derechos de las mujeres, podemos hacer uso de un marco comparativo. Mientras que en los países centrales se legalizaba el aborto luego del ascendente movimiento feminista que siguió a la efervescencia social de los años sesenta y setenta, las dictaduras latinoamericanas detuvieron y desmantelaron este tipo de iniciativas y otras relacionadas con los derechos de las mujeres, que sólo pudieron salir a flote luego de la reapertura democrática. No obstante, para mediados de la década del ochenta, el modelo del Estado de Bienestar perdió su auge frente a la nueva situación de crisis económica, que dio lugar al neoconservadurismo y, con él, a un lenguaje recrudescido para hacer frente a las conquistas del feminismo; el lenguaje del “derecho a la vida” y del “niño por nacer”.

5. Para mayor información, ver la contribución de Sabrina Cartabia y Cecilia Hopp a este libro.

6. Para mayor información ver entre otros: Morgan y Kaufman (2005), Ginsburg (1989), Rapp (1999) y Sheper-Hughes (1992).

“es el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas” (1986: 97).

En su análisis sobre el sistema sexo/género, Rubin explica que lo que yace en el corazón de los sistemas patriarcales, basados en relaciones de género desiguales, es el control de la sexualidad de las mujeres. En este contexto, la sexualidad femenina queda presa de un sistema de representaciones permeado por relaciones jerárquicas y desiguales, que deja al descubierto la centralidad de la problemática del aborto en la organización y regulación del sistema sexo/género.

Siguiendo la definición de Rubin, podríamos preguntarnos: ¿quién es la mujer que aborta? Fenomenológicamente, responderíamos que es una mujer que interrumpe un embarazo. Sin embargo, es bajo un determinado sistema de relaciones sociales y de representaciones que se convierte en una criminal, en un objeto de patologización simbólica y de desvío moral.

2.1. El aborto: una demanda del feminismo en su contexto histórico

Para correr el tema del aborto del debate exclusivamente jurídico, que contrapone el interés del Estado en proteger al embrión con los derechos e intereses de las mujeres, es imprescindible repasar el marco histórico que da cuenta de la conformación de la demanda por la liberalización del aborto como una conquista del feminismo.

Tal como afirman Daich y Tarducci (2012), una lectura del aborto desde algunas nociones tradicionales de los derechos civiles y políticos apela al imaginario del individualismo liberal y ancla la demanda como un problema de derechos enfrentados. No obstante, si identificamos las raíces históricas del reclamo, puede verse que se trata de una continuidad en la lucha del feminismo contra la opresión sistemática de las mujeres a través del control de su sexualidad.

El reclamo por la despenalización del aborto se enmarca en el movimiento feminista y de mujeres que, desde la década de 1970, lucha por instalar la idea de que lo privado –lo “doméstico”– es político. A diferencia del feminismo de principios del siglo xx, que buscó la igualdad civil entre hombres y mujeres, este movimiento centró sus banderas en las relaciones de poder que se jugaban dentro de la esfera privada, doméstica, y se hizo eco del feminismo norteamericano y europeo de la “segunda ola” (Nari, 1996).

La demanda del aborto se sostenía, entonces, en una serie de exigencias que tenían como objetivo visibilizar las relaciones de poder que tradicionalmente habían sido conceptualizadas como parte de un ordenamiento simbólico de sexos complementarios, cuyo eje ordenador era la institución familiar, y la “tradición”, la única institución histórica que la justificaba. En este sentido, historizar la familia y pensarla como un producto de la modernidad que condensa relaciones de poder desiguales implicaba denunciar la objetivización sexual, la invisibilidad del trabajo doméstico, el imperativo de maternidad y la supuesta complementariedad en la división sexual del trabajo.⁷

Este escenario global coincidió con la reapertura democrática en la Argentina, donde prontamente, y gracias a la iniciativa y lucha del feminismo, se democratizó la legislación en materia

7. Ver, entre otros, Segalen (1992) y Perrot (1990).

de familia: leyes como las de divorcio vincular y patria potestad compartida fueron las primeras en establecer principios de igualdad civil en el seno de la familia, que hasta 1983 cristalizaban el patriarcado jurídico (Daich y Tarducci, 2012). La historiografía feminista ha demostrado cómo, al momento de la aprobación de dichas leyes, los argumentos del fundamentalismo católico y del pensamiento conservador establecían una equivalencia entre la salubridad de la familia argentina con el bienestar de la nación. Así, la autonomía de las mujeres en las decisiones sobre su cuerpo constituía una amenaza de desestabilización de la familia a la cual, basada en una jerarquía natural, la mujer le otorgaría su tiempo y cuerpo (Tarducci, 2000).

En este contexto, las feministas gradualmente hicieron uso del derecho liberal para proponer un modelo de familia cohesionada, ya no con base en relaciones autoritarias fundadas en supuestos organicistas del rol de las mujeres en el seno familiar, sino en una asociación voluntaria e igualitaria, que podría adoptar múltiples formas, respetando los derechos de todos sus miembros.

Sin embargo, no fue únicamente la reificación de la institución familiar la cómplice del sistema sexo/género que, al asociar a la mujer con lo doméstico, la ubicó en un rol subordinado; también se observó esa tendencia en el discurso neoliberal, que pretendió reducir los problemas estructurales de la sociedad a su célula mínima (la familia), e invisibilizar de esta manera la doble carga de las mujeres y la responsabilidad del Estado, en lo que se conoce como el salario indirecto⁸ (Grassi, 1987; Torrado, 2003).

Este doble giro llevó al movimiento feminista a denunciar que el trabajo doméstico no remunerado llevado a cabo por las mujeres es el que subsidia la centralidad de la familia en el discurso conservador neoliberal.

2.2. *La maternidad como imperativo biológico*

El imperativo de la maternidad como una categoría de género se construye y actualiza en oposición a otras figuras femeninas que escapan a esta norma y le otorgan su centralidad. En otras palabras, observamos la necesaria circulación de figuras de mujeres de sexualidad “desviada” —es decir, no reproductiva— como la promiscua, la lesbiana, la soltera, e incluso la mujer que no se ajusta al modelo abocado y solícito de la madre abnegada. Esta asociación, por no ser explicativa en sí misma, requiere de una repetición constante y una justificación, principalmente en diferentes discursos científicos y religiosos. Aquí analizaremos brevemente de qué manera el discurso científico define una categoría de género prescriptiva que es puesta a disposición para su uso, en muchos casos, por el discurso jurídico.

Al igual que el derecho, la biología se ha desarrollado con base en un fuerte sesgo patriarcal que ha seleccionado evidencia para sostener determinados prejuicios y estereotipos de la sexualidad femenina. Construidas sobre los pilares de la sociobiología y la psicología evolucionista, ciertas perspectivas científicas sostienen que el instinto maternal —y, por ende, el imperativo de maternidad en las mujeres— son hechos intrínsecos a la naturaleza femenina, heredados por años de selección natural diferenciada por sexos (Roughgarden, 2004).

8. Para los fines de este artículo, definimos “salario indirecto” como las prestaciones monetarias y no monetarias establecidas por medio del convenio colectivo de trabajo que tienen como objetivo mejorar la calidad de vida de los y las trabajadores/as.

La psicología evolucionista sostiene que el éxito reproductivo de los hombres depende de su habilidad para fertilizar la mayor cantidad de óvulos posibles, por lo cual un comportamiento sexualmente activo se corresponde con su naturaleza de “cazadores”. Por el contrario, el éxito reproductivo de las mujeres consiste en asegurarse un único proveedor para la protección y desarrollo de su progenie, lo cual se traduce en estrategias reproductivas diferenciadas de acuerdo con el género. Sobre la base de estos postulados se ha sostenido científicamente la existencia de un supuesto instinto maternal del que derivan una serie de presunciones acerca de la naturaleza doméstica, sexualmente pasiva y proveedora de cuidado de las mujeres (Hrdy, 1998). Los esfuerzos feministas por recorrer la historia de la ciencia, desde una perspectiva crítica, han puesto en cuestión la supuesta neutralidad y objetividad con la cual la biología ha construido la diferencia sexual.⁹ Estas críticas se han encargado de refutar el sesgo androcéntrico que legitima la universalidad del instinto, o al menos su raigambre biológica, al reinscribir en el registro histórico de las sociedades humanas prácticas como el infanticidio y el aborto.

La conclusión de esta primera sección es que un análisis del aborto que va más allá de lo jurídico, y que recurriendo a herramientas de la historia, de la antropología y de la sociología, es posible comprender la continuidad de las demandas feministas que han venido denunciando la opresión estructural de las mujeres y, así, problematizar el entendimiento binario –de sesgo androcéntrico y, por ende, discriminatorio– que permea los discursos fundamentalistas y del cual la ciencia no es inocente.

3. De las categorías de género a la violación de los derechos humanos de las mujeres: los estereotipos de género como discriminación

Hasta aquí hicimos uso de la perspectiva antropológica para argumentar que el sostenimiento de la criminalización del aborto parece fundarse, principalmente, en la producción y reproducción de una determinada categoría de género prescriptiva, que, a través de la asociación de la feminidad con la maternidad, controla la sexualidad de las mujeres con el objetivo de perpetuar un tipo de familia funcional al sistema patriarcal, conservador y neoliberal. Consideramos que es por esto que, incluso cuando su penalización no consigue evitar la mayoría de los abortos, de todas formas se sostiene como política criminal.

En esta sección nos interesa mostrar por qué esto es problemático para el derecho. En otras palabras, evaluaremos las consecuencias jurídicas que se derivan del marco conceptual de la antropología feminista que describimos arriba. Con este fin, utilizaremos la noción de estereotipos de género de un modo operativo, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, para examinar de qué manera el derecho moviliza dicho concepto y cómo lo traduce en una forma de discriminación contra las mujeres.

9. De esta manera han analizado la centralidad del género en el proyecto colonizador europeo decimonónico fundante de la racionalidad científica y de la consecuente separación y jerarquización entre espacios públicos y privados, modernidad y tradición, masculino y femenino.

3.1. *¿Qué es un estereotipo de género?*

Rebecca Cook y Simone Cusack definen el “estereotipo” como “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (2011: 11).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha definido los estereotipos de género como “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” (CorteIDH, 2012).

Glick y Fiske explican que existen dos clases de estereotipos que pueden combinarse: los descriptivos y los prescriptivos. Los estereotipos descriptivos buscan “explicar” la razón o la naturaleza de determinado comportamiento o característica de un grupo en particular (Glick y Fiske, 1999).¹⁰ Por su parte, los estereotipos prescriptivos son valorativos; es decir, no pretenden explicar cómo es o cómo se comporta cierto individuo o grupo, sino explicar cómo “debe” ser o cómo “debe” comportarse (Glick y Fiske, 1999). Los estereotipos de género en particular son estereotipos que combinan rasgos descriptivos y rasgos prescriptivos.

3.2. *¿Cómo son los estereotipos que operan detrás de la criminalización del aborto?*

Según Cook y Dughman (2010), el contenido de los estereotipos que operan cuando se criminaliza el aborto puede reducirse a dos modelos arquetípicos. Por un lado, el estereotipo de la “mujer-vasija reproductiva”, que se centra “en las características biológicas y fisiológicas de la mujer que le permiten quedar embarazada” (Cook y Dughman, 2010: 13). Este estereotipo importa “una concepción y definición ontológica de la mujer en base a esas características que marcan su rol reproductivo” (Cook y Dughman, 2010: 13).

Por otro lado, el estereotipo de “la mujer-madre abnegada dispuesta al sacrificio” se centra en el “rol que se asigna a la mujer en la sociedad por su capacidad reproductiva, donde existe una expectativa social de que ella privilegie la maternidad ante cualquier otro plan de vida y, en caso de no hacerlo, reciba una clara sanción” (Cook y Dughman, 2010: 13). En este sentido, la “mujer que se ajusta a este estereotipo está deseosa de retrotraerse del mundo y abandona sus propios intereses para abocarse exclusivamente al bienestar de sus hijos y la continuidad de la raza humana. Así, las mujeres que se practican abortos son consideradas egoístas y moralmente inferiores a aquellas que no lo hacen”¹¹ (Cook y Dughman, 2010: 13).

En ambos estereotipos conviven rasgos descriptivos y rasgos prescriptivos. Los elementos descriptivos no se agotan en la capacidad reproductiva de las mujeres, sino que avanzan sobre aserciones relativas a su carácter emocional, caritativo, frágil, dependiente y sexualmente pasivo.

10. K. Anthony Appiah considera que los estereotipos descriptivos pueden ser “estadísticos” o “falsos”: “estereotipar estadísticamente es el proceso de ‘adscribir a un individuo una cualidad, basándose en la creencia de que es característica del grupo al cual pertenece’, mientras que el hecho de estereotipar falsamente tiene lugar cuando un grupo o un individuo genera un estereotipo respecto de otro grupo o individuo, basándose en una falsa creencia ‘incluso cuando la característica, no es común al grupo’” (Appiah, 2000: 47; traducción del editor).

11. Ver también Boyle (1997), citado en el trabajo de Cook y Dughman (2010).

Los elementos prescriptivos indican que, dadas esas diferencias biológicas, las mujeres deben ejercer su sexualidad únicamente con fines reproductivos, y deben priorizar la gestación, la maternidad y el interés de sus hijas/os por sobre sus propios intereses o planes de vida.

3.3. ¿Por qué los estereotipos constituyen una forma de discriminación contra las mujeres?

Los estereotipos son discriminatorios cuando “ignoran características individuales, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias de modo que niegan a cierto grupo sus derechos humanos y sus garantías fundamentales, a través de la creación de jerarquías de género” (Cook y Cusack, 2011: 20).

Los estereotipos de “mujer-vasija reproductiva” y de “mujer-madre abnegada dispuesta al sacrificio” establecen una diferencia arbitraria entre mujeres y varones, que en el caso que estudiamos se traduce en una norma jurídica –la criminalización del aborto– que afecta a las mujeres de diversas formas. A continuación desarrollaremos dos afectaciones directas: i) la denegación de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan; y ii) la instrumentalización del cuerpo de las mujeres con fines reproductivos (Cook y Howard, 2007).

i) La criminalización del aborto constituye la denegación de un servicio de salud que sólo las mujeres necesitan. En este sentido, la penalización del aborto implica la vulneración del derecho a la igualdad/no discriminación de las mujeres en relación con su derecho a la salud y, en particular, con la salud sexual y reproductiva.

El Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) manifestó que “[e]l acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza [...] con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones” (CEDAW, 1999: parr. 14).

Por su parte, en 2011, el relator especial por el Derecho a la Salud de Naciones Unidas, Anand Grover, afirmó que

[l]as leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse. Estas leyes [...] generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud (Consejo de Derechos Humanos de la ONU 2011: parr. 21).

La discriminación entre hombres y mujeres se evidencia en este caso, dado que no existe otra norma penal que tipifique un procedimiento médico que sólo los varones necesitan.

ii) La criminalización del aborto, incluso con causales de excepción como existe en la Argentina, instrumentaliza el cuerpo de las mujeres. En otras palabras, el cuerpo de las mujeres es utilizado como un medio para un fin ulterior –la defensa de la familia, el bien público– considerado más

valioso que sus deseos o necesidades (Cavallo, 2012). Esto vulnera su derecho a la igualdad/no discriminación, en relación con su derecho a la autonomía y a la dignidad humana.¹²

De hecho, en un modelo de regulación del aborto como el argentino, las causales de excepción funcionan como una “dispensa” que la norma les otorga a las mujeres para que se alejen del imperativo de la maternidad, e interrumpen su embarazo en supuestos excepcionales y como último recurso: ante el peligro para la salud o vida, o la violación. Es decir que “las mujeres sólo pueden escapar a la imposición de la maternidad cuando son físicamente incompetentes para ello” (Cook y Dughman, 2010: 14), o cuando el embarazo provino de un abuso sexual.¹³

Este control estatal sobre el cuerpo con el objetivo de asegurar la reproducción y proteger la prole no existe sobre los varones. Cook y Dughman explican que:

la instrumentalización de la mujer se evidencia cuando, a través de la ley, el Estado obliga a las mujeres a ceder su cuerpo a sus hijos antes de que nazcan sin exigir esta misma instrumentalización a los padres [...] [E]l hombre nunca está obligado jurídicamente a sacrificar su cuerpo por el bienestar de sus hijos. Aun si la supervivencia del niño depende de transfusiones de sangre o donación de médula ósea que su padre puede proveer, no hay provisiones legales que obliguen al padre a donar.¹⁴ Por lo tanto, la protección a la integridad física y a la autonomía de los padres posteriores al nacimiento del niño no es equivalente a la que la ley hace de las madres antes del nacimiento, aunque los riesgos derivados de la donación de sangre o médula ósea sean mucho menores que los derivados de la gestación y del parto. Esto claramente violenta una protección y exigencia legal que debe llevarse a cabo en igualdad (art. 14 de la Constitución) (2010: 15).

La prohibición de la instrumentalización de las personas con fines ulteriores a sus propios deseos y necesidades, en el contexto del aborto, fue abordada por la Corte Suprema en el caso “F.,A.L. s/medida autosatisfactiva”, donde afirmó:

de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales [...], se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. [...] [E]l postulado, derivado del mencionado principio [...] impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (CSJN, 2012).

De modo similar, el Relator Especial por el Derecho a la Salud de Naciones Unidas manifestó que “[e]l respeto de la dignidad es fundamental para el ejercicio de todos los derechos humanos. La dignidad exige que las personas sean libres para tomar decisiones personales sin la injerencia

12. Sobre dignidad humana, ver el trabajo de Viviana Bohorquez Monsalve incluido en este libro.

13. El permiso en casos de violación es el que más tiene en cuenta la dignidad de las mujeres, y no es casual que haya sido especialmente resistido. De hecho, la norma existe desde 1921, pero recién a partir del fallo “F.,A.L.” de la Corte Suprema en 2012 se visibilizó como un permiso válido. Durante más de noventa años, diversos sectores instalaron la idea de que el Código Penal únicamente contemplaba el permiso de violación por eugenesia; es decir, si la mujer embarazada tenía, además, alguna discapacidad intelectual o psicosocial.

14. Ver McFall vs. Shimp, Allegheny County, 1978 y también Taylor (1997), en Cook y Dughman (2010).

del Estado, especialmente en un ámbito tan importante e íntimo como la salud sexual y reproductiva” (Consejo de Derechos Humanos de la ONU 2011: parr. 15).

Al igual que en la sección anterior, la discriminación entre hombres y mujeres se vuelve a evidenciar bajo el análisis de dignidad, dado que no existe otra norma penal que instrumentalice el cuerpo de los varones con el objetivo de proteger el bienestar de sus hijos o hijas.

3.4. La obligación de eliminar los estereotipos de género según los organismos del Sistema Interamericano y Universal de Derechos Humanos

Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos contemplan el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas en razón de su sexo¹⁵. El artículo 2 de la CEDAW obliga a los Estados parte de la Convención a “seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”. Esta obligación comprende el deber de “[a]doptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” y el deber de “[d]erogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

De modo más específico, el artículo 5(a) de la CEDAW obliga a los Estados a “[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.¹⁶

El carácter discriminatorio de los estereotipos de género ha sido reconocido por diversos organismos de derechos humanos. Así, el Comité de la CEDAW ha señalado que “[l]a cultura y la tradición se manifiestan en estereotipos, hábitos y normas que originan las múltiples limitaciones jurídicas, políticas y económicas al adelanto de la mujer”.

En adición, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en la Observación General N° 16, ha señalado que “[l]a discriminación por sexo se puede basar en la diferencia de trato que se da a la mujer [...] en supuestos estereotípicos como orientar a la mujer hacia empleos de bajo nivel porque se considera que la mujer no está dispuesta a

15. El art. 1 de la CEDAW define a la discriminación contra las mujeres como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

16. CEDAW: “Artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.

consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre” (2005: parr. 16). En términos más precisos, el Comité señaló:

[l]as hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad (2005: parr. 14).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el tema en 1995 en el caso “María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala” (CIDH, 2001). Allí se alegaba que varios artículos del Código Civil guatemalteco privaban a las mujeres de ciertos derechos al trabajo y a la propiedad con base en estereotipos de género que asociaban a las mujeres con la maternidad, el cuidado doméstico y el rol de esposas (CIDH, 2001). La Comisión analizó las disposiciones y concluyó que “aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar” (CIDH, 2001: parr. 44) y, por lo tanto, son contrarias al art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La CorteIDH también se ocupó de los estereotipos de género en 2009, en el caso “González y Otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, en el que se juzgaba el femicidio de tres mujeres ocurrido en Ciudad Juárez y la violencia estatal ejercida en contra de sus familiares que denunciaron lo sucedido. La CorteIDH estimó que “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas” (2009: parr. 401).

Más cerca en el tiempo, en 2012, la CorteIDH abordó nuevamente los estereotipos de género, en el caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”. Allí se discutía si quitarle la custodia de sus hijas a una mujer lesbiana por el hecho de vivir con su pareja en el hogar familiar constituía una violación a sus derechos humanos. La CorteIDH consideró que los argumentos brindados por el Estado –basados en que el interés superior de las niñas exigía que no vivieran con su madre– respondía a estereotipos de género respecto de las mujeres lesbianas y de un modelo de maternidad heterosexual y abnegada (CorteIDH, 2012, parr. 109).

Por su parte, el ya citado relator especial por el Derecho a la Salud de Naciones Unidas expresó que

la persistencia de los estereotipos sobre el papel de la mujer en la sociedad y la familia establece y alimenta normas sociales. Muchas de esas normas se basan en la convicción de que la libertad de la mujer, especialmente en lo que respecta a su identidad sexual, debe reducirse y controlarse [...] Cuando una mujer que reivindica su libertad sexual y reproductiva transgrede esas normas basadas en estereotipos suele sufrir severos castigos [...] Las leyes penales y las restricciones jurídicas de otra índole [...] como las que fuerzan a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados o no planeados, facilitan y justifican el control del Estado sobre sus vidas (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2011: parr. 161).

Como quedó explicitado, para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los estereotipos de género constituyen un supuesto de discriminación contra las mujeres prohibido por diversos tratados y convenciones, que la Argentina suscribió con fuerza constitucional.

El hecho de que la penalización del aborto reproduzca y perpetúe un estereotipo de género que asocia la feminidad con la maternidad, y entiende a las mujeres como vasijas reproductivas y madres abnegadas, convierte a la norma en violatoria del derecho de las mujeres a la igualdad/no discriminación en relación con el derecho a la salud y la dignidad humana. En consecuencia, conforme permanezca en su sistema jurídico la criminalización del aborto, el Estado argentino seguirá incurriendo en responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos.

4. Conclusión

De los múltiples componentes que hacen al sistema sexo/género, el de la maternidad obligatoria es uno de los pocos que se encuentra plasmado en el Código Penal de nuestro país. El ordenamiento jurídico argentino ha reformado poco a poco diversas normativas tradicionales, tales como la patria potestad –entendida como el derecho del *pater familiae*–, la criminalización del abuso sexual como delito contra el honor, las restricciones a los derechos civiles y políticos de las mujeres, el matrimonio exclusivamente heterosexual, entre otras. Así, la penalización del aborto se erige como el bastión patriarcal que permanece de forma explícita en nuestro sistema jurídico.

Un análisis comprensivo e interdisciplinario de la sexualidad reconoce la interrelación de las estructuras políticas, económicas y sociales, y el sistema jurídico que las regula. De esta manera, evita la tendencia a ver la sexualidad como un asunto privado, y lo político y lo económico como público (Altman, 2001). Consecuentemente, nuestro análisis ha señalado cómo el sistema sexo/género configura un sistema jurídico e inversamente cómo el sistema jurídico produce y reproduce una determinada categoría de género discriminatoria y perpetuadora de un *statu quo*, en el que las mujeres son las perjudicadas.

La sexualidad de las mujeres es objeto de constante negociación y aparece como la arena donde se disputan principios bioéticos y filosóficos acerca de la vida humana. El sesgo androcéntrico de estas discusiones suele perder de vista la génesis histórica de la demanda por el derecho al aborto legal y su inscripción como parte de las reivindicaciones feministas por cuestionar desigualdades simbólicas y estructurales contra las mujeres.

El ordenamiento jurídico actual en relación con el aborto es, entonces, el reflejo de un momento histórico en el cual las mujeres tenían un escaso acceso a la vida política. En este sentido, el anacronismo que representa la prohibición del aborto en la sociedad argentina actual –que ha sentado precedente a nivel global en cuestiones de orientación e identidad de género– debe ser cuestionado en tanto se sostiene a pesar de esos logros en la arena jurídica.

El derecho internacional de los derechos humanos ha incorporado herramientas extrajurídicas para identificar la presencia de estereotipos de género discriminatorios, y los ha movilizado al generar un cuerpo de normas y fallos que reconocen las inequidades de género y actúan sobre ellas.

Al ser un trabajo interdisciplinario, este escrito ha intentado aunar dos modos de pensar la realidad social que, en cierta medida, traccionan en direcciones opuestas; mientras que el derecho

se enfoca en delimitar y reglar la realidad social, la antropología tiende a desnaturalizar, y así se superponen diferentes niveles de análisis que invitan a la polifonía y al constante cuestionamiento de nuestros supuestos. No conforme con esta diferencia, también nos enfrentamos con la dificultad de manejar dos lenguajes disciplinarios muy disímiles.

No obstante, más allá de la evidente heterogeneidad discursiva presente en este trabajo, hemos prestado especial atención en encontrar los puntos de contacto entre ellos, que fueron el resultado de largas discusiones que se suscitaron a lo largo de la escritura. Es nuestro deseo que el encuentro de estos dos lenguajes sea un aporte que sume al entendimiento de las implicancias de la penalización del aborto, con la esperanza de evitar falsas antinomias y de lograr, en un futuro no muy lejano, que sean finalmente los cuerpos y las experiencias de las mujeres los protagonistas en la discusión por la despenalización y legalización del aborto.

Bibliografía

- VI Jornadas de Historia de las Mujeres y I Congreso Iberoamericano de Estudios de las Mujeres y de Género*, “La ‘decadencia’ de la familia, madre de todos los males”, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. 2 al 5 de agosto de 2000.
- Altman, Dennis: *Global sex*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001.
- Appiah, Kwame Anthony: “Stereotypes and the Shaping of Identity”, *California Law Review* 41, 88, 2000.
- Ashmore, Richard y Del Boca, Frances: “Sex Stereotypes and Implicit Personality Theory: Toward a Cognitive- Social Psychological Conceptualization”, en *Sex Roles*, N° 5, 1979.
- Boyle, Mary: *Re-thinking Abortion: Psychology, gender, power and the law*, Nueva York, Routledge, 1997.
- Cavallo, Mercedes: “¿De qué hablamos cuando hablamos de aborto?”, en *Revista Lamodala*, 2012.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe N° 4/01: Caso 11.625, María Eugenia Morales De Sierra (Guatemala), 2001.
- Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone: *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*, traducido por Andrea Parra, Bogotá, PROFAMILIA, 2011.
- Cook, Rebecca J.; Cusack, Simone y Dughman, Sandra: *Amicus Curiae* presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en “F, A. L. s/ Medida Autosatisfactiva” (Expediente Letra “F”, N° 259, Libro XLVI - Argentina), en apoyo a A.L.F. en representación de A.G., por el Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, 2010.
- Cook, Rebecca J.; Cusack, Simone y Howard, Susannah: “Accommodating Women’s Differences Under the Women’s Anti Discrimination Convention”, en *Legal Studies Research Series*, N°1029375, *Emory Law Journal*, Vol. 56, N° 4, 2007.

- Daich, Deborah y Tarducci, Mónica: “Aborto legal, una deuda de la democracia. Aportes para una historia de la lucha por la despenalización y legalización del aborto en Argentina”, en *D. ISA 2012/Research Committee on Women in Society*, RC32 Session D, 2012.
- Gayle Rubin: “El tráfico de mujeres: Notas sobre la ‘economía política’ del sexo”, en *Revista Nueva Antropología*, Universidad Autónoma de México VII, N° 30, México, noviembre 1986, pp. 95-145.
- Ginsburg, Faye D.: *Contested Lives: The Abortion Debate in an American Community*. Berkeley, University of California Press, 1989.
- Glick, Peter y Fiske, Susan: “Sexism and other ‘Isms:’ Interdependence, Status, and Ambivalent Content of Stereotypes,” en William Swann, Lucia A. Gilbert y Judith Langlois (eds.), *Sexism and Stereotypes in Modern Society: The Gender Science of Janet Taylor Spence*, Washington, American Psychological Association, 1999, pp. 193-217.
- Grassi, Estela: “Redefinición del papel del Estado en la reproducción y cambios en el discurso sobre familia y mujer en Argentina”, en *Mujeres y relaciones de género en la antropología latinoamericana*, Colegio de México, s/f.
- Grewal, Inderpal y Kaplan, Caren: “Women’s Bodies in Science and Culture”, en *An Introduction to Women’s Studies: Gender in a Transnational World*, Boston, McGraw Hill, 2002.
- Grover, Anand - Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: *Informe sobre la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud*, A/66/254, 2011.
- Hrdy, Sarah Blaffer: “Raising Darwin’s Consciousness: Females and Evolutionary Theory”, en Blythe Clinchy y Julie Norem (eds.), *The Gender and Psychology Reader*, Nueva York, New York University Press, 1998, pp. 265-260.
- Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Estadísticas e Información de Salud (DEIS): *Estadísticas vitales, información básica año 2009*, 2010.
- *Estadísticas vitales, información básica año 2010*, 2011.
- Morgan, Lynn y Kaufman, Sharon: “The Anthropology of the Beginnings and Ends of Life”, en *Annual Review of Anthropology*, 2005, N° 34, pp. 317-341.
- Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva. Sala de Situación, 2010.
- Pantelides, Edith; Ramos, Silvina; Romero, Mariana; Fernández, Silvia; Gaudio, Magalí; Gianni, Cecilia y Hernán Manzelli: *Morbilidad materna severa en la Argentina: Trayectorias de las mujeres internadas por complicaciones de aborto y calidad de la atención recibida*, Buenos Aires, CENEP / CEDES, 2007.
- Perrot, Michelle: “La familia triunfante”, en Philippe Aries y George Duby (dirs.), *Historia de la vida privada*, Tomo 7, Madrid, Taurus, 1989. Rapp, Rayna: *Testing Women, Testing the Fetus: The Social Impact of Amniocentesis in America*, Nueva York, Routledge, 1999.

- Roughgarte, Joan: “Darwin’s Sexual Selection”, en *Evolution’s Rainbow: Diversity, Gender, and Sexuality in Nature and People*. Chapel Hill, University of Carolina Press, 2004. Segalen, Martine: *Antropología histórica de la familia*, Madrid, Taurus, 1992.
- Scheper-Hughes, Nancy: *Death Without Weeping: The Violence of Everyday Life in Brazil*, Berkeley, University of California Press, 1992.
- Taylor, Katherine: “Compelling Pregnancy p. Death’s Door”, en *Columbia Journal of Gender & the Law* 7, 85, 1997. Torrado, Susana: *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2003.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), “González y Otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.

Legislación

- ONU - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 16: “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”, E/C.12/2005/4, 2005.
- ONU - Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, Mujer y Salud 14, Doc. A, 54/38/Rev. 1, 1999.

C

LAS IMPLICANCIAS DE LA PENALIZACIÓN

PROBLEMAS DE LA PERSECUCIÓN PENAL DEL ABORTO

*Leonardo Pitlevnik**

1. Introducción

En nuestro país, toda mujer embarazada tiene la obligación de llevar la gestación a término salvo que se encuentre en uno de los supuestos liberatorios del artículo 86 del Código Penal. Si no ha sido violada o no está en riesgo su salud o su vida, la interrupción del embarazo se vuelve un acto clandestino, amenazado con la cárcel. De modo que su realización queda librada a las posibilidades de cada una, de acuerdo con su posición económica, el acceso a métodos sin riesgo y a un ambiente que asegure la reserva e intimidad necesarias y, por ende, la impunidad.

Una mujer italiana, alemana, portuguesa, canadiense, española, estadounidense o uruguaya,¹ en las mismas condiciones, puede concurrir a un servicio de salud y requerir una intervención médica mediante la cual acceder a un aborto temprano sin complicaciones sanitarias ni persecuciones penales. En sus países, ha sido el poder legislativo o el Poder Judicial quienes operaron para garantizar su derecho a decidir, ya sea previéndolo en la ley o poniendo un freno a las normas infraconstitucionales que pretendían el castigo.

La legitimidad en la Argentina queda limitada a los supuestos de interrupción del embarazo previstos en el artículo 86 del Código Penal antes descriptos y realizados por un médico con el consentimiento de la mujer. La interpretación jurisprudencial de esta norma era dispar, hasta la aparición del fallo F., A.L. de la CSJN (2012). El primero de los supuestos legales es aquel en el cual la continuación importaría un peligro para la vida o la salud de la mujer, siempre que ese peligro no pueda ser evitado de otro modo. El segundo supuesto se da cuando “el embarazo proviene de una violación o atentado al pudor de una mujer idiota o demente”.

Cuando esas interrupciones de la gestación han sido llevadas a los tribunales, se vieron muchas veces obstaculizadas o directamente impedidas por la demora en dar una respuesta que hiciera operativo lo que la ley manda o por interpretar que la ley no dice lo que dice. En otras oportunidades, se dio el caso de médicos que, cuando no presentaron algún reparo en función

* Juez de la Cámara de Apelación Penal de San Isidro. Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor regular de Derecho Penal en la UBA.

Agradezco la colaboración de Agustina Dopazo en la recopilación de jurisprudencia.

1. Para un cuadro del sistema punitivo del aborto, ver Bergallo (2012). Al momento en que se terminaba este trabajo, el congreso uruguayo sancionó la ley que legitima el aborto en las 12 primeras semanas.

de sus creencias, se mostraron poco dispuestos a someterse a una eventual persecución penal que verosímelmente podría ser motorizada por los mismos grupos que son capaces de llegar a la Corte para impedir la venta en farmacias de la píldora de anticoncepción de emergencia, conocida como “pastilla del día después” (2002). Las respuestas del Poder Judicial variaban entre quienes entendían que el pedido no era materia de decisión judicial, los que decidían en contra de la previsión legal o quienes haciéndolo a favor veían disuelto el resultado de su labor en la maraña de una cadena de jerarquías burocratizadas con las que el sistema recursivo puede llegar a ralentar las decisiones al infinito (Bergallo, 2012).

Conforme lo ha puesto de manifiesto la Corte en “F., A.L.”, la adopción de protocolos sanitarios permite evitar que cada nuevo caso de aborto no punible imponga el reinicio de una cadena que deposita a la mujer en la maraña de decisiones opuestas antes descripta. En dicho fallo, la mayoría de la CSJN exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para que la atención médica de los abortos no punibles no se vea obstaculizada por barreras de ningún tipo. La Corte señaló que las autoridades deberán:

contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida (CSJN, 2012).

En la sentencia se afirma, incluso, que para los casos de objeción de conciencia del personal sanitario deberá asegurarse el servicio para las mujeres que acuden a solicitarlo.

Lo cierto es que “F., A.L.” y toda la discusión anterior y posterior que gira en torno al artículo 86 del Código Penal se limita, en principio, a un número estadísticamente reducido de casos de aborto, pues no va más allá de las víctimas de abuso sexual y de las mujeres con riesgo en su vida o su salud. Paradójicamente, el avance, hasta ahora, se limita a hacer efectivo un derecho que nuestra ley penal prevé desde 1921.

2. El castigo de los casos por fuera del art. 86 del C.P.

A pesar de que los abortos clandestinos en la Argentina, según diversas estimaciones, ascienden a más de 400.000 al año (Pantelides *et al.*, 2007; Ramos, *et al.*, 2009),² ello no se traduce en un número significativo de procesamientos o condenas de mujeres, médicos y parteras que

2. Según la Guía Técnica para la atención integral de abortos no punibles del año 2010, elaborada por el Ministerio de Salud, ocurren unos 460.000 abortos inducidos por año. El número de hospitalizaciones por complicaciones de aborto en los establecimientos públicos del país en 2007 –sin distinción entre espontáneos y provocados– fue de 59.960. En el mundo se habrían producido en 2003 19,7 millones de abortos en condiciones de riesgo. Siempre según el documento del Ministerio de Salud antes mencionado, en la Argentina mueren alrededor de 80 mujeres por año a consecuencia de complicaciones de abortos inseguros (Ministerio de Salud, 2010).

participen de estas prácticas.³ Ciertamente es que el Estado castiga una escasísima proporción de delitos cometidos y que, incluso, le sería imposible hacerlo en todos los casos.⁴ Pero también es cierto que, en la medida que el derecho penal se dirige contra las conductas intolerables atrapadas en tipos legales, uno podría imaginar políticas razonables encaminadas a prevenir y castigar otro tipo de delitos, como los actos de corrupción, de violencia sexual o los homicidios.

Sin embargo, cuando hablamos de aborto, el escenario tiende a complicarse. La idea de un sistema preventivo policial destinado a evitar que las mujeres interrumpieran sus embarazos derivaría en situaciones, por lo menos, problemáticas. Señala Verónica Undurraga que, para una política de persecución de este tenor, es necesario un Estado conocedor de la existencia de embarazos con riesgo de ser interrumpidos, y con el poder de intervenir para evitar su consumación y aplicar una pena de prisión cuando se ha violado la ley (2012).

La privacidad que rodea la realización de un aborto y la existencia cada vez más extendida de métodos seguros que pueden ser autoadministrados obligaría fácilmente a un control estatal equiparable al descrito en los modelos de sociedad distópica en las clásicas novelas de ciencia ficción de mediados de la década del cincuenta, en las que la intimidad de las personas queda reducida a su mínima expresión, sino a la nada. Las agencias estatales necesitarían de medios de control y coacción que, luego de interferir en la intimidad de las mujeres, pudieran obligarlas a llevar a término las gestaciones no queridas y a vigilarlas en el ejercicio de sus derechos reproductivos. Undurraga refiere que una política de este tenor requiere de medidas de corte totalitario como las adoptadas por Ceasescu en la Rumania anterior a la caída del muro, donde las mujeres en edad fértil eran obligadas a realizarse exámenes ginecológicos periódicos para identificar embarazos y monitorearlos.

De este modo, se niega el derecho de la mujer a no convertirse en madre contra su voluntad, pues se la obliga a llevar una maternidad que rechaza. Para ello, en palabras de Ferrajoli, el Estado debe limitar la soberanía de la mujer sobre el propio cuerpo, que queda así sometido al control penal (Ferrajoli, 2011).

Salvo casos como el de la vieja dictadura rumana, lo que suele ocurrir en cuanto a la efectividad de la amenaza penal es mucho más pobre. El Estado fija la prohibición del aborto como norma general, pero no pone en funcionamiento su aparato para perseguirlo. Se contenta con afirmar su repudio moral concretizado en una formulación penal que amenaza a mujeres y médicos con la cárcel, pero luego son las mismas agencias públicas quienes se vuelven reacias a hacer efectiva esa amenaza.

Undurraga resalta esa falta de voluntad política y social de persecución de las mujeres que interrumpen sus embarazos, y cita, incluso, una decisión del Tribunal Constitucional de Portugal en la que no solamente se hace referencia a la excepcionalidad con la que llega a condenar una causa por ese motivo, sino a que cuando ello ocurre la reacción social es más de malestar que de aplauso (Undurraga, 2012).

No obstante, los operadores del sistema penal no terminan por decidirse a formular un explícito rechazo a la prohibición que en los hechos sostienen con escaso convencimiento. No se enrolan en la persecución real del aborto, pero tampoco se animan a aceptarlo.

3. Al respecto, ver también el trabajo de Hernán Olaeta, en este libro.

4. Acerca de la imposibilidad de perseguir todos los delitos, ver Pitlevnik (2008).

Según señala lúcidamente la mencionada autora chilena, los jueces son reacios a la declaración de inconstitucionalidad del castigo en el caso de interrupciones tempranas de embarazo porque cuando así lo hacen, se perciben a sí mismos como partícipes en la decisión que acarreará la muerte del feto (agrego que lo mismo suele ocurrir en los casos en que se les solicita su intervención bajo la forma de amparo cuando dicha interrupción está autorizada).⁵ No importa que la cifra de abortos clandestinos supere los cientos de miles al año, pues –conforme señala Undurraga– en el caso de las cifras anuales se trata de “fetos estadísticos cuya concreta existencia no estaba en conocimiento del Estado” (Undurraga, 2012: 104). En estas condiciones, sólo los autores están involucrados en esa eliminación de un feto. El Estado, en cambio, queda ilusoriamente despegado de esa práctica (Undurraga, 2011).

Conforme se mencionara, así como los jueces muchas veces prefieren no actuar previamente como actores legitimantes de abortos a realizar, también es cierto que luego no parecen muy dispuestos a aplicar a la mujer la pena prevista por el Código. La jurisprudencia más sensible a la situación de aquellas que afrontan la decisión de interrumpir un embarazo –quizás en consonancia con la mirada social reacia a la condena– las excluye del proceso penal con base en argumentos constitucionales ligados a las normas del proceso penal, no al ejercicio de los derechos de las mujeres.

3. De Natividad Frías a Baldivieso

El criterio al que se hace referencia en el apartado anterior es el que se proyecta desde el famoso plenario de la Cámara Nacional del Crimen del 26 de agosto de 1966 hasta la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada con relación a la persecución de personas que transportan drogas en su cuerpo (“mulas”), en la que expresamente se cita el plenario Natividad Frías y que es aplicable a los casos en los que mujeres recurren a ser atendidas a los hospitales públicos por un aborto clandestino, y muchas de las veces inseguro. La mirada empática hacia las mujeres que han decidido abortar contra el mandato legal se aprecia en diversos tramos de los votos de aquellos jueces que impiden su persecución penal. Me refiero no solamente al fondo de lo que deciden sino también a que la terminología utilizada y la descripción de la situación de esas mujeres es compasiva, de comprensión.

En el fallo inicial, es decir, en Natividad Frías, se afirma, entre otras cosas, la supremacía del instinto natural de la propia conservación de quien acude a un médico en demanda angustiada

5. Así, por ejemplo, puede verse de manera explícita en un voto del juez Negri, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien expresaba: “No hay norma en el derecho argentino que me autorice, como juez, a disponer la muerte de esta persona. Ni aun para salvar, eventualmente, a otra [...] Una exclusión de la pena como la que establece el artículo del Código Penal citado, vale como eso, como limitación al poder de punir, no como proclamación del derecho judicial de decidir la muerte de una persona por nacer” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2005). El caso citado se trataba de un supuesto en el que se había acreditado el riesgo de vida para la madre en caso de continuar con el embarazo. En consonancia con lo que se sostiene en este trabajo, en cuanto a que después son reacios a castigar, el mismo juez vota en otro expediente por la nulidad de las investigaciones generadas a partir de la denuncia de conformidad con la doctrina sentada en “Natividad Frías”.

de auxilio para su salud y su vida. Se menciona el superior derecho humano a la subsistencia ante una autoacusación impuesta por una necesidad insuperable. Se hace referencia a la grave situación dilemática de la mujer que solicita el auxilio médico para conjurar el peligro de perder la vida.

El criterio sentado en el plenario fue adoptado por diferentes tribunales superiores de provincia. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en causa P. 86.052, “E., A.T. Aborto”, menciona en su voto mayoritario (con cita expresa del famoso plenario) que la mujer llega al hospital buscando la atención de un médico, cuya misión fundamental es prestarle su auxilio. Menciona razones humanitarias y de respeto a la libertad individual (2006). Cuestiona que se ponga a la mujer en la disyuntiva de arriesgar “su propia vida por falta de atención médica a cambio del silencio del hecho”, y le exige una elección heroica violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional. Se pone de resalto el “inesquivable derrotero existencial, marcado por la necesidad de obtener auxilio médico” (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 2006). La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe se expidió el 22/12/2006, en la causa “D.R.B” en sentido similar con cita del fallo de la corte bonaerense y nuevamente, por supuesto, del de Natividad Frías.

El Superior Tribunal de Justicia de La Pampa refirió, en “S., M. C. - S. N. I. s/ Aborto”, el peligro de que las mujeres necesitadas de asistencia no acudan por temor a un hospital; mencionaba que una solución contraria sólo llevaría a encarcelar a las mujeres pobres, lo que sería una exhibición de una justicia draconiana e impiadosa frente a las necesitadas, ajena la “cosa humana”, lo que “es imprescindiblemente decisivo para una correcta o, mejor aún, para una justa solución interpretativa de este tema” (Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, 1996).

El Tribunal Superior de Formosa, para nombrar un último ejemplo, siempre con cita del famoso plenario, ha tenido en cuenta la demanda angustiada en auxilio de la salud o la vida de quien realizó maniobras abortivas y afirmó la primacía de la solidaridad hacia quien debe salvar su vida por sobre la persecución de los delitos.

La Corte Federal también, en “Baldivieso”, del 20 de abril de 2010, hizo suyos los términos de Natividad Frías cuando la mayoría citó expresamente párrafos de los votos de Frías Caballero y Lejarza en cuanto a que nos hallamos ante el “inhumano dilema: la muerte o la cárcel”. La Corte mencionó en abono de la tesis de la primacía de la dignidad de la persona, que nuestro orden constitucional es “claramente personalista”. Sostuvo también, criticando el inicio de un sumario en estas condiciones, que una investigación nacida de este escenario importaría la persecución de delitos “valiéndose de medios inmorales”, entendiéndose por tal “el inminente peligro de muerte” (CSJN, 2010).

Las palabras elegidas por los jueces y el tono con el que las mayorías se refieren a la mujer que ingresa a un hospital solicitando auxilio médico permiten apreciar una mirada que dista mucho de la que se refleja cuando se hace referencia a personas que hayan cometido otro tipo de delitos.

Y tienen razón los jueces en mantener esa mirada empática. No por nada el aborto es la primera causa de mortalidad materna en la Argentina y una de las tres primeras en América Latina.⁶

6. Ver el informe de la Relatoría sobre los derechos de la mujer, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Acceso a servicio de salud materno desde una Perspectiva de Derechos Humanos”.

Hay mujeres que mueren debido a que el temor a la amenaza penal las convence de no solicitar ayuda o de hacerlo tardíamente.⁷

Las resoluciones judiciales que siguen el criterio de la Cámara del Crimen porteña de 1966 y que cuarenta y cuatro años más tarde toma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, obviamente, importan un avance en el derecho de las mujeres a no ser perseguidas por interrumpir sus embarazos tempranos. Pero al mismo tiempo son funcionales al círculo de un Estado que prefiere no involucrarse. Los fallos consolidan la idea mencionada por Undurraga según la cual el Estado permanece ajeno a los cientos de miles de embarazos interrumpidos por año.

Tanto es así que, cuando las mujeres que han cometido un aborto punible acuden a las puertas de un servicio público a servir en bandeja las pruebas suficientes para una condena, el Estado prefiere excluirse de la escena fundando su posición en argumentos procesales. De modo que, si bien el Estado afirma estar interesado en la persecución y sanción de quienes realizan abortos, no lleva prácticamente ninguno a condena. La cantidad de sentencias contra mujeres que abortan es estadísticamente nula.⁸ Las razones, como siempre en todo, son múltiples: sostenimiento de una moral bifronte, dificultades en la persecución a quien decide en la intimidad y realiza un acto en su propio cuerpo, corrupción. Conuerdo con Undurraga en el papel principal asignado a la falta de voluntad, a esa sensación de injusticia ante la condena de la mujer que no desea convertirse en madre. Es por ello que una persecución que cuenta con la sencilla y directa vía probatoria de la historia clínica de un hospital público es desechada por los encargados de su juzgamiento. En estas condiciones, el Estado prefiere no perseguir.

En resumidas cuentas, hay una ganancia, pero también una considerable pérdida. En cuanto a la ganancia: de este modo se neutraliza al aparato represivo con su burocratizada y precaria lógica de castigos. En cuanto a la pérdida: se mantiene intocada la amenaza penal y con ella el modelo mítico de un Estado protector de la vida, que impide el acceso de las mujeres a servicios de salud para acceder a intervenciones seguras. La comunidad, poco afecta a perseguir este delito, se contenta en la voz de sus jueces con excluir a las mujeres del proceso penal. Pero continúa obligando a quienes en esa oportunidad no desean ser madres a recurrir a la clandestinidad para interrumpir los embarazos no deseados.

La consecuencia palpable de la ilegalidad del aborto es, como mencionaba hace ya mucho tiempo Gimbernat Ordeig, la imposición a las mujeres de escasos recursos que no desean continuar con su embarazo de recurrir a consultorios clandestinos carentes de la menor infraestructura sanitaria, meros especuladores sin conocimientos médicos, a la compra de medicamentos que no

7. El 21 de febrero de 2002 el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, por ejemplo, condenó por abandono seguido de muerte a la madre de una joven de 17 años que se había realizado un aborto sin que su familia lo supiera (luego de enterarse de la interrupción del embarazo a raíz de las complicaciones de salud de su hija, la imputada –una mujer analfabeta, proveniente de una zona rural de Bolivia– se había demorado en llevarla al hospital. Según se tuvo por probado quiso auxiliar a su hija pero temió la amenaza de prisión. Según surge de la sentencia habría dicho “mirá como está... no come..., qué hago?” y cuando se le aconsejó ir al hospital, la persona que había practicado el aborto “le dijo que no podía hacerlo pues irían presas” y que si llegaban a ir presas, la autora saldría porque tenía amigos policías, pero en cambio la madre quedaría detenida. Cuando la señora finalmente se decidió y llevó a su hija al nosocomio ya era tarde y la joven falleció en el hospital (Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, 2002).

8. Al respecto, ver el trabajo de Hernán Olaeta, en este libro.

tienen garantía de seguridad, a la falta de información acerca de cómo utilizar esos medicamentos, o a procedimientos solitarios con consecuencias desconocidas.⁹ Es decir, las empuja al callejón sin salida que deriva en Natividad Frías, caso en que el Estado rechaza el inicio de actuaciones penales “valiéndose de medios inmorales” como lo es la situación angustiante de perder la vida que el mismo Estado ha generado desde el artículo 85 del Código Penal.

4. El aborto consentido

La limitación del derecho a interrumpir el embarazo a mujeres que han sido violadas excluyendo los casos en los que se trató de relaciones consentidas importa, forzosamente, entender que en el segundo grupo, dicha interrupción no puede ser considerada como un derecho o, si lo es, no tiene una entidad suficiente como para ponerse en tensión con la vida afirmada a partir de la concepción. Aparentemente, sólo una violación permite hacer valer ese derecho a no ser madre. Quizás haya en esta barrera insalvable una proyección de cierta moral religiosa incapaz de adjudicar a la sexualidad otro sentido que el de la procreación.¹⁰

Lo cierto es que el reconocimiento de la existencia de vida intrauterina y la asunción de que el Estado debe protegerla no importa la necesidad recurrir al derecho penal. Sobre todo si se acepta que la evolución del feto habilita a diferentes grados de protección y si están en juego, como contrapartida, los derechos de autonomía e igualdad de las mujeres, también previstos en la Constitución (Bergallo, 2010).

De modo que se trata de una ponderación de intereses, entre el derecho de una mujer a decidir si continuará con él, con todo lo que ello significa, y el valor de la vida del embrión en las primeras semanas de vida. Es el valor incremental del embrión lo que habilita la interrupción temprana de los embarazos por la sola decisión de la mujer (Ferrante, 2011). La autonomía personal y la privacidad, entendidas en el marco de lo dispuesto por el artículo 19, operan en el mismo sentido (Faerman, 2008).

En este sentido, señala Ferrajoli que la maternidad bajo coacción interfiere en la soberanía de la mujer sobre su propio cuerpo, al trasladar esa soberanía al Estado, que se cree facultado para controlarlo. Una de las consecuencias de esta política es la imposición de abortos clandestinos a la inmensa cantidad de mujeres que resisten la amenaza penal (Ferrajoli, 2011).

El autor italiano, al afirmar el derecho de la mujer con independencia del origen del embarazo, señala que la vitalidad del embrión no supone atribuirle la calidad de persona, pues ello es un juicio de valor del cual no se puede deducir verdad o falsedad. Dice, además, que “el hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto, son personas”. Explica

9. Para la OMS, un aborto inseguro es “un procedimiento para finalizar un embarazo no deseado que realizan personas que carecen del entrenamiento necesario o que se lleva a cabo en un ambiente donde se carece de un estándar médico mínimo, o ambos” (2003: 12).

10. Si es inadmisibles entender a la sexualidad de otro modo que como placer o de adjudicar al acto sexual otro sentido y la única finalidad del coito es la procreación, resultaría inconsistente interrumpir un embarazo, pues importaría impedir al acto sexual cumplir con su única función.

que la procreación no es un mero hecho biológico sino también un acto moral de libertad. Sólo podemos anticipar el nacimiento de la persona a un momento anterior al parto, siempre que la mujer se quiera como “madre”, y piense y quiera al hijo como “nacido”. La procreación no sólo es un proceso biológico sino también “un acto de conciencia y voluntad”. La madre, además del cuerpo, da también forma de persona al feto, pensándolo como hijo. Para nacer, un hijo requiere de la decisión de la madre, es esta decisión la que lo conforma como la persona que será al nacer (Ferrajoli, 2011).

Los efectos de esta constitución de la vida intrauterina en persona a partir de la decisión de quien la está gestando, en mi opinión, pueden verse desde una perspectiva diferente en la tesis de los economistas Steven Levitt y John Donohue III. Los mencionados autores sostienen que la disminución de la criminalidad en la década del noventa en los Estados Unidos habría sido consecuencia del fallo “Roe vs. Wade” que, al haber permitido la interrupción voluntaria de embarazos, disminuyó el nacimiento de niños no deseados (Donohue y Levitt, 2001, 2004).¹¹ De ese modo, la alta tasa de criminalidad anterior habría estado condicionada, al menos en cierto grado, por la infancia y adolescencia de personas cuyo nacimiento les fuera impuesto a sus madres. Los jóvenes atrapados luego por el derecho penal provendrían de embarazos que fueron llevados adelante de manera coactiva por mujeres que no deseaban o no se sentían en condiciones de traer una persona al mundo. Siempre según la tesis de Levitt y Donohue III, el fallo de 1973 de la Corte Suprema de los EE.UU. habría beneficiado a aquellas mujeres que no estaban en condiciones económicas de acceder a abortos seguros; es decir, a las mujeres solteras, adolescentes y de sectores desaventajados; y provocó posteriormente una disminución de hijos no deseados cuya infancia también se habría visto atravesada por ese rechazo.¹²

Sin pretender con esto marcar un paralelo exacto y absoluto, lo cierto es que el deseo de no gestar el hijo que el Estado obliga a parir funciona como punto de unión entre la tesis de Levitt y Donohue III y la idea de Ferrajoli en cuanto al deseo de la madre como constructor de la calidad de persona del feto en su primera etapa. La simplificación del debate como si se tratara de defender o no la vida, y la idea de que el derecho penal es el único instrumento para defender esa vida, degrada otros componentes esenciales que no pueden dejar de ser valorados. Me refiero a la decisión de sostener un embarazo y dar a luz, el valor del vínculo materno filial, la gestación como proyecto de vida, el nacimiento como un momento de la trama familiar o social en la que el amor, el deseo o el proyecto de vida no pueden quedar fuera de la decisión estatal. Contra ellos atenta una gestación coactiva y una consecuente maternidad amenazada con prisión. Las políticas represivas destinadas a impedir la interrupción de embarazos tempranos no sólo se vuelven asfixiantes cuando intentan hacer efectivo el control sobre las decisiones

11. Ver también Levitt y Dubner (2010).

12. Se mencionan como otras consecuencias del fallo fueron la disminución radical de la tasa de infanticidios, la de los matrimonios obligados y la entrega de niños en adopción que, a su vez, dio lugar a la búsqueda de adopción de chicos en el extranjero. La tesis no puede ser entendida como la negación de situaciones diversas. Por ejemplo, un rechazo inicial al embarazo no tiene por qué ser un sentimiento que se mantenga para siempre. Aquello que las ideas de los autores mencionados traen al debate permite ver que obligar a una persona a gestar un hijo que no desea tener puede razonablemente ser el primer paso de un futuro que se desarrolle con el mismo modelo.

y los cuerpos de las mujeres, sino que además pueden proyectar sus efectos de un modo que quizás les termine dando la razón a los economistas antes mencionados. Volviendo al ejemplo de Ceausescu, cierto es que su activa política represiva en contra del aborto elevó notoriamente la cantidad de nacimientos por año. Pero también es cierto que el aumento de la población y la situación económica apremiante de Rumania se tradujo en problemas de nutrición, en el ascenso del índice de mortalidad infantil al 83 por mil, en que uno de cada diez niños naciera con un peso menor a 1,5 kg y en que se volvieran endémicos el abandono y la institucionalización de niños en condiciones muchas veces inhumanas. En 1989, 100.000 niños vivían en orfanatos y otras instituciones similares, y en los primeros años de la caída del régimen se produjo en Rumania un importante mercado informal en materia de adopción.¹³ La alternativa de prohibir sin perseguir –a la que termina reduciéndose la práctica en sociedades como la argentina– no impone un Estado policial ni se desmadra en fenómenos de niñez abandonada, mortalidad infantil o infanticidios.¹⁴ Se limita a mantener una suerte de equilibrio de abortos llevados a cabo fuera de la mirada estatal, que portan consigo el costo anual que se desploma sobre los cuerpos de mujeres de escasos recursos económicos y pocas posibilidades de acceder a un servicio de salud. Resulta llamativo que el ímpetu puesto sobre la respuesta penal no sea equivalente al esperable en la concreción de políticas cuyo efecto sería mucho más importante en la tutela de la vida en gestación.

El Estado podría, por ejemplo, implementar políticas destinadas a facilitar la concreción de un embarazo a término para aquellas mujeres que, por razones laborales o de precaria red social de contención, se encuentran fuertemente condicionadas para resolver a favor de esa continuidad. Undurraga cuestiona la pretensión de mayor eficiencia a las respuestas más invasivas y da como ejemplo contrario la norma que otorgó fuero maternal a las empleadas domésticas o las políticas de salas cunas públicas en Chile como instrumentos mucho más exitosos que la amenaza penal para disuadir contra la interrupción de embarazos. Basta recordar que en la Argentina, hasta el día en que se escribe este trabajo, las empleadas domésticas no gozan de licencia por maternidad.

5. Derivaciones del fallo “F., A.L.” en cuanto al aborto no punible

En el fallo “F., A.L.” la Corte ha dejado sentado el criterio interpretativo para el caso de violación, contemplado en el artículo 86 del Código Penal, así como las condiciones de acceso

13. En Rumania se prohibieron la educación sexual y la contracepción; los ciudadanos debían responder a cuestionarios que incluían preguntas sobre su vida sexual o las razones por las que no habían tenido hijos aún. En los orfanatos rumanos se encontraron niños atados a las cunas, que no sabían caminar porque habían sido mantenidos en sus cunas sin interacción con otras personas, o gravemente enfermos de sida (Bogard, 1991: 571; Ross, 2012: 179; Bartholet, 2009: 241; Atzet, 2010: 499).

14. La despenalización del aborto en las primeras semanas podría influir en la suerte de la figura del infanticidio. Barbara Huber menciona a la interrupción legal del embarazo como una de las circunstancias que habrían incidido en la baja de infanticidios en Alemania (2003). En sentido similar lo señalan Levitt y Dubner (2010).

a este y el resto de los abortos permitidos por la norma penal. Ello ha significado un avance a favor del aborto no punible y, al menos, parece dar buenas señales para ir un poco más allá.

En primer lugar, lo que a mi criterio sí puede extraerse del voto mayoritario del tribunal es que una ley que despenalizara la interrupción voluntaria del embarazo temprano no violaría el texto de la Constitución. No lo dice expresamente, se trata sólo de una inferencia, basada en que en ningún momento el tribunal afirma la necesidad de proteger penalmente la vida en gestación y en las citas de decisiones internacionales y doctrina que ha elegido para fundar su decisión.

Es un avance. Sobre todo, en comparación con la sentencia “El Portal de Belén” del 5 de marzo de 2002, en la que una mayoría del Tribunal conformado por jueces que hoy ya no lo integran entendió que la anticoncepción de emergencia era abortiva y por lo tanto debía ser prohibida, pues se trataba de una píldora que inhibe la implantación del óvulo fecundado. La misma que hoy se reparte gratuitamente en centros de salud oficiales.¹⁵

Sería demasiado decir que hoy el Tribunal afirma además la inconstitucionalidad de la persecución de cualquier mujer que decida poner fin a su embarazo temprano. Pero si uno quisiera ver señales de eso, podría pensar en lo sintomático que resulta que la única cita doctrinaria del fallo sea la de Carlos Nino, uno de los primeros filósofos del derecho que ensayó en nuestro país argumentos constitucionales en ese sentido. En su obra *Fundamentos de Derecho Constitucional* señalaba el valor de la autonomía de la mujer por sobre la vida del embrión, de un estatus moral diferente al del recién nacido (Nino, 2002).

También en ese sentido podría leerse la mención que hace el Tribunal al caso “Baby Boy” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1981) como fuente de interpretación, siendo este informe de la comisión el que afirmaba la conformidad de la despenalización del aborto con el texto de la Convención Americana. Allí se sostuvo que el derecho a la vida –previsto en el artículo 4 de ese instrumento internacional “estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción”– no suponía una prohibición de la despenalización de la vida sino que, por el contrario, el término “en general” fue incorporado para permitir legislaciones en la región que aceptaran el aborto no punible. Es por ello que, de acuerdo con el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la despenalización del aborto temprano en los EE.UU. no contradecía la Declaración Americana de Derechos Humanos ni la Convención Americana de Derechos Humanos, pues dichos documentos no obligan a los Estados a penalizar la interrupción de un embarazo.

En el fallo “F. A. L.” se citan también las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010) en las que, entre otras cosas, se afirma que “El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas” (CSJN, 2012).

15. El Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación incluye la entrega de insumos a las provincias para su distribución gratuita en los Centros de Atención Primaria y hospitales públicos, a solicitud de las/os usuarias/os, con asesoramiento o consejería especializada de “anti-conceptivos hormonales de emergencia”.

Si bien es cierto que la Corte ha coqueteado otras veces con discursos que luego no concretan las expectativas generadas, cierto es también que decisiones como “Portal de Belén” serían difíciles de aceptar con el esquema argumentativo de “F., A.L.”, y lo mismo podría decirse si se pretendiera argumentar la inconstitucionalidad de una ley que respete el derecho de las mujeres a interrumpir embarazos tempranos.

6. Test de embarazo, píldora y aborto

Las dificultades aparecidas luego del fallo de la Corte para hacer efectivo el derecho del grupo reducido de mujeres que se hallarían en los supuestos especialmente habilitados por ley para abortar parece dar cuenta de que en el campo jurídico queda todavía un trecho por recorrer. Como contrapartida, fuera del discurso normativo, el acceso a la interrupción de embarazos tempranos es cada vez más fácil y más seguro.

Conforme se apuntara a lo largo de este texto, una de las principales dificultades para perseguir la interrupción voluntaria de un embarazo temprano se debe a que ocurre en la intimidad, fuera del control de las agencias de persecución. Cuanto menos se necesite del servicio de salud de un Estado que, además, no se muestra interesado en intervenir, mayor es la posibilidad de que quienes deseen poner fin a una gestación cumplan con el objetivo sin salir de ese marco de intimidad.

Las mujeres pueden hoy saber si están embarazadas mediante procedimientos accesibles y fáciles. Hasta la década del sesenta del siglo pasado se acudía a pruebas como la del sapo. Entrado el siglo XXI, en cualquier farmacia se consigue un dispositivo para test de embarazo que puede ser realizado sin asistencia, en la soledad de un baño, y obtener una respuesta inmediata y confiable.

También los procedimientos abortivos han evolucionado. Ciertos medicamentos permiten hoy interrumpir un embarazo minimizando el riesgo para la vida o la salud de la mujer. De modo que en la medida en que se multipliquen métodos seguros y accesibles para comprobar la existencia del embarazo y ponerle fin, menor será el número de mujeres que acudan de urgencia a un hospital para salvar su vida luego de maniobras clandestinas riesgosas.

Con lo dicho no se trata de menospreciar la discusión jurídica. Por el contrario, el Estado debe reconocer el derecho que hasta ahora viene negado. Pero ello no contradice la verdad de una simple proposición descriptiva: cada día se cuenta con más recursos sencillos y autoadministrables para interrumpir embarazos a espaldas del poder penal y sin riesgo para la vida de la mujer.

De modo que, mientras que en el campo jurídico seguimos pugnando por el reconocimiento del derecho a interrumpir la gestación temprana, en los hechos el acceso a métodos seguros y garantizadores de la privacidad es cada vez más amplio. Aún así, todavía la pobreza y la marginalidad empujan a muchas mujeres a procedimientos que terminan poniendo en riesgo su vida y haciendo que una decisión muchas veces difícil, que debiera ser respetada por el Estado, se vuelva un acto delictivo e inseguro, solo realizable en la clandestinidad.

7. Final

La práctica de los tribunales de anular las actuaciones iniciadas por la comisión de abortos a partir de una denuncia a una mujer, que se practicó un aborto y que ingreso a un hospital solicitando atención médica. Estas sentencias, más allá del valor que puedan tener en cuanto a la interpretación del derecho procesal penal constitucional, deben también ser leídas en el contexto de una sociedad reacia a castigar este delito, no obstante proclamar en los papeles la necesidad de su tipificación legal.

Cuando el Estado se propone una activa política de persecución y castigo de los abortos consentidos, no solamente viola el derecho de las mujeres a decidir si continúan o interrumpen embarazos tempranos, sino que también puede adquirir formas de control altamente invasivas de la intimidad.

Además de esa vulneración de la intimidad, la persecución exitosa de los abortos ha generado en algunos Estados una serie de consecuencias entre las que se encuentran el aumento de infanticidios, de abandono de niños, la aparición de un mercado negro de adopción, mayor mortalidad infantil (Gruber *et al.*, 1999).

Finalmente, si bien se registra un aumento de medios accesibles y confiables para detectar embarazos e interrumpirlos tempranamente, la prohibición sigue empujando a muchas mujeres, principalmente a las de escasos recursos, a recurrir a medios clandestinos cuyas condiciones sanitarias suelen ser deficitarias y riesgosas. De esta manera, ese grupo poblacional es excluido del sistema de salud que sólo le abre sus puertas sin amenazas cuando la urgencia y la gravedad del caso no dejan a las mujeres otra alternativa.

Bibliografía

- Atzet, Ian: “Post-crisis actions to avoid international child trafficking”, en *Journal of Law and Family Studies*, N° 12, 2010.
- Bartholet, Elizabeth: “International adoption: the human rights position”, en *Practicing Law Institute Litigation and Administrative Practice Course Handbook Series Criminal Law and Urban Problems*, N° 220, 2009.
- Bergallo, Paola: “A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto”, en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*, Buenos Aires, ELA 2010.
- “El derecho como modelador de las decisiones reproductivas y los límites del giro procedimental”, en *Revista Derecho Privado*, Año 1, N° 1, 2012, pp. 207-270. Disponible en http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf120040-bergallo-derecho_como_modelador_las.htm
- Bogard, Howard E: “Who are the orphans? Defining orphan status and the need for an international convention on intercountry adoption”, en *Emory International Law Review*, N° 5, 1991.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a servicio de salud materno desde una Perspectiva de Derechos Humanos”, 2010.

- “Baby Boy”, Res. 23/81 del 6 de marzo de 1981. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>
- Donohue, John y Levitt, Steven: “The Impact of legalized abortion on Crime”, en *The Quarterly Journal of economics*, Vol. CXVI, N° 2, 2001.
- “Further Evidence that Legalized Abortion Lowered Crime - A Reply to Joyce”, en *The Journal of Human Resources*, Vol. XXXIX N° 1, University of Wisconsin, 2004. Dubner, Stephen y Levitt, Steven: *Freakonomics*, traducción de Andrea Montero, Madrid, Zeta, 2010.
- Faerman, Romina: “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en Roberto Gargarella (comp.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- Ferrajoli, Luigi: “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, traducción Perfecto Andrés Ibañez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, N° 44, 2002, pp. 3-12.
- Ferrante, Marcelo: “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en Paola Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011.
- Huber, Barbara: “El delito de infanticidio”, en *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, 2003.
- Ministerio de Salud de la Nación: *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, 2010.
- Nino, Carlos: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- Organización Mundial de la Salud, “Aborto sin riesgos, Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud”, Ginebra, 2003. MS.
- Pantelides, Edith; Ramos, Silvina; Romero, Mariana; Fernández, Silvia; Gaudio, Magalí; Gianni, Cecilia y Hernán Manzelli: *Morbilidad materna severa en la Argentina: Trayectorias de las mujeres internadas por complicaciones de aborto y calidad de la atención recibida*, Buenos Aires, CENEP / CEDES, 2007.
- Pitlevnik, Leonardo: “La lotería en Babilonia: cuando el castigo depende del azar”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, LexisNexis, 2008. .
- Ramos, Silvina, Bergallo, Paola. Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena: “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente en la política de derechos humanos en Argentina”, en CELS (ed.), *Derechos humanos en Argentina. Informe 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.
- Ross, Fred: “Abandoned babies’ rights in Romania today: causes of a failed system and proposed remedies”, en *Regent Journal of International Law*, N° 8, 2012. Undurraga, Verónica: “Construyendo un relato judicial en América Latina en torno al argumento de inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo”, en *El constitucionalismo en transición*, Buenos Aires, Librería, 2012.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, 2002.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Baldivieso”, 2010.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “C.P.d.P., A.K. Autorización”, 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “E., A.T. Aborto”, 2006. Supremo Tribunal de Provincia de Santa Fe, “D.R.B”, 2006.

Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, “S., M. C. – S. N. I. s/ Aborto”, 1996.

Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, expte. 468/01 STJ-SR, 2002.

POLÍTICA CRIMINAL Y ABORTO. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LO QUE NOS MUESTRAN, Y NO NOS MUESTRAN, LAS ESTADÍSTICAS OFICIALES EN MATERIA DE ABORTO

*Hernán Olaeta**

Analizar el problema del aborto a partir de información estadística proveniente de diferentes fuentes de información oficial nos permite conocer algunos aspectos relevantes de la cuestión, pero limitados al alcance y objetivo de cada agencia productora de datos. En ese sentido, es importante recordar el carácter limitado de las estadísticas oficiales ya que, como toda información, echan luz sobre algunos aspectos de la cuestión que abordan, pero no tanto sobre otros (Sozzo, 2003). Esta circunstancia hace que, sin perder valor, la interpretación de los datos deba llevarse a cabo teniendo presentes las ventajas y límites de cada agencia, lo que se relaciona con la propia función y competencia. Sin embargo, lo que señalan los datos oficiales no es un hecho menor ya que estos no solamente brindan importante información sobre la cuestión sino que, además, permiten poner de manifiesto el conocimiento que a través de sus registros tienen las agencias del Estado sobre la problemática. Este artículo focalizará en las miradas que surgen de la información de los sectores sector salud y justicia, lo que implica dos marcos de referencia y ámbitos de actuación diferentes que en algunos puntos se entrecruzan y permiten una lectura más enriquecedora.

En lo referente a la información de salud pública, se presentará un panorama general de la situación, repasando algunos datos que surgen de los registros oficiales acerca de mortalidad y morbilidad femenina. Por su parte, en relación con la información sobre el sector judicial, se presentarán datos sobre sentencias condenatorias dictadas en todo el país sobre el tema, con algunas particularidades acerca de las personas que recibieron las condenas, así como también se dará cuenta de la escasa información disponible sobre causas penales iniciadas por provincia.

Como surge de la información consultada, la realización de abortos representa un problema de política de salud y de política criminal. La actual respuesta penal a este problema no solamente resulta inoperante sino que es profundamente selectiva; es por eso que el artículo, a partir del estudio de la información que produce el Estado, apunta a apoyar el desarrollo de políticas públicas no punitivas en la materia, que hagan hincapié en el derecho de salud más que en la persecución penal.

* Director Nacional de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Jefe de Trabajos Prácticos de Criminología en la Universidad de Buenos Aires. Abogado por la Universidad de Buenos Aires, con una especialización en Derecho Penal de la Universidad de Palermo y una Maestría en Metodología de la Investigación Social en la Universidad de Bologna-Universidad Nacional de Tres de Febrero. Agradezco a Agustina Ramón Michel sus comentarios.

1. Datos del Ministerio de Salud

Según cifras de la Organización Mundial de la Salud (Rosso, 2007) la mitad de las gestaciones que ocurren en el mundo no son deseadas, y una de cada nueve mujeres se practica un aborto. CoSe estima que en la Argentina ocurren cerca de 500.000 abortos anuales. Este número surge de estudios llevados a cabo por Pantelides y Mario,¹ que siguen el método desarrollado por Singh y Wulf (1994), quienes toman los casos de hospitalizaciones por complicaciones derivadas de abortos (registrados como egresos hospitalarios) y les aplican un multiplicador para corregir ese número tomado sobre la base de encuestas a informantes clave de las que surge la posible proporción entre casos que presentan complicaciones dentro de los casos totales. A la vez, toman el método residual desarrollado por Johnston y Hill,² basado en Bongaarts (1982), que relaciona fecundidad real con fecundidad máxima teórica, prevalencia de uniones, uso de métodos anticonceptivos, abortos e infertilidad posparto, tomando los datos surgidos de estadísticas vitales y encuestas.

Para el cálculo en la Argentina usando los egresos correspondientes al año 2000, las encuestas de nutrición y salud del año 2005 y, además, algunas ponderaciones socioeconómicas, se plantean dos hipótesis respecto de los datos sobre egresos hospitalarios: que su calidad es aceptable y sólo se descuentan los abortos espontáneos, que son muy pocos; o bien que los datos ameritan un ajuste por el subregistro de abortos espontáneos (sobre la base de abortos espontáneos registrados en el segundo trimestre y los nacimientos). En la primera hipótesis, con un multiplicador de 6,8, aplicado a los 65.735 egresos hospitalarios registrados en el año 2000, se obtiene una suma de 446.998 abortos inducidos. Con la segunda hipótesis, multiplicando los 54.701 egresos hospitalarios, da por resultado 371.965 abortos.

Por otra parte, el método residencial para calcular la cantidad de abortos anuales (modelo Bongaarts utilizado por Johnston y Hill) utiliza cuatro variables limitantes de la fecundidad: la no exposición de las mujeres al riesgo de embarazo por no iniciación sexual, la utilización de métodos anticonceptivos, el aborto y la infertilidad posparto debido a la lactancia. Para conocer los valores existentes se consultaron datos de la Encuesta Nacional de Nutrición y Salud, y valores estandarizados de la Organización Mundial de la Salud. Sobre esta base se establece un valor estimado de 485.974 o 522.216 (de acuerdo con la tasa estimada de lactancia) abortos inducidos durante el año 2004.

Asimismo, hay datos que permiten inferir la cantidad de abortos inducidos y los lugares de mayor gravedad. En términos generales, la mortalidad materna, más allá algunos posibles problemas técnicos que presente (por ejemplo, subregistro), representa un dato inicial de interés y también permite observar la gran heterogeneidad existente en las distintas provincias argentinas. Así, por ejemplo, mientras el promedio nacional en el año 2005 era de 3,9; en Formosa alcanzaba el 16,9 y en La Rioja el 15.

Por otra parte, la Dirección de Estadísticas e Información sobre Salud (DEIS) del Ministerio de Salud de la Nación recopila información vinculada más directamente al tema que da cuenta

1. Mario y Pantelides (2009).

2. Johnston y Hill (1996).

de otros aspectos muy relevantes. En primer lugar, existen datos sobre defunciones por embarazo terminado en aborto, según grupo de edad y jurisdicción de residencia de las víctimas. De acuerdo con lo que surge de los últimos informes estadísticos, entre 2000 y 2010 fallecieron 904 mujeres por embarazos terminados en abortos inseguros (Cuadro 1). El pico mayor se registró en el año 2002, con una cifra de 100 muertes. La provincia de Buenos Aires es el lugar donde más casos se registraron durante los últimos 10 años, lo cual, obviamente, tiene que ver con la población residente en esa jurisdicción. Sin embargo, hay provincias que no tienen una población muy elevada y concentran un gran número relativo de casos. Por ese motivo es interesante analizar la tasa de fallecimientos cada 100.000 habitantes por provincia, de modo de comparar con mayor rigor las realidades de cada jurisdicción. A tal fin, teniendo en cuenta la baja cantidad de casos, se optó por calcular la tasa acumulada del período de observación (años 2000-2010), sabiendo que esta información debe ser interpretada con recaudo y privilegiando el aspecto descriptivo. De esta manera se observa que, teniendo en cuenta los casos acumulados en todo el período de análisis, la provincia de Jujuy es la que presenta la tasa más elevada de muertes (10,6), seguida por Formosa (9,7), La Rioja (5,6), Santiago del Estero (4,6), Salta (4,3) y Chaco (4).

Cuadro 1. Defunciones por embarazo terminado en aborto

PROVINCIA	Año 2000	Año 2001	Año 2002	Año 2003	Año 2004	Año 2005	Año 2006	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Total
Buenos Aires	16	16	30	22	26	22	30	23	23	32	31	271
Catamarca	0	2	3	1	0	2	1	3	0	2	0	14
CABA	4	0	2	1	3	0	1	1	1	1	2	16
Córdoba	0	3	5	2	6	4	6	3	2	6	3	40
Corrientes	2	1	1	2	10	4	1	0	0	2	1	24
Chaco	3	10	4	3	3	3	6	0	7	2	2	43
Chubut	1	0	0	3	1	0	1	1	1	0	0	8
Entre Ríos	1	2	1	4	2	0	1	2	4	2	0	19
Formosa	4	5	6	5	4	8	5	5	2	5	5	54
Jujuy	5	14	7	9	9	6	9	2	3	7	3	74
La Pampa	0	2	0	0	0	0	0	0	1	0	1	4
La Rioja	1	0	2	3	1	5	1	3	0	3	1	20
Mendoza	6	4	8	3	2	2	0	3	2	1	2	33
Misiones	2	0	3	2	0	5	5	3	6	2	2	30
Neuquén	0	1	0	0	2	2	0	2	0	1	1	9
Río Negro	1	1	2	0	1	0	0	1	0	0	0	6
Salta	6	7	6	8	3	5	5	7	0	4	4	55
San Juan	4	3	2	2	4	0	4	4	0	2	1	26
San Luis	0	2	0	1	1	2	4	1	0	2	0	13
Santa Cruz	0	1	1	1	0	1	0	1	0	0	0	5
Santa Fe	5	3	6	3	4	1	6	1	2	5	2	38
Santiago del Estero	3	6	3	3	6	3	1	3	5	6	2	41
Tierra del Fuego	2	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	3
Tucumán	6	9	7	5	6	4	6	4	3	1	4	55
No especificado			1					1			1	3
TOTAL PAÍS	72	92	100	83	94	79	93	74	62	87	68	904

En relación con la edad de las personas fallecidas (Cuadro 5), los grupos etarios que más casos agrupan son los que abarcan de 25 a 29 años (27%), de 30 a 34 años (20%), y de 20 a 24 años (19%). Es decir que el 66% de las mujeres fallecidas tenían entre veinte y treinta y cuatro años de edad. Más allá de remarcar estas tendencias generales, no debemos dejar de advertir la existencia, a lo largo de la década analizada, de seis muertes de niñas menores de 14 años de edad.

**Cuadro 2. Defunciones por embarazo terminado en aborto, según edad.
Total país. años 2000-2010**

Grupo etario												
PROVINCIA	Año 2000	Año 2001	Año 2002	Año 2003	Año 2004	Año 2005	Año 2006	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Total
De 10 a 14	0	1	1	0	2	0	1	0	1	0	0	6
de 15 a 19	8	6	7	7	7	8	7	10	7	8	3	78
de 20 a 24	16	21	19	16	14	11	13	21	12	15	13	171
de 25 a 29	12	26	25	21	24	28	28	19	17	24	18	242
de 30 a 34	23	15	17	23	22	17	19	12	9	16	13	186
de 35 a 39	8	12	22	14	18	11	18	7	11	17	14	152
de 40 a 44	4	11	7	2	7	3	7	5	4	6	4	60
45 y más	1	0	2	0	0	1	0	0	1	1	3	9
TOTAL PAÍS	72	92	100	83	94	79	93	74	62	87	68	904

Otra estadística elaborada por el Ministerio de Salud es sobre la cantidad y promedio de días de estadía de los egresos hospitalarios con diagnóstico principal al egreso *Aborto no especificado* o *Intento fallido de aborto* (Cuadros 3, 4 y 5). Aquí es importante realizar una aclaración técnica, ya que existen otros datos sobre el tema que tienen la misma fuente y pueden provocar alguna confusión. Algunos cuadros estadísticos del Ministerio de Salud, siguiendo la categoría de la CIE,³ incluyen la categoría “Embarazo terminado en aborto”, pero esta categoría no se limita a abortos provocados, sino que incluye también el denominado “aborto espontáneo” (embarazo que termina en un aborto no provocado) y el embarazo “ectópico” u “otro producto anormal de la concepción”. Por tal motivo, para reducir el margen de error se trabajó con las variables “aborto no especificado” e “intento fallido de aborto”, que son las categorías más próximas a los abortos efectivamente provocados. Si bien no existen datos consolidados de todos los períodos, existen cuadros para los años 2000, 2005 y 2009 que, aunque con ciertas salvedades en relación con la cobertura, permiten estimar algunas conclusiones importantes. En este sentido, podemos observar que en todos los años, la provincia de Buenos Aires ha sido la que registra el mayor número absoluto de egresos con una notable diferencia en relación con las otras. Así,

3. La Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades (CIE) es una categorización que realiza la Organización Mundial de la Salud, que determina la categorización y codificación de las enfermedades, al igual que los síntomas, hallazgos anormales, denuncias, circunstancias sociales y causas externas de daños. Esta clasificación se utiliza internacionalmente con fines estadísticos relacionados con la morbilidad y la mortalidad, con los sistemas de reintegro y con los soportes de decisión automática en medicina; lo cual permite la comparación internacional de la recolección, procesamiento, clasificación y presentación de las estadísticas.

por ejemplo, en el año 2000, dicha provincia agrupaba el 44% del total de egresos registrados en el país; y en el año 2005, ese porcentaje alcanzó el 55%. Lamentablemente, la falta de datos completos para el año 2009 impide constatar esta tendencia (así y todo, el porcentaje parcial de Buenos Aires alcanza el 35% del total del país). Sin embargo, nuevamente trabajando con tasas cada 100.000 habitantes, el panorama cambia. Debido a las limitaciones técnicas que presentan los datos, se ha trabajado únicamente con aquellos correspondientes al año 2000, que son los más completos; y se ha podido constatar que en este período los índices más elevados de egresos los presentan las provincias de Salta (396 cada 100.000 personas), La Rioja (367), Jujuy (306), Formosa (214) y San Juan (211). Es decir que existe una alta coincidencia entre los distritos con mayor tasa de mujeres fallecidas por abortos y los de mayor índice de egresos hospitalarios con diagnóstico de aborto.

En lo referente al promedio de días de estadía, según surge en los años sobre los que se tienen datos, las mismas superaban los dos días en promedio. Esto, además de dar cuenta sobre el alcance de los casos efectivamente ocurridos, implica un costo de salud importante que debe afrontar el Estado. Tomando como referencia el año 2000, es posible observar que hay jurisdicciones que tienen índices algo superiores al promedio, como San Juan (2,7 días de estada), Mendoza (2,6) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2,6); y otras que están por debajo del promedio nacional, tales como Río Negro (1,7), y Tucumán (1,8). Por otra parte, si observamos los datos correspondientes al año 2009, estos arrojan un promedio a nivel nacional de 2,1 días de estadía, y se destacan, entre las jurisdicciones que superan este índice, los casos de Santiago del Estero (3,9 días de promedio), San Juan (2,7), Tucumán (2,4) y Catamarca (2,4). Por su parte, entre las jurisdicciones con menos días de estadía promedio, se destacan Tierra del Fuego (1,3), Santa Cruz (1,4) y La Rioja (1,4).

Cuadro 3. Cantidad y promedio de días de estada de los egresos hospitalarios con diagnóstico principal al egreso Aborto no especificado o Intento fallido de aborto (O06-O07). Según jurisdicción de residencia y grupos de edad. Año 2000

(cuadro en página siguiente)

Fuente: DEIS, 2012

Nota: Algunas jurisdicciones no remitieron la información correspondiente al año 2000. Por lo tanto, fue sustituida por los últimos archivos disponibles, a saber:

Del año 1999, las provincias de San Luis y Tucumán.

Tierra del Fuego no remitió archivo alguno posterior a 1995. Por lo tanto, se incorporó el archivo 1995 a los fines de conformar el total del país, asignándole la categoría de “causa de morbilidad desconocida o no especificada”.

Provincia de residencia	Total	Edad										Promedio de días de estadía*	Población	Tasa
		10 a 14	15 a 19	20 a 24	25 a 29	30 a 34	35 a 39	40 a 45	45 y más	Sin especificar				
Total	57.718	412	8.167	15.801	13.310	9.529	6.450	2.981	483	585		2,3		
CABA	3.304	19	334	851	934	588	362	150	19	47		2,6	2.776.138	119,0142565
Buenos Aires	25.166	156	3.340	6.789	5.643	4.258	2.938	1.444	255	343		2,4	13.827.203	182,0035476
Catamarca	631	3	72	201	149	108	63	30	5	0		2,4	334.568	188,6014203
Córdoba	2.648	9	381	694	618	441	321	153	23	8		2,3	3.066.801	86,34404384
Corrientes	1.619	11	270	431	362	262	154	107	11	11		2,1	930.991	173,9007144
Chaco	1.579	22	330	478	307	224	136	61	13	8		2,1	984.446	160,3947804
Chubut	418	3	79	124	79	68	41	23	0	1		2,4	413.237	101,1526073
Entre Ríos	1.096	20	198	291	231	159	123	51	13	10		2,4	1.158.147	94,63392816
Formosa	1.042	8	172	300	218	171	103	61	8	1		2,2	486.559	214,1569676
Jujuy	1.871	14	265	598	468	283	165	64	9	5		2,4	611.888	305,7749131
La Pampa	328	4	50	89	78	48	42	16	1	0		1,9	299.294	109,591238
La Rioja	1.063	7	161	356	260	152	94	28	2	3		1,7	289.983	366,5732129
Mendoza	1.063	7	147	292	257	166	131	54	9	0		2,6	1.579.651	67,293334518
Misiones	1.612	25	244	443	322	271	185	96	18	8		2,0	965.522	166,95632
Neuquén	473	1	81	136	109	72	52	19	2	1		1,9	474.155	99,75640877
Río Negro	593	5	92	145	127	82	67	26	6	43		1,7	552.822	107,2678005
Salta	4.277	35	657	1.128	1.074	711	447	184	21	20		2,0	1.079.051	396,3668075
San Juan	1.311	5	186	349	361	212	145	48	4	1		2,7	620.023	211,443769
San Luis	761	4	115	216	163	110	103	42	8	0		2,1	367.933	206,831135
Santa Cruz	350	0	51	93	113	55	25	10	3	0		2,1	196.958	177,7028605
Santa Fe	2.184	22	387	565	448	352	279	105	26	0		2,4	3.000.701	72,782999304
Santiago del Estero	1.535	14	197	443	372	253	157	63	11	25		2,3	804.457	190,811939
Tucumán	2.376	17	300	677	526	413	270	122	15	36		1,8	1.338.523	177,5090902
Tierra del Fuego	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0		-	101.079	0,989325181
Otros países	82	0	12	25	10	16	11	7	1	0				
Lugar no especificado	335	1	46	87	80	54	36	17	0	14				

Cuadro 4. Cantidad y promedio de días de estada de los egresos hospitalarios con diagnóstico principal al egreso Aborto no especificado o Intento fallido de aborto (O06-O07). Según jurisdicción de residencia y grupos de edad. Año 2005

Provincia de residencia	Total	Edad									Promedio de días de estada*
		10 a 14	15 a 19	20 a 24	25 a 29	30 a 34	35 a 39	40 a 45	45 y más	Sin especificar	
Total	50.131	370	7.574	13.202	11.655	8.228	5.657	2.778	465	202	2,1
CABA	3.403	8	310	927	834	644	443	197	40	0	2,2
Buenos Aires	26.319	174	3.815	6.763	6.076	4.444	3.127	1.510	253	157	2,1
Catamarca	576	2	89	154	147	88	64	29	3	0	2,2
Córdoba	1.257	8	234	311	298	197	116	75	15	3	1,9
Corrientes	1.703	8	340	416	374	261	173	107	13	11	2,2
Chaco	1.693	22	326	510	394	217	150	54	20	0	1,9
Chubut	343	7	62	91	92	54	27	9	1	0	2,2
Entre Ríos	1.228	14	230	334	278	160	133	70	4	5	2,0
Formosa	887	6	147	272	172	143	98	44	5	0	2,2
Jujuy	1.716	19	277	456	413	299	175	72	5	0	2,3
La Pampa	358	4	57	103	64	67	31	28	4	0	1,8
La Rioja	1.010	8	167	303	236	152	90	42	6	6	1,7
Mendoza	2.056	14	320	517	462	347	241	129	26	0	2,2
Misiones	448	1	83	114	93	74	42	33	7	1	1,9
Neuquén	489	3	69	123	112	94	59	26	3	0	1,5
Río Negro	388	3	82	110	83	55	34	17	3	1	2,3
Salta	11	0	2	4	2	3	0	0	0	0	-
San Juan	690	4	92	163	169	136	81	38	6	1	2,9
San Luis	829	10	115	254	189	120	82	47	10	2	2,0
Santa Cruz	291	0	36	77	74	49	25	23	6	1	1,8
Santa Fe	1.971	36	365	485	467	269	211	119	17	2	2,2
Santiago del Estero	2.115	16	315	626	533	300	214	94	11	6	2,0
Tucumán	7	0	2	1	1	1	1	1	0	0	-
Tierra del Fuego	70	1	9	17	13	13	14	3	0	0	1,4
Otros países	36	0	5	11	7	4	4	3	2	0	
Lugar no especificado	237	2	25	60	72	37	22	8	5	6	

Fuente: DEIS, 2012

Nota: Algunas jurisdicciones presentan problemas de cobertura. Las provincias de Salta y Tucumán no remitieron la información correspondiente al año 2005. La provincia de Tierra del Fuego remitió sólo la información de uno de sus establecimientos.

Nota: *Para el cálculo del promedio de días de estada se excluyeron los casos con más de 150 días de estada, dado que se consideran outliers.

Cuadro 5. Cantidad y promedio de días de estada de los egresos hospitalarios con diagnóstico principal al egreso Aborto no especificado o Intento fallido de aborto (O06-O07). Según jurisdicción de residencia y grupos de edad. Año 2009

Provincia de residencia	Total	Edad									Promedio de días de estada*
		10 a 14	15 a 19	20 a 24	25 a 29	30 a 34	35 a 39	40 a 45	45 y más	Sin especificar	
Total	35.914	335	6.024	8.995	7.688	6.062	4.005	1.945	327	533	2,1
CABA	2.465	7	263	692	568	469	293	151	22	0	2,3
Buenos Aires	12.457	76	1.962	3.111	2.566	2.037	1.428	686	130	461	2,1
Catamarca	548	10	76	158	118	100	54	27	4	1	2,4
Córdoba	1.235	11	154	295	297	211	149	82	19	17	1,9
Corrientes	1.474	18	271	330	324	263	160	88	13	7	2,0
Chaco	1.595	34	371	379	335	238	154	73	10	1	1,8
Chubut	408	3	78	92	95	74	41	24	1	0	1,7
Entre Ríos	3	0	0	0	1	1	1	0	0	0	-
Formosa	828	17	204	196	157	128	83	37	6	0	2,1
Jujuy	1.325	12	243	368	298	220	130	47	7	0	2,3
La Pampa	298	3	50	81	68	51	26	18	1	0	1,6
La Rioja	248	4	45	55	55	43	30	15	1	0	1,4
Mendoza	1.865	12	310	480	382	296	218	138	29	0	2,0
Misiones	995	7	186	232	204	150	113	57	10	36	2,1
Neuquén	397	4	59	110	84	73	47	19	1	0	1,8
Río Negro	277	4	52	79	47	44	28	18	5	0	1,6
Salta	2.905	35	532	729	692	502	290	116	8	1	1,9
San Juan	631	4	126	112	147	106	79	49	8	0	2,7
San Luis	629	7	100	157	130	99	87	38	11	0	1,9
Santa Cruz	526	8	71	135	110	99	75	21	6	1	1,4
Santa Fe	1.234	24	265	278	244	225	134	52	11	1	2,1
Santiago del Estero	1.544	17	296	392	340	252	159	80	5	3	3,9
Tucumán	1.041	14	187	263	221	205	105	37	9	0	2,4
Tierra del Fuego	174	0	20	45	39	36	20	13	1	0	1,3
Otros países	44	1	7	10	10	10	5	1	0	0	
Lugar no especificado	768	3	96	216	156	130	96	58	9	4	

Fuente: DEIS, 2012

Nota: Algunas jurisdicciones presentan problemas de cobertura. No se incorporó la información de la provincia de Entre Ríos. La provincia de Buenos Aires presenta alrededor del 80% de cobertura, la provincia de Misiones presenta alrededor del 90% de cobertura, la provincia de Córdoba presenta alrededor del 80% de cobertura y la provincia de Río Negro presenta alrededor del 85% de cobertura.

Nota: *Para el cálculo del promedio de días de estada se excluyeron los casos con más de 150 días de estada, dado que se consideran outliers.

2. Datos del Registro Nacional de Reincidencia

El Registro Nacional de Reincidencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos elabora una estadística anual sobre sentencias condenatorias dictadas por los tribunales con competencia penal de todo el país. De acuerdo con lo que surge de la Ley 22.117, las sentencias penales deben ser informadas al Registro y, sobre esta base, dicho organismo debe elaborar informes estadísticos anuales que son publicados por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Si se analiza el período comprendido entre los años 2000 y 2010, se observa que hubo 171 personas condenadas por el delito de aborto en cualquiera de sus figuras (Cuadro 6). En primer lugar, es necesario mencionar que, entre las figuras penalmente más graves, se destacan los 40 casos de condenas por aborto seguidos de muerte, en particular en la provincia de Buenos Aires, donde hubo 22 condenados. Esa provincia, con 54 personas condenadas, junto con Santa Fe (35) y Córdoba (20), son las que presentan valores generales más elevados. Si los datos se calculan sobre la base de la población, las provincias con tasas más altas son Tierra del Fuego, Catamarca, San Luis, Santa Fe y Neuquén. Es decir, no se observa una coincidencia con las jurisdicciones donde se registran mayores índices de fallecimientos o egresos hospitalarios derivados de un aborto. En efecto, el sistema de justicia penal parece manejarse no solamente de manera reducida sino también sin evidente relación con la situación de salud pública de cada distrito. De todas maneras, es interesante profundizar acerca de los casos que tuvieron una respuesta penal para conocer más en detalle algunas características.

A tal fin, también tomando como fuente al Registro Nacional de Reincidencia, se recabó información sobre los tipos específicos de delito que tuvieron una condena penal, sobre la edad y sexo de las personas que sufrieron la condena y, además, sobre la pena impuesta (Cuadros 7 a 21). Pero antes de analizar estos datos es importante realizar una aclaración metodológica debido a que, si bien se trata de valores escasos, no existe una coincidencia entre la cantidad total de personas condenadas (datos comentados anteriormente) y los que surgen de las desagregaciones por tipo de delito. Esta diferencia radica en que hay personas que fueron condenadas por más de un delito relacionado con el aborto, razón por la cual son incluidas en diferentes subtotales según la figura penal. En ese sentido, los datos que se presentan en los cuadros, al haberse consultado la base registrada según el tipo de delito, pueden incluir información de una misma persona si es que esta fue condenada por más de una figura. De allí que el número total de condenados resulte levemente inferior a la suma de condenas por tipo de delito; por ejemplo, una persona puede registrar una condena por aborto seguido de muerte y otra por aborto cometido por profesional y suma en los dos casos. También se ha constatado que las categorías delictivas utilizadas en los informes estadísticos fueron cambiando a lo largo de los años, lo que complicó el análisis de tendencia histórica.

Cuadro 6. Sentencias condenatorias por abortos

Provincia	Año 2000	Año 2001	Año 2002	Año 2003	Año 2004	Año 2005	Año 2006	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Total
Buenos Aires	2	1	6	9	7	6	3	2	5	5	8	54
Catamarca				3	1				1			5
CABA	2	1	4								1	8
Córdoba		4	3	6		2	2		2		1	20
Corrientes											1	1
Chaco					1			1				2
Chubut												0
Entre Ríos			2									2
Formosa				1				2				3
Jujuy			2									2
La Pampa					2				1			3
La Rioja												0
Mendoza	1								1	1		3
Misiones					1				1			2
Neuquén				2	1	2						5
Río Negro	1			1			1					3
Salta	1							2	1			4
San Juan							1					1
San Luis		1		2						2		5
Santa Cruz												0
Santa Fe	6	2	7	7	3	2		2	1	2	3	35
Santiago del Estero	3	1				1						5
Tierra del Fuego			1				1					2
Tucumán		2		2	1			1				6
TOTAL PAÍS	16	12	25	33	17	13	8	10	13	10	14	171

Condenas por aborto (sin especificar tipo)

Total país - Años 2000-2010

Cuadro 7. Sexo de los condenados

	Cantidad
Masculino	34
Femenino	65
Sin datos	0
Total	99

Cuadro 8. Tiempo de condena impuesto

	Cantidad
4 años o más	15
De 3 a 4 años	26
De 2 a 3 años	11
De 1 a 2 años	44
1 año o menos	3
Sin datos	0
Total	99

Cuadro 9. Edad de las personas condenadas

	Cantidad
De 18 a 24	19
De 25 a 34	18
De 35 a 44	14
De 45 a 64	12
De 65 o más	5
Sin datos	31
Total	99

Con estas salvedades metodológicas podemos observar que, entre el año 2000 y 2010, existe información sobre 99 condenas dictadas por el delito de “Aborto” en general, sin mayor especificación; 38 condenas dictadas por “Aborto consentido”; 42 condenas por “Aborto seguido de muerte”; 9 condenas por “Aborto preterintencional”; 6 por “Aborto sin Consentimiento”; y una, caratulada como “Aborto cometido por Profesional”.⁴

Del total de condenas registradas dentro de la categoría genérica de “Aborto” (Cuadros 7, 8 y 9), surge que el 66% de ellas recayó sobre mujeres y que la mayoría de las personas condenadas tenía entre 18 y 34 años de edad (54% de los casos). Asimismo, en la mayor cantidad de casos se impuso una condena de entre uno y dos años (45%) o mayor de tres años (41%).

La siguiente categoría que más casos registra es la de sentencias condenatorias caratuladas como “Aborto seguido de muerte” (Cuadros 13, 14 y 15). En este caso, también prevalecen las mujeres, incluso en forma más preponderante, ya que alcanzan el 79% de las condenas. En relación con la edad, existe un alto número sin registro, y se destaca, dentro de los pocos casos sobre los que se tienen información, la franja etaria que va de los 45 a los 64 años. Las condenas que más prevalecen son las que impusieron más de tres años de privación de libertad (59%).

4. Lamentablemente la forma en la que estas condenas fueron informadas y/o cargadas en la base de datos no permite una desagregación más adecuada, existiendo una evidente superposición de categorías de un año a otro y una falta de rigurosidad en los criterios utilizados. De todas maneras, resulta de interés analizar la información que surge de esta clasificación, ya que da cuenta de las personas involucradas en los procesos y la respuesta penal.

Para la categoría “Aborto consentido” (Cuadros 10, 11 y 12), si bien representa un menor número de casos, el porcentaje de mujeres condenadas es aún mayor, dado que llega al 84%. La franja etaria que se destaca es la que abarca personas de entre 18 y 34 años (68%). Asimismo, la mayor parte de las penas impuestas resultan de entre uno y dos años (63%).

Las otras categorías incluyen muy pocos casos, por lo que no ameritan un análisis detallado. De todas maneras, debe destacarse que las nueve condenas por aborto preterintencional, las tres por aborto sin consentimiento y la única registrada como aborto cometido por profesional recayeron en varones (Cuadros 16 y 18).

Condenas por aborto consentido
Total país - Años 2000-2010

Cuadro 10. Sexo de los condenados

	Cantidad
Masculino	6
Femenino	32
Sin datos	0
Total	38

Cuadro 11. Tiempo de condena impuesto

	Cantidad
4 años o más	1
De 3 a 4 años	7
De 2 a 3 años	5
De 1 a 2 años	24
1 año o menos	1
Sin datos	0
Total	38

Cuadro 12. Edad de las personas condenadas

	Cantidad
De 18 a 24	11
De 25 a 34	6
De 35 a 44	2
De 45 a 64	6
De 65 o más	0
Sin datos	13
Total	38

Condenas por aborto seguidas de muerte
Total país - Años 2000-2010

Cuadro 13. Sexo de los condenados

	Cantidad
Masculino	9
Femenino	33
Sin datos	0
Total	42

Cuadro 14. Tiempo de condena impuesto

	Cantidad
4 años o más	11
De 3 a 4 años	13
De 2 a 3 años	8
De 1 a 2 años	7
1 año o menos	2
Sin datos	1
Total	42

Cuadro 15. Edad de las personas condenadas

	Cantidad
De 18 a 24	1
De 25 a 34	4
De 35 a 44	5
De 45 a 64	14
De 65 o más	1
Sin datos	17
Total	42

Es importante señalar que el alto porcentaje de condenas recaídas en mujeres representa una tendencia completamente inversa a la que registra en términos generales el sistema de justicia penal. En efecto, tradicionalmente, la mayor parte de los imputados en procesos penales, así como también de sentenciados y privados de libertad, son varones. Así, por ejemplo, durante el año 2010, el 93% de las sentencias condenatorias dictadas en todo el país recayeron en varones. De modo que esta inversión tan drástica en el perfil de las personas que sufrieron una condena penal en casos de aborto muestra un grado de selectividad penal muy marcado. Existen algunas particularidades, como por ejemplo, que el único caso en el que hay más varones que mujeres

condenadas es el aborto preterintencional, lo que, si bien se basa en pocos casos, puede estar relacionado con conductas de violencia doméstica. De lo que no caben dudas es de que existe un perfil de personas más susceptibles de ser captadas por el sistema penal y que esto, lejos de estar relacionado con el aspecto más cuantitativo y genérico del problema, se vincula a la propia selectividad de la respuesta penal.

Condenas por aborto preterintencional
Total país - Años 2000-2010

Cuadro 16. Sexo de los condenados

	Cantidad
Masculino	9
Femenino	0
Sin datos	0
Total	9

Cuadro 17. Tiempo de condena impuesto

	Cantidad
4 años o más	5
De 3 a 4 años	1
De 2 a 3 años	2
De 1 a 2 años	1
1 año o menos	0
Sin datos	0
Total	9

Cuadro 18. Edad de las personas condenadas

	Cantidad
De 18 a 24	1
De 25 a 34	3
De 35 a 44	0
De 45 a 64	0
De 65 o más	0
Sin datos	5
Total	9

Condenas por aborto sin consentimiento
Total país - Años 2000-2010

Cuadro 19. Sexo de los condenados

	Cantidad
Masculino	3
Femenino	3
Sin datos	0
Total	6

Cuadro 20. Tiempo de condena impuesto

	Cantidad
4 años o más	2
De 3 a 4 años	4
De 2 a 3 años	0
De 1 a 2 años	0
1 año o menos	0
Sin datos	0
Total	6

Cuadro 21. Edad de las personas condenadas

	Cantidad
De 18 a 24	1
De 25 a 34	1
De 35 a 44	0
De 45 a 64	0
De 65 o más	0
Sin datos	4
Total	6

3. Datos judiciales de algunas provincias

La inexistencia de un sistema nacional de estadísticas judiciales que establezca la cantidad de causas penales iniciadas por provincia impide conocer los casos de abortos que se judicializan

anualmente en todo el país. Sin embargo, encontramos algunas referencias puntuales en determinados distritos que dan cuenta, aunque en forma parcial, de este tema.

En primer término, la Procuración General de la Nación posee un registro estadístico sobre la cantidad de expedientes que se inician por año en el ámbito de la Justicia Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De acuerdo con lo que surge de dichos reportes, durante el año 2011 se iniciaron en la justicia nacional de instrucción 40 causas judiciales (24 de ellas, caratuladas como “aborto con consentimiento de mujer”; 6, como “aborto sin consentimiento de mujer”; 4, como “aborto profesional punible”; y 3, como “aborto simple”). En el año 2010 se iniciaron 33 causas, mientras que en el año anterior habían sido 50. De años anteriores existen algunos datos pero no provenían del actual sistema estadístico (Fiscalnet) y presentaban algunas inconsistencias que atentaban contra la rigurosidad mínima que debería tener la información.

Por su parte, el Centro de Estudios y Proyectos Judiciales del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba ha publicado datos de interés sobre causas ingresadas por el delito de aborto en el departamento de Córdoba Capital durante los últimos años.⁵ En los cuadros se percibe claramente la escasa cantidad de expedientes iniciados por estos delitos a lo largo de todos los años. Desde el año 2001 hasta el 2011 nunca se superaron los siete casos por período. Para contextualizar esta cifra es importante destacar que, por ejemplo, durante el año 2001 ingresaron en el departamento Capital 58.051 sumarios; en particular, los casos de delitos contra las personas fueron 5209.

También de acuerdo con información parcial (ámbito Capital) provista por la Oficina de Estadística de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza (OLAP), entre los años 2000 y 2009 se iniciaron 158 causas judiciales por aborto propio, pero solamente una fue elevada a juicio en el año 2007. En el mismo período hubo 17 expedientes iniciados por aborto profesional y 47 iniciados por aborto por aborto por empírica o partera/o.

Lamentablemente, no existe mayor cantidad de información oficial proveniente de los poderes judiciales. De una consulta realizada a la Junta Federal de Cortes surgieron algunos datos parciales, como los del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán, que informó que en el año 2011 se iniciaron 15 casos por abortos. Pero a la falta de tradición en el ámbito judicial de contar con sistemas de información estadística se suma la especificidad del tema y el poco ejercicio en el acceso a la información de las agencias del sistema penal.

De todas maneras, como se ve, no existe una elevada cantidad de causas judiciales iniciadas por este tipo de delitos. Se trata de figuras previstas en el Código Penal que presentan una elevada cantidad de “cifra negra”, debido a la escasa cantidad de denuncias efectuadas.

4. Conclusiones

La información registrada por las fuentes oficiales de Salud y Justicia permite elaborar algunas conclusiones importantes en relación con el problema del aborto en la Argentina. En primer término, sobre la base de la información que surge del sistema de salud se puede ponderar la

5. Ver en http://www.justiciacordoba.gob.ar/cepj/_Institucional/publicaciones.html

magnitud de la cuestión y algunas características, como las zonas con mayor cantidad de casos, o las características de las personas involucradas. Por otra parte, la falta de información judicial ya de por sí indica algo, pero además, lo poco que existe también permite sacar ciertas conclusiones. En particular, la escasa cantidad de sentencias condenatorias y lo sesgado de los casos marcan claramente no sólo la falta de respuesta penal, sino lo selectivo de la reacción.

En efecto, la respuesta del sistema de justicia penal tan ínfima en relación con la dimensión del problema parece mostrar la falta de una política criminal en la materia o, mejor dicho, la ejecución de una política de no intervención estatal sistemática por medio de la persecución penal. De este modo, podemos concluir que esta omisión implica, en los hechos, una decisión de abordar el problema desde una perspectiva no punitiva, lo que nos llevaría a afirmar que la modificación legal de la penalización del aborto, ampliando el margen de no punibilidad, no traería consecuencias prácticas en el ámbito de la justicia penal muy diferentes a la situación actual. Sin embargo, es necesario un sinceramiento por parte de los actores políticos que legitime esta situación que ya se insinúa en la práctica penal pero que, a pesar de carácter minoritario y limitado, aún trae consecuencias dañinas para un gran número de mujeres de sectores vulnerables de la población.

Pero además, la limitada respuesta penal no guarda relación con lo que muestran los indicadores de salud en lo que se refiere a la distribución geográfica. De esta manera, repasando la información que surge de las estadísticas de salud, observamos que las jurisdicciones con tasas más altas de defunciones por embarazo (acumulado 2000-2010) son Jujuy (10,6), Formosa (9,7), La Rioja (5,6), Santiago del Estero (4,6), Salta (4,3) y Chaco (4). Asimismo, las tasas más elevadas por egresos hospitalarios por abortos (Año 2000) las agrupan Salta (396 cada 100.000 personas), La Rioja (367), Jujuy (306), Formosa (214) y San Juan (211). Como se ve, existe una relación entre ambos indicadores, en particular en la reiteración que tienen los distritos de Salta, Jujuy, Formosa y La Rioja. Por su parte, si se observan las tasas de condenas dictadas por provincia, si bien se trata de muy pocos casos, ninguna de las jurisdicciones con índices mayores aparece entre las que mencionamos (se destacan las provincias de Tierra del Fuego, Santa Fe, San Luis y Catamarca).

Pero que la actuación del sistema de justicia penal sea escasa y no focalice en los lugares identificados por el sistema de salud como prioritarios, no impide que sea selectiva. Esto se percibe claramente en alguno de los datos presentados, de los que surge, por ejemplo, que la mayor cantidad de condenas penales recae en mujeres, hecho que rompe con la lógica del sistema penal argentino.

Además, el hecho de que se trate de poca cantidad de casos los que llegan a una condena penal no le quita dramatismo, ya que detrás de cada causa penal hay una historia de vida y una necesidad de justicia; ni tampoco evita la crítica de fondo hacia la falta de una política clara en la materia. Así, parece existir un doble discurso alarmante, ya que se sostiene por mandato legal un reproche a una conducta que en la práctica no persigue a todos, y esta prohibición produce, entre otras cuestiones, la desprotección de aquellos que se ven afectados. Así, el sistema de justicia penal, una vez más, termina estigmatizando y castigando a un determinado perfil de personas; en este caso, mujeres de escasos recursos.

Por otra parte, recientemente se ha visto un avance en el tratamiento del tema desde una perspectiva diferente a la penal, que amerita una mayor consideración. En este sentido, y simplemente a modo ilustrativo, podemos mencionar la sanción de la ley y el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, al igual que la sanción de diferentes leyes provinciales en esa línea. Esto produjo un incremento de la cantidad de centros de atención con prestaciones en materia de salud sexual y reproductiva, un aumento del acceso a métodos anticonceptivos y la realización de distintas campañas de comunicación y sensibilización sobre el tema, junto con una mayor capacitación a equipos de salud. También se han sancionado otros instrumentos normativos, como la Ley 26.130 de métodos quirúrgicos de contracepción, la Ley 26.150 de educación sexual, y la Ley 26.171 de aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que marcan otros caminos a seguir en relación con el tema, más allá de la respuesta penal.

Por último, a modo de reflexión final, es importante recordar que existen distintas iniciativas y proyectos de ley, en diferentes instancias parlamentarias y administrativas, sobre despenalización del aborto. Es de esperar que la discusión de estos proyectos no deje de lado el análisis de la información que elabora el Estado, y que esta sirva para el diseño de una política pública eficaz y respetuosa de los derechos humanos en la materia que trascienda el aspecto puramente normativo.

Bibliografía

- Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina: “El aborto no punible en el derecho argentino”, Buenos Aires, CEDES, FEIM, IPPF-RHo, 2009.
- Bongaarts, John: “The fertility-inhibiting effects of the intermediate fertility variables”, en *Studies in Family Planning*, Vol. 13, N° 6/7, 1982,
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (ed.): “Del reconocimiento a la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en Argentina”, en CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2010*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- Cicourel, Aaron y Kitsuse, John: “A Note on the Uses of Oficial Statistics”, en *Social Problems*, Vol. II, N° 2, 1963. Chaer, Sandra (coord.): *El aborto en la prensa gráfica argentina. Monitoreo de 10 casos*, Buenos Aires, Artemisa Comunicación, 2000.
- Daniel, Claudia: “El Estado argentino y sus estadísticas. El derrotero de un largo proceso de institucionalización (1964-1968)”, en *Illapa—Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, Año 2, N° 5, Buenos Aires, 2009.
- *Un imaginario estadístico para la Argentina moderna (1869-1914)*, Buenos Aires. Cuadernos del IDES, 2009.
- Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: *Informe sobre Sentencias Condenatorias*. Años 2000-2010 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012.

- Dirección de Estadísticas e Información en Salud del Ministerio de Salud, *Informes de Estadísticas Vitales*, Años 200 a 2010. Ministerio de Salud, 2012
- Foucault, Michel: *Seguridad, territorio y población*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Human Rights Watch: *¿Derecho o ficción? La Argentina no rinde cuentas en material de salud reproductiva*, Buenos Aires, HRW, 2010.
- Johnston, Heidi Bart y Hill, Kenneth H.: “Induced abortion in the developing world: indirect estimates”, *International Family Planning Perspectives*, Vol. 22, N° 3, 1996.
- Mario, Silvia y Pantelides, Edith: “Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina”, en *Notas de Población N° 87*, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.
- Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena: “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente en la política de derechos humanos en Argentina”, en CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.
- Rosso, Graciela: “El aborto en la Argentina hoy”, en *Mora N° 13*, Buenos Aires, 2007.
- Singh, Susheela y Wulf, Dreide: “Niveles estimados de aborto inducido en seis países latinoamericanos”, *International Family Planning Perspectives*, número especial, 1994.
- Sozzo, Máximo: “Pintando a través de números. Fuentes Estadísticas de conocimiento y gobierno democrático de la cuestión criminal en Argentina”, en *Critica Penal*, Buenos Aires, 2003.

LAS RAZONES DETRÁS DE LAS RAZONES DE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO

*Mariana Ripa**

1. Introducción

Tomo como punto de partida el acuerdo básico y necesario que implica la defensa de la vida humana; no obstante, planteo que en muchas oportunidades, las discusiones que se dan en torno al aborto exceden la defensa del valor vida y apuntan al sostenimiento del poder del patriarcado sobre las mujeres.

En este trabajo intento señalar algunas cuestiones jurídicas e indagar sobre lo que percibo como las verdaderas razones, en su mayoría encubiertas, para sostener la penalización, bajo el dogmático fundamento del derecho a la vida del nonato.

En esta oportunidad no discurriré sobre el comienzo de la vida, hecho sobre el que no existe opinión científica unánime y que no contribuye –ni modifica– el análisis de las razones detrás de las razones de la prohibición de la interrupción temprana de la gestación. Entiendo que la protección de la vida en general no implica contradicción alguna con un criterio favorable respecto del aborto voluntario. En este punto, debo mencionar que lo que se conoce como la postura “provida” interpreta el sistema jurídico y los derechos de un modo estrecho y diferencial, soslayando en todos los supuestos los derechos y garantías de las mujeres, mostrando un absoluto desprecio por ellas.

Especialmente, me interesa abordar el derecho y principio rector de “la libertad” sobre el que se estructura el sistema de derechos humanos, específicamente a la autonomía y dignidad. Este conjunto de derechos resultan violados reiteradamente cuando su titular es una mujer. Vale decir que la situación señalada ha sido aceptada socialmente con naturalidad.

De modo que, quienes rechazan el debate de la legalización del aborto, basándose en el axioma del derecho a la vida, tienen una percepción discutible acerca del derecho argentino y carecen de la necesaria perspectiva de género como herramienta de análisis. Por esta razón, propongo, utilizando la categoría de género, vislumbrar un catálogo de variables, que sin dudas deben ser tenidas en cuenta al abordar el tema del aborto. Así podremos notar cómo el sexo se transforma

* Fundadora de la ONG “Ñuque Cuyen-Madre Luna”, integrante de la Alianza Nacional de Abogadas por los Derechos Humanos de las Mujeres, consultora externa del Fondo de Acción Urgente de América Latina, e integrante de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Abogada por la Universidad de Buenos Aires.

en un obstáculo para el ejercicio de derechos básicos, sumado a la situación socioeconómica y cultural de quien intenta ejercerlos, que se agrava con aquellos prejuicios que subyacen en los discursos dominantes sobre la mujer.

Por lo expuesto es que resulta necesario dar el debate respecto de la legalización del aborto, si aspiramos a constituirnos en una sociedad que verdaderamente respete, proteja y efectivice los derechos humanos del conjunto.

2. La vinculación entre derechos humanos y el derecho al aborto

A partir del reconocimiento de los derechos de las mujeres como parte integrante del sistema de derechos humanos, puede plantearse que la permisión legal de la interrupción de la gestación se torna una medida protectora que garantiza los derechos a la vida y a la salud de las mujeres, en un primer análisis, pero esencialmente se vincula a los derechos a la libertad, a la autonomía y dignidad. Estos derechos les son reconocidos a todos los seres humanos, en el marco de tratados y convenciones internacionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad. En tal sentido, la protección de los derechos antes mencionados resulta conminatoria para el Estado argentino.

Si bien en los tratados de derechos humanos no encontraremos referencia al tema del aborto en forma textual, lo cierto es que a partir de una interpretación ajustada a los principios orientadores y fundantes de dichos instrumentos, podremos encontrar la fuente de donde abreviar para afirmar que el acceso al aborto es un derecho para las mujeres. Los derechos mencionados en el presente trabajo surgen del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. También han sido de gran valor las recomendaciones u observaciones de los comités, como autoridades de interpretación de dichos instrumentos.

Por lo tanto, resultará útil vincular las características típicas de los derechos humanos en general que son compartidas por los derechos de las mujeres, en referencia a la penalización de la interrupción del embarazo.

Todos los seres humanos, por el sólo hecho de haber nacido, gozan de los mismos derechos –“universalidad de los derechos humanos”–; no obstante se presentan algunas necesidades específicas en razón de las especiales características de la mujer, que la posicionan como destinatarias de una protección distintiva, respecto de los derechos sexuales y reproductivos, en tanto es la mujer la única que podría ver vulnerados algunos sus derechos, a título de ejemplo, por un embarazo no deseado.

En este sentido, y a pesar de su universalidad, los derechos humanos han surgido bajo una mirada masculina-dominante; así, hace relativamente poco tiempo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos comenzó a referirse específicamente a los derechos humanos de las mujeres en particular. Esto se debe atribuir a los movimientos de mujeres que han reclamado por la inclusión de los intereses y necesidades del género, a fin de interpretar y dar dimensión efectiva a los derechos incluidos en los instrumentos internacionales.

A título de ejemplo, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, al presentar su informe ante la Asamblea General, dedica un capítulo a examinar la protección de las mujeres contra la tortura, y en ese contexto ha referido que “El Comité contra la Tortura también ha señalado que las mujeres también son particularmente vulnerables cuando se adoptan decisiones en materia de reproducción y manifestando inquietud por los ordenamientos jurídicos internos que restringen rigurosamente el acceso al aborto voluntario en los casos de violación” (Naciones Unidas, 2008).

La CorteIDH ha sostenido que los Estados Partes tienen la obligación de “respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal” (Tojo, 2010: 37).

Respecto del tema abordado, la libertad de la mujer –que se reconoce en la autonomía para adoptar decisiones sobre el curso que llevará su vida– se relaciona con el derecho a continuar o interrumpir la gestación; es decir, con la posibilidad efectiva de llevar a la práctica su decisión.

En otros términos, la imposición estatal respecto de la prosecución de un embarazo se revela como una violación a la libertad y la autonomía de la mujer lo cual constituye un castigo físico y psicológico, contrario al derecho internacional y nacional, y es una afrenta a la dignidad humana de la que sólo es víctima la mujer, en tanto es la única que tiene la capacidad gestante. En el marco del Comité de Derechos Humanos se ha señalado que “las conductas que con mayor frecuencia son reconocidas como tratos crueles, inhumanos y degradantes, y en consecuencia como violatorios del derecho a la dignidad, son aquellas que fuerzan a las mujeres a adoptar comportamientos en su vida reproductiva contra su voluntad, como el embarazo forzado, la negativa a proveer servicios de aborto terapéutico, la terminación forzada del embarazo y, particularmente, la continuación forzada del mismo” (González Velez, 2008: 111).

De la “indivisibilidad de los derechos humanos” como principio rector del sistema se desprende que no pueden garantizarse unos derechos a costa de otros. Por ello, no es válido el argumento que la mujer debe sacrificar su vida, su salud o su dignidad llevando adelante una gestación no deseada en pos de defender la vida del feto.

Los derechos de las mujeres se ven afectados cuando, en contra de su decisión, se les impone de modo externo la carga de proseguir con una gestación bajo su exclusivo riesgo y costo, lo cual enfrenta a las mujeres a situaciones propias de la gestación en contra de sus voluntades.

Se infringe también la característica de “intransferibilidad de los derechos humanos”, desde el momento en que se le exige a la mujer renunciar a algunos de sus derechos fundamentales en favor del nonato, cuando esto surge como una imposición externa, y se transforma, entonces, en un acto de violencia.

Los derechos humanos son también “interdependientes”, y ello es fundamental en relación con el aborto como derecho de las mujeres, ya que implica que para acceder a un estándar de vida digno, se requiere del máximo goce de los derechos y cuando se viola un derecho humano, se resiente el conjunto.

En esta línea de razonamiento, si los derechos humanos conforman un sistema de derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes, entonces deben adoptarse –como principios

de interpretación y resguardo en materia de violencia de género– la igualdad, la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de la persona. Por ello considero que la imposición de llevar a término una gestación, en resguardo del nonato, restringe el derecho de la mujer a acceder a ese estándar de vida digna.

Se ha sostenido que:

Más allá de las normas vinculantes y de los avances en la arena internacional y nacional, abordar la violencia contra las mujeres como un problema de derechos humanos nos remite a recuperar ciertos principios básicos, relacionados con los ideales de libertad e igualdad entre los seres humanos. En cierto sentido, dichos principios representan el espíritu originario de los derechos humanos y, por ende, estipulan criterios que guían su operacionalización, aun cuando su formulación no se encuentre plasmada como tal en el articulado de los tratados internacionales de derechos positivos (Faur, 2008: 31).

En el marco de los argumentos esgrimidos, en cuanto a lo que implica para la mujer la imposición de una gestación, aparece como irrazonable sostener la penalización del aborto, por resultar contraria a una interpretación armónica y respetuosa de los derechos humanos en el ámbito nacional. Los diferentes derechos mencionados que se encuentran en conflicto cuentan con distintos grados de protección jurídica. En este sentido, se ha manifestado que:

la legislación puede establecer distintos niveles de protección de la vida intrauterina. La protección de ese valor aumenta a medida que la vida en gestación evoluciona [...]. Los criterios para fijar ese momento son disputados, pero en cualquier caso, la protección de la vida intrauterina a partir de ese momento nunca podría garantizarse mediante el reconocimiento de un derecho absoluto o constante que evite su ponderación frente a los derechos de las mujeres también en juego (Bergallo, 2012: 292).

En este punto, resulta sustancial señalar que la protección y los intereses relacionados al embrión se incrementan a medida que avanza la gestación, cuya garantía llega a su punto máximo al tiempo de nacimiento con vida. En la misma proporción, pero de modo inverso, el grado de libertad y de autonomía de la mujer va disminuyendo a medida que la gestación avanza.

Resulta imprescindible entonces incluir en el análisis los arts. 16 y 19 de nuestra Carta Magna, ya que dichos artículos consagran los principios de igualdad, libertad, reserva, dignidad y autonomía. Estos principios y derechos deben ser justipreciados en consonancia con los instrumentos internacionales y, con base en estos parámetros, es que considero que la decisión de interrumpir o proseguir con una gestación debe originarse en la decisión de conciencia de la mujer, en consonancia con su libertad, autonomía y dignidad.

Con gran agudeza se ha señalado que “la punición del aborto es el único caso en que se penaliza la omisión no ya de un simple acto [...] sino de una opción de vida: la que consiste en no querer convertirse en madre [...] la penalización del aborto sustrae a la mujer la autonomía sobre su propio cuerpo, y con ella su misma identidad de persona, reduciéndola a cosa o instrumento de procreación sometida a fines que no son suyos” (Ferrajoli, 2002: 8-9).

2. Las razones detrás de las razones de la penalización del aborto

Más allá de los argumentos jurídicos expuestos, existen cuestiones de mayor peso que las jurídicas para quienes sostienen la penalización del aborto, y las que denomino como “las razones detrás de las razones”.

Resulta sencillo percibir las repercusiones que irradia la adopción de determinadas decisiones estatales, pero cuando estas se vinculan con los derechos humanos de las mujeres, se debe avanzar sin hesitaciones en el cumplimiento de las obligaciones a las que se ha comprometido el Estado, que debe revisar, en su caso, la normativa interna, y modificarla, de ser necesario, para garantizar la adecuada protección de los derechos de las mujeres.

A modo de contextualizar desde dónde interrogo y la razón de algunas de las respuestas esbozadas, es que preciso que “el género es una manera primaria de significar relaciones de poder” (Pujal, 2007: 66), y es también una categoría de análisis de las relaciones sociales.

Las relaciones de poder tal y como se han construido en nuestras sociedades forman una de las principales causas de desigualdad entre mujeres y hombres, y ello impacta directamente en el ejercicio de los derechos. Si bien estas relaciones de poder tienen incidencia en la totalidad de derechos de la mujer, se agudizan cuando se trata de los derechos sexuales y reproductivos.

Estas definiciones resultan de relevancia para dar la discusión sobre las razones para la legalización del aborto, ya que las reflexiones que de allí surjan deben efectuarse desde una perspectiva de género. Esto contribuirá a comprender cómo la continuación forzada de un embarazo afecta y/o profundiza las condiciones de vida de una mujer e incide en el conjunto de sus derechos.

En los supuestos en que se fuerza a una mujer a proseguir con la gestación, se la somete a tratos crueles e inhumanos o degradantes, se la obliga a modificar su plan de vida. Se quiebra el centro de sus intereses, se le causa sufrimiento moral y físico, se la transforma en instrumento de procreación. Por ello, cuando hablamos de dignidad, estamos hablando también del aborto voluntario, así “el respeto debido a la dignidad humana obliga a tener en cuenta la voluntad de quienes no se ven capaces de seguirse aceptando a sí mismos bajo determinadas condiciones” (Camps, 2009: 152). Al tratarse la maternidad de una “condición” con suficiente peso como para hacer variar el curso de la vida de una persona para siempre, sostengo que en todos los casos debe ser una opción para la mujer y nunca una imposición.

Conjeturo que desde aquellos sectores en los que se sostiene con mayor virulencia la prohibición del aborto se construye una oposición rígida a la legalización, bajo pretextos que como único objetivo apuntan a mantener inmaculados aquellos postulados y normas arraigadas en una sociedad que deshumaniza a las mujeres, más que el interés declamado, que es el de preservar el valor vida. Cuando desde distintos espacios se abre el debate y nos interrogamos en relación con el aborto, comienzan a agitarse fantasmas, mitos y prejuicios en cuanto al lugar ancestral de las mujeres en el *statu quo* de la sociedad patriarcal, sostenido en concepciones socioculturales del rol reproductivo atribuido a las mujeres. Exactamente en este punto es cuando surge en el imaginario social el temor al ejercicio del derecho a la libertad y la amenaza de las mujeres decidiendo sobre sus vidas y más específicamente sobre sus cuerpos, lo cual ha sido vedado desde tiempos lejanos.

De modo que el cuerpo de las mujeres ha sido un territorio sobre el cual se ha ejercido y se ejerce el dominio masculino; así, en las guerras: “los cuerpos de las mujeres son transformados en trofeos de estas cruzadas, colonizados no sólo con el propósito mismo del abuso y la violación, sino y primordialmente para demostrar, dónde descansa el dominio” (Iglesias del Río, 2011: 200).

Uno de los modos de manifestar la vulnerabilidad de las mujeres se da en la falta de autonomía para adoptar decisiones elementales, que a la vez, es una forma de discriminar a la mujer, al ubicarla en un lugar de subordinación; todo lo cual afecta a la vez su libertad.

Es necesario relacionar el derecho al aborto con la autonomía física, que puede definirse como: “la capacidad de las mujeres de vivir una vida libre de violencia y de decidir sobre su salud y sexualidad. El derecho a voz y voto de las mujeres sobre su cuerpo, su vida y los recursos que necesitan son condiciones necesarias para la redistribución de responsabilidades en el ámbito privado y la ampliación de oportunidades en la esfera pública” (Chiarotti, 2010: 12).

A fin de internalizar la importancia que reviste para las mujeres el derecho al aborto debe vincularse con la dignidad humana, la que “puede definirse como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y no cabe duda que la salud es un valor imprescindible para el desarrollo humano, con una vinculación íntima con el derecho a la vida” (Liberatori, 2011: 40).

Es importante mencionar que: “Al decir que la condición humana tiene dignidad, que la persona es autónoma y libre para decidir que hacer con su vida, y que las personas, debido a esa capacidad fundamental, merecen respeto, no estamos describiendo lo que ocurre, sino lo que debería ocurrir” (Camps, 2009: 149).

Estas definiciones resultan apropiadas para describir cómo, desde determinados sectores, se flexibilizan los estándares de exigencia y garantía, cuando se vinculan a los derechos de las mujeres y especialmente al cuerpo de ellas, que por otra parte, es lo que las torna vulnerables, en cuanto a la capacidad reproductiva y su vinculación con la penalización del aborto.

En función de lo hasta aquí expuesto estimo que las normas que penalizan la práctica del aborto deben ser abrogadas, por resultar violatorias a los derechos humanos de las mujeres, además de ineficaces. La penalización no ha logrado proteger el bien jurídico que declama resguardar y coloca en situación de vulnerabilidad a las mujeres que desean interrumpir la gestación.

La imposición de una gestación o de su prosecución es, sin dudas, un acto de violencia contra la mujer y ofende a la dignidad humana, la despersonaliza, la sitúa en el lugar de objeto, silenciándola.

Durante siglos, las mujeres fueron consideradas incapaces jurídicamente. Si bien esa incapacidad jurídica fue superada a través de la legislación, aún permanecen resabios en lo social que obstaculizan el ejercicio de los derechos de las mujeres.

Resulta gravitante resaltar el lugar de la mujer como sujeto de derecho, opuesto al paradigma de objeto portador. Un sujeto con capacidad de definir si desea interrumpir la gestación o avanzar en ella y hacerse responsable por cualquiera de las opciones adoptadas. Debe tomarse en cuenta lo profundo del impacto que en la vida de la mujer importa decidir llevar adelante un embarazo; esto se multiplica y agrava exponencialmente cuando se transforma en una imposición estatal mediante la penalización del aborto. Este accionar estatal deja de lado las circunstancias específicas por las que atraviesa esa mujer en ese momento, y puede obedecer a innumerables razones

de salud física (una mujer diabética que no desea poner en peligro su salud), psíquica (depresión e intentos de suicidio que no le permitirán desempeñar una maternidad saludable, social (más hijos e imposibilidad de alimentación o educación o una oportunidad de desarrollo profesional y laboral única. Cuestiones o circunstancias como las señaladas son evaluadas habitualmente ante un embarazo no buscado; a partir de este punto, algunas mujeres deciden hacer prevalecer su maternidad y aunque el embarazo no haya sido buscado, se transforma en una opción aceptable. Pero igual respeto merecen aquellas para las cuales resultan de mayor peso los efectos en su salud física, psíquica o social, y que optan por la interrupción de la gestación. En este punto me interpele sobre la legitimidad democrática del poder estatal aplicado a la prohibición del aborto; y la respuesta a la que arribo es la misma: ante un conflicto de tal envergadura, este debe definirse mediante la decisión de conciencia de la mujer, y no por una imposición externa.

Una norma es efectiva cuando la sociedad la hace propia y se identifica con ella; y claramente, en el caso de la punición del aborto, ello no ocurre.

Intuyo que la ilegalidad del aborto puede provocar un efecto tranquilizador en la conciencia social, imponiendo un plan de vida para la mujer, pero desentendiéndose de las consecuencias para ella –durante el embarazo y su vida futura– y también del producto de la gestación –en el caso de su nacimiento con vida– de la persona y de la calidad de vida que tendrá en el futuro esa niña/niño no deseado. El conjunto de reflexiones esbozado en el presente trabajo confronta a uno de los mayores y más naturalizados sistemas de dominación que ha tenido el mundo, el patriarcado, de acuerdo con el cual el rol de la mujer ha estado ligado esencialmente a la reproducción. Es en este sentido que el derecho al aborto es resistido más allá de las permisiones jurídico–normativas actuales, ya que dentro del sistema patriarcal se le asigna a la mujer determinado rol reproductivo con un valor superior a cualquier otro, incluso a ella misma en su calidad de persona titular de derechos inalienables, y es en este contexto que deben comprenderse las reacciones de algunos sectores por mantener el *statu quo*. Considero interesante repasar la idea de maternidad ya que: “La maternidad tal como la trata la sociedad y la religión, deshumaniza a las mujeres, mientras el aborto las humaniza. Un embarazo visto como si fuese natural sin tener en cuenta el pensamiento, la emoción y las relaciones con esa capacidad biológica reproductiva que tienen las mujeres. Estar a favor de la elección aún cuando un embarazo se anuncia tiene que ver con el aborto y también con la maternidad” (Alanis, sin fecha).

3. Experiencia en la provincia de Chubut

Si bien la experiencia desarrollada en la provincia del Chubut se refiere al aborto no punible, considero que a efectos de escudriñar las cuestiones de género que atraviesan la temática, resumirla acá resultará de utilidad. Así al tiempo que se debatía la Ley XV N° 14, cuyo objeto es garantizar el acceso oportuno y en condiciones de igualdad a la interrupción de la gestación en los casos de aborto no punibles, en las discusiones surgían distintas presunciones y temores, basados en prejuicios en relación con las situaciones que se presentarían con la implementación de la ley y la tan temida “libertad de las mujeres” en cuanto al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

La idea de dominación patriarcal se encuentra prendida en amplios sectores de nuestra sociedad, así que al avanzar en el ejercicio de los derechos de las mujeres, implica necesariamente romper con esa lógica, según la cual se sanciona a las mujeres cuando no cumplen con las expectativas de su identidad de género, puntualmente en el rol de reproductivo que se les asignó ancestralmente.

Merece la pena señalar que en las comisiones legislativas se debatía la implementación de un derecho que las mujeres poseen desde el año 1921, que es el caso del aborto no punible, reconocido en el Código Penal (art. 86) y que aún hoy, inconcebiblemente, se discute en otros Estados provinciales, aún con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso FAL (CSJN, 2012), lo cual claramente se contrapone con un Estado de Derecho.

La temática del aborto está severamente atravesada por la mirada patriarcal y en tal sentido

Sucede que en el debate acerca del aborto, la controversia remite a un cuestionamiento radical del modo en que es pensado el orden social y el poder, dado que pone en escena la problemática de la discusión moral (y religiosa) y su deslizamiento hacia lo jurídico, interpela al orden patriarcal, remite a la inequidad de género, desnuda las problemáticas de la salud reproductiva, reformula la dimensión de lo público y lo privado, explicita la escisión placer/reproducción, pone entre paréntesis el modelo de familia hegemónico, redefine la libertad de las mujeres para decidir sobre su destino y, sobre todo, revierte la lógica de una sexualidad normativa y natural (Minyersky, 2009: 47).

Entre los derechos que debían ser garantizados se encontraba el ejercicio de la autonomía; así, cuando comenzaron las discusiones en los espacios legislativos, se expresaron dudas respecto de las hipótesis que podían presentarse, tales como si la mujer tomaba la decisión de realizarse la práctica y luego se arrepentía, y para ello se sugería tomar todos los recaudos a los fines de resguardarla. Más allá de esa postura de pseudocuidado, lo que se transparentaba era la visión que de las mujeres se asumía; es decir, de personas que no cuentan con la capacidad de adoptar decisiones por sí mismas y para su beneficio. Ahora bien, cuando se planteaba la situación inversa –proseguir con la gestación aunque esta no haya sido buscada, o en los casos en que genere perjuicios físicos, psicológicos, o en que la gestación haya sido forzada–, se evaluaba como algo posible y natural que la mujer adopte la decisión de proseguir con el embarazo, ello basado en los estereotipos que consideran a las mujeres como incapaces de tomar decisiones autónomas por fuera de su rol reproductivo.

La evidencia disponible muestra cómo, desde distintos sectores, y especialmente desde los de salud y justicia, se intenta incidir en las decisiones adoptadas autónomamente por la mujer, cuando esta está relacionada con el acceso al aborto.

A modo de contrarrestar lo que la realidad ofrecía respecto del ejercicio de los derechos de las mujeres, finalmente y luego de mucho intercambio, en la ley provincial se incorporaron dos artículos que tienen como objetivo central que se respete la autonomía de la mujer. Concretamente, el art. 10 dispone que “La decisión de la mujer, en referencia a la práctica o no del aborto no punible, no debe ser sometida a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas, por parte de los profesionales de la salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad”. Esto se refuerza con el art. 11: “La consulta del profesional con el esposo, conviviente,

padre, madre o cualquier otra persona, aún cuando se pretenda ofrecer mejor atención, constituye un incumplimiento al deber de confidencialidad, con excepción de los casos en los que la mujer lo solicite o consienta explícitamente”.

Las discusiones más virulentas en el ámbito legislativo se dieron en torno a la posibilidad de activar el mecanismo del aborto no punible con una declaración jurada de la mujer, en la cual manifestara que ese embarazo era producto de una violación. Es interesante recordar que, en el imaginario de quienes participaban de los debates, se presentaban interminables filas de mujeres intentando acceder a la práctica mediante falsas declaraciones juradas alegando abusos sexuales u otros ardides; que al tiempo de sanción de la ley provincial la CSJN aún no se había expedido en este punto, y que el fallo del STJ de la provincia que no hacía mención a la declaración jurada (Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, 2010).

En contraposición con el derecho a la dignidad debida a todo ser humano, acuciaba en las distintas argumentaciones el mito de la mujer mentirosa y fabuladora, que falsearía la declaración para acceder a una práctica hoy ilegal. Aparecía como una paradoja que desde el Estado se otorgue plena validez a la declaración de bienes o de ganancias, por un lado y que por otro se intente negar ese beneficio a la mujer cuando asevera que es una víctima.

Un punto interesante a este debate lo aportó el hecho de que aquellas mujeres que habían sido detenidas en la última dictadura militar relataron distintos tipos de torturas y vejaciones sufridas en cautiverio, omitiendo las violaciones sexuales —en muchos casos, sistemáticas— de las que habían sido víctimas. Recién luego de 25 años, comenzaron a escucharse testimonios al respecto. Estos datos contribuyeron a mostrar lo que implica ser víctima de una violación sexual para una mujer y lo que implica banalizar el tema sosteniendo con absoluta liviandad, que las mujeres mentirían respecto de estas situaciones para acceder a una práctica de aborto no punible. Tales afirmaciones eran un insulto a la dignidad que le es debida a todo ser humano.

Lo anterior demuestra que cuando se trata de una mujer y sus derechos, la regla se invierte y se le presentan obstáculos a los efectos de probar la veracidad de sus dichos, porque se parte de la base de la culpabilidad, del descrédito y de la ausencia de respeto.

Se apelaba a argumentos inconsistentes, que en definitiva permitían vislumbrar que se tomaba a la mujer como algo que portaba un valor superior a ella misma, a sus deseos, a sus planes de vida, a su salud; en síntesis, se soslayaba el concepto de persona en sí misma para transformarla en un objeto que se utiliza para fines superiores a ella misma. En la ley quedó plasmado el art. 5, en tanto que la declaración jurada se instituye como el instrumento para habilitar la práctica del aborto no punible en los casos de violación previsto en el art. 86 inc. 2 del Código Penal, el que debe articularse con el art. 8 de la ley local, que dispone que “La interrupción de un embarazo en los casos de aborto no punible, no requiere de autorización judicial, ni de ningún otro requisito más que los expresados en la presente norma, siendo, la imposición de exigencias adicionales, considerada como atentatoria de los derechos de la mujer y la exposición a incrementar el riesgo para su salud”.

Advierto que la libertad como derecho fundamental sobre el que se ha estructurado el sistema de los derechos humanos no ha sido un bien jurídico debidamente protegido por los agentes estatales cuando se refiere a las mujeres. El Estado y parte de sus funcionarios han actuado respecto de las mujeres desde un lugar de guardianes de los roles de género establecidos, como

atentos vigilantes, reconociendo derechos a las mujeres siempre que estos no trastocuen el orden patriarcal establecido.

Pude experimentar, en los debates mencionados, las razones detrás de las razones, que persiguen, consciente o inconscientemente, quienes bregan por sostener la ilegalidad del aborto en nuestro país.

Esto no era expresado, identificado o racionalizado como violencia de género o discriminación por quienes se manifestaban en esos términos. Luego, cuando lograban introducirse en el esquema de derechos humanos, repensar y analizar desde un espacio de igualdad, libertad y justicia la temática del aborto, entonces algunas de esas posiciones cedían en sus argumentos y lograban percibir a la mujer como un sujeto de derechos por fuera de la visión de subordinación y de posesión patriarcal. Es decir, traspasar los estereotipos arraigados socialmente, para avanzar en lo que hace a garantizar los derechos y libertades básicas. Se debieron derribar distintos mitos, entre ellos los que exponen que hay un tipo de mujer que decide abortar y no que se está en presencia de un ser humano que tiene una existencia autónoma y que decide qué opciones vitales adoptar, especialmente aquellas referidas a la maternidad.

No resultó sencillo el camino recorrido en la provincia del Chubut, en cuanto al ejercicio de los derechos humanos desde una perspectiva de género. Lo logrado obedeció al enorme compromiso de los tres poderes del Estado, las organizaciones de mujeres, los medios de comunicación, y centralmente fue posible mediante el dialogo, el respeto y la empatía.

Lo cierto es que en el transcurso de dos años desde la vigencia de la Ley XV N° 14, no hubo ningún remolino de mujeres demandando el servicio de aborto no punible, sino aquellas que de todos modos lo hubieran realizado en la clandestinidad, arriesgando su salud y su vida, aún siendo estas prácticas legales. Si se observan las estadísticas de aquellos países que han legalizado el aborto, surge que la cantidad de procedimientos no ha aumentado y sí se han reducido las muertes por estas prácticas.

Desde la vigencia de la ley a la actualidad se realizaron más de treinta intervenciones a cargo de la salud pública provincial, con internación, no obstante la cifra asciende exponencialmente en relación con las intervenciones que se realizaron en forma ambulatoria. La mayoría de ellas, niñas y adolescentes, de bajos recursos económicos y escaso bagaje cultural, descubriendo la discriminación, la violencia y la injusticia de las que son víctimas las mujeres en general y este sector más vulnerable en particular.

4. Las políticas públicas, las cuentas pendientes y el rol del Estado

Las políticas públicas expresan una visión del mundo, y en ese contexto aspiro que las mujeres formen parte de ellas.

Una de las políticas públicas que ha concitado mayores adhesiones en nuestro país ha sido la desarrollada en el campo de los derechos humanos desde el advenimiento de la democracia; no obstante, desde mi óptica, su implementación aún se encuentra inconclusa; en tanto ha quedado al margen de toda discusión un tema central que tiene como sujetos potenciales de derecho a la mitad de la población argentina, es decir, a las mujeres. Ha sido magro el avance al tiempo de

efectivizar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres en cuanto a la salud sexual y reproductiva, derechos estos vinculados directamente a la libertad, dignidad y autonomía.

Trabajar desde el Estado en la legalización del aborto sin dudas coadyuvaría a integrar a las mujeres a la política de derechos humanos incluyendo, visibilizando e incorporando a las ciudadanas argentinas plenamente en el sistema de derechos humanos.

5. Conclusión

Los argumentos desarrollados en el presente artículo pretenden facilitar un espacio de reflexión desde el cual impulsar la coexistencia en la diversidad y el respeto a los derechos humanos de las mujeres, vinculados íntimamente con el derecho al aborto legal.

Sobre la base de principios éticos, morales y jurídicos sostengo que trabajar en la despenalización del aborto se torna en una causa humanitaria y de la democracia.

En ocasiones se nos presenta una dicotomía irreal e inválida, a partir de las posturas mal denominadas como proaborto o provida, ya que una corriente se ubica en el camino de respeto a los derechos humanos, en este caso, de las mujeres, en cuanto a priorizar su libertad, dignidad, salud, y autonomía –como decisión que se encuentra en el ámbito de su plan de vida, su conciencia, valores–; en tanto la otra propicia la imposición de la maternidad a como dé lugar, aún a costa de la vida y los derechos de la mujer.

En ocasiones resulta difícil dejar de seguir al rebaño (cada vez más pequeño, pero no por ello menos poderoso). Abandonar el calor de la comodidad y la seguridad, para expresarse honesta intelectual y moralmente, ubicándose en un lugar más controvertido, álgido, que cuenta con los matices propios de la naturaleza humana. Intenté, en el presente trabajo, increpar y develar los distintos argumentos violatorios de los derechos humanos de las mujeres, mediante el sostenimiento de la penalización del aborto.

Considero que legislar respecto del aborto voluntario, además de ser la opción que armoniza con los instrumentos de derechos humanos que forman parte de nuestro ordenamiento interno y con nuestra Carta Magna, en ningún caso representará una obligación para ninguna mujer, sino que garantiza los derechos humanos del conjunto.

Bibliografía

- Alanis, Marta: “El dilema ético y religioso en relación al aborto corresponde a la conciencia de cada mujer” en el sitio web de *Católicas por el Derecho a Decidir*.
- Bergallo, Paola: “El acceso al aborto por la causal violación: pautas para la interpretación...”, en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2012.

- Camps, Victoria: “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, en María Casado (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, Barcelona, UNESCO, Civitas, 2009.
- Chiarotti, Susana: *Derechos Humanos de las mujeres. Recursos y mecanismos de reclamo y monitoreo*, Rosario, Instituto de Género, Derecho y Desarrollo-Insgenar, 2010.
- Faur, Eleonor: “Violencia contra las mujeres. Principios de derechos humanos para la implementación de políticas públicas en Argentina”, en Presidencia de la Nación (ed.), *Mujer contra la violencia, por los derechos humanos*, Buenos Aires, UNFPA, 2008.
- Ferrajoli, Luigi: “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, traducción Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, N° 44, 2002, pp. 3-12.
- González Vélez, Ana Cristina (coord.): *Interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*, Causal Salud, 2008.
- Iglesias del Río, Mirta: “Violencia e inequidad-transversalizantes transculturales”, en Mariana Ripa (ed.), *Humanas con Derecho*, Buenos Aires, Dunken, 2011.
- Liberatori, Helena: “Las Marisas, o cómo los jueces impactan en la vida de las personas”, en *El Reporte Judicial*, Año 6, N° 24, septiembre de 2011.
- Minyersky, Nelly: “Aborto no punible. Análisis del art. 86 del Código Penal”, en *Acceso universal a la salud sexual y reproductiva. Un desafío para las políticas públicas*, Córdoba, Católicas por el Derecho a Decidir, 2009.
- Pujal I Llombart, Margot: *El feminismo*, UOC, Barcelona, 2007.
- Tojo, Liliana (comp.): *Sumarios de jurisprudencia. Violencia de género*, Buenos Aires, CEJIL, 2010.

Jurisprudencia

- CSJN, “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.
- Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, Expte. N° 21912-F-2010, Sentencia registrada bajo el N° 01/S.R.E/2010, 2010.

ABORTO: LA TOLERANCIA COMO VIOLENCIA SIMBÓLICA

*Sabrina Cartabia** y *Cecilia Marcela Hopp***

“Una nena de 11 años, abusada y embarazada, al cabo de los nueve meses tuvo a una beba, por cesárea, en el hospital público de Concordia”.

“La joven, quien es madre de tres menores, de 2, 5 y 7 años, fue trasladada a la Seccional Tercera de Los Hornos, para salvaguardar su integridad física, los vecinos, enfurecidos, amenazaban con hacer justicia por mano propia”.

1. Introducción

Una niña entrerriana de once años, a quien nombraremos “Ana”, fue sometida a una cesárea en el mes de julio de 2012, luego de que se le obstaculizara, en el mes de enero, el acceso a una interrupción legal de un embarazo (*El Diario*, 2012). Una mujer de 24 años, a quien llamaremos “Florencia”, debió ser “rescatada” por los policías de Los Hornos, La Plata, cuando sus vecinos intentaban lincharla, acusada por haber abortado un feto que fue encontrado en la basura (*El Día*, 2012).

La legislación argentina prohíbe el aborto a demanda,¹ y sólo lo permite –en los libros– en los casos en los que el embarazo es resultado de violencia sexual, o cuando existe peligro para la vida o para la salud de la mujer. Sin embargo, frecuentemente los abortos permitidos por ley son obstaculizados por determinados actores sociales.

A pesar de las restricciones de hecho y de derecho que limitan el acceso al aborto, se estima que en nuestro país se practican alrededor de 460 mil abortos por año (Mario y Pantelides, 2009).

* Sabrina Cartabia es abogada, graduada de la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor. Fue investigadora del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y del Observatorio de Sentencias Judiciales Articulación Regional Feminista.

** Cecilia Hopp es abogada, graduada con Diploma de Honor por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella y docente de Derecho Penal.

1. Se conoce como “aborto a demanda” a aquel en el cual la mujer no debe brindar razones para acceder a la práctica, pues es legal realizar la interrupción más allá de las circunstancias.

Esta cifra coexiste con una persecución penal muy baja,² lo que sugiere que las mujeres que recurrimos al aborto como opción frente a un embarazo no deseado somos toleradas, pero no reconocidas como sujetas autónomas portadoras de un derecho a decidir sobre las consecuencias del ejercicio de nuestras sexualidades.

En el presente trabajo intentaremos comprender las razones por las cuales se obstaculiza de forma sistemática el acceso a las interrupciones legales del embarazo y se sigue sosteniendo una amenaza penal, a pesar de su probada ineficacia en términos de disuasión y de la evidente falta de voluntad estatal de perseguir la conducta declarada como criminal. Nuestra hipótesis es que tanto la prohibición como las prácticas que impiden el acceso a los abortos legales tienen una fuerte impronta simbólica. La falta de reconocimiento público de que las mujeres abortamos es un dispositivo para reforzar los roles asignados culturalmente a las mujeres, que vinculan nuestro destino a la reproducción. Asimismo, nos proponemos relevar distintas estrategias discursivas que proponen la liberalización del aborto y reflexionar sobre la efectividad y las potencialidades emancipatorias que presentan los diversos enfoques. En tal sentido, veremos que existen discursos que proponen la descriminalización como una medida para combatir los daños colaterales vinculados con la clandestinidad, que se evidencian en las cifras de mortalidad de mujeres ligadas al proceso (no)reproductivo, sin reportar beneficios para el objetivo de “salvar” vidas en gestación.

Argumentaremos que esta fundamentación de la demanda por la liberalización de la regulación del aborto presenta una marcada continuidad con los discursos que sustentan la necesidad de penalizarlo, puesto que no cuestionan la caracterización de la decisión de interrumpir un embarazo como algo esencialmente inmoral y presentan al aborto como un mal que se debe combatir. Pensamos que este discurso ha sido considerado muy efectivo en términos políticos porque encuentra un fuerte apoyo en contextos culturales repronormativos, es decir, contextos que asignan a las mujeres el rol y el mandato de desear la maternidad.

Nos proponemos, entonces, reflexionar sobre la conveniencia de utilizar este tipo de argumentos y sobre la necesidad de presentar un enfoque genuinamente feminista que permita plantear el reclamo por la legalización del aborto como la reivindicación del derecho de las mujeres a controlar y a decidir sobre nuestros planes de vida; sobre las consecuencias de nuestra sexualidad y la forma en que afrontamos las responsabilidades y cargas desiguales que se nos asignan respecto de la crianza y el cuidado de los hijos. ¿Cómo puede contribuir la reforma de la ley para transformar radicalmente el sufrimiento de las “Anas”, las “Florencias” y el resto de las mujeres que deciden recurrir al aborto en la Argentina? ¿Qué influencia tienen las estrategias argumentativas relevadas al momento de atribuir significado a la vivencia del aborto? Estos son los interrogantes que planteamos a continuación.

2. Una investigación realizada por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) ofrece datos que sirven para visualizar cómo el derecho, en este caso penal, genera realidades. Así, por ejemplo en Ciudad de Buenos Aires durante el período 1993-2009 se registraron 809 causas por aborto propio. En el período 2002-2008 se dictaron 22 condenas en todo el territorio nacional (Bergallo, 2012).

2. Abortad si queréis, pero sabed que sois malas³

Los dos casos que disparan esta reflexión tienen algo en común: ambas decisiones, la de la niña y la de la mujer mayor de edad, cobraron estado público. El deseo de abortar de una y la efectiva realización de la práctica de la otra salieron a la luz. En el año 2011, Ana, acompañada por su madre, solicitó el aborto no punible en el hospital público de Concordia, Entre Ríos, luego de denunciar que había sido violada. Los médicos se negaron a realizar la práctica y recomendaron a la madre de la niña que solicitara autorización judicial. El caso trascendió a los medios de comunicación y hasta motivó el pronunciamiento del Ministro de Salud provincial, Hugo Cettour, médico, quien sostuvo que si la niña podía quedar embarazada, podía llevar adelante toda la gestación y parir, ya que “la naturaleza es sabia” (Diario *Junio*, 2011). La maquinaria burocrática judicial se puso en marcha, se encargaron diversos informes periciales, psicológicos, físicos, etc., de los que surgía la crueldad, inconveniencia y el peligro que suponía para la niña continuar con la gestación. El embarazo avanzaba, la angustia aumentaba y los hostigamientos de diversos grupos acosaban a Ana y a su madre de sol a sombra. Un día asistieron al juzgado; allí, la representante legal de la niña recibió información falsa sobre los riesgos asociados al aborto y, aparentemente, se atemorizó. El juez Raúl Tomaselli, a cargo del juzgado en el que tramitaba el pedido, citó a la pareja de la madre, que no era el padre de la niña, para que opinara sobre la solicitud. Como resultado de estas presiones, la madre de Ana decidió que la niña continuara su embarazo (*Página 12*, 2012a). A sus 11 años, Ana fue obligada a ser madre y fue sometida a una cesárea.

Ana tenía derecho a acceder a una interrupción legal del embarazo reconocida en el artículo 86, incisos 1 y 2 del Código Penal; no había dudas. Cualquier niña o adolescente menor de 13 años embarazada lo está como resultado de una violación, según los términos del artículo 119 del Código Penal. Además, como lo indica la prolífica evidencia científica disponible –evidencia que debería manejar todo profesional de la salud y responsable del sistema sanitario–, los embarazos de las niñas de 11 años presentan enormes riesgos para la salud y la vida de las gestantes, muchos más que un aborto.⁴ ¿Qué regla tan importante se jugaba, entonces, para que no se pudiera reconocer que era sumamente peligroso obligar a ese cuerpo a producir vida?

El caso de Florencia fue distinto. Abortó sola; no conocemos la historia detrás de ese embarazo, ni la de su decisión de arriesgarse en la ilegalidad del aborto, pero sabemos que no quería ser madre, eso es lo que sus vecinos ya no pudieron tolerar. El feto en el interior de un tacho de basura expresó algo: una cosa es que las mujeres aborten, otra cosa es que haya que verlo, ¿qué fue lo que movilizó a un grupo de gente para apedrear a una mujer que abortó? ¿Acaso defendían alguna vida?

3. Tamar Pitch formula una frase algo más extensa “abortad si queréis, pero sabed que no sólo sois ‘malas’ (si bastase esto, no habría necesidad de una ley), sino que vais a arriesgar la piel y la libertad” (2003: 99-100).

4. Artículo 119 del Código Penal. Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Existe una voz de las mujeres diciendo que no a la maternidad, y cuando se hace audible, la respuesta del Estado puede incluir someter a una niña a la maternidad forzada y a una cesárea; y a una mujer adulta, al linchamiento o a pena de prisión. Esa respuesta puede habilitar a una sociedad a afirmar que, si las mujeres abortan, es porque son malas, desnaturalizadas, desviadas, por lo que irán presas. Esta imposibilidad de respetar la negación de la maternidad por parte de las mujeres permite también cerrar los ojos y dar las espaldas a las experiencias de al menos 460.000 mujeres que abortan clandestinamente cada año, a las aproximadamente 70.000⁵ que egresan anualmente de internaciones hospitalarias por complicaciones vinculadas con abortos que pusieron en riesgo sus vidas o su salud, y a las 100 que mueren por abortos inseguros cada año (Bergallo, 2012: 235). También permite que se someta a tratos crueles, inhumanos y degradantes a aquellas que, en busca de atención médica, se acercan a los servicios de salud. Así, “según un estudio realizado por la Dirección de Maternidad e Infancia del Ministerio de Salud, en 2004, el 9% de las maternidades del país que respondieron la encuesta indicaron que realizaban los legrados sin anestesia, indicador inequívoco de la violencia institucional a la que se enfrentan las mujeres en situación de aborto” (Ramos *et al.*, 2009: 479). De modo similar, un estudio realizado por el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) también reportó la incidencia de estas prácticas a partir de un relevamiento cualitativo de testimonios de mujeres en situación de exclusión atendidas en los hospitales de Rosario. Algunos de los testimonios relevados son elocuentes: “si saben que te hiciste un aborto te hacen el raspaje en carne viva”, o “no, querida, ahora aguantátela, mamá. Mirá, ahora vienen acá y quieren que no les duela” (Ramos *et al.*, 2009: 479). Cada vez que se conoce que una mujer reivindica su derecho a no estar embarazada, a no parir y a no cargar con el cuidado de un niño, el pacto de tolerancia se rompe, se retorna a la violencia lisa y llana, y la sociedad imprime la censura y la angustia sobre los cuerpos femeninos disidentes.

3. La función del derecho

El derecho opera fijando reglas a las cuales se deben amoldar las subjetividades. Cuando una mujer aborta conmueve una de las bases sobre las cuales se asienta el rol social de su cuerpo: la maternalización (Frug, 2006: 228). El deseo de abortar que manifiestan algunas mujeres genera una herida dentro de un sistema de asignación de roles de género que pretende ser coherente, donde la maternidad es presentada como la máxima realización de una mujer. Sin embargo, la herida persiste, y revela que nos sabemos más autónomas de lo que la sociedad está dispuesta a reconocer.

El derecho excede la mera normatividad; es práctica social discursiva que expresa los niveles de acuerdo y conflicto, en una formación social determinada que opera en el imaginario de la sociedad en tres niveles que se entrecruzan: el de las normas, el de las interpretaciones de las normas producidas por los operadores jurídicos –de modo particular en el proceso de adjudi-

5. La cifra de 67.797 egresos hospitalarios corresponde al año 2007, tomando en cuenta los casos registrados por el sistema público de salud de todas las provincias del país, salvo Entre Ríos.

cación– y el del imaginario de la sociedad. Esos niveles son distinguibles sólo analíticamente; en la práctica se articulan y rearticulan recíprocamente, en un juego incesante de circulación de sentidos que coagulan bajo la forma de creencias, informaciones, lugares comunes, mitos e ideologías referidos al derecho (Facio, 1999; Cárcova, 2009: 40).

En tal sentido, la prohibición del aborto es uno de los dispositivos que la teoría legal feminista ha identificado como reforzador de los roles de género. Se castiga a aquellas mujeres que deciden no cumplir con el mandato de la maternidad o se obliga a toda mujer embarazada a ser madre, aun cuando la gestación sea producto de la violencia sexual y/o ponga en riesgo su salud e incluso su vida.⁶ Se moldean así las subjetividades femeninas, inseparablemente ligadas a la maternidad y la reproducción.

Justamente al ser el derecho una práctica y producto social, fluye y produce sentidos en forma momentánea y cambiante. Permite múltiples universos de sentidos parciales y simultáneos, que se alejan de aquellas afirmaciones clásicas que entendían a la cultura como un “corpus unificado de símbolos y significados interpretados de manera definitiva” (Clifford, 1991: 110). La cultura es aprendida y puede ser cambiada (Abu-Lughod, 1991). El derecho es un campo de lucha cultural. La relatividad de este concepto presenta una ventaja, pues permite remover la diferencia del seno de lo natural, de lo innato. La posibilidad de cambio por medio de la politización de las formas y bases de las jerarquías se da en diversos niveles y por diversos actores que se entrecruzan. Esto dependerá de los argumentos que se den a la hora de afrontar un cambio legal.

4. Enfoques tradicionales para la legalización del aborto

“Lo que discuto no es, naturalmente, que para muchas mujeres el aborto sea un evento dramático y doloroso [...].

Son las construcciones sociales y el uso político instrumental de la ‘victimización’ femenina lo que, en mi opinión, se ha de rechazar, puesto que también ambas contribuyen, como veremos, a una negación de la subjetividad moral de las mujeres”.

(Pitch, 2003: 83).

6. Aun en casos extremos, como por ejemplo el riesgo para la vida de la mujer, los médicos se resisten a realizar la interrupción del embarazo. Un buen ejemplo de esto es el caso “Requerimiento de Instrucción Fiscal n° 1 referido a la muerte de Ana María Acevedo”, disponible en el observatorio de sentencias judiciales de ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género) SJ Fallo: 566. En la provincia de Santa Fe, se le negó a una mujer embarazada y enferma de cáncer de mandíbula (Ana María) el tratamiento que requería su patología porque causaría problemas al feto. Para el caso en cuestión lo recomendado era la interrupción del embarazo. En un sistema donde se respeten los derechos de las mujeres y donde todos los miembros de la comunidad legal apliquen y conozcan las obligaciones que el Estado asumió en relación con nuestra protección, este caso nunca hubiera existido, porque los médicos intervinientes jamás hubieran dudado respecto del derecho a la atención médica y a la vida que tenía Ana María. Se nos presenta como ridículo que los profesionales de la salud se encontraran más convencidos de su obligación de resguardar la vida del feto que del deber de salvar la vida de Acevedo.

La legalización del aborto siempre ha sido un tema polémico, respecto del cual las sociedades tienen severas dificultades para llegar a acuerdos mínimamente satisfactorios para todas las partes. Generalmente, el debate sobre la regulación o liberalización del aborto se da entre opiniones polarizadas. Esto ha generado diversas consecuencias. En primer lugar, ha provocado la negativa sistemática de los órganos representativos de poner el tema en la agenda. Los políticos con mejores chances electorales escapan al tema e intentan no tomar postura (Pecheny, 2011). Los gobiernos bloquean decisiones legislativas respecto de los proyectos que proponen modificaciones en la regulación del aborto porque saben que haciéndolo corren riesgos de perder parte del electorado, y no creen que un debate público abierto respecto del tema pueda brindar más claridad a las partes que se oponen entre sí. Se suele presuponer que nunca se llegará a un acuerdo.

Frente a esta especial polarización y dificultad de establecer una discusión al respecto, surgen algunas propuestas que buscan “acercar posiciones” entre quienes pretenden mantener la penalización del aborto y quienes proponen eliminarla. Así, les hablan a quienes están a favor de la penalización con sus propios argumentos; sostienen que “el aborto es un mal”, y agregan que esta es una idea unánime, pues todas las personas coinciden en esto, pero que la forma de lidiar con ese mal debería ser la de permitir el aborto en algunas circunstancias.⁷

Así, se acercan a una de las partes utilizando sus argumentos, pero lo hacen para sostener una solución contradictoria. Les conceden razón acerca del mal que implica el aborto, pero destacan algunas realidades también indeseables generadas por su penalización, y llegan a una conclusión

7. Un ejemplo de este tipo de discursos es el que pronuncia Ronald Dworkin “Una posición liberal paradigmática sobre el aborto consta de cuatro partes. Primero, rechaza la opinión extrema acerca de que el aborto es moralmente no problemático e insiste, por el contrario, que el aborto es siempre una decisión moral grave [...] el aborto supone la extinción de una vida humana que ya ha comenzado y, por esa sola razón involucra un costo moral serio. El aborto nunca es permisible por razones triviales o frívolas; nunca es justificable excepto que sea para prevenir algún tipo de daño severo. Sería incorrecto que una mujer interrumpa su embarazo porque, si no lo hiciera, debería posponer un esperado viaje a Europa, o porque le resultaría más cómodo estar embarazada en un momento diferente del año, o porque ha descubierto que su hija será mujer y ella quería un varón. [...] Segundo, el aborto está, sin embargo, moralmente justificado por una variedad de serias razones. Se justifica no sólo para salvar la vida de la madre y en casos de violación o incesto, sino también en casos en los que existen severas anomalías fetales diagnosticadas [...] Tercero, la preocupación de una mujer por sus propios intereses es considerada como una adecuada justificación para el aborto si las consecuencias de dar a luz a un niño serían permanentes y graves para su vida o la de su familia. Dependiendo de las circunstancias, podría ser permisible la interrupción del embarazo si, de no hacerlo, tuviera que abandonar sus estudios, o dejar pasar una oportunidad de tener una carrera laboral o una vida satisfactoria e independiente. Para muchas mujeres estos son los casos más difíciles y quienes sostienen las ideas liberales paradigmáticas sobre el tema asumirán que la madre debería sufrir algún tipo de remordimiento si decide abortar. Pero no condenarían la decisión como egoísta, por el contrario, podría pensarse que la decisión contraria sería un serio error moral. [...] El cuarto componente en el enfoque liberal es la opinión política que [...] los conservadores a veces comparten, en cuanto a que recién avanzado el embarazo, cuando el feto está suficientemente desarrollado para tener intereses propios, el estado no debería intervenir, ni siquiera para prevenir abortos impermisibles desde el punto de vista moral, puesto que la pregunta acerca de si un aborto es moralmente justificable, en última instancia, debe ser decidida por la mujer. Otros –el compañero, la familia, amigos, el público– pueden desaprobado aquella decisión y, posiblemente tengan razón desde el punto de vista moral. La ley podría, en algunas circunstancias, obligarla a discutir su decisión con otros. Pero al final del camino el Estado debe dejarla decidir por sí misma; no debe imponer las convicciones morales de otras personas por sobre las de ella” (1993: 32-34; Traducción propia).

de compromiso según la cual el aborto debe ser tolerado, a pesar de constituir un flagelo, como una política de reducción de daños tales como la mortalidad de mujeres ligadas a los procesos (no)reproductivos, la injusticia que representa el hecho de que sean sólo las mujeres pobres las que mueren, las mutilaciones por abortos mal hechos que comprometen la capacidad reproductiva futura, la necesidad de que el Estado tenga la oportunidad de registrar la cantidad de abortos y regular el acceso a estos, así como la posibilidad de brindar alternativas para convencer a la mujer de que no lleve a cabo su decisión, el control de las condiciones sanitarias en las que se realiza el aborto, etcétera.

Así, apoyan la solución de la legalización, dando razón a quienes pretenden la penalización y argumentando que el embarazo no deseado plantea dilemas para las mujeres que resultan víctimas de situaciones por las cuales no deben responder en su totalidad, y que afrontar el aborto resulta para ellas dramático. Estos discursos dicen que es cierto que somos malas las mujeres que abortamos, pero que también somos víctimas y que la sociedad pierde si morimos. En definitiva, toda mujer que abortó en condiciones de seguridad siempre podrá ser madre en el futuro, y el fracaso que supone el aborto permite a la sociedad intervenir para “evitar reincidencias”.⁸

Estos discursos tienen la virtud de ser moderados y, en definitiva, de tener propuestas regulatorias bastante similares a las que podrían sostener quienes están a favor de una reforma de la legislación consistente con el respeto de los derechos sexuales y (no)reproductivos de las mujeres. Suelen ser estas formas de argumentar las que resultan políticamente correctas y aparecen como estratégicas para poder llegar a acuerdos “exitosos”, ya que resultan culturalmente más aceptables, en el contexto de una sociedad patriarcal. Sin embargo, estas estrategias discursivas no son satisfactorias desde un punto de vista simbólico y presentan serias limitaciones desde un punto de vista estratégico que busque el reconocimiento de las mujeres como sujetas plenas en una sociedad democrática. Tales discursos rechazan y desconocen nuestro derecho a decidir y controlar todo lo referido a nuestra libertad sexual y sus consecuencias. Niegan la autonomía de las mujeres en lugar de afirmarla y despolitizan aquello que es necesario reconocer. No reconocen al aborto como un derecho, sino como una forma de reducción de daños. De esta forma, el reclamo por el aborto legal como un vértice de la democracia y el reconocimiento de ciudadanía plena para las mujeres se ve diluido.

Ciertamente, el embarazo no deseado no es responsabilidad exclusiva de las mujeres. En efecto, es conocido el argumento feminista radical según el cual el sometimiento de las mujeres tiene su origen en la dominación (hetero)sexual. Según este enfoque, todo embarazo no deseado es precedido por una situación de desigualdad al momento de negociar las opciones y condiciones en las que llevamos adelante relaciones heterosexuales. Las mujeres, en las relaciones con los varones, frecuentemente tenemos dificultades para decidir cuándo, cuánto, con quién y en qué condiciones tener sexo. Si el sexo es una relación desigual, el embarazo es un producto de una injusticia reproductiva que la sociedad debe reconocer (MacKinnon, 1989), y le otorga a la mujer la posibilidad de decidir qué hacer con el producto de su concepción, ya que será ella la

8. En tal sentido, Pitch sostiene que las leyes que regulan el aborto no tienen la finalidad de preservar la salud de las mujeres o la vida de los embriones, sino que su objetivo consiste en controlar la sexualidad y la reproducción femeninas (2003).

única que cargará con las consecuencias físicas y emocionales de continuar con el embarazo y posterior parto.

El deseo de interrumpir un embarazo se encuentra vinculado a una innumerable cantidad de razones.⁹ Una de ellas puede ser simplemente que la mujer no desee la maternidad; otras están relacionadas con la evaluación que hace la mujer acerca de su situación personal y todas las implicancias que tiene para ella tener un hijo/a. Las decisiones reproductivas de las mujeres se ven casi siempre afectadas por el hecho de que somos nosotras las que asumimos en mayor medida los costos y las responsabilidades de la reproducción y la crianza de los niños (Bergallo, 2012: 212-216). La maternidad y la capacidad reproductiva de las mujeres representan –demasiado frecuentemente– dificultades para acceder a puestos de trabajo y son especialmente desventajosas para un desarrollo laboral o profesional en igualdad de condiciones con los varones (Frug, 2006: 240-244).

Reconocer todo esto no significa que el aborto sea algo que haya que eliminar, o que pueda ser eliminado, si se suprimen las causas de la desigualdad entre varones y mujeres y se refuerza nuestra capacidad de decidir sobre el ejercicio de nuestras sexualidades. Las mujeres siempre recurriremos al aborto, en mayor o menor medida, porque el embarazo es una consecuencia de las sexualidades de las mujeres (Pitch, 2003: 82). Racionales o no, las personas actuamos frecuentemente de formas tales que se producen efectos no deseados o no planeados; lo importante es poder solucionar esas situaciones. No es correcto discutir sobre el aborto buscando a quién culpar por una situación socialmente indeseable.

Cualquier enfoque que plantee la legalización como reducción de daños, que sostenga que se trata de la solución “menos mala”; o aquellos discursos que plantean el aborto como un drama y un problema social que hay que afrontar y eliminar a través de la oportunidad que brinda la interrupción del embarazo como momento apropiado para interpelar a las mujeres que, por alguna razón, deciden no convertirse en madres, plantea una alternativa que contribuye a solucionar problemas materiales concretos de las mujeres que, efectivamente, debieran ser motivo de preocupación de toda la sociedad, pero, al mismo tiempo, emite un mensaje contundente de desaprobación hacia todo plan de vida que no incluya la maternidad. Tolera a quienes se desvían de aquel camino, renuncia a encarcelarlas, pero ejerce la violencia simbólica implicada en la desaprobación social que expresa.

Si uno de los principales argumentos para exigir la legalización del aborto se basa en el reclamo por el reconocimiento de nuestro derecho de elegir libremente planes de vida, sean ellos coincidentes con los mandatos culturales de esta sociedad o no, ¿cómo podemos dialogar con este tipo de discursos que se presentan como aliados estratégicos pero debilitan la verdadera

9. Para profundizar en las razones se recomienda Guttmacher (1999). El estudio sugiere que las mujeres abortamos por muchas y diferentes razones. El hecho de que el embarazo sea producto de una violación o de una relación sexual forzada; la imposibilidad de asumir la crianza de un hijo más; la carencia de empleo o de recursos económicos para sostener a un hijo; el desentendimiento o rechazo de la pareja respecto del embarazo y la futura responsabilidad parental; la percepción de las mujeres de ser demasiado jóvenes o demasiado viejas para asumir la maternidad; la necesidad de continuar los estudios o de dedicarse exclusivamente a la propia carrera, trabajo o proyecto de vida; el descubrimiento de graves malformaciones o enfermedades en el feto; el hecho de tener ya los hijos e hijas que se desean y, desde luego, la posibilidad de que la continuación del embarazo ponga en grave riesgo la salud o la vida misma de la mujer.

fuerza del reclamo por el reconocimiento de la libertad de decidir que debiéramos tener todas las mujeres? ¿Qué consecuencias prácticas trae una posible legalización en los términos que proponen los discursos de tolerancia?

La persistencia del discurso sobre el aborto como un mal apoya y mantiene una valoración negativa de las decisiones de las mujeres de no ser madres y deja siempre la puerta abierta a que, en el futuro, aquellos que apoyaron la descriminalización del aborto con el fin de combatirlo se sientan decepcionados, porque, en efecto, las mujeres no dejamos de abortar; y consideren que la tolerancia fue suficiente, para regresar a la postura original de perseguir la práctica. Así, el avance que proponen presenta, en tal sentido, una capacidad bastante limitada.

Mas, aun con las limitaciones señaladas, no debemos menospreciar la oportunidad que representa la posibilidad de resignificar los fundamentos del “permiso para abortar” para mostrar que las mujeres abortamos porque tenemos derecho a hacerlo, aun cuando el objetivo se haya alcanzado a través de medios precarios. La legalización del aborto ofrece la posibilidad de politizar de manera más explícita esta experiencia que vivimos una gran cantidad de mujeres en la Argentina, sin miedo a ser encarceladas. Aunque la ley proponga mantener el tabú respecto de la práctica, su realización pública y la reivindicación que podamos hacer las mujeres de nuestra capacidad para decidir sobre nuestros cuerpos puede subvertir ese significado. La legalización podrá desdramatizar la experiencia que, en la clandestinidad y frente a la amenaza penal, difícilmente puede ser vivida como algo positivo respecto del dominio de la propia vida, y seguramente es visto como una experiencia bastante aterradora en la que la mujer se expone a perder la salud, la vida o la libertad. La legalización del aborto, una vez realizada –y sin importar cómo se haya obtenido, o de qué manera se encuentre fundamentada–, tiene la potencialidad de visibilizar que el verdadero drama acerca de aquella experiencia es la clandestinidad y el peligro, y de deconstruir mandatos sociales que refuerzan el drama al presentar el aborto como un fracaso personal y social, donde se presenta a la mujer como un sujeto esencializado e identificado inexorablemente con un rol reproductivo.

Ese potencial subversivo de la experiencia de las mujeres se ve también limitado porque la interrupción voluntaria del embarazo no dejará de ser dramática si persisten las prácticas sistemáticas de violencia institucional. Aquella violencia se manifiesta en prácticas punitivas informales, cuando los efectores de salud otorgan información incompleta, cuestionan las decisiones de las mujeres, oponen “objeciones de conciencia”, y realizan abortos sin anestesia y en condiciones que causan sufrimientos innecesarios, en lugar de prestar un trato digno y respetuoso.

La identificación del aborto como algo moralmente reprochable es lo que legitima el maltrato que se les propicia a las abortantes; también permite a los políticos evadir el tratamiento del tema, a pesar de la innegable ineficacia del enfoque criminal y de las trágicas consecuencias de los abortos clandestinos; y da lugar a que los profesionales de la salud puedan abusar de la objeción de conciencia.

En consecuencia, no podemos perder de vista que una discusión acerca del aborto sobre bases equivocadas puede ser exitosa en términos legales, pero resultar inadecuada para solucionar muchos de los problemas que las mujeres tenemos. El debate respecto del aborto debería asentarse sobre el respeto por la capacidad que tenemos las mujeres de tomar decisiones importantes para nuestras vidas y de aceptar las repercusiones del ejercicio de nuestros derechos. Una sociedad

que respete a las mujeres podría perseguir como finalidad social el incremento de la natalidad y desarrollar un conjunto de políticas públicas en ese sentido, pero existe un límite al accionar del Estado, pues debe ser siempre respetuoso de las decisiones individuales y no puede perseguir la imposición de roles predeterminados en razón del género. Por tal razón, consideramos que los movimientos feministas pueden, y deben, aportar este enfoque al debate, ya que la participación de los actores relevantes –aquellos que resultarán efectivamente afectados por la regulación que se propone– es determinante para que ella resulte emancipadora y no una nueva legislación producida por un derecho androcéntrico, determinada por la mirada masculina y limitadora de las potencias de las mujeres.¹⁰

5. La crítica y el aporte feminista

Los feminismos pueden aportar perspectivas importantes al debate sobre la legalización del aborto, es necesario que los movimientos feministas intervengan de manera decisiva para que la demanda por la legalización no sea leída solamente como una necesidad frente a la situación dramática de las muertes de mujeres pobres por abortos inseguros, sino también como el reclamo por el reconocimiento del aborto como un derecho vinculado con el ejercicio de la libertad sexual de todas las mujeres. Un enfoque genuinamente comprometido con los derechos de las mujeres debe visibilizar el hecho de que existen planes de vida que no se identifican con el estereotipo de mujer-madre, que la biología no es nuestro destino y que tenemos derecho a negarnos a la maternidad. El reconocimiento de estas diversidades nos permitirá constituirnos como sujetas con ciudadanía plena en de una democracia.

La generalización que identifica al aborto con un drama ignora experiencias de muchas abortantes, cancela subjetividades y potencias, produce homogeneidad, coherencia y falta de temporalidad. Por medio de esta ficción se suavizan las contradicciones, los conflictos de interés, las dudas y las disputas. La eliminación del tiempo y el conflicto hace que lo que está dentro del límite establecido por la homogenización sea algo esencial y fijo (Abu-Lughod, 1991).

Esas ficciones esconden que en un mismo momento existen diferentes representaciones sociales sobre los mismos hechos. La representación social de la experiencia del aborto se enmarca dentro de esta lógica. Esto genera performativamente que cada mujer que decida interrumpir un embarazo inscriba su vivencia dentro de un sistema particular de significados, donde se establece que todo aborto es siempre un evento dramático y signado por el trauma.

Un enfoque verdaderamente feminista debe romper con ese sistema de significados: no todo aborto es un fracaso personal, no toda mujer siente que abortar es una tragedia y es posible para una mujer vivir la interrupción voluntaria de un embarazo no deseado como una experiencia liberadora, como el producto del ejercicio de su autonomía y su capacidad para tomar decisiones sobre su propia vida.

10. Becker explica la forma en que se establecen las normas, y sostiene que los grupos con intereses contrapuestos pueden tener mayor o menor influencia en esa imposición. En este sentido, es posible establecer a un grupo como desviado sin su consentimiento, cuando ese colectivo no está organizado o no reacciona ante las proposiciones de leyes que desvaloran sus características, prácticas o intereses (1977: cap. 7).

La maternalización se ha instalado de manera tan efectiva que los discursos que son considerados políticamente correctos: incluso aquellos que apoyan la legalización del aborto lo presentan como una decisión traumática. Entonces sostienen que es contraproducente sumar a esa experiencia dramática la posibilidad de una persecución penal, ya que el poder punitivo recae en forma desmedida sobre las mujeres de bajos recursos económicos,¹¹ y la clandestinidad pone en peligro no sólo la vida y la salud de las mujeres pobres, sino incluso sus capacidades reproductivas futuras. En este contexto, el aborto, aunque legal, continúa siendo una cuestión inmoral y penosa. Sostener esto implica que el embarazo y la maternidad son experiencias instintivas; por lo tanto, ir contra ellas corrompe a la naturaleza femenina de manera tal que las mujeres que deciden interrumpir sus embarazos siempre tendrán una huella negativa en su psiquis. Esto no se corresponde con la realidad. La mirada de los movimientos feministas debe combatir aquellos enfoques que universalizan a las mujeres dentro del deseo de ser madres y en los que se niegan las subjetividades disidentes que se desarrollan por fuera de ese mandato, por esas razones, aceptar la visión homogeneizante respecto al drama de del aborto nos aleja de nuestro objetivo.

Por otro lado, tomar en serio las riendas del debate sobre la legalización del aborto en clave feminista implica desplazar el eje de la discusión para politizar el hecho de que las mujeres quedan embarazadas, continúan sus embarazos, paren y crían hijos cuando no lo desean. La discusión sobre la necesidad de legalizar el aborto debe visibilizar que todo embarazo no deseado revela una asimetría en el poder entre varones y mujeres; problematizar esto es fundamental para generar un cambio. Nuevamente, los discursos que presentan el aborto como algo inmoral y su legalización como una medida de reducción de daños prescinde de todas estas circunstancias; por lo tanto, no problematizan la existencia de desigualdades entre hombres y mujeres que redundan en un perjuicio para estas últimas, por lo que se tiende a perpetuar el privilegio masculino por sobre la posibilidad de un cambio real en la matriz social, más allá del éxito de lograr el cambio de un texto legal.

6. Balance y estrategias

La pregunta, en definitiva, es si los discursos que presentan al aborto como una conducta disvaliosa que debieran tolerarse con el fin de controlar su práctica y morigerar los efectos negativos de la persecución penal les hubieran servido a “Ana” o a “Florencia” para que sus decisiones sobre sus cuerpos y sus vidas no hubiesen estado signadas por la violencia que tuvieron que soportar.

La liberalización del aborto indudablemente genera efectos positivos en cuanto a los niveles de obstaculización y violencia explícita hacia las mujeres que toman aquella decisión. El mayor debate, y el consecuente mayor grado de discusión y conocimiento por parte de la sociedad

11. Sobre este tipo de estrategias discursivas hemos sostenido que: “los discursos más difundidos que proponen la despenalización no contienen un quiebre argumentativo sustancial ni postulan la consecución de finalidades diferentes de los discursos criminalizantes: proponen los mismos objetivos y generarán iguales resultados, se trata, por tanto, de un mero cambio de estrategias. Estos discursos y estas prácticas contribuyen a la consecución de otros objetivos no declarados: promueven y refuerzan un estereotipo de mujer, cuya función social es la de ser madre y controlan la sexualidad femenina” (Hopp, 2012: 129).

acerca de lo que implica para las mujeres el embarazo no deseado, así como la visibilización de la masividad de la práctica y la convivencia con voces y experiencias disidentes que, a partir de una legalización pueden hacerse públicas, eliminan prejuicios y fomentan una mayor empatía, que permite el respeto de la decisión. Un claro ejemplo de estos efectos de la liberalización puede verse en la creciente cantidad de interrupciones legales de embarazos en diversos lugares de nuestro país como consecuencia del fallo “F., A.L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Previo a dicho fallo se informaba frecuentemente sobre casos como el de “Ana”. Niñas o adolescentes pobres que habían quedado embarazadas como producto de abusos sexuales en el ámbito intrafamiliar que debían judicializar sus pedidos, generalmente con bajo grado de éxito, salvo en los casos en que sus fuerzas llegaban a recurrir ante los tribunales superiores provinciales y lo hacían en tiempo útil.¹² La forma en que se informaban estas noticias –salvo el caso particular de periodistas especializados y comprometidos con la lucha por el cumplimiento de la ley y la legalización del aborto– revelaba incertidumbre jurídica y moral respecto de lo que ellas estaban peticionando. A pesar de que el reclamo por el acceso al aborto se enmarcaba adecuadamente a las previsiones de la ley respecto de los casos de interrupción legal del embarazo, no existía un consenso acerca de su exigibilidad.¹³

El fallo del máximo tribunal nacional del 13 de marzo de 2012 sacudió este debate, no solamente por los términos enfáticos con los que censuró las prácticas sistemáticas de judicializar aquello que se encuentra permitido y porque exhortó a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Estado Nacional a garantizar el acceso a la práctica, sino también porque nombró al aborto como un derecho. De esta manera, no sólo saldó cualquier disputa jurídica respecto del alcance de los permisos, sino que declaró, sin matizaciones, que los casos permitidos por la ley constituyen un derecho de acceder a la interrupción garantizada por el Estado en condiciones dignas y seguras, sin dilaciones.

En octubre de 2012 ocurrió un suceso que demostró el reacomodamiento de los actores a partir de la citada sentencia y el gran cambio que produjo aquel reconocimiento. El jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires anunció a través de los medios masivos de comunicación que pocos días después se realizaría el primer aborto no punible en aquella jurisdicción y que se trataba de un caso de una mujer de 32 años “que había pasado por todas las instancias legales” (*La Nación*, 2012). Poco después se supo en qué hospital se realizaría y que su embarazo se había producido como consecuencia de haber sido víctima de una red de trata de personas que la forzó a la prostitución (*Infobae*, 2012). Luego, un grupo de personas contrarias al derecho al aborto se apostó frente a su casa a realizar una misa “a favor de la vida” y amedrentó a la mujer en la habitación del Hospital Ramos Mejía, donde se encontraba internada (*A24*, 2012). El día en que estaba programada la intervención, se presentaron unos abogados, representantes de la organización Pro Familia, munidos de una medida cautelar dictada por una jueza civil que ordenaba

12. Ejemplos de esto son los casos “R.L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia” (Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires, 2006); “Cano Sonia M y otros c/Sin demandado p/ Acción de Amparo s/ Per Saltum” (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 2006) y “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 2010).

13. Un ejemplo de lo antedicho se puede observar en la siguiente nota periodística: “La Justicia analiza si autoriza un aborto a una niña de 11 años” (*Télam*, 2012).

suspender la práctica (*Clarín*, 2012). Las reacciones no se hicieron esperar; durante varios días el tema fue tapa de los diarios de mayor circulación del país y objeto de discusión en todos los medios de comunicación, donde la opinión prácticamente unánime era la de repudiar la actitud obstaculizante de quienes solicitaron la suspensión del aborto, el rechazo a la revictimización producida por la difusión que hiciera el jefe de Gobierno y la defensa del derecho que asistía a la mujer de acceder a la interrupción de un embarazo producido por una de las más abyectas formas de violencia contra las mujeres.

Toda la empatía pública se dirigió hacia la mujer; sólo siete meses después del fallo de la CSJN, el acceso al aborto no punible fue tratado por los medios de comunicación como un derecho y se exigía públicamente el acceso a la práctica. El aborto finalmente se realizó, a instancias de la rápida reacción de las abogadas de la mujer, que suscitó una resolución de la CSJN tan sólo dos días después,¹⁴ en la que el tribunal supremo ordenaba al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires realizar el aborto y reiteraba su exhortación a que no se judicialicen estos casos. Además, tanto el jefe de Gobierno que reveló la información perteneciente a la intimidad de esta mujer, como la jueza que dictó la medida para obstaculizar la práctica, fueron inmediatamente denunciados para que afronten las correspondientes sanciones por el incumplimiento de sus funciones (*Télam*, 2012).

En este caso, el foco de las críticas estuvo sobre los obstáculos que tuvo que sortear la mujer para acceder al aborto, donde lo dirimente no se limitó a que ella hubiera sido víctima de la trata de personas con fines de explotación sexual, sino que se puso énfasis sobre la existencia del derecho a acceder a la práctica reconocida en la ley y por la CSJN. Esto sugiere que el lenguaje de los derechos y del respeto por las esferas de decisión y la intimidad que merecen las personas sobre sus propias vidas resulta ser efectivo.

Por otro lado, no podemos dejar de reconocer que, en cualquier caso, la opinión según la cual el aborto es una experiencia traumática y, por regla general, algo malo, resulta enormemente representativa de gran parte de la sociedad, incluso de aquellas personas que están a favor de la liberalización del aborto, y más aún de las propias mujeres que, en su gran mayoría, se sienten identificadas con el mandato de maternidad y sienten como un fracaso y un drama el recurrir al aborto.¹⁵ Cualquier enfoque feminista debería partir desde las experiencias de las mujeres y tenerlas seriamente en cuenta. No se deben descartar livianamente las construcciones que tiene cada mujer sobre sí misma; sin embargo, tampoco podemos dejar de lado que esas experiencias se encuentran fuertemente determinadas por las estructuras y dispositivos que apoyan, favorecen y, en definitiva, ordenan la maternidad como el destino de toda mujer.¹⁶ Es tarea de cualquier actor

14. Competencia N° 783. XLVIII. “Pro Familia Asociación Civil el GBCA y otros s/ impugnación de actos administrativos” (CSJN, 2012).

15. Y ello no es sorprendente, puesto que, tal como lo advirtió MacKinnon: “La complicidad de las mujeres con su condición no contradice su inaceptabilidad fundamental si las mujeres no tienen más elección que ser personas que luego elijan libremente los roles de las mujeres. Por esta razón, la realidad de la opresión de la mujer no es, finalmente, ni demostrable ni refutable empíricamente” (1989: 219).

16. “Debido a que el fundamento de la violencia simbólica no reside en las conciencias engañadas que bastaría con iluminar, sino en unas inclinaciones modeladas por unas estructuras de dominación que las producen, la ruptura de la relación de complicidad que las víctimas de la dominación simbólica conceden a los dominadores sólo puede esperarse de una transformación radical de las condiciones sociales de producción de las

que se considere feminista mirar de manera crítica esas experiencias e identificar las estructuras objetivas que determinan la violencia simbólica.¹⁷

Lo que aquí hemos querido hacer es iluminar el potencial emancipatorio de la experiencia del aborto (Pitch, 2003), o de la posibilidad de acceder a la práctica toda vez que se esté embarazada; y la incompatibilidad de ciertos discursos que apoyan la legalización. Creemos que es necesario ser conscientes de aquellas limitaciones, porque la subsistencia del estatus de tolerancia, en lugar de la construcción del genuino respeto y del reconocimiento de un derecho, puede conspirar fuertemente contra ese potencial subversivo y dejar intactos todos los dispositivos de penalización informal que hasta ahora siguen sosteniendo el mandato de maternidad que moldea las subjetividades, los cuerpos y las sexualidades femeninas y mantienen roles de género perjudiciales para las mujeres. La práctica del aborto legal puede constituirse en un dispositivo para efectivizar la promesa constitucional de que las mujeres debemos ser libres e iguales en derechos y oportunidades.

Bibliografía

- Abu-Lughod, Lila: “Writing against culture”, en Richard Fox (ed.) *Recapturing anthropology: Working in the present*, Santa Fe, School of American Research Press, 1991.
- Becker, Howard: *Los extraños*, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo, 1977.
- Bergallo, Paola: “El derecho como modelador de las decisiones reproductivas y el límite del giro procedimental”, en *Derecho Privado*, N° 1, Infojus, Buenos Aires, 2012. Bourdieu, Pierre: *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2010.
- Clifford, James; Marcus, George. E., y Moreno-Ruiz, José L.: *Retóricas de la antropología*, Madrid, 1991.
- Dworkin, Ronald: *Life's dominion*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1993.
- Facio, Alda: “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en *Género y derecho*, Colección Contraseña, Santiago de Chile, Lom, 1999, pp. 99-108.
- Frug, Mary J.: “Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)”, en *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006. Hopp, Cecilia Marcela: “Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate”, *Derecho Penal*, N° 2, Infojus, 2012.

inclinaciones que llevan a los dominados a adoptar sobre los dominadores y sobre ellos mismos un punto de vista idéntico al de los dominadores. La violencia simbólica sólo se realiza a través del acto de conocimiento y reconocimiento práctico que se produce sin llegar al conocimiento y a la voluntad que confiere su ‘poder hipnótico’...” (Bourdieu, 2010: 58-59).

17. Sobre ello, debemos recordar lo dicho por Bourdieu, “La violencia simbólica se instituye a través de la adhesión que el dominado se siente obligado a conceder al dominador (por consiguiente a la dominación) cuando no dispone, para imaginar la relación que tiene con él, de otro instrumento de conocimiento que aquel que comparte con el dominador y que, al no ser más que la forma asimilada de la relación de dominación, hacen que esa relación parezca natural” (2010: 51).

Guttmacher, Alan: *Sharing Responsibility. Women, Society & Abortion Worldwide*, Nueva York, Alan Guttmacher Institute, 1999.

MacKinnon, Catharine: *Hacia una teoría feminista del Estado*, Valencia, Cátedra, 1989.

Mario, Silvia y Pantelides, Edith: “Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina”, en *Notas de Población* N° 87, Santiago de Chile, CEPAL, 2009. Ministerio de Salud de la Nación: *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, 2010.

Pecheny, Mario: “Yo no soy progre, soy peronista. ¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?”, en Bergallo, Paola (Comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

Pitch, Tamar: *Un derecho para dos*, Madrid, Trotta, 2003.

Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana; Arias Feijoó, Jimena: “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina”, en *Informe de Derechos Humanos CELS*, 2009.

Diarios

A24: “Demanda al Ramos Mejía por filtrar datos de la mujer violada”, 11 de octubre de 2012.

Clarín: “La Justicia frenó un aborto no punible y la Ciudad va a apelar”, 10 de octubre de 2012.

Diario Junío: “‘La naturaleza es sabia’ dijo Cettour, y opinó que la nena de 11 años puede soportar el embarazo”, 17 de enero de 2012.

El Día: “Demoran a joven de 24 años en Los Hornos por inducir un aborto”, 27 de junio de 2012.

El Diario: “Dio a luz la niña de 11 años abusada en General Campos”, 26 de julio de 2012.

Infobae: “El martes se realizará el primer ‘aborto no punible’ en la Ciudad de Buenos Aires”, 5 de octubre de 2012.

La Nación: “Macri anunció que el martes se practicará el primer aborto legal de la Ciudad”, 5 de octubre de 2012.

Página 12a: “Paga con su cuerpo el costo de ser pobre”, 20 de enero de 2012.

Página 12b: “Una denuncia por prevaricato”, 12 de octubre de 2012.

Télam: “La Justicia analiza si autoriza un aborto a una niña de 11 años”, 16 de enero de 2012.

— “Denunciaron a Macri ante la Justicia por la suspensión del primer aborto no punible”, 10 de octubre de 2012.

— “Denunciarán a la jueza que impidió el aborto no punible en la Ciudad por mal desempeño”, 10 de octubre de 2012.

— “Diana Conti pide juicio político para la jueza que impidió el aborto”, 10 de octubre de 2012.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Competencia N° 783. XLVIII. Pro Familia Asociación Civil el GBCA y otros s/ impugnación de actos administrativos”, C. 783. XLVIII. COM, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “R.L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia”, 2006.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “Cano Sonia M y otros c/Sin demandado p/ Acción de Amparo s/ Per Saltum”, 2006.

D

VIDA EN GESTACIÓN

DEL EMBRIÓN A LA PERSONA: EL PROCESO DE GESTACIÓN Y LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO*

*Nelly Minyersky** y Lily R. Flah****

1. Introducción

Resulta prioritario pensar si es posible hablar del embrión como algo estático o si se puede considerar que al unirse dos gametos se inicia un proceso que da comienzo a una vida humana dependiente. Sería simplista –y contrario al pensamiento científico– considerar al embrión en forma genérica sin analizar las distintas etapas de su proceso de desarrollo; se ha dicho que la embriogénesis es un proceso continuo. Es difícil establecer fronteras claras entre los estadios de dicho desarrollo, pero se pueden distinguir fases sustancialmente diferentes, derivando en distintos tratamientos legislativos.

A lo largo de la historia se observa que no se han puesto de acuerdo los científicos de la ciencia médica, ni los expertos en teología y filosofía para aunar un criterio respecto del comienzo de la vida humana.

Cabe destacar que tanto desde el punto de vista civil como del penal, el derecho argentino no ha otorgado el mismo estatus al embrión que a la persona nacida. Si bien el Código Civil indica

* Esta es una versión de Nelly Minyersky y Lily Flah del artículo: “Del embrión a la persona. El proceso de gestación y la interrupción voluntaria del embarazo”, publicado en Lily Flah y Silvia Tanzi (dir.), *Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, Editorial Erreius, 2017.

** Nelly Minyersky es presidenta de la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Abogados de Buenos Aires desde 1985. Ha sido vicepresidente segunda y consejera titular del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y vicepresidente de la Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas hasta 1992; se desempeña como Investigadora permanente del Instituto “Ambrosio L. Gioja”, de la Facultad de Derecho de la UBA y al mismo tiempo ejerce la profesión en su especialidad de Derecho de Familia –como abogada y como consultora profesional desde 1961 hasta la fecha–. Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Directora de la Maestría y Carrera Interdisciplinaria de Especialización de Posgrado en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles, Profesora consulta adjunta.

*** Lily R. Flah es camarista en la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Fue titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 90. Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Profesora consulta, Subdirectora del Departamento de Derecho Privado y Directora del Posgrado “Actualización y profundización Derecho de Salud” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, e integrante de la Cátedra Bioética de la UNESCO.

que se es persona desde el momento de la concepción, inmediatamente sujeta esta cualidad a su viabilidad, o sea, que si no hay nacimiento con vida, no hay persona. Los ejemplos en el derecho penal son varios, entre otros, la distinta pena que merece el homicidio en comparación con el aborto, y que este no es punible en grado de tentativa.

2. El embrión, aspecto biológico

La biología, y en particular la biología molecular, ha avanzado a pasos tan agigantados que obliga a los demás estamentos a pensar y repensar continuamente el estatus del embrión. Los increíbles avances que cada día nos brinda la ciencia y que pone a disposición de toda la comunidad, nos enfrentan como sociedad a distintos desafíos a resolver en relación con el tema en análisis.

En todo este proceso, hay que considerar la unidad fisiológica materno-fetal que es constitutiva para el nuevo individuo, como se evidencia en el hecho de que la hormona T4 materna –necesaria para el desarrollo neural del feto y para la cual este tiene receptores– es facilitada inicialmente por la madre.

La activación de elementos constitutivos del desarrollo por parte de influencias maternas (no se trata sólo de alimentación) sería una prueba de que la constitución individual del feto no se completa antes del establecimiento de las relaciones con la madre (implantación), que posibilitan aquella activación. Un proceso similar se produce con algunos genes y sus expresiones biológicas correspondientes (Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioética, 2009).

3. Embrión *in vitro* y embrión *in vivo*

3.1. *El embrión in vitro*

Es necesario distinguir entre el embrión *in vitro* y el embrión *in vivo*. No corresponde someter ambos a un mismo estatus jurídico, no son entes iguales, ni desde el punto de vista biológico, ni del moral o el ético.

Genéticamente, ambos tienen igual dotación, pero darle entidad prioritaria a la dotación genética nos hace reducir la noción de persona a una condición biologicista y, más aún, a una interpretación reduccionista. Por otro lado, la equiparación conduce a la eliminación de la interacción materno-fetal, como estructura básica en la que se realiza la potencialidad del blastocisto. El aporte materno no es solamente un simple recipiente nutritivo para su constitución.

“Los embriones *in vitro* no pueden tener una protección equiparable a los embriones intra útero [...] la ley debe garantizar que ni los gametos ni los embriones pueden ser considerados jurídicamente como bienes comercializables” (Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioética, 2009: 6). Esta afirmación permite concluir que el embrión, antes de su implantación, tiene una consideración diferente a la del embrión implantado, que permitiría legitimar jurídicamente distintas conductas sobre él (regulables por ley). El embrión humano, desde el inicio de la formación del cigoto hasta su implantación en el útero materno, puede desarrollarse de

manera natural o bien en el laboratorio, fases a las cuales la ley podría asignar distintos grados de protección.

Los gametos fecundados que se encuentran fuera del útero, que no han sido implantados, revisten la misma naturaleza jurídica que revestían al estar diferenciados los óvulos y el espermio y separados de los cuerpos a los que pertenecían. No puede igualarse su estatus al de un embrión ya implantado cuyo destino invariable será adhesión al útero femenino y el consecuente camino a la conformación del feto humano en los plazos biológicos correspondientes. Si se encuentran dadas las condiciones para el éxito del proceso de desarrollo, se llegará a la viabilidad.

Si sostenemos que el estatus moral del embrión no es el de una persona, ¿podríamos decir que es una cosa? Sabemos que los embriones *in vitro* pueden ser transferidos, donados, u objeto de investigación. Ello amerita que le otorguemos la entidad de cosa mueble, ¿o se debe crear una categoría especial atento sus características biológicas específicas?

Se impone un tratamiento que asegure su dignidad atenta su virtualidad de vida humana. Ahora bien, si el embrión fuera una persona, entonces toda la técnica de reproducción asistida (FIV, ICSI, congelamiento, PGD) sería moralmente inadmisibles. Si creemos que no lo es, se podrá sostener válidamente la posibilidad de la utilización de las técnicas de reproducción asistida y actividades conexas.

Todas estas consideraciones no se realizan con ánimo de negar vida al embrión antes de su implantación, sino para distinguirlo de su par implantado. Firmenich sostiene que “el cigoto humano es un programa genético con sólo el potencial teórico y estadístico para llegar a ser un miembro de la comunidad humana, puesto que sólo uno de cada tres llegan a implantarse. Ninguno de ellos tiene como finalidad intrínseca su implantación uterina. Ningún programa desarrollará lo que no tiene, es decir la estructura materna sin la cual no existirá la corporalidad” (Firmenich, 2007: 2).

De ello se desprende que la diferenciación entre uno y otro embrión encuentra un punto de inflexión en la implantación en el útero. Antes de ese momento, el embrión está ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al “otro” que es el útero materno: ahí empieza su constitutiva condición de ser-en-relación, rasgo humanizante de la vida (González Valenzuela, 2005). De ahí que no pueda igualarse el estatus tanto jurídico como moral de uno y otro. Lo que sí puede sostenerse es que, por ser “producto humano”, debe gozar de un trato respetuoso, tal como el que se le puede otorgar a un órgano extraído de una persona o a un tejido humano; lo que implica que se encuentra fuera del comercio y que deben observarse ciertos principios éticos en toda investigación a la que se lo destine (Bergel, 2009). La temática en estudio pone en juego derechos humanos fundamentales consagrados en la Constitución argentina. Considerar al embrión *in vitro* con igual estatus que el embrión *in vivo*, y más aún, dotarlo del estatus de persona con todos sus atributos, puede lesionar derechos humanos fundamentales como:

- a) El derecho a constituir una familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional argentina y concordantes), en tanto supondría un impedimento a la adopción y puesta en práctica de tratamientos y técnicas de reproducción asistida y acciones tendientes a lograr la procreación de hombres y mujeres a los que les resulta imposible lograrlo por medios naturales;

- b) El derecho a la libertad de investigación: se obstruiría el avance de las investigaciones, en especial las vinculadas con células madre y embriones inviables. Debemos tener en cuenta que “la libertad de investigación, derivada natural de la libertad de pensamiento –tal como lo destaca la UNESCO– constituye una conquista muy preciosa para la humanidad, lograda a través de las luchas que jalonan la historia del hombre en la búsqueda de caminos que conduzcan a la tolerancia y a formas más racionales de convivencia llamadas a desterrar por siempre los fundamentalismos de cualquier tipo o color. Paralelamente, constituye uno de los derechos humanos incorporados en la Declaración Universal de 1948 que es receptado en numerosos textos constitucionales” (Bergel, 2009: 19) y los consagrados en los tratados internacionales incorporados nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 22).
- c) El derecho a la salud (artículo 33 de la Constitución Nacional argentina) se vería vulnerado si se prohibieran las técnicas de selección de embriones preimplantatorias, las que se encuentran incorporadas a nuestras prácticas cuando se tiene en mira evitar la transmisión de enfermedades congénitas severas, técnicas puestas en práctica en varios países y que en la Argentina han sido receptadas jurisprudencialmente (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2008).

3.2. *El embrión in vivo*

Para analizar la naturaleza jurídica del embrión *in vivo* es necesario abordar las distintas teorías elaboradas sobre el inicio de la vida.

Hasta hace pocas décadas, se desconocía lo que sucedía en el seno materno desde el acto de la relación sexual hasta el nacimiento de un nuevo ser humano. Cuando los avances científicos así lo permitieron se fue develando el intrincado proceso que se debe cumplir para que desde la unión de óvulo y espermatozoide se llegue a un nacimiento con vida.

- a Desde entonces se han sumado algunas teorías a la clásica que sostiene que la vida se inicia con la unión de los gametos. Entre otros:¹
 - La fecundación. Se inicia la vida con la unión del óvulo con el espermatozoide.
 - La implantación. Comienza la vida en el momento en que el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero (el 7° al 14° día desde la fecundación).
 - Actividad cerebral del embrión. Quienes sostienen esta posición entienden que debería existir una analogía entre los momentos que marcan la extensión de la vida humana, y lo hacen en relación con la capacidad de sentir dolor.²
 - Viabilidad del feto. Es decir, la posibilidad de supervivencia del feto de manera autónoma a la madre.

1. Para conocer las distintas posturas y sus defensores, ver Figueroa Yañez (2001: 123-131).

2. Peter Singer ha dicho, citado por Figueroa Yañez: “Desde esta perspectiva, el embrión recién concebido posee características que alcanzan niveles muy bajos, y a diferencia de los perros, los cerdos, los pollos y otros animales, no posee cerebro ni sistema nervioso, y es posible pensar que está muy incapacitado para sentir dolor o experimentar cualquier cosa. Por lo tanto, no puede tener intereses propios” (Figueroa Yañez, 2001: 128).

- Relacionalidad o culturización del feto. Esta posición sustenta que, como seres humanos, el embrión se convierte en humano al ser aceptado por el otro. Se convierte en ser humano independiente cuando la madre lo desea y lo entiende como un individuo ajeno a ella misma.

El análisis de estas teorías es sumamente importante, pues ayuda a diferenciar las distintas etapas o fases y los derechos atribuibles a cada una de ellas.

- b El encuadre jurídico deberá ser articulado con las ciencias biológicas, sociales, éticas y morales. En ese sentido, es importante recurrir a quienes la abordaron desde esas disciplinas.
- Warren en su obra sostiene que la humanidad genética no es suficiente para la pertenencia a la comunidad moral, la cual consiste “en todas las personas, y sólo en ellas, más que en todos y solamente los seres humanos” (Warren, 1995: 195). La autora identifica un grupo de características esenciales que definen a la persona, entre los que se cuentan el razonamiento, la actividad automotivada y la autoconciencia (Warren, 2008). Va de suyo que el *nasciturus* no cumple con ninguno de los requisitos enunciados precedentemente, por lo cual, otorgarle derechos tendría tan poco sentido como exigirle obligaciones. Se ha dicho que, para que un ser posea el derecho a la vida, este debe poder autoconcebirse como un sujeto de experiencias continuas. La condición no potencial que hace que un individuo sea una persona, hace que la destrucción de algo sea intrínsecamente incorrecta y seriamente incorrecta. Se trata de la propiedad de un ser sujeto perdurable de intereses no momentáneos (Tooley, 1983).

A su vez, según explica Coquet, Dworkin señala que “para ser poseedor de intereses no es suficiente estar vivo ni en estado de desarrollo hacia el ser humano completo. Es necesario tener una forma psíquica de vida además de la física, es decir, alguna forma de ‘conciencia’. Ella sólo es posible cuando en el embrión se produce la conexión entre el tálamo y el neocórtex. Sólo allí puede sentir dolor (y podríamos decir que tiene interés en no sentir dolor)” (Coquet, 1998: 958).

Siguiendo a Vázquez, es posible recordar que Nino enuncia cuatro principios morales fundamentales desde la óptica de los derechos humanos: principio de inviolabilidad, de autonomía, de hedonismo y de dignidad. “El principio de inviolabilidad se aplica a las personas que son autoconcientes e independientes; el de autonomía lo disfrutaban aquellos individuos que pueden elegir y materializar los diversos planes de vida; el hedonista beneficia a los individuos que pueden sentir placer y dolor, y el de dignidad lo disfrutaban las personas que son capaces de tomar decisiones y aceptar las consecuencias de sus actos. Todas estas capacidades son graduales y se pueden verificar dentro de la amplia gama que se abre entre dos extremos: desde ciertos animales que sólo responden al principio hedonista, hasta una persona moral que puede desarrollar las cuatro capacidades a un nivel máximo” (Vázquez, 2006: 19).

- Las posiciones más liberales, y por ende más permisivas, no se limitan a analizar los derechos del embrión o del feto aisladamente, sino de manera conjunta con los derechos de la otra parte involucrada: la gestante.

- Distintos autores han desarrollado esta temática. Se analiza la relación entre ambos, se hace juicio de valor y se reflexiona sobre la gradación de derechos que se le debe reconocer a cada uno, y la dependencia del feto respecto de la gestante. “Tener derecho a la vida no garantiza que se tenga derecho a usar el cuerpo de otra persona, o a que se le permita continuar usándolo, aunque uno lo necesite para la vida misma”. Fundamentalmente, el derecho a la vida “consiste, no en el derecho a que no nos maten, sino en el derecho a que no nos maten injustamente” (Jarvis Thomson, 2001: 113-120). Algunos abortos pueden constituir la destrucción injusta del feto, pero muchos otros no, puesto que aún si el feto tiene derecho a la vida y necesita de la mujer para sobrevivir, su derecho no incluye el de utilizar el cuerpo de la mujer sin su consentimiento.

Luigi Ferrajoli expresa que “las tesis que afirman y las que niegan que el embrión es una persona no son ni verdaderas ni falsas. El hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aún siendo indudablemente cierto, no es un argumento suficiente para establecer que el embrión, y ni siquiera el feto son personas”. Para él “siempre que se comparta el principio laico y liberal de la separación entre derecho y moral, la cuestión de si el feto (como el embrión) es o no persona no es una cuestión científica o de hecho, al ser *indecidible* en el plano empírico, sino una cuestión moral que admite soluciones diversas y opinables, y no puede ser resuelta por el derecho privilegiando una determinada tesis moral, la que considera al feto una persona, imponiéndola a todos y por tanto obligando también a las mujeres que no la compartan a sufrir sus dramáticas consecuencias” (Ferrajoli, 2006: 37).

La mencionada autodeterminación de la maternidad tendrá como corolario que es la mujer quien determinará si el embrión o feto se convertirá en su hijo, y esa decisión es la que le otorgará entidad de persona. Una decisión tan relevante podrá ser tomada siempre y cuando la mujer tenga la libertad de hacerlo, la libertad de autodeterminarse como madre y como la persona que quiere ser; el hecho de que exista un castigo, una pena como consecuencia de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) deja a la libertad acorralada, así como a la autodeterminación.

El filósofo inglés Max Charlesworth señala como valor supremo a la autonomía personal y lo define como el derecho a elegir el estilo de vida propio. Insiste en la separación entre la esfera de la moralidad personal y la intervención del Estado evitando así los excesos de autoridad y paternalismos jurídicos injustificados. Agrega que en el conflicto de derechos entre la mujer embarazada y el feto, aquella tiene el control último sobre su cuerpo y los procesos de reproducción por ser agente moral autónomo. Limita este derecho que existe *prima facie* distinguiendo entre aquellos embarazos que no son producto de un acto voluntario, por ejemplo: violación, y la posibilidad de interrupción del embarazo en cualquier etapa. Según Dworkin, el conflicto se suscita por los diferentes valores que se le atribuyen a la vida porque en realidad distintos grupos de personas valoran diferentes objetos o eventos de distinta forma, y considera que la vida humana es intrínsecamente valiosa en tanto resultado no sólo de un proceso creativo natural o divino, sino también de un proyecto humano. De ello deduce que ambos grupos consideran que la vida humana es sagrada o inviolable; la diferencia estriba en que los grupos progresistas enfatizan la

fuente de valor de la vida en la contribución humana a ella, considerando que el fracaso de tal inversión humana es moralmente más problemática que la frustración del proceso creativo natural. Por otro lado, las posiciones más conservadoras le dan un valor supremo a lo natural en desmedro de la contribución humana (Dworkin, 1993).

No podemos dejar de mencionar la opinión del constitucionalista Bidart Campos: “Cuando se sabe que (en la filosofía tradicional) para que haya una ‘persona’ humana debe haber, simultáneamente, un ‘individuo humano’, es posible consentir que *la persona comienza con la ‘individuación’* del ser humano, lo cual plantea un problema que desde nuestro punto de vista resolvemos así: si la individuación es posterior –acaso– a la llamada ‘concepción’ (o fecundación) y, por ende, el comienzo de la persona humana también lo es (porque coincide con la individuación), no obstante la vida humana en gestación y desarrollo es siempre y objetivamente, un *bien jurídico* aun antes de que exista la persona: entonces, tendríamos dos etapas igualmente importantes en perspectiva constitucional: 1) el período de vida humana desde la concepción hasta la individuación del nuevo ser humano como persona; 2) el siguiente período de vida humana de ese ser que ya es la ‘persona’ concebida” (2006: 105).

Siguiendo el rumbo ya iniciado que tiende a diferenciar las distintas fases por las que transcurre la vida humana desde su carácter de embrión o preembrión hasta constituirse en persona pasando por la etapa de feto, resulta necesario determinar si en esos distintos momentos deben conceptualizarse de manera diferente sus derechos.

Al respecto se formulan tesis intermedias que consideran como elemento determinante las distintas fases por las que transita el feto: “Margarita Valdés, por ejemplo, afirma que el concepto de persona no es aplicable al feto en los primeros meses de gestación debido a que carece de cualquier tipo de experiencia sensible o propiedades psicológicas moralmente relevantes. Reconoce que en algún momento de su desarrollo, después del primer trimestre, es posible que comience a tenerlas y esto nos obliga a tratarlo con consideración. La Corte Suprema de Estados Unidos adoptó el criterio de la viabilidad en la famosa decisión judicial “Roe vs. Wade”. De acuerdo con este criterio, el feto adquiere estatus moral (y según la Corte, protección legal) cuando llega al punto en el que puede sobrevivir fuera del útero materno” (Salles, 2008: 254).

Se ha estudiado al embrión y al feto desde el punto de vista moral por la implicancia que tales conceptos tienen en la conceptualización jurídica del sujeto en estudio. Eso nos ha llevado a reseñar algunos pensamientos de destacados doctrinarios del campo de la filosofía y la bioética.

De esta reseña surge que no es unánime la valoración ética del feto frente a la autonomía, la libertad y otros derechos de la mujer, ni que el único elemento a considerar sea la personalidad o no del *nasciturus*.

Si tuviéramos que sintetizar lo expuesto habría que remitirse a los valores en juego y a la mayor o menor ponderación que se le da a cada uno de ellos. Vida humana sí, en la gestante y en el *nasciturus*, pero ¿ambas tienen igual valor? ¿O, al decir de Dworkin, la de la mujer tiene el plus que le otorga su previa existencia corpórea y la inversión humana que esta presupone?

Si bien la discusión acerca de la naturaleza del embrión es sumamente interesante, y las posiciones podrán ser compartidas o no por todos, en suma, la solución a la que se arribe debe ser tal que respete los principios de laicidad y democracia social que rigen en la Argentina, de tal manera que se otorguen derechos a quienes quieran ejercerlos, sin obligar a quien no lo desea a que viole sus íntimas convicciones. En cualquier cuestión de carácter moral, cuando las posturas son irreconciliables, la postura más legítima es la que da prioridad a la libertad y la responsabilidad individuales. Si tenemos en cuenta que la tolerancia es una virtud de la democracia, enrolarse en una posición que categóricamente otorgue el carácter de persona desde la concepción es una actitud claramente intolerante, ya que restringe la libertad de elección. La actitud tolerante, en cambio, consiste en admitir la existencia y la viabilidad de doctrinas y creencias diferentes de las propias (Departamento de Salud de Cataluña, 2009).

4. Sistema jurídico nacional

4.1. El Código Civil

La tutela prestada a la vida admite gradaciones, y en modo alguno puede decirse que reviste carácter absoluto. Esta afirmación se sustenta en una lectura integral del ordenamiento jurídico argentino que, si bien protege la vida desde la concepción hasta la muerte, no lo hace siempre con la misma intensidad e igual sentido.

El Código Civil argentino, en el título “De la existencia de las personas antes del nacimiento”, establece, en su artículo 70: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir *algunos* derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. El legislador de 1869 no pudo prever los avances biotecnológicos que harían posible la concepción fuera del seno materno. Sin embargo, la importancia de este artículo no radica tanto en la palabra concepción, sino en la diferenciación de derechos que realiza en atención al nacimiento con vida o no. El legislador claramente establece una condición suspensiva para el ejercicio del derecho, la condición del nacimiento con vida, que, al cumplirse, transformará en derechos irrevocablemente adquiridos, los que se reconocieron de manera potencial antes del nacimiento.

Llambías sostiene que el hecho del nacimiento sin vida actúa como condición resolutoria de la personalidad del *nasciturus*. O, expresado de otra manera, la personalidad del sujeto por nacer no es perfecta sino imperfecta, en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida. Consecuentemente con la personalidad condicional que goza la persona por nacer, todos los derechos adquiridos por ella están bajo la amenaza de su nacimiento sin vida. El nacimiento con vida importa la frustración de la condición resolutoria que amenazaba la adquisición de sus derechos, los cuales, desde ya, resultarán definitivamente consolidados (Llambías, 1978).

Es decir, merece diferentes derechos y protección el ser humano nacido con vida que el ser humano no nacido, el que sólo será acreedor de esos derechos si naciera con vida. Debe tenerse en cuenta entonces, que en la ley civil el *nasciturus* no es titular de derechos ni en la forma ni en la medida que el ser nacido, y que los derechos que a aquel le son reconocidos están condicionados al nacimiento con vida (Gil Domínguez, 1998) de acuerdo con lo establecido en los artículos 70 y 74 del Código Civil.³ Esta disposición se ve reforzada por la nota al artículo 3290 del mismo cuerpo normativo, cuando indica que el hijo en el seno materno tiene sólo una vida en común con la madre, y que sólo el nacimiento puede darle una vida individual (Llambías, 2012).

En la nota del citado artículo 70, Savigny mencionaba algunos parámetros que ayudan a la interpretación del artículo, entre ellos citamos dos: “(3) Es preciso que el hijo viva después de la separación. (4) Si, pues, durante un parto trabajoso, el hijo da signo de vida, pero muere antes de haber sido completamente separado de la madre, nunca tuvo la capacidad de derecho. Debe decirse lo mismo, y con más razón, si antes de comenzar el nacimiento, el hijo hubiese muerto”.

Por su parte, el Código Penal Argentino, en el artículo 86, enuncia los abortos no punibles como los consentidos por la mujer, o su representante legal en su caso, en los siguientes supuestos: a) con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer; b) con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer; c) si el embarazo es producto de una violación. No se impone a la mujer en estos casos el deber de dar a luz a un niño, y por sobre la vida de la persona en formación, la madre puede optar, en el primer caso, por proteger su propia vida; proteger su propia salud, en el segundo; y su propia autodeterminación en el tercero.

Se observa el distinto tratamiento que el derecho penal otorga a los delitos de homicidio y aborto, y la consecuente diferenciación en las penas que caben al autor en uno y otro caso. Cabe tener presente lo establecido en el artículo 89 del Código Penal en orden a la no punición de la tentativa de aborto de la mujer, y que la destrucción culposa del feto no encuentra previsión en el cuerpo criminal argentino (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala V, 2006), de modo que no puede hablarse de homicidio cuando aquel muere por mala praxis médica o durante el parto, ya que sólo podrá calificarse de tal modo a partir de que el ser humano naciente pueda ser visto separado del seno materno, que es cuando adquiere su existencia individual.

4.2. Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, artículo 19

Para un mejor análisis podemos dividir el artículo 19 del Proyecto de Reforma del Código en dos partes. En relación con el empleo de técnicas de reproducción asistida y el embrión *in vitro*, establece que la existencia de la persona humana “comienza con la implantación del embrión en la mujer”. Por otro lado, respecto del embrión *in vivo* mantiene la redacción actual, ya que dice: “comienza con la concepción en el seno materno”, con las mismas limitaciones; o sea, se sujeta la existencia de la persona al nacimiento con vida. Si bien debe entenderse que se es persona a

3. Código Civil - art. 74: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido”.

partir de la concepción sólo a los efectos civiles, esta redacción ha ido criticada por el impacto que tiene en la conciencia social y en el imaginario colectivo.

Al respecto, los fundamentos del Proyecto de reforma exponen que en el Código Civil la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil. Así debe ser interpretado el artículo 19. Pero es cierto que dicha redacción presenta el riesgo de ser utilizada en contra de las posibilidades de despenalizar y legalizar consecuentemente las interrupciones voluntarias de embarazo, e inclusive cuestionar, por algunos sectores, las causas de justificación que establece el Código Penal en el artículo 86, inciso 1 y 2, y aquellas como las de plazo, que se pudieran introducir.

La criminalización del aborto ha traído como consecuencia tergiversadas interpretaciones de todo el articulado legislativo y convencional que se refiere a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Definir al aborto como un delito sitúa a las mujeres como posibles o eventuales delinquentes, y establece dos campos contrapuestos: las mujeres inocentes y las mujeres criminales. Es por ello que la legalización es tan importante.

La ciencia se encuentra ante un proceso de continuo y gradual desarrollo, que se inicia con la anidación del embrión en la pared del útero y concluye con el fin de la gestación. La referida gradualidad hace difícil determinar un punto de inflexión en el proceso de gestación, durante el embarazo, que pueda ser considerado el momento en el que el embrión cambia de estatus; es decir, en el deja de ser parte incompleta de un proceso dinámico para ser persona. Es por ello que podría decirse que el único momento en el que el embrión/feto cambia de estatus es el nacimiento. Por estas razones, hubiera sido conveniente aproximar los conceptos jurídicos y biológicos sobre persona.⁴

El derecho realiza una construcción jurídica a los efectos de decidir desde qué momento se es persona, si es que toma un momento anterior al nacimiento. Para ello recurre a ficciones, por ejemplo cuando establece que “si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido” (actual art. 74), y similar situación se recrea en el Proyecto.⁵ En este sentido, a juicio de Alfredo Orgaz, “el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador, incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos, vgr. personas jurídicas o de existencia ideal” (Orgaz, 1946: 34). La distinción marcada por el nacimiento responde precisamente a ese incontrastable dato de la realidad. Toda utilización de ficciones –y especialmente la de aquellas que siguen la filosofía del “como si”, tal como la establecida expresamente por el legislador civil–, además de tener un cierto sustrato real, únicamente resultan admisibles si justifican utilitariamente el deliberado y práctico desvío de la realidad en que incurren (Marí, 2002).

4. Estas consideraciones han sido tomadas de la propuesta de modificación al artículo 19 del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, por el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología, Ministerio de Ciencias, Tecnología e Innovación Productiva, Presidencia de la Nación.

5. Esta misma ficción jurídica reaparece en el artículo 21 del proyecto, que establece: “Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.

Estas construcciones que realiza el derecho son atajos o caminos técnicos de los que se valen las ciencias jurídicas para atribuir efectos a determinadas situaciones. Se utilizan para preservar derechos y no para cercenarlos.

En atención a la impronta que las normas marcan en la sociedad, debe transitarse este sendero con especial cuidado. El derecho tiene un efecto performativo en esta. Para muchos, lo que dice la letra de la ley actúa como un termómetro, si se quiere ético o moral; tanto para las normas que amplían derechos, como para aquellas que establecen penas. Es imprescindible tener especial cuidado al legislar sobre temáticas tan profundas, porque la habilitación a interpretaciones restrictivas puede hacer de la letra de la ley un estandarte de prohibición, limitación y violación de derechos humanos fundamentales, sin que esta haya sido pensada y legislada para tales efectos.

5. Los tratados internacionales de derechos humanos

5.1. Artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se incorporaron con jerarquía constitucional diez tratados internacionales a los que se les reconoció dicha jerarquía, entre ellos: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

La CEDAW, en sus artículos 12 y 16, destaca el derecho de las mujeres a participar de la planificación familiar y a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Esta previsión señalaría una prevalencia de su autonomía frente a la existencia de vida humana y un eventual derecho del *nasciturus*.

Desde esta misma perspectiva cabe el debido análisis del alcance de la CDN, y en especial, el de la llamada “reserva” que formuló la Argentina en ocasión de ratificar la citada Convención. Esta, en su artículo 1, establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”. Nuestro país realizó, respecto de dicho artículo, una declaración interpretativa: “que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad” (art. 2 de la Ley 23.849).

Al respecto, la Defensoría General de la Nación, en el fallo de la Corte Suprema “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, explica claramente que “En rigor, el Estado argentino no hizo una reserva a la CDN, sino que formuló una declaración interpretativa”. Esta diferencia es de relevancia, pues significa que el país suscribió todo el texto de la CDN, y debe aplicarla, como ya se señaló, “en las condiciones de su vigencia”. Este sentido se ha señalado en la Convención Constituyente de 1994:

las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados, que no deben ser confundidas con las reservas y que sólo tienen por objeto dar una interpretación del tratado [...] Por lo tanto, ellas no pueden gozar del estatus jurídico especial que tienen las manifestaciones de la voluntad concordante de los miembros de

la comunidad internacional, expresadas en los tratados. Esta situación especial de las normas que han recibido el consenso de un cierto número de Estados, en un lapso prudencial, es lo que determina que otorguemos primacía a todos los tratados sobre el derecho interno. [...] Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional (Convención Nacional Constituyente, Tercera Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994: 3096 y 3097).

Entonces, como se trata de una ley que fija una declaración interpretativa, significa que no forma parte del tratado y, en consecuencia, carece de jerarquía constitucional. Es así que el Congreso puede modificar o derogar la ley sin seguir ningún procedimiento especial. Por último, tampoco se podría considerar que el reconocimiento de rango constitucional de la CDN acaecido en la reforma de 1994, con la mentada declaración interpretativa, haya resuelto la cuestión de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en ciertos casos, desde que la Convención Constituyente no estaba habilitada para incluir cambios en el Capítulo Primero de la CN, sobre las Declaraciones, derechos y garantías (Ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional).

De lo dicho surge que del texto de la CDN no se sigue una protección absoluta al embrión desde el momento de la concepción. Por el contrario, el Comité de los Derechos del Niño se dirigió al Estado Argentino en sentido opuesto al sostenido, y expresó la necesidad de que niñas y mujeres que resulten embarazadas como consecuencia de un agravio sexual puedan interrumpir la gestación (CSJN, 2012).

5.2. Artículo 75 inciso 23 de nuestra Constitución Nacional

Además del inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional mediante el cual se incorporaron a ella los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos analizados, se estableció en el inciso 23 el siguiente texto:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Resulta necesario precisar que el contenido del artículo 75, inciso 23, párrafo segundo se refiere al dictado de un régimen de seguridad social que se proyecta desde el momento de la concepción, pero ello de ninguna manera implica que constituya una obligación constitucional para el Estado argentino proteger la vida humana en formación de forma exclusiva y absoluta por la vía penal, ni menos aún que se haya constitucionalizado la penalización del aborto.

En tal sentido se ha manifestado la doctrina sobre los alcances que tiene el artículo 75, inciso 23 de la Constitución respecto de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE).

Aída Kemelmajer de Carlucci ha señalado que:

Por supuesto que nuestra cláusula constitucional apunta a otra cosa y no a este tema: apunta a que la mujer no tenga necesidad de llegar al aborto, apunta a lo que todos quisiéramos, que toda vida que está en formación llegue a buen fin, y que después tenga una vida digna, porque no basta la protección de la mujer y de la vida en formación sólo hasta el nacimiento, y después olvidarnos de ella, como por ejemplo las mujeres portadoras de VIH (Gil Domínguez, 2000: 271).

Finalmente, Germán Bidart Campos expresa que: “El inc. 23 del art. 75 de la Constitución, en cuanto claramente alude a un régimen de ‘seguridad social’ integral y especial, no guarda —a mi juicio— relación alguna con el tema de la interrupción del embarazo desde el punto de vista penal” (Minyersky, 2007: 219).

5.3. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional reconocen explícita o implícitamente al derecho a la vida, pero ninguno de ellos se refiere expresamente al feto ni al embrión, ni le otorga derechos.

Determinados sectores de la doctrina invocan erróneamente el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶ como la norma que consagraría la protección del *nasciturus*, al decir: “*Derecho a la vida*. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Para la debida interpretación de todo tratado internacional, y en especial de la convención en estudio, se deben tener en cuenta los principios que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, que en sus arts. 31 y 32 dispone que, para su interpretación, debe tenerse presente el texto; el contexto; los acuerdos alcanzados para la celebración del tratado; el sentido especial de ciertos términos, si consta que fue la intención de las partes; los trabajos preparatorios; las circunstancias de la celebración; y los acuerdos o prácticas ulteriores, todo ello de buena fe. Un último eje de consideración para la interpretación lo constituyen los precedentes de la propia Corte Interamericana (CorteIDH) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), tanto en sus fallos como en sus opiniones consultivas.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷ ha dado origen al texto vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos, que constituye la base jurídica de todo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

6. Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Su texto fue aprobado en 1969 en San José de Costa Rica por los estados miembros de la OEA, y entró en vigor el 18 de julio de 1978, luego de alcanzar el número de ratificaciones previsto.

7. Adoptada en la IX Conferencia Internacional de los Estados Americanos, en el año 1948 en Bogotá. Si bien se trata de una declaración y no es legalmente vinculante, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han recurrido a ella como fuente de obligaciones internacionales vinculantes para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

Para realizar una correcta interpretación del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos deben considerarse todos los aspectos antes mencionados. A tal fin, es funcional un breve repaso de la historia legislativa de la Declaración Americana cuyo texto es base del Pacto. En la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos se sometió al Comité Jurídico un Proyecto que establecía el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Dicho texto sirvió de base para las discusiones, conjugado con el texto preliminar de una declaración similar preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947.

En dichas discusiones se incorporaron observaciones y enmiendas introducidas por los delegados de los países luego de las cuales se redactó un nuevo texto preliminar, cuyo artículo 1 decía: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, la libertad, seguridad, o integridad de su persona”, sin mención del momento desde el cual se goza de tales derechos. El equipo de trabajo justificó este nuevo artículo 1 como un acuerdo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico.⁸ Así se arribó al texto que actualmente reza: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

La aceptación del concepto absoluto –el derecho a la vida desde el momento de la concepción– hubiera implicado la derogación de la legislación que regía en 1948 respecto del aborto y, en nuestro caso, la derogación del actual art. 86 del Código Penal. Siguiendo este camino, el Pacto de San José de Costa Rica incluyó los términos “en general” atendiendo al principio de amplitud que le confiere esa mención, acordada en aquellas discusiones.

Un caso paradigmático sobre este análisis es el conocido como “Baby Boy”, en el que tuvo ocasión de pronunciarse la CIDH (1981). En octubre de 1973, el Dr. Edelin, jefe de médicos residentes del Boston City Hospital, realizó un aborto por histerectomía solicitado por una mujer de 17 años y consentido por ella y su madre. El médico fue acusado de homicidio no premeditado y condenado a raíz de ese juicio. Apelada la sentencia, la Corte Suprema del Estado de Massachusetts lo absolvió. En enero de 1977, la Catholics for Christian Political Action presentó una petición ante la CIDH contra los Estados Unidos y el Estado de Massachusetts para que se pronunciara en relación con el caso, alegando la violación por parte del gobierno norteamericano y del Estado de Massachusetts de los artículos 1 (derecho a la vida), 2, 7 y 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La CIDH realizó un pormenorizado estudio de los trabajos preparatorios del artículo 1 de la Declaración Americana y de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con el derecho a la vida y, en particular, de la inserción de las palabras “en general” en el artículo 4.1 de este último, y señaló que dicha expresión tuvo por objeto permitir la subsistencia –por no compatibilidad– de la preexistencia de aquellas legislaciones nacionales que no son restrictivas de abortos.

Recientemente, en el mes de noviembre de 2012, en el caso “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación *in vitro*’) vs. Costa Rica”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) dijo, en similar tesitura que la adoptada en el caso precedente, que los trabajos preparatorios de la Convención Interamericana indican que en su discusión no prosperaron las propuestas de

8. Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos, Vol. 5, p. 474-484, 513-514.

eliminar la expresión y “en general, desde el momento de la concepción” ni la de las delegaciones que pedían eliminar sólo las palabras “en general” (CorteIDH, 2012). Indicó que la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de ellos. Por todo lo anterior, la CorteIDH concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión. Asimismo, sostuvo que la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de acuerdo con los trabajos preparatorios, no fue entendida en el sentido de incluir al no nacido. Igualmente, manifestó que las decisiones del Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión, y que de la CEDAW se deduce que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. La CorteIDH también hizo referencia al Convenio de Oviedo y a casos del Tribunal Europeo, para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión de que el embrión sea tratado de manera igual a una persona, o que tenga derecho a la vida (CorteIDH, 2012).

De los razonamientos expuestos en los párrafos anteriores, y particularmente del fallo citado precedentemente, deviene incorrecto interpretar que la Declaración incorpora la noción de que existe el “derecho a la vida desde el momento de la concepción” cuando los signatarios enfrentaron la cuestión y decidieron no adoptar tal principio en términos absolutos, incorporando la frase “en general” con la redacción y sentido que hemos indicado.

Asimismo quedó claro que se puede afirmar que de los instrumentos en análisis no se deduce una protección absoluta del embrión, y en especial, sí se debe colegir que la igualdad y la no discriminación suponen la prevalencia de los derechos de la mujer sobre el interés de proteger la vida del *nasciturus*.

La CIDH es uno de los dos órganos competentes para supervisar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹ Sus informes deben servir de guía para la interpretación de la Convención por parte de los jueces nacionales en los casos en que deben intervenir.

6. Despenalización y legalización. Ámbitos

Los derechos reproductivos y sexuales incluyen no sólo la atención segura del embarazo y parto, la anticoncepción segura y efectiva, los tratamientos para la infertilidad, la información actualizada y veraz sobre sexualidad y salud reproductiva, y sobre los beneficios y riesgos de los medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos, la prevención y el tratamiento de enferme-

9. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 33: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención: a. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión; y b. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte”.

dades de transmisión sexual y VIH/SIDA y de los cánceres génito-mamarios, la libertad de vivir la sexualidad en condiciones seguras y dignas, el derecho a no sufrir violencia, abuso o coerci3n sexual o corporal, sino también el aborto seguro y legal (Ramos, 1997).

Tal afirmaci3n se reafirma y encuentra argumentaci3n en varias interpretaciones directamente relevantes emitidas al respecto por las entidades autorizadas de las Naciones Unidas¹⁰ que llevan a la conclusi3n que la mujer tiene el derecho a decidir en asuntos relacionados con la IVE, ya que varios derechos humanos corren riesgo cuando el acceso de las mujeres a los servicios de aborto legal y seguro está restringido.

El Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminaci3n de la Discriminaci3n contra la Mujer y el Comité de Derechos Econ3micos, Sociales y Culturales –principales 3rganos de expertos de la ONU en la supervisi3n e interpretaci3n del derecho a la salud– han hecho notar repetidas veces, con preocupaci3n, la relaci3n entre las leyes que restringen el aborto, el aborto clandestino y los riesgos para las vidas de las mujeres. Estos comités han recomendado la revisi3n o enmienda de las leyes que penalizan o restringen el aborto.

El estudio de la normativa vigente y, en especial, el análisis de los tratados internacionales (art. 75, inc. 22 CN), así como las observaciones realizadas por los distintos organismos de control de cumplimiento de aquellos, nos llevan a la certidumbre de la plena constitucionalidad de una legislaci3n futura que despenalice y legalice la IVE dentro de determinados parámetros.

Se pueden considerar diferentes caminos a emprender en este sentido.

 En qué esfera del derecho corresponde legislar al efecto?  Se despenaliza totalmente la IVE, desligando de toda responsabilidad a la mujer cualesquiera fueren las circunstancias y el tiempo de gesti3n?  Se modifica el C3digo Penal simplemente ampliando las causas de justificaci3n? La despenalizaci3n por sí sola  es suficiente cuando se trata de un fen3meno que impacta a la salud pública en general?

A través de la sola despenalizaci3n  se puede lograr la atenci3n por parte de los sectores públicos y privados de salud y garantizar los derechos de las mujeres afectadas?  Es pertinente que una ley nacional modifique los artículos 85 a 88 del C3digo Penal y que, por otro, lado se incorporen todos los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a una IVE, en el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva?

Dada la característica de federalismo de nuestro país, y la existencia de amplios sectores de la doctrina que consideran que, a pesar de las obligaciones asumidas por el Estado en los pactos de derechos humanos, justamente, de carácter federal (art. 75, inc. 22 CN), las provincias se han reservado la legislaci3n en materia de educaci3n y salud; sería necesario –para evitar discusiones sobre competencia– que se legisle directamente modificando el derecho de fondo, en forma tal que sea aplicable en todo el país.

Se ha debatido largamente la eficacia de la ley penal respecto de la temática en estudio. Si bien podría decirse, en una primera lectura, que no ha sido eficaz para evitar la realizaci3n de la

10. La implementaci3n de los principales tratados de derechos humanos del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas es supervisada por comités –llamados 3rganos de supervisi3n– constituidos por expertos independientes seleccionados de entre los Estados partes de los respectivos tratados. Sus observaciones o recomendaciones constituyen una fuente fidedigna de la evoluci3n interpretativa del derecho humano en cuesti3n. Para mayor informaci3n consultar el sitio web de Human Rights Watch.

enorme cantidad de abortos que se practican, ni tampoco para proteger la vida en gestación, sí ha producido un efecto pernicioso sobre la vida, la salud y la libertad de centenares de miles de mujeres, que las mantiene en una situación disvaliosa, de inferioridad, al eliminar su voluntad y deseos de toda consideración. Tenemos la convicción de que la IVE debe ser estudiada más allá del campo delictual por ser un fenómeno pluricausal, pero cuyo eje directriz es mantener un patriarcado dominante que se resiste a abandonar un instrumento jurídico perverso que obliga a las mujeres a determinadas conductas esenciales en la vida, sin tener en consideración su autonomía.

La penalización ha demostrado ser sumamente eficaz sin necesidad de realizar una persecución penal para tallar cuerpos femeninos perfectamente ajustados a los estereotipos de género que dominan la sociedad de acuerdo con los cuales la maternidad se expone como el rol intrínseco de las mujeres (Cartabia, 2012).

Ninguna lectura es neutral. Mantener la problemática del aborto en el ámbito penal –aun ampliando las causas de justificación– mantiene a la IVE en la esfera delictual. Si aparece el aborto como un crimen –madre que mata a su hijo– se cristaliza una concepción social acerca del rol que cumple el cuerpo femenino, y así el derecho genera una verdad con fuertes efectos simbólicos.

Prueba de lo expresado son las dificultades que ha enfrentado a través de décadas la aplicación de los supuestos del artículo 86 del Código Penal, tal como señala el mencionado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012). Las causas de justificación del citado artículo 86 que legalizan el aborto no punible *ab initio* han sido indebidamente interpretadas. Puede suponerse que la inserción en el cuerpo penal empaña y tiñe de ilicitud aun a aquellas conductas que el mismo código califica como lícitas.

Para aproximarnos a los distintos caminos de modificación legislativa, se deben tener en cuenta dos ejes que nos ayudarán a resolver el dilema planteado sobre la IVE. El primer eje debe analizar el derecho de la mujer sobre su propio cuerpo y a decidir autónomamente el proseguir o no un embarazo; autonomía y libertad que disminuyen a medida que el embarazo avanza.

El otro extremo del dilema es el desarrollo del feto desde la concepción del embrión hasta su viabilidad. Es por ello que debe pensarse al embrión/feto como un proceso en desarrollo, como lo enseñan las ciencias modernas, tal como se expusiera precedentemente.

A partir de este análisis, resulta entonces posible y necesario seleccionar diferentes momentos del proceso gestacional para aceptar la IVE, valorando específicamente para cada supuesto el tiempo de gestación y el fundamento que motiva la petición de interrupción. Por ejemplo: no debería fijarse tiempo cuando se encuentra en peligro la vida o salud de la gestante, pero sí podría acotarse en casos de violación o por voluntad de la mujer.

Despenalizar totalmente el aborto no ha sido una política seguida por la mayoría de los países. Incluso aquellos que han adoptado una posición más liberal descriminalizan a la mujer, pero no así a quienes lo cometen, especialmente si se ha realizado la interrupción contra la voluntad de la gestante.

En atención a la brevedad de este trabajo citamos ejemplos paradigmáticos del Derecho Comparado que han tomado diferentes caminos:

- a) *Francia*: La Ley 7517 del 17 de enero de 1975 estableció en su título Primero, artículo 2 que se suspendía durante un período de cinco años la aplicación de las disposiciones de

los cuatro primeros renglones del artículo 317 del Código Penal, cuando la interrupción voluntaria del embarazo se practicara antes del fin de la décima semana por un médico de un establecimiento público o privado que cumpliera con la disposiciones del Código de Salud Pública. En el título Segundo, artículo 3, ordenaba que se inserte en el Código de Salud Pública el artículo 3 bis titulado “Interrupción voluntaria del embarazo”, y en el artículo 4 legislaba sobre la interrupción del embarazo practicada antes del fin de la décima semana. La mujer cuyo embarazo la situaba en una situación de vulnerabilidad¹¹ podía solicitar a un médico la interrupción del embarazo que no se podía practicar después del fin de la décima semana.

En 2001 se aprobó la denominada Ley Aubry, que modificó la Ley Veil de 1975, mediante la extensión del plazo para la interrupción voluntaria del embarazo hasta el fin de las doce semanas de gestación.

El médico al que una mujer le requiere la realización de un aborto en la primera visita debe informarle sobre los métodos medicamentosos y quirúrgicos de la práctica y de sus peligros y efectos secundarios. Le debe entregar un *dossier* que incluya las disposiciones de la ley y la lista de establecimientos donde acudir para realizarla. También se le propone en forma sistemática a la mujer que haga una consulta con una persona capacitada, en centros de consulta, planificación y educación familiar. Para el caso de mujeres menores de edad no emancipadas, esta consulta es obligatoria, y puede guardar el secreto respecto de sus progenitores.

La ley prevé una serie de medidas tendientes a otorgar apoyatura interdisciplinaria.

La IVE puede ser practicada en todo momento siempre que dos médicos miembros de un equipo interdisciplinario atestigüen que la prosecución del embarazo pone en peligro grave a la salud de la mujer, o que exista una fuerte probabilidad de que el niño por nacer se vea afectado por una enfermedad grave. En el primer caso, intervendrá un equipo pluridisciplinario integrado por un médico ginecólogo, un médico elegido por la mujer y un trabajador social o psicólogo. En el segundo caso, el equipo deberá pertenecer a un centro de diagnóstico prenatal. En ambos supuestos, la IVE deberá practicarse en un hospital público o en un centro privado que cumpla con los requisitos legales para ello. La interrupción del embarazo realizada por un tercero se pena con dos años de prisión o una multa cuando: 1) se realiza con posterioridad al plazo autorizado en la ley; 2) quien lo hace no tiene la calidad de médico; 3) se realiza en un lugar que no sea de los autorizados por la ley.

La infracción se pena con 5 años de prisión si esta práctica es habitual.

La tentativa es punible, al igual que proveer medios a la mujer para que lo lleve adelante por sí misma. Se pena con dos años de prisión o multa importante si se impide una interrupción de embarazo autorizada por la ley –sea perturbando el acceso a los establecimientos autorizados– o la libre circulación de personas en ellos, o del personal médico y no médico; como también así las presiones morales o psicológicas u actos de

11. La palabra empleada en la ley francesa es *detresse*, sinónimo de angustia, desamparo, miseria, peligro, señal de socorro.

intimidación contra el personal médico o no médico, o contra la mujer que pretende la interrupción voluntaria del embarazo.

- b) *España*: El 3 de marzo de 2010 se sancionó la Ley Orgánica 2/2010 sobre derechos de salud sexual y reproductiva, cuyo Título II, “De la interrupción voluntaria del embarazo”, garantiza el acceso a la interrupción voluntaria (art. 12) y establece los requisitos para acceder a ella: 1) que sea practicada por un médico especialista o bajo su dirección; 2) que se lleve a cabo en un centro sanitario público o privado acreditado; y 3) que se realice con consentimiento expreso e informado de la mujer. Se aclara en el inciso 4 que en caso de las mujeres de entre 16 y 17 años el consentimiento para la práctica de la interrupción del embarazo corresponde exclusivamente a ellas, pero que uno de sus representantes legales debe estar informado de la práctica.

La interrupción del embarazo puede realizarse con la petición de la mujer dentro de las primeras catorce semanas de gestación siempre que se haya informado a la embarazada sobre derechos y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y que haya transcurrido un plazo de tres días desde que se le brindara dicha información (art. 14 y 17).

También se garantiza la interrupción del embarazo por causas médicas: 1) si no se superan las veintidós semanas de gestación y existe grave riesgo para la vida o salud de la embarazada constatado por un médico especialista diferente de quien lleve adelante la práctica. En caso de urgencia por riesgo para la vida no se exigirá dictamen médico; 2) si no se superan las veintidós semanas de gestación y existe riesgo de graves anomalías en el feto constatado en un dictamen médico por un especialista diferente a quien practique la interrupción; y 3) cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, constatadas por médico especialista diferente a quien practique la interrupción, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

El artículo 18 de la ley establece que los servicios públicos de salud aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos establecidos.

- c) *Alemania*: Este país legisla el aborto en el Código Penal a partir del artículo 218. Dispone castigos a quienes interrumpan un embarazo, y agrava la pena a quienes lo hagan en contra de la voluntad de la embarazada, o a quien cause culposamente peligro de muerte o daño grave a la embarazada. Establece menor pena a la embarazada que comete el hecho y no castiga la tentativa por parte de la gestante. Establece que las acciones cuyo efecto se presenta antes de la terminación de la anidación no se consideran como interrupción del embarazo.

En el artículo 218a establece que no se realiza el tipo penal cuando: 1) la embarazada ha sido asesorada de acuerdo con lo establecido en el artículo 219 (el asesoramiento indicado se orienta a animar a la mujer a continuar con el embarazo) mientras que dicho asesoramiento haya tenido lugar tres días antes de la intervención; 2) la interrupción es practicada por un médico; y 3) desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas.

Cuando existe peligro para la vida o un perjuicio muy grave para la salud física o anímica de la embarazada y ese peligro constatado por el médico no pueda ser eliminado de otra manera, la interrupción del embarazo realizada por el médico no es antijurídica, sin imposición de plazos.

Si el embarazo es producto de delitos sexuales, y el médico lo constata, la interrupción por el médico con consentimiento de la mujer no es antijurídico si no han transcurrido más de doce semanas de la concepción.

Si la embarazada se encontrara en especial situación de apremio, el tribunal puede prescindir del castigo siempre que la interrupción se hubiera practicado después del asesoramiento establecido en el artículo 219 y no hayan transcurrido más de veintidós semanas de gestación.

- d) *Italia*: sancionó el 22 de mayo de 1978 la Ley 194 que legisla sobre la protección social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo.

El artículo 4 de la ley establece los casos de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Las condiciones que deben cumplirse son: 1) que la interrupción sea solicitada por la mujer; 2) que la continuación del embarazo, el nacimiento o la maternidad constituya un riesgo para la salud física o mental de la madre, “habida cuenta de su estado de salud; el contexto económico, social o familiar; de las circunstancias en las que la concepción hubiera tenido lugar; o de la probabilidad de que el feto presente anomalías y malformaciones”; 3) que la mujer haya consultado a un médico de un centro de atención público o un servicio médico social autorizado; 4) que la intervención de interrupción del embarazo tenga lugar en el transcurso de los primeros noventa días de la gestación. Este plazo se prolonga si el embarazo o el parto presentan un grave peligro para la vida de la mujer o si hubiesen sido diagnosticadas graves anomalías o malformaciones del feto que constituyan un peligro grave para la salud física o mental de la mujer.

El artículo 12 establece que se requiere el consentimiento de los padres o del tutor en caso de que se trate de una mujer menor de edad. “Sin embargo, durante los noventa primeros días de gestación, cuando, por motivos serios, sea imposible o desaconsejable consultar a las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela, o cuando estas personas, luego de ser consultadas, se niegan a presentar consentimiento o expresen opiniones contradictorias”, el médico podrá solicitar al juez tutelar que tome la decisión de autorizar o no la interrupción del embarazo, siendo esta decisión apelable.

- e) *Uruguay*: Uruguay ha sancionado con fecha 17 de octubre de 2012 la Ley 18.987, que en su artículo 2 despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo que se realice durante las primeras doce semanas de gestación, la cual debe ser solicitada ante el Sistema Nacional Integrado de Salud y poniendo en conocimiento del médico las condiciones en que sobrevino la concepción y las situaciones de penuria económica, social o familiar o etaria que a su criterio le impiden continuar con el embarazo; asimismo, dispone una serie de requisitos, como una consulta con un equipo interdisciplinario (artículo 3). En el art. 6 la ley establece excepciones al plazo y condiciones establecidos en los arts. 2 y 3 cuando: 1) la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer; 2) cuando

se verifique un proceso patológico que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina; 3) cuando fuera producto de una violación acreditada con constancia de demanda judicial, dentro de las catorce semanas de gestación. Por su parte, en caso de mujeres adolescentes, si no se hubiere obtenido el asentimiento de quien debe prestarlo, la adolescente podrá presentarse con los antecedentes médicos al juez, quien recabará su consentimiento informado conforme con lo previsto en el Código de la Niñez y la Adolescencia, procedimiento de carácter verbal y gratuito.

7. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto se perfilan dos concepciones que atañen al embrión *in vitro*. Una que le confiere la calidad de persona y otra que lo conceptualiza como una cosa con características especiales. Se destaca que no puede ser objeto de transacciones de orden patrimonial, pero coinciden en la necesidad de una legislación adecuada. Debería regularse su utilización con fines científicos relacionados con el derecho a la salud, con el derecho a constituir una familia, la utilización de células madre con fines terapéuticos, selección con fines preimplantatorios, y se prohíbe tanto la clonación reproductiva así como la manipulación sobre células germinales.

A su vez, el embrión *in vivo* merece distintos enfoques; básicamente, se requiere el corrimiento del eje persona-cosa para determinar su estatus, porque de lo que se trata es de hacer jugar distintos factores que consideramos trascendentes, tales como la relación embrión-feto-mujer gestante y estado temporal de la gestación, voluntad procreacional, derecho a la autodeterminación, todos ellos necesarios para discernir el dilema que se plantea entre los derechos de la mujer frente al eventual derecho a la vida del *nasciturus*.

Estos derechos tienen distinto peso y se articulan de diferente manera según sea el estadio del proceso de gestación. En los primeros meses, debe considerarse prevalente el derecho a la autodeterminación de la mujer gestante, que irá mermando en relación inversamente proporcional al progreso del embarazo, salvo la existencia de razones que afecten la salud tanto del *nasciturus* como de la futura madre.

Esta prevalencia de la autonomía de la voluntad de la mujer sobre el derecho a la vida del *nasciturus* expresa el derecho de las mujeres a decidir la IVE con ayuda del Estado en circunstancias que debe establecer la ley, por ejemplo: regulación de plazos, en caso de violación, peligro para la salud, etc., pero no significa que no se deba tutelar la integridad del feto frente al ataque que pudiera sufrir en su desarrollo por el accionar de terceros, en el derecho de daños.

El estado del arte de la legislación argentina tanto a nivel nacional como supranacional permite arribar a estas conclusiones mediante una interpretación global y sistemática, en especial el debido alcance del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y al artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 12 y 16 de CEDAW.

La desmitificación y desdemonización del aborto impulsa a su despenalización y legalización a través de una ley nacional de salud. La organización federal y la reserva realizada por las provincias en relación a esta materia podrían llevar a elegir para esos fines la ampliación de las causas de justificación existentes en el Código Penal.

La temática en cuestión es un problema de salud pública nacional en el cual se encuentran involucrados derechos humanos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la autonomía, a la dignidad, consagrados por los tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), razón por la cual la cuestión federal amerita el dictado de una ley nacional de efecto seguro en todo el país, en forma conjunta con la respectiva modificación del Código Penal.

A lo largo y a lo ancho del país se ha desarrollado un movimiento amplio y plural denominado Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, con el lema: “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar; aborto legal para no morir”, que trabaja por la despenalización y legalización del aborto. Este lema sintetiza en forma acertada el camino para terminar con el flagelo que afecta tan profundamente a las mujeres en sus afecciones más íntimas.

Despenalización y legalización significan hacer efectivo el principio constitucional de igualdad y no discriminación al que tienen derecho todas las mujeres. Para ello, el respeto a su autonomía necesita del reconocimiento de su libertad. Sin libertad para decidir sobre sus derechos reproductivos, la igualdad deviene una mera caricatura.

Bibliografía

- Bergel, Salvador Darío: “Células Madre y Libertad de Investigación”, en *Bioética*, 2009, Vol. 17, 2009, 13-28.
- Bidart Campos, Germán J.: *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- Cartabia, Sabrina A.: “Aborto: la vida o la libertad. La violencia”, en Alicia E. Ruiz y Hugo R. Zuleta (dirs.), *Filosofía del Derecho*, Año 1, N° 1, Infojus, 2012.
- Coquet, Ezequiel, “El derecho a la vida: Las ideas de Ronald Dworkin sobre el aborto y la eutanasia”, en *El Derecho*, Tomo 176, 1998.
- Departamento de Salud de Cataluña, *Informe sobre la interrupción de la gestación*, Prous Science, 2009.
- Dworkin, Ronald: *Life's Dominion*, Nueva York, Vintage, 1993.
- Ferrajoli, Luigi: “La cuestión del embrión: entre el derecho y la moral”, en Marta Lamas (dir.), *Aborto: el derecho a decidir. Debate Feminista*, México, Año 17, Vol. 34, 2006.
- Figuroa Yañez, Gonzalo: *Derecho Civil de la Persona. Del genoma al nacimiento*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Firmenich, Beatriz M.: “Estatuto ontológico del embrión. La clonación terapéutica”, en *Revista Medicina*, Buenos Aires, Vol. 67, N° 4, 2007, pp. 407-410.
- Gil Domínguez, Andrés: “Aborto Voluntario: La constitucionalización de la pobreza”, en *La Ley* (LL 1998 F 552), 1998.
- *Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

- González Valenzuela, Juliana: *Genoma humano y dignidad humana*, Barcelona, Anthropos, 2005.
- Jarvis Thomson, Judith: “Una defensa del aborto”, en Margarita Valdés (ed.), *Controversias sobre el aborto*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 113-120.
- Llambías, Jorge J.: *Código Civil Anotado*, Tomo I, Abeledo Perrot, Argentina, 1978.
- *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo I, Abeledo Perrot, 1973.
- Marí, Enrique: *La teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.
- Minyersky, Nelly: “Derecho al aborto. Nuevas perspectivas. Legislación y Jurisprudencia Argentina”, en Jorge Kielmanovich (dir.), *Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*, N° 5, Buenos Aires, Errepar, 2007.
- Orgaz, Alfredo: *Personas Individuales*, Buenos Aires, Depalma, 1946.
- Ramos, Silvina: “Derechos reproductivos y sexuales”, Tribunal Permanente por los Derechos de las Mujeres a la Salud, Jornada preparatoria del 8/9/1997, Foro Permanente por los Derechos de las Mujeres.
- Salles, Arleen: “El aborto”, en Florencia Luna y Arleen L. F. Salles (eds.), *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2008.
- Tooley, Michael: *Abortion and Infanticide*, Nueva York, Oxford University Press, 1983.
- Tribuna Abierta del Institut Borja de Bioética, “Bioética & debat. Consideraciones sobre el embrión” Vol. 15, N° 57, monográfico 2009.
- Vázquez, Rodolfo: “Algo más sobre el aborto”, en Marta Lamas (dir.), *Aborto: el derecho a decidir. Debate Feminista*, México, Año 17, Vol. 34, 2006.
- Warren, Mary Anne: “Sobre el estatus moral y legal del aborto”, en Florencia Luna y Arleen L. F. Salles (eds.), *Decisiones de vida y muerte*, Buenos Aires, Sudamericana, 1995.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), “Atavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, 2012.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Baby Boy”, Res. 23/81 del 6 de marzo de 1981.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.
- Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “L., H. A. y otra vs. I.O.M.A. y otra”, 29/12/2008.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional – Sala V, “Fraguas, Erika Liliana y otros”, 2006, Publicado en *La Ley* 2006-D, 422.

LA DEMANDA POR LA LIBERALIZACIÓN DEL ABORTO EN ARGENTINA: DE LA POLITIZACIÓN DE LA SEXUALIDAD A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS. NOTAS SOBRE EL CASO PORTAL DE BELÉN (2012-2013)

*María Eugenia Monte**

“Los activistas que usamos la reforma legal como una herramienta tenemos que estar extraordinariamente atentos para determinar si estamos fortaleciendo y ampliando las capacidades de diversos sistemas de hacer daño o si nuestro trabajo es parte de dismantelar esas capacidades”

(Spade, 2011: 91)¹

1. Introducción

En la Argentina, la demanda por la liberalización del aborto² emergió durante los años 1960 y 1970 y estuvo conectada con otras demandas ancladas en la politización de las sexualidades (Bellucci, 1997, 2014). El contexto sociopolítico en ese período se definió por un fuerte control de la natalidad por parte del Estado y solapadas representaciones sociales de las mujeres. Por un lado, la de las mujeres modernas que se incorporaron gradualmente en el mercado laboral y a las universidades desde 1940. Por otro lado, las imágenes de mujeres tradicionales como amas de casa, esposas y madres definidas por los medios de comunicación y el gobierno en su estrecha

* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y Magíster en Sociología Jurídica, Instituto Internacional de Sociología Jurídica Oñati, España. Candidata del Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Becaria doctoral de CONICET, integrante del Programa de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC, y colaboradora de Católicas por el Derecho a Decidir. Adscripta en las cátedras de Sociología Jurídica (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC) y docente invitada del seminario de Derechos Sexuales y Reproductivos (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC).

Este artículo sintetiza las principales reflexiones de la tesis de maestría en Sociología Jurídica (2013) realizada por la autora. Agradezco los comentarios de Agustina Ramón Michel a una primera versión de este texto.

1. En este trabajo, todas las traducciones del inglés al castellano pertenecen a la autora. En el original: “*Activists considering using law reform as a tool, then, have to be extraordinarily vigilant to determine if whether we are actually strengthening and expanding various systems ‘capacities to harm, or if our work is part of dismantling those capacities’*” (Spade, 2011: 91).

2. En Argentina, el aborto está regulado en el Código Penal bajo el sistema de indicaciones o causales (Bergallo, 2010). Es decir, está penalizado de manera general y despenalizado expresamente en dos situaciones: cuando corre riesgo la vida o la salud de la mujer, o cuando el embarazo es resultado de una violación (art. 86 del Código Penal, vigente desde 1922).

relación con la jerarquía de la Iglesia católica (Felitti, 2006). Estas tensiones y contradicciones del florecimiento de la modernización, el crecimiento de la economía y el *boom* de los medios de comunicación definen el contexto en el cual las mujeres, feministas y los grupos de liberación sexual comenzaron a politizar y desafiar las nociones conservadoras de la sexualidad, la familia tradicional, la reproducción y la maternidad obligatoria (Felitti, 2006, 2010; Bellucci, 2014). Durante la dictadura, entre 1976-1983, estas organizaciones fueron confinadas a la desaparición y al silencio.

Con el retorno de la democracia en 1983, las organizaciones de mujeres, feministas y de liberación sexual reaparecieron (Belucci y Rapisardi, 2000). El contexto sociopolítico de la transición democrática (Mazzei, 2011) implicó un refuerzo del discurso de derechos, así como la expansión y legitimación de los movimientos por los derechos humanos (Pereyra, 2001; Domingo, 2009). En este período, los repertorios de acción (Tilly, 1995) de la demanda por la liberalización del aborto fueron desplazados de su anclaje en la politización de la sexualidad a un discurso basado en los derechos, particularmente el discurso emergente de derechos reproductivos y la protección/efectivización de los derechos humanos (Bellucci, 2014), así como a las instituciones jurídicas estatales. Al mismo tiempo, este período se caracterizó por la emergencia de organizaciones conservadoras autodenominadas provida o profamilia (Vaggione, 2005, 2009), que concentraron su activismo en las instituciones del Estado con el objetivo de mantener el *statu quo* en las cuestiones relacionadas con la sexualidad, la reproducción y la familia (Vaggione, 2005).

En el año 2005 se conformó la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto y las organizaciones de mujeres y feministas definieron repertorios de acción (Tilly, 1995) que se concentraron en las instituciones jurídicas estatales. Por un lado, la campaña definió una iniciativa de reforma de la regulación del aborto como una estrategia a largo plazo (Bergallo, 2011). Por otro, hacia dentro, esta se definió una iniciativa de implementación de la regulación existente como estrategia a corto plazo (Bergallo, 2011). Esta última comprendió, entre otras, las iniciativas de regulación de la práctica mediante el dictado de guías de procedimiento sanitarias que garantizaran el acceso a la práctica del aborto en el sistema de salud. Igualmente, comprendió la defensa de una serie de casos de aborto no punible en los tribunales. En particular, los casos de aborto no punible llegados a los tribunales que involucraron a una mujer, o estuvieron relacionados con la disputa de una política pública. Precisamente, el objetivo de este trabajo es analizar la forma en que la demanda de aborto fue construida por una organización feminista en defensa de uno de estos casos en la provincia de Córdoba entre 2012 y 2013, el caso “Portal de Belén c/ Superior gobierno de la provincia de Córdoba, amparo”.

Más concretamente, el objetivo de este trabajo es identificar el tipo de discursos a través de los cuales se articula ante los tribunales la demanda por la liberalización del aborto. La estrategia de investigación diseñada es el estudio de caso único (Stake, 1995; Yin, 2003) y la técnica de análisis es el análisis de contenido (Potter y Levine-Donnerstein, 1999; Sproule, 2010) de los documentos judiciales presentados por la organización feminista. Se utilizan categorías teóricas que se vinculan con las categorías y dimensiones emergentes de los discursos (Vasilachis, 2006). La trascendencia de este breve trabajo tiene que ver con el hecho de que resultan limitados los estudios sociolegales feministas que se centran en las iniciativas legales de las organizaciones de mujeres y feministas por la liberalización del aborto en Argentina.

2. La demanda por la liberalización del aborto en Argentina: de la politización de la sexualidad a los derechos reproductivos

“Quizás al estar vinculado con cuestiones jurídicas se lo relacionaba con el Estado, al cual no se le reconocía soberanía ni tampoco se le demandaba nada y menos promulgar leyes. Es más, se lo quería destruir, reemplazar por otro o por ninguno como lo planteaba el ideario anarquista. En realidad el gran dilema de la época [la década de 1970] consistía en difundir el uso de métodos anticonceptivos para separar el deseo de la reproducción biológica” (Bellucci, 2014: 217).³

“La disputa está en el Estado, en el sentido de que las mujeres deben realizarse o no un aborto y a la legalidad o ilegalidad pasa con los sectores conservadores y con la justicia y todo por qué hace el Estado, por el no reconocimiento del Estado. Ellos [los sectores conservadores] lo que buscan es producir ese marco de no servicio para las mujeres y de ilegalidad para las mujeres, la disputa es el servicio, el servicio público, que es la mayor legitimación del tema”.⁴

Los sesenta fueron años de importantes cambios marcados en la escena internacional por la Revolución Cubana de 1958 y el Mayo Francés de 1968 y, a nivel local, por el Cordobazo, en 1969 (Feijoó *et al.*, 1990). Al mismo tiempo, y desde la Revolución Cubana, los feminismos latinoamericanos comenzaron a ampliarse y a consolidarse en diferentes países hacia 1970 (Vargas, 2002; Femenías, 2009). En la Argentina, desde la década de 1940 las mujeres empezaron a entrar progresivamente en las universidades así como en el mercado laboral formal, y esta imagen de “mujer moderna” coexistía con el estereotipo tradicional de la mujer como madre, esposa y ama de casa (Felitti, 2006: 4). En este contexto y durante las décadas de 1960 y 1970, las organizaciones de mujeres, feministas y grupos de liberación sexual comenzaron a politizar y a resistir las nociones conservadoras de la sexualidad, la familia tradicional, la reproducción y la maternidad obligatoria (Bellucci, 1997, 2014; Felitti, 2006, 2010).⁵ Según Cosse, los debates públicos sobre sexualidad libre, las relaciones sexuales prematrimoniales y las uniones de hecho tuvieron un impacto en la “doble moral” del momento, dejando en evidencia las tensiones del “proceso de modernización” y los puntos de vista tradicionales sobre temas de sexualidad (2006: 1).

En particular, durante el último gobierno peronista (1973-1976), el grupo de estudios Política Sexual –integrado por feministas de la Unión Feminista Argentina (UFA) y activistas del Movimiento de Liberación Femenina (MLF) y del Frente de Liberación Homosexual (FLH)– se opuso públicamente al Decreto 659 de 1974 (Bellucci, 1997, 2014; Felitti, 2010). Este disponía la prohibición de las prácticas de control de la natalidad a través de la restricción de la comercialización de anticonceptivos, el cierre de los consultorios de planificación familiar

3. Fragmento de entrevista realizada a Osvaldo Baigorria, activista del grupo Política Sexual (Bellucci, 2014: 217).

4. Fragmento de entrevista realizada a feminista militante en una organización feminista conformada en 1990 e integrante de la Campaña nacional por el derecho al aborto legal, seguro y gratuito (entrevista 1, p. 15).

5. En Felitti (2010) puede accederse a un análisis del texto “La moral sexual en la Argentina” del Grupo Política Sexual sobre las significaciones dadas a la revolución sexual y a la píldora anticonceptiva.

que funcionaban en hospitales públicos –cerca de sesenta– y la realización de una campaña de educación sanitaria para advertir sobre los riesgos del uso de métodos anticonceptivos (Felitti, 2005: 8, 2012; Bellucci, 2014). Esta posición de control poblacional pronatalista encontró apoyo en los sectores católicos que, desde la publicación de la Encíclica *Humanae Vitae* en 1968, se manifestaron contra el control de la natalidad con métodos artificiales (Felitti, 2005). De acuerdo con Bellucci (1997: 101), desde entonces, el aborto se volvió una cuestión política.⁶

Durante la última dictadura, entre 1976-1983, las organizaciones sociales fueron reducidas a la desaparición y al silencio. En el contexto de transición y consolidación democrática (Mazzei, 2011) reemergieron las organizaciones de mujeres, feministas y de la liberación sexual (Nari, 1997; Bellucci y Rapisardi, 2001). Hacia los noventa, un sector del movimiento feminista se institucionalizó, profesionalizó y especializó alrededor de la consolidación de organizaciones no gubernamentales (ONGs) y comenzó a participar de espacios institucionales estatales e internacionales, particularmente de encuentros y reuniones de Naciones Unidas (Falquet, 2014: 43),⁷ así como también a desarrollar centros de trabajo con el apoyo financiero de la cooperación internacional (Vargas, 2002, 2005). Especialmente masiva fue la participación de este sector del movimiento feminista en la Conferencia Internacional de Beijing⁸ en 1995 (Vargas, 2005). Al mismo tiempo, en estas décadas las demandas feministas comenzaron a formularse en el marco liberal de la expansión de la ciudadanía, de los derechos y de los derechos humanos (Felitti, 2006).

Desde la década de 1980, los movimientos de mujeres y feministas comenzaron a articular demandas en torno a la salud reproductiva, la procreación responsable y los derechos reproductivos (Bellucci, 1997, 2014). Particularmente trascendentes fueron la 6ª Conferencia Internacional sobre la Mujer y Salud y la Red mundial de mujeres por los derechos reproductivos, puesto que luego de una reunión en San Pablo, resultado de los debates dentro de esta red, se promovieron en la región campañas por los derechos reproductivos (Bellucci, 1997: 102, 2014). Bellucci afirma que esto implicó un cambio en las formas de concebir a las mujeres, su sexualidad y sus derechos (2014: 229). En relación con la demanda por el aborto, sostiene que “...con este cambio en el enfoque y de lenguaje, el aborto como un tema de discurso político comenzó a desaparecer y ser reemplazado –o algunos dirían desplazado– por la de los derechos reproductivos” (Bellucci 1997: 102, 2014). Durante los 2000, los movimientos de mujeres y feministas también desplazaron sus repertorios de acción hacia las instituciones jurídicas estatales, con iniciativas de modificación de la regulación del aborto en el Congreso de la Nación⁹ y con iniciativas de implementación

6. Las feministas anarquistas de comienzo del siglo xx articularon algunas demandas en relación con el aborto y la sexualidad libre (Bellucci, 1990).

7. En la literatura sobre el feminismo latinoamericano y caribeño distintas autoras refieren a una tensión existente, a partir de los noventa, entre el feminismo institucionalizado y el autónomo (Vargas, 2002, 2005; Falquet, 2014, entre otras).

8. Esta es la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas en la que 189 países firmaron la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

9. Durante las décadas de 1980 y 1990 se presentaron proyectos de reforma de la regulación legal del aborto en el Congreso Nacional, pero tomamos como punto de inflexión el año 2005, cuando se conforma una campaña nacional que reúne distintas organizaciones de mujeres y feministas del país que consensuaron un proyecto de reforma legal para modificar el sistema de regulación del aborto.

del modelo de causales vigente desde 1922 en las legislaturas provinciales, los ministerios, los servicios de salud y/o en defensa de casos judiciales en los tribunales (Bergallo, 2011).

El desplazamiento en los repertorios de acción hacia el discurso y las instituciones jurídicas en la demanda por la liberalización del aborto tuvo como uno de sus puntos de inflexión la última reforma constitucional. Durante la Asamblea Constituyente de 1994, el entonces presidente Carlos Menem intentó incorporar una cláusula para proteger el “derecho a la vida desde el momento de su concepción hasta su muerte natural, promovida por el Vaticano para expresar su condena al aborto y la eutanasia” (Bellucci 1997: 103; en el mismo sentido, Htun, 2003).¹⁰ Para resistir esta iniciativa presidencial, se formó la Asamblea de mujeres autoconvocadas por el derecho a decidir en libertad (MADEL), que en su primera carta abierta expresó que estaban politizando el aborto como un derecho a decidir, exigió el acceso a la práctica en los hospitales públicos y brindó un marco de derechos humanos para la lucha (Bellucci, 1997: 103-104). Desde entonces, la situación del aborto en el país se hizo más visible (Petracci y Pecheny, 2007; Brown, 2008), y en el debate público se instaló el uso de los términos *salud reproductiva* y *derechos sexuales y reproductivos* (Ciriza, 2007; Petracci 2007).

Este desplazamiento en los repertorios de acción hacia el discurso y las instituciones jurídicas estatales se inscribe en un fenómeno sociopolítico más amplio de juridificación del conflicto sociopolítico en el que actores sociales se apropian de discursos juricistas relacionados con la ciudadanía de derechos, los derechos humanos y el Estado de derecho, y/o apelan a los tribunales para la definición conflictos sociales y políticos y/o para articular demandas individuales o colectivas¹¹ (O’Donnell, 2005; Domingo, 2009; Huneus *et al.*, 2010). Domingo localiza este fenómeno particularmente en los contextos de legitimación de las democracias latinoamericanas y de una ciudadanía democrática que “se constituyen a partir de unos derechos que forman parte del contrato social que legitima el modelo de Estado democrático liberal” (2009: 34-35). De la misma manera, la autora identifica como causa del proceso de juridificación una serie de cambios en la sociedad civil, siendo las ONG de derechos humanos las que contribuyeron “a formar una base de conocimiento sobre el derecho, la legalidad y los derechos del ciudadano que ahora es relevante para los abusos contra los derechos del ciudadano que se cometen en democracia” (Domingo, 2009: 44).

De acuerdo con Domingo, otra causa de este fenómeno fueron las reformas constitucionales que implicaron la expansión de derechos y la incorporación de// modificaciones institucionales (2009: 46-47). En particular, la reforma constitucional argentina de 1994 –que respondió a la necesidad de recomposición democrática, reforzamiento y legitimación institucional (López, 2007)– expandió derechos y garantías a través de la incorporación de los tratados de derechos humanos (Sabsay, 2000; Rossetti, 2007) e incorporó los procesos de *habeas corpus* y amparo colectivo (Bergallo, 2005: 7; Puga, 2013: 13), con lo cual se destacan las reformas vinculadas

10. Sumado a esto, y en comparación con las reformas constitucionales pos 2000, en la reforma constitucional argentina de 1994 los derechos referidos a la sexualidad están ceñidos a un modelo de familia tradicional, monogámico y heteronormado, encorsetado en la reproducción y no en la obtención del placer (Monte y Gavernet, 2012: 178).

11. Específicamente, algunos autores conceptualizan el proceso de apelación a los tribunales o cortes en estos casos como de judicialización de la política (Domingo 2004, 2009; Sieder *et al.* 2005, Huneus *et al.* 2010).

con el sistema institucional (Gargarella, 1997). Según Bergallo, desde la reforma, los debates en relación con el proceso colectivo conocido como amparo colectivo se han centrado, entre otros, en la necesidad de su regulación “y los efectos colectivos de las decisiones” (2005: 7). De acuerdo con Puga, dos movimientos operados en la reforma –la incorporación de tratados de derechos humanos y del proceso de amparo colectivo– contribuyeron a la juridificación de ciertos conflictos que ahora se definen en términos de “violaciones de derechos” (Puga, 2013: 13).

3. Repertorios de acción concentrados en la reforma de la regulación jurídica del aborto y en la implementación del modelo de causales

Como mencionáramos, desde los años 2000 los movimientos de mujeres y feministas desplazaron sus repertorios de acción hacia las instituciones jurídicas estatales, por un lado, con iniciativas de reforma de la regulación del aborto en el Congreso de la Nación que pretenden la modificación de la regulación sobre aborto. Por el otro, con iniciativas de implementación del modelo de causales vigente en la legislación penal desde 1922. Dichas iniciativas implicaron la colaboración en la aprobación de instrumentos legislativos o administrativos regulatorios del procedimiento sanitario de la práctica del aborto no punible que garantizaran su disponibilidad en los servicios de salud pública –las guías o protocolos de atención de abortos no punibles– o implicaron la defensa de casos judiciales de aborto no punible en los tribunales (Bergallo, 2011).

En el año 2005 se conformó la Campaña Nacional por el Derecho al aborto legal, seguro y gratuito¹² (de ahora en más, la campaña), siendo la primera campaña nacional que organiza diferentes organizaciones políticas, compuesta actualmente por más de trescientas organizaciones (Anzorena y Zurbriggen, 2013). Los grupos y organizaciones que integran la campaña elaboraron colectivamente un proyecto de reforma legal de Interrupción Voluntaria del Embarazo-IVE (Anzorena y Zurbriggen, 2013).

Este proyecto propone reformar el Código Penal para modificar el actual modelo de causales y adoptar un modelo mixto, que combine el modelo plazos a requerimiento de la mujer durante el primer trimestre,¹³ con el modelo de causales luego de ese período (Bergallo, 2011: 33; 2013a; 2013b). El proyecto fue presentado por primera vez por la campaña en el año 2007, y con la firma de diputados en los años 2008, 2010 y 2012, y perdió estado parlamentario las tres últimas veces.¹⁴ La Campaña presentó el proyecto por primera vez en 2007, y con la firma de diputados en 2008, 2010 y 2012. En estas tres últimas oportunidades perdió estado parlamentario, y se presentó por última vez el 9 de abril de 2014. Todos los grupos y las organizaciones definen sus propios repertorios de acción en sus contextos locales, pero siempre manteniendo el objetivo principal de obtener el tratamiento del proyecto de reforma de la ley. La única regla es no arriesgar este principal acuerdo político (Anzorena y Zurbriggen, 2013).

12. Los antecedentes de la Campaña pueden encontrarse en los Encuentros Nacionales de Mujeres (Alma y Lorenzo, 2009), tema que excede el propósito de este artículo.

13. Para un análisis de modelos de regulación jurídica en el derecho comparado y las dimensiones de los procesos de liberalización del aborto puede consultarse Bergallo (2010).

14. La firma de los diputados puede consultarse en el sitio web de la Cámara de Diputados.

Las iniciativas de implementación del modelo de causales vigente implicaron por un lado, la participación de los movimientos de mujeres y feministas y también de actores institucionales en la aprobación de guías o protocolos de atención de abortos no punibles,¹⁵ iniciativas que Bergallo (2013a) denomina “giro procedimental”. Estas guías regulan las condiciones de acceso a la práctica de aborto no punible en el sistema de salud y su dictado se aceleró desde el 2012, tras el caso “F., A.L. s/medida autosatisfactiva” (“F., A.L.”),¹⁶ que generó una expansión de regulaciones en diferentes provincias del país (Bergallo, 2013a y 2013b). Por otro lado, implicaron la defensa de casos judiciales de aborto no punible que llegaron a los tribunales provinciales (Bergallo, 2011, 2013a; Penas Defago y Cárdenas, 2012) de Buenos Aires, Mendoza, Entre Ríos, Santa Fe, Río Negro, Chubut, Misiones y Salta. Dos de ellos fueron resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2012: “F., A.L.” y “Profamilia”, respectivamente.

Los casos judiciales de aborto no punible se relacionaban tanto con mujeres que solicitaban su práctica en los servicios de salud pública como respecto de las guías elaboradas para este tipo de intervenciones. En los primeros supuestos, mujeres que requirieron la realización de la práctica del aborto no punible en el sistema de salud pública apelaron a los tribunales porque la práctica del aborto fue denegada u obstruida, o porque en el sistema de salud pública les habían requerido una autorización judicial para su realización (Ramón Michel, 2011; González Prado 2013); o porque otros actores habían intervenido apelando a las instituciones judiciales. Entre ellos, actores conservadores de la sociedad civil organizados como ONG autopercibidas como profamilia o provida (Vaggione, 2005, 2009) o actores judiciales, por ejemplo, que requirieron o emitieron una orden judicial para suspender la realización de la práctica (Bergallo, 2011; Morán Faúndes *et al.*, 2011). En los segundos supuestos, se disputa una política pública, más precisamente, las guías o protocolos de atención de abortos no punibles. La mayoría de estos últimos supuestos se dieron luego del fallo de la Corte Suprema en el caso “F., A.L.”.

En su mayoría, estos casos fueron acompañados, asistidos o defendidos por abogadas o por organizaciones integrantes del movimiento de mujeres, feminista y de la campaña, o por abogadas de las jurisdicciones donde se había llevado a cabo la intervención (Bergallo, 2013a). Estos casos resultan particularmente significativos en el contexto de avance judicial e institucional de actores conservadores de la sociedad civil para mantener el *statu quo* en cuestiones vinculadas con la sexualidad (Vaggione, 2005, 2009). En estos procesos judiciales, el discurso legal constituye un sitio para las disputas de poder (Smart, 1989) en el que la construcción del aborto –localizado en el proceso judicial en la “litis” como “violación de derechos”– es disputado por las organizaciones de mujeres y feministas. En este trabajo indagamos cómo una organización de mujeres construyó la demanda por el aborto en uno de esos procesos judiciales de aborto no punible durante los años 2012-2013, el caso “Portal de Belén c/ Superior gobierno de la provincia de Córdoba, amparo”.

15. En este trabajo no distinguimos entre guías y protocolos.

16. Un análisis del fallo puede consultarse en Bergallo (2012, 2013a) y en Cavallo y Amette (2013).

4. El caso Portal de Belén como caso estructural y sitio de disputas de poder

Tras la sentencia de la Corte Suprema en el caso “F., A.L.”, el Ministerio de Salud de la provincia de Córdoba aprobó el 30 de marzo, la resolución 93/12 que incluye en su anexo una guía de procedimiento para regular el acceso al aborto no punible en el sistema de salud público provincial. Dicha cartera diseñó la guía de procedimiento con la colaboración activa de algunas de las organizaciones de mujeres y feministas de la provincia, entre ellas la ONG Católicas por el Derecho a Decidir (CDD), presente en el país desde 1990. El 12 de abril de ese año la ONG Portal de Belén¹⁷ inició en los tribunales provinciales una acción de amparo colectivo¹⁸ contra la provincia de Córdoba: “Portal de Belén c/ Superior gobierno de la provincia de Córdoba, amparo”, en el que solicitaba la suspensión de la aplicación de la guía de atención de abortos no punibles.

El 13 de abril de 2012 el juez de primera instancia dispuso una medida provisoria por la que suspendió la aplicación parcial de la guía de procedimiento, decisión que fue confirmada por la cámara de apelaciones. Ambas decisiones fueron cuestionadas por los actores del proceso y actualmente se encuentran bajo resolución del Tribunal Superior de Justicia de la provincia.¹⁹ Luego de que el juez de primera instancia dispusiera la medida provisoria y de que el caso se visibilizara en los medios de prensa locales, la ONG CDD intervino en el proceso legal bajo la figura legal del tercero coadyuvante en defensa de los intereses colectivos de las mujeres comprendidas en las causales de no punibilidad y como potenciales usuarias del sistema de salud pública provincial. Otras organizaciones de mujeres y feministas integrantes de la campaña, así como profesores e investigadores de instituciones públicas nacionales, se presentaron en la causa como *amicus curiae*.

Este proceso de amparo colectivo en el que los actores de la sociedad civil que intervienen articulan intereses colectivos puede ser definido como un caso estructural (Puga, 2013). Estos casos legales se determina por la existencia de un colectivo de personas que puede resultar afectado por la sentencia pero que no interviene en el juicio, aunque esté representado por actores legales y comparta con ellos un interés común o general (Puga, 2013: 17). Este interés común o general conforma una litis estructural, que es el elemento característico de estos casos (Puga, 2013: 48). Puga sostiene que en estas causas los jueces tienen una participación activa desde el inicio y durante el proceso (2013: 49). Es decir, desde el momento en que cierta participación de los actores jurídicos en el proceso es admitida o rechazada, los jueces comienzan a construir la litis y definir lo que se considera justiciable y parte del conflicto jurídico, o no. Este tipo de casos, entonces, nunca refiere a una situación preexistente, sino que construye el conflicto jurídico (Puga, 2013: 19, 50, 105-106).

17. Portal de Belén es una organización que se autopercebe como provida que se encuentra en Córdoba desde la década de 1990 y tiene una casa-refugio donde recibe madres solteras. Se constituyó en 1994 y obtuvo personería jurídica en 1995. En su estatuto establece que tiene como fin general la defensa de la vida y la persona humana desde el momento de la concepción.

18. Tal como señaláramos en otra sección, este proceso fue formalmente incorporado en la reforma constitucional argentina de 1994.

19. Por razones de extensión no referimos a detalles procesales de la causa.

Las cuestiones justiciables, los conflictos jurídicos contruidos, definidos y redefinidos en el caso legal –como discursos jurídicos– son sitios de disputa de poder (Smart, 1989, 1995). Para definir los discursos jurídicos como un espacio de disputa de poder, Smart toma la conceptualización de Michel Foucault²⁰ de poder-saber-verdad, y concibe al poder y al discurso en su carácter creativo; es decir, que “crea resistencia y disputas locales que operan para lograr nuevas formas de conocimiento y resistencia” (Smart 1989: 7). De acuerdo con Smart, la ley es un discurso de poder particular que puede ser pensado como un discurso de verdad, como un discurso jerárquico (1989). Entender el discurso jurídico en su carácter creativo y constitutivo implica definirlo no como herramienta o instrumento para la liberación o la opresión, sino como un sitio institucionalizado de disputas de poder, un lugar para articular visiones alternativas de la confrontación política (Smart, 1989: 88, 138). Es en este sentido que la teoría jurídica feminista se compromete con la deconstrucción del poder discursivo de la ley (Smart, 1989).

Por otra parte, Smart sostiene que podemos conceptualizar al derecho como un proceso de producción de género, en lugar de pensarlo como un discurso que se aplica a sujetos con un género que existe con anterioridad (Smart, 1995: 191). Esta conceptualización de los discursos jurídicos como generizados en lugar de sexistas, masculinos o patriarcales²¹ modifica la forma de análisis al comprender el discurso jurídico como un discurso que “es productivo, no sólo de la diferencia de género, sino de formas muy específicas de diferencia polarizada” (Smart, 1995: 192). Este concepto de los discursos jurídicos como generizados se relaciona con la noción de estrategia engenerizante, que Smart sintetiza en el argumento de que “la mujer es una posición de un sujeto sexuado que el discurso jurídico trae a la existencia” (1995: 194). Esta perspectiva feminista sobre la ley, entonces, se encuentra inmersa en debates más amplios sobre el género, en particular con aquellos que critican las definiciones esencialistas y anatómicas del género y la sexualidad.

4.1. El interés colectivo y la violación de derechos: discursos jurídicos a través de los cuales la demanda del aborto es construida²²

En casos estructurales, quienes intervienen en el proceso y los colectivos potencialmente afectados comparten un interés común o general que constituye la Litis, o conflicto jurídico. Este interés es compartido en su conjunto, como una unidad (Puga, 2013: 18-19). La litis se conforma una narrativa única del caso en que no se particulariza los intereses de los actores jurídicos que intervienen en el proceso (Puga, 2013: 19). En el caso estructural hay un agravio que se concibe como la consecuencia jurídica de los intereses del colectivo de afectados (Puga, 2013: 48). En

20. Una referencia detallada a la obra de Michel Foucault excede los propósitos de este artículo. Sin embargo, es inevitable referir al enorme impacto que los conceptos tales como discursos de verdad, poder y sujeto/resistencia, mecanismos de control y gubernamentalidad (por ejemplo: Foucault, 1978) tuvieron y tienen en la teoría feminista (Preciado, 2010). Igualmente, aunque Michel Foucault no desarrolló una teoría específica sobre el derecho (Wickham, 2002), las juristas feministas han tomado la obra de Michel Foucault para redefinir el carácter engenerizante y sexualizante de los discursos jurídicos, particularmente Carol Smart (1989, 1995).

21. Como es definido, por ejemplo, por la teoría jurídica feminista de Catharine MacKinnon (1987, 1989).

22. Por razones de extensión, no incluimos los fragmentos de los documentos judiciales con los que trabajamos y hemos agrupado las categorías emergentes del análisis de contenido de esos documentos judiciales.

consecuencia, el interés colectivo se define a través de la “violación de derechos”. En este sentido, el discurso jurídico de la violación de derechos definido por la organización CDD constituye un espacio de disputa de poder (Smart, 1989, 1995) en el que la organización define y redefine la demanda por el aborto al tiempo que engeneriza y sexualiza la demanda en la definición del colectivo de potenciales afectadas: las mujeres.

En los documentos judiciales presentados por la organización CDD en los tribunales, los intereses colectivos de las mujeres son definidos tanto en relación con la demanda de la ONG Portal de Belén como con los cuestionamientos a las resoluciones de primera y de segunda instancia. Los discursos jurídicos a través de los cuales se construye la demanda de aborto están anclados en el contexto específico de la politización reactiva de lo religioso (Vaggione, 2005) de actores conservadores de la sociedad civil constituidos como organizaciones no gubernamentales, en este caso, el Portal de Belén como organización demandante; y solapados y en tensión, dado que se superponen discursos anclados en el clásico debate feminista igualdad vs. diferencia.

El aborto es construido como una cuestión de salud, de derecho a la salud, y está doblemente definido a través del argumento clásico y social liberal de la igualdad entendida como no-discriminación y como una cuestión de acceso a la práctica del aborto. La igualdad como no-discriminación es definida en relación con el *embarazo forzado*, cuya exigencia de llevar a término es configurada como un acto de discriminación específica contra la mujer, pues implica una exigencia supererogatoria basada en sus capacidades reproductivas. La exigencia de denuncias para probar la verdad de abuso sexual también es definida como un acto de discriminación. La igualdad como no discriminación es identificada con el contenido sexista de la ley; esto es, con las narrativas indeseables e inaceptables sobre el colectivo de las mujeres en los discursos jurídicos en disputa (Smart, 1995), como un acto de diferenciación ilegítimo (Siegel, 1991, 1995). En este sentido, la igualdad de trato se inscribe en el imaginario de la universalidad y la neutralidad (Frazer y Lacey, 1993; Olsen, 1995; Chamallas, 2003).

El aborto como igualdad de acceso a la práctica diferencia el colectivo de las mujeres. Su contenido está definido por la *maternidad elegida y sin riesgos* –el contenido de la salud y la salud reproductiva, la posibilidad de conformar una *familia*, de elegir cuántos hijos tener y con quién–, así como por la posibilidad de acceder a los servicios de *salud reproductiva*. Al mismo tiempo, este es el contenido específico de los *derechos reproductivos* y la *autonomía reproductiva*. Como una cuestión de acceso, la igualdad supone una dimensión social, el acceso real a los servicios de salud, como una forma de *justicia social*. La justicia social implica evitar la mortalidad materna como consecuencia del aborto practicado en la clandestinidad –fuera de los servicios de salud pública– y en condiciones muchas veces inseguras. Este argumento hace hincapié en la necesidad de considerar las desigualdades sociales (Jaramillo, 2009; en un sentido similar Siegel, 1991, 1995).

Esto implica la necesidad de definir las diferencias y pedir un trato especial (Jaramillo, 2009) en relación con las capacidades reproductivas, como el apoyo del Estado a las mujeres con embarazos no deseados, o que ponen en riesgo su vida o su salud. Entonces, el aborto aquí se construye a través de la retórica de la diferencia. Al mismo tiempo, el *abuso sexual* es considerado como parte de la esfera privada, un lugar donde el Estado y sus instituciones no deben intervenir. Es decir, es posible advertir un desplazamiento de la sexualidad –relacionada sólo con el abuso

sexual– a la esfera privada pero no del aborto; cuestión esta última que se mantiene como una problemática de salud, de derecho a la salud.

El derecho a vivir una vida *libre de violencia* es definido como la no intervención del Estado en caso de abuso sexual para proteger la integridad sexual, la no exigencia de continuar con una embarazo y también como consecuencia de los malos tratos en los servicios de salud pública o la falta de acceso a la práctica. Si el Estado no garantiza estas condiciones, entonces es un segundo autor de la violencia: violencia institucional. Por último, la vida libre de violencia también está definida como una cuestión de igualdad y no discriminación por parte del Estado, que junto con los jueces o los médicos, deben garantizar estos derechos. En un argumento circular, en el extremo se refuerza la base de la demanda, el derecho a la salud: se protege en la igualdad, la no discriminación y la garantía del acceso.

Como hemos mencionado, consideramos a los discursos jurídicos y el proceso judicial en particular como lugares de disputas de poder así como en su carácter constitutivo, productivo (Smart, 1989; Sabsay, 2011). En este caso particular, por un lado, los repertorios de acción en la demanda por la liberalización del aborto –concentrados particularmente en la defensa de casos de aborto no punible– dan forma, definen y redefinen la demanda por el aborto. Por otro lado, dicha demanda es engenerizada y sexualizada en los discursos jurídicos que la construyen. Siguiendo a Brown (2002), reflexionamos sobre algunas de las paradojas de la construcción de la demanda por el aborto en un caso judicial estructural teniendo en cuenta, precisamente, cómo las mujeres como un colectivo son definidas en la demanda del aborto.

4.2. *Maternalización y sexualización*

Brown sostiene que el discurso jurídico implica la posibilidad de inscribir –o reinscribir– una designación como la de mujer, que protege y permiten una mayor regulación a través de esa designación (2002: 422). Al mismo tiempo, esta designación implica que las mujeres son interpeladas como quienes hacen ejercicio de estos derechos, en un contexto discursivo-político en el que la mujer es “iterada y reiterada” (Brown, 2002: 423). Según Brown, el carácter universal o diferenciado del discurso jurídico crea una paradoja, un dilema (2002). Si los derechos son universales o neutrales en relación con el género o la sexualidad, esto invisibiliza y fija las relaciones de poder. En el caso en estudio, el aborto –definido como una cuestión de igualdad/no-discriminación– importa la eliminación de las diferencias basadas en el sexo. En ese sentido, la demanda del aborto se articula de una manera abstracta que es incapaz de hacer frente a las particularidades de un colectivo, y las desigualdades siguen sin ser consideradas (Brown, 2002: 424). Por el contrario, si la demanda se articula refiriendo a especificidad en relación con el género, entonces fija una posición de sujeto en su propia subordinación (Brown, 2002: 423). Este dilema tiene otras variaciones.

En primer lugar, los casos en que las reformas legales inscriben la verdad y las experiencias de algunas mujeres fingiendo hacerlo para todas como un colectivo. En este caso, las diferencias que abordan “¿Cómo pueden proteger los derechos de algunas lesiones o daños, sin reificar las identidades de sujetos que las propias lesiones o daños producen?” (Brown, 2002: 423). Entonces, el proceso a través del cual los discursos jurídicos construyen un colectivo –en este caso

de mujeres (Smart, 1995), engenerizado y sexualizado de una forma específica— podría reforzar la posición de sujeto que se pretende impugnar. En este caso, el aborto está construido bajo los argumentos de la fertilidad, la autonomía reproductiva, la maternidad elegida y la planificación familiar. Al mismo tiempo, la sexualidad sólo es considerada bajo la forma de abuso sexual que, además, se desplaza a una ficcional esfera privada. Vinculado con esto último están la posibilidad de impedir la maternidad forzada, los abortos clandestinos y la mortalidad materna.

En este doble movimiento en la defensa del caso se construye un cuerpo maternalizado y además sexualizado bajo el terror (Frug, 1991); esto es, polarizado en la tensión embarazo = maternidad o no maternidad, o embarazo = abuso, violencia o muerte. En un sentido similar, Franke plantea cómo las cuestiones de la sexualidad dentro de los feminismos jurídicos se han reducido a dos preocupaciones para las mujeres: la de la dependencia, “las responsabilidades que conlleva la maternidad” (2001: 182; 1997), y la del peligro, como el acoso sexual, la violación, la violencia, etc. Franke sostiene que “en esta concentración en la eliminación del peligro sexual y la dependencia de las mujeres los riesgos de hacer la experiencia real de la mujer con el placer invisible [...] posicionan a las mujeres únicamente como víctimas, y no logran potenciar nuestro movimiento con la curiosidad, el deseo, la aventura y el éxito” (2001: 182).

En segundo lugar, cuando los derechos de las mujeres se reconocen en su especificidad existe la tendencia a “re-inscribir la heterosexualidad como la definición tanto de lo que las mujeres son como de lo que constituye la vulnerabilidad y su inviolabilidad” (Brown, 2002: 424). Este es el dilema que surge cuando el género se considera como sinónimo de la sexualidad. Como afirma Brown, “el encuadre de la libertad reproductiva, principalmente en términos de embarazo accidental y no deseado —la necesidad del aborto— representa el primer problema” (2002: 425). Entonces, el anclaje de las exigencias a la autonomía reproductiva podría reforzar constituciones esencialistas de los sujetos y mantener intocable el *continuum* sexo-género-deseo (Butler, 1990, 2006). En otras palabras “los derechos que tienen las mujeres y ejercitan como mujeres tienden a consolidar las normas regulativas de género y por lo tanto frustran la posibilidad de desafiar esas normas” (Brown, 2002: 425).

Por lo tanto, la comprensión de los derechos en su carácter productivo, engenerizante y sexualizante desafía repertorios de acción concentrados en los discursos jurídicos que sostengan los derechos como una herramienta para la liberación y/o para la opresión, y que mantengan constituciones esencialistas de los sujetos al tiempo que definan a las “mujeres” como sujeto legal del feminismo y sus demandas.

5. Reflexiones finales

En las últimas décadas, los movimientos feministas han logrado instalar el debate público sobre cuestiones relacionadas con los géneros y las sexualidades. Al mismo tiempo, estos movimientos han redefinido y re-significado las nociones tradicionales de la desigualdad, del derecho y la política, desafiando las democracias contemporáneas y planteando un cambio sociocultural profundo (Vaggione, 2012). Particularmente, la demanda de la liberalización del aborto en Argentina no sólo está anclada en las tensiones y complejidades del contexto socio-

político en el que se ha articulado, sino también en las tensiones y complejidades de las teorías y los movimientos feministas.

Durante los años 1960 y 1970, la demanda del aborto surgió en un contexto sociopolítico en el que las mujeres se incorporaban en el mercado laboral y en las universidades y, poco a poco, en la vida política representativa, pero al mismo tiempo la mística de la femineidad se reforzó. Estos años también estuvieron marcados por el fuerte control de la natalidad por parte del Estado y la demanda por la liberalización del aborto enfrentó condiciones difíciles. Sin embargo, las organizaciones de mujeres, feministas y por la liberación sexual los grupos feministas hicieron el reclamo visible y articularon la demanda anclada en las demandas que politizan la sexualidad.

Durante los años 1980 y 1990, la demanda de aborto se desplazó hacia los incipientes discursos de los derechos reproductivos y de los derechos humanos. Este también fue un contexto sociopolítico adverso, en el que el gobierno menemista también se alineó con la política antia-borto del Vaticano. Durante estos años surgieron y se conformaron varios grupos de mujeres y de feministas que no sólo intervienen en las esferas institucionales, sino también en las reuniones y conferencias nacionales respecto de la problemática. Durante la década de 2000, la demanda por la liberalización del aborto parece más sólida y en las organizaciones de mujeres y movimientos feministas se definen repertorios centrados en iniciativas legales que involucran tanto la regulación del acceso de la práctica de aborto no punible en el sistema de salud pública como la defensa de casos judiciales de aborto no punibles.

En este artículo indagamos cómo una organización feminista construyó la demanda de aborto en un caso judicial de aborto no punible en la provincia de Córdoba durante los años 2012-2013. Como se mencionó, en el caso bajo análisis, el aborto se construye como una cuestión de salud y a través de la retórica de la igualdad. Por un lado, la igualdad, en este caso, se definió como no discriminación, que requiere la eliminación de las diferenciaciones basadas en el sexo. La organización feminista construye las disposiciones que prohíben la práctica del aborto como sexista. Los discursos legales tienen un sesgo de género al juzgar la conducta mujeres de acuerdo con ciertas normas y al negarles la igualdad de oportunidades. Bajo esta concepción, el embarazo forzado y la mortalidad materna se conforman como la materialidad de la discriminación.

Por otro lado, la igualdad se definió como una cuestión de igualdad de acceso, lo que significaba para diferenciar los intereses colectivos como para hacer frente a un tratamiento específico y a la protección del Estado. El contenido de la igualdad, en este caso, estuvo definido por la reproducción, la autonomía reproductiva, la maternidad elegida, la posibilidad de planificar una familia. Al mismo tiempo, la sexualidad, bajo la forma del acoso, es desplazada a la esfera privada. La constitución de los cuerpos engenerados y sexualizados a través del caso legal en el contexto de una mayor demanda de la liberalización del aborto del aborto tiene potencialidades, pero también límites.

Bibliografía

Alma, Amanda y Lorenzo, Paula: *Mujeres que se encuentran: una recuperación histórica de los Encuentros Nacionales de Mujeres en Argentina (1986-2005)*, Buenos Aires, Feminaria, 2009.

- Anzorena, Claudia y Zubriggen, Ruth: “Trazos de una experiencia de articulación federal y plural por la autonomía de las mujeres: la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito en Argentina”, en R. Zubriggen y C. Anzorena (comps.), *El aborto como derecho de las mujeres. Otra historia es posible*, Buenos Aires, Herramienta, 2013.
- Bellucci, Mabel: “Anarquismo, sexualidad y emancipación femenina”, Argentina alrededor del 900. *Nueva Sociedad*, N° 109, 1900, pp. 148-157.
- “Women’s struggle to decide about their own bodies: abortion and sexual rights in Argentina”, *Reproductive Health Matters*, 5, 10, 1997, pp. 99-106.
- *Historia de una desobediencia. Aborto y feminismo*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2014.
- Bellucci, Mabel y Rapisardi, Flavio: “Alrededor de la identidad. Luchas políticas del presente”, *Nueva Sociedad*, N° 162, 2000, pp. 40-53.
- Bergallo, Paola: “Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Panel 4, 2005, pp. 16-19.
- “A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto”, en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico: Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009*, Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, ELA, 2010.
- “Introducción: La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, en P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*. Buenos Aires, Del Puerto, 2011, pp. 1-57.
- “Aborto y estado de derecho: la decisión de la Corte Suprema en F., A.L.”, mimeo, Red Alas, 2012.
- “Changing Paradigms in the Indications Model for Abortion in Argentina”, mimeo, Toronto, 2013a.
- “The Struggle against Informal Rules on Abortion in Argentina/ The Struggle to Reinstate”, mimeo, Buenos Aires, 2013b.
- Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina: “El aborto no punible en la Argentina”, *Hoja N° 9*, Abril, Buenos Aires: CEDES, IPPF y FEIM, 2009.
- Brown, Josefina: “El aborto como bisagra entre los derechos reproductivos y los sexuales”, en M. Pecheny, Claudia Fígari y D. Jones (comps.), *Todo sexo es político: estudios sobre sexualidades en Argentina*, Buenos Aires, Del Zorzal, 2008, pp. 277-301.
- Brown, Wendy: “Suffering the paradoxes of rights”, en W. Brown y J. Halley, *Left legalism, left critique*, 2002, pp. 428-458.
- Butler, Judith: *Gender trouble*, Londres, Routledge, 1990.
- “Al lado de uno mismo: los límites de la autonomía sexual”, en J. Butler, *Deshacer el género*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

- Cavallo, Mercedes y Amette, Roberto: “Aborto no punible. A nueve meses de “F., A.L. s/medida autosatisfactiva”, ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?”, *Revista Jurídica Cuestión de Derechos de la Asociación por los Derechos Civiles*, Agosto 2012, *on line*.
- Cosse, Isabella: “Cultura y sexualidad en la Argentina de los sesenta: usos y resignificaciones de la experiencia trasnacional”, *EIAL: Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, 17, 1, 2006, pp. 39-60.
- Chamallas, Martha: *Introduction to feminist legal theory*. Nueva York, Aspen, 2003.
- Domingo, Pilar: “Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America”, *Democratization*, 11 (1), 2004, pp. 104-126.
- “Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina: ciudadanización-judicialización de la política”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, 2009, pp. 33-52.
- Falquet, Jules: “Las feministas autónomas latinoamericanas y caribeñas: veinte años de disidencias”, *Universitas Humanística*, 2014.
- Felitti, Karina: “En defensa de la libertad sexual: discursos y acciones feministas y homosexuales en los 70s”, *Temas de Mujeres. Revista del CEHIM*, // 2006, pp. 44-64.
- “Natalidad, soberanía y desarrollo: las medidas restrictivas a la planificación familiar en el tercer gobierno peronista (Argentina, 1973-1976)”, *Estudios Feministas*, N° 2, 2008, pp. 517-537.
- “Sexualidad y reproducción en la agenda feminista de la segunda ola en la Argentina” (1970-1986), *Estudios Sociológicos*, 2010, pp. 791-812.
- *La revolución de la píldora. Sexualidad y política en los sesenta*, Buenos Aires, Edhasa, 2012.
- Femenías, María Luisa: “Género y feminismo en América Latina”, *Debate Feminista* 2009, pp. 42-74.
- Foucault, Michel: *The history of sexuality: an introduction*, Nueva York, Vintage, 1978, Traducción Robert Hurley.
- Franke, Katherine: “What’s wrong with sexual harassment?”, *Stanford Law Review*, 1997, pp. 691-772.
- “Theorizing yes: An essay on feminism, law, and desire”, *Columbia Law Review*, 2001, pp. 181-208.
- Frazer, Elizabeth y Lacey, Nicola: *The politics of community: a feminist analysis of the liberal-communitarian debate*, Toronto, Harvester Wheatsheaf, 1993.
- Frug, Mary Joe: “A postmodern feminist legal manifesto (an unfinished draft)”, *Harvard Law Review*, 1991, pp. 1045-1075.
- Gargarella, Roberto: “Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación”, *Desarrollo Económico*, 36, 144, 1997, pp. 971-990.

- González Prado, Patricia: “Riesgo para la salud, cuestión de mujeres. Obstáculos para el acceso al aborto no punible y una lectura de las causales desde una perspectiva feminista del derecho”, en R. Zubriggen y C. Anzorena (comps.), *El aborto como derecho de las mujeres. Otra historia es posible*, Buenos Aires, Herramienta, 2013.
- Htun, Mala: *Sex and the state: abortion, divorce, and the family under Latin American dictatorships and democracies*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.
- Huneus, Alexandra; Couso, Javier y Sieder, Rachel: “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en J. Couso, A. Huneus y R. Sieder (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 3-24.
- Jaramillo, Isabel: “La crítica feminista al derecho”, en R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valadares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- López, Griselda Marina: “La reforma constitucional argentina de 1994 y el arte de la negociación menemista (1992-1994)”, *Revista de Ciencias Políticas: De la Ciudad de Buenos Aires a la Aldea Global*, N° 1, *América Latina del Siglo XXI “Repensando la década del ‘90”*, Buenos Aires, 2007.
- MacKinnon, Catharine: *Feminism unmodified: Discourses on life and law*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1987.
- *Toward a feminist theory of the state*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1989.
- Mazzei, Daniel: “Reflexiones sobre la transición democrática Argentina”, *PolHis*, 4, 7, 2011, pp. 8-15.
- Menéndez, Virginia: “Iniciativas regulatorias para el acceso al aborto no punible”, en P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011, pp. 201-247.
- Monte, María Eugenia y Gavernet, Leticia: “La incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en las constituciones de Argentina, Venezuela, Ecuador y Bolivia: cuerpos ceñidos a sexualidades reproductivas”, en J. M. Morán Faúndes, C. Sgró Ruata y J. M. Vaggione, *Sexualidades, desigualdades y derechos*, Córdoba, Ferreyra, 2012, pp. 157-189.
- Nari, Marcela: “En busca de un pasado: revistas, feminismo y memoria. Una historia de las revistas feministas 1982-1997”, *Feminaria*, 10, 20, 1997.
- O’Donnell, Guillermo: “Afterword”, en R. Sieder, L. Schjolden y A. Angel, *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2005.
- Olsen, Frances: “Feminism and critical legal theory: An American perspective”, en F. (ed.), *Feminist Legal Theory*, Vol. I., Aldershot, Dartmouth, 1990, pp. 473-491.
- Peñas Defago, Angélica y Cárdenas, Edurne: “Barreras judiciales al acceso al aborto legal: La intervención ilegítima de la justicia en casos de Aborto No Punible en Argentina”, mimeo, Córdoba, 2012.

- Pereyra, Sebastián: “Las protestas de derechos humanos en la Argentina de la consolidación democrática 1989-1998”, mimeo, UBA, 2001.
- Petracci, Mónica y Pecheny, Mario (coords.): *Derechos humanos y sexualidad*, Buenos Aires, CEDES, 2007.
- Potter, James y Levine-Donnerstein, Deborah: “Rethinking validity and reliability in content analysis”, *Journal of Applied Communication Research*, N° 27, 1999, pp. 258-284.
- Preciado, Beatriz: “Biopolítica del género”, París, Universidad de París 8, Saint-Denis, 2010.
- Puga, Mariela: Litigio estructural, Tesis doctoral, 2013.
- Ramón Michel, Agustina: “El fenómeno de la inaccesibilidad a del aborto no punible”, en P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011, pp. 137-200.
- Ramos, Silvina; Begallo, Paola; Romero, Mariana y Arias Feijóo, Jimena: “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.
- Rossetti, Andrés: “La igualdad real de oportunidades y las acciones positivas reguladas en la constitución argentina: ¿Un caso de ‘desconstitucionalización’?”, en *XVIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional*, Paraná, 12, 13 y 14 de septiembre de 2007.
- Sabsay, Leticia: *Fronteras sexuales: espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*, Buenos Aires, Paidós, 2011.
- Sieder, Rachel; Schjolden, Line y Angel, Alan: “Introduction”, en R. Sieder, L. Schjolden y A. Angel, *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2005, pp. 2-24.
- Siegel, Reva: “Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection”, *Stanford Law Review*, N° 44, 1991, pp. 261.
- “Abortion as a sex-equality right. Its basis in feminist theory”, en M. Fineman e I. Karpin, *Mothers in law: feminist theory and the legal regulation of motherhood*, Nueva York, Columbia University Press, 1995.
- Smart, Carol: *Feminism and the Power of Law*, Londres, Routledge, 1989.
- *Law, crime and sexuality: Essays in feminism*, Londres, Sage, 1995.
- Spade, Dean: *Normal life. Administrative violence, critical trans politics and the limits of law*, Brooklyn, South end Press, 2011.
- Sproule, Warren: “Content analysis”, en M. Walter (ed.), *Social Research Methods*, 2^{da} ed., Melbourne, Oxford University Press, .2010, pp. 323-350.
- Stake, Robert: *The art of case study research*, California, Sage, 1995.

- Tilly, Charles: “Los movimientos sociales como agrupaciones históricamente específicas de actuaciones políticas”, *Sociológica*, 10, 28, 1995, pp. 13-36.
- Vaggione, Juan Marco: “Los Roles Políticos de la Religión, Género y Sexualidad más allá del Secularismo”, en M. Vassallo (comp.), *En nombre de la vida*, Córdoba, Católicas por el Derecho a Decidir, 2005, pp. 137-168.
- “La sexualidad en el mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos”, en M. Gerlero (coord.), *Derecho a la Sexualidad*, Buenos Aires, Grinberg, 2009.
- Vargas, Virginia: “Los feminismos latinoamericanos en su tránsito al nuevo milenio (Una lectura político personal)”, en D. Mato (comp.), *Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder*, Caracas, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2002.
- “Feminisms and the World Social Forum: Space for dialogue and confrontation”, *Development*, N° 48, 2005, pp. 107-110.
- Vasilachis de Gialdino, Irene: *Estrategias de investigación cualitativa*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- Wickhman, Gary: “Foucault and law”, en R. Banakar y M. Travers (eds.), *An Introduction to Law and Society Theory*, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, 249.
- Yin, Robert (ed.): *Case study research: Design and methods*. California, Sage, 2003.

E

OBJECIÓN DE CONCIENCIA

LA POLÍTICA DE LA CONCIENCIA

LA OBJECCIÓN COMO ESTRATEGIA CONTRA LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Mariela Puga y Juan Marco Vaggione***

1. Introducción

La objeción de conciencia (OC) tiene una definición, una genealogía y un uso normativo en las democracias liberales. Tiene, por decirlo de algún modo, una historia oficial que la rescata como un instituto democrático que garantiza a las personas el derecho a no cumplir con ciertas obligaciones legales por considerarlas contrarias a sus creencias (tanto religiosas como seculares). Esta historia tuvo como temática crucial la obligación del servicio militar, como manera de reclutar y capacitar ciudadanos para combatir en defensa del Estado. Sin embargo, la OC ha ido ganando presencia en otro campo: la sexualidad y la reproducción. Frente a los cambios legales que desanudan la sexualidad de la reproducción y que legitiman una serie de prácticas que existían en las márgenes del derecho, la OC comienza a ser utilizada para que distintos sectores de la población puedan resguardarse de tener que cumplir con esta legislación.¹

La OC es una construcción político-legal que responde a distintos momentos históricos. Si en los años sesenta tuvo su auge en reacción a las políticas bélicas, en los noventa su regreso se montó sobre la política sexual. Allí donde se reconocen derechos sexuales y reproductivos (DDSSRR), los sectores opuestos al acceso universal a técnicas y prácticas anticonceptivas, al reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo o la legalización del aborto –entre otros cambios legales– articulan a la OC como una dimensión de la política sexual contemporánea.

Este artículo surge de la transición entre ambas historias. Si bien hay entre ellas importantes continuidades y similitudes, es necesario, también, marcar sus tensiones y rupturas. El propósito principal del artículo no es, necesariamente, argumentar a favor o en contra de la OC como instituto democrático, sino reflexionar críticamente, distanciarse de su naturalización, e identificar

* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, Máster en Derecho por Columbia University, School of Law, y profesora titular de Derecho Constitucional en la Escuela de Ciencias Políticas de la UNER.

** Investigador en la Universidad Nacional de Córdoba/CONICET. Es doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Ph.D. en Sociología, y profesor de Sociología en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

1. El aborto ha sido un eje importante para estos debates, ya que el reconocimiento de su práctica en diversas circunstancias suele ir acompañado del reconocimiento de la OC para el personal involucrado. Por ejemplo, junto con “Roe vs. Wade”, que legalizó el aborto en los Estados Unidos (1973), se comenzó a reconocer el derecho de rechazar la participación en las prácticas médicas.

las formas en que el instituto es parte de la política y del derecho contemporáneo. Más allá de los debates legales y doctrinarios sobre su definición como instituto democrático, la OC se materializa en las relaciones de poder que la construyen. No puede ser considerada exclusivamente desde sus aspectos formales y horizontes normativos, sino que también debe hacérselo desde las formas en que es utilizada y tensionada por actores influyentes en la política sexual.

Este acercamiento crítico se propone a través de dos secciones con diferentes focos. En primer lugar, se analiza la OC como una estrategia política privilegiada del activismo católico conservador, como estrategia explícita de la Iglesia Católica en tanto actor en la política sexual contemporánea. En segundo lugar, se propone una deconstrucción del análisis legal tradicional sobre la justificación y alcance del reconocimiento del derecho a la OC, en cuanto principio neutral. La operación tiende a evidenciar las consecuencias elitistas y excluyentes de una institución que se pretende favorable a las minorías y respetuosa de las disidencias.

Primera parte

2. La Iglesia católica y la política sexual

Durante los últimos años se ha producido un cambio paradigmático en las formas de definir la democracia y sus fronteras. Luego de décadas en las cuales lo religioso se construyó como el “afuera” de lo político, como una influencia que debía reducirse a la esfera de lo privado, los estudios analíticos y normativos sobre la democracia comenzaron a verse caracterizados por una lectura opuesta. Lo religioso comenzó a ser considerado como una parte legítima de la política democrática, no como pura externalidad. La desprivatización de lo religioso (Casanova, 1994) –en tanto presencia pública que resiste a ser marginada de los principales debates– sumada a la fuerte crítica circulante del secularismo –en tanto ideología de la modernidad que distorsionó nuestra comprensión de lo religioso (Connolly, 1999)– han impulsado, entre otros factores, un cambio en las formas de considerar los vínculos entre lo religioso y lo político en las democracias contemporáneas. Un paradigma, definido por varios como postsecular (Habermas, 2008), que supera las lecturas restrictivas de lo político y considera, de diferentes maneras, a las instituciones y creencias religiosas como parte legítima de la esfera pública (Vaggione, 2011).

Sin desconocer que la laicidad o la secularización del Estado aún juegan como horizontes normativos, es necesario también reconocer los límites de estos discursos en la comprensión de la sexualidad como dimensión de la política contemporánea. Por un lado, lo sexual ha sido uno de los aspectos más resistentes a la diferenciación y autonomización de esferas, ya que su consideración como parte de la esfera privada, de lo no político, ha reforzado el poder de las instituciones religiosas sobre su control. Para las principales tradiciones religiosas la sexualidad era (sigue siendo) una de las preocupaciones centrales, y gran parte de las reglas éticas esta(ba) n destinadas al control del orden sexual. A esto se agrega que la secularización y la laicización en tanto procesos históricos sobre la sociedad y la política no necesariamente implican la desarticulación de la influencia religiosa. Entre los replanteos de los últimos años pueden citarse, precisamente, aquellos que consideran que la secularización del Estado o laicidad no supone

necesariamente un borramiento de las influencias religiosas sobre la sexualidad, sino su reinscripción desde un Estado en apariencia secular. Con foco en Estados Unidos, Jakobsen y Pellegrini (2003) consideran el discurso estatal sobre la tolerancia como una invocación que refleja la influencia de la moralidad protestante sobre un Estado teóricamente neutral. Otro ejemplo en esta dirección son los análisis que consideran a la laicidad como un modelo fuertemente arraigado a la cultura católica, y opresivo de otras identidades religiosas. En particular, el tema del velo utilizado por las mujeres musulmanas en Francia abrió una discusión sobre las consecuencias opresivas de la laicidad y sobre la fuerte influencia de la tradición católica en la construcción de lo público y la sexualidad (Scott, 2007).

Por otro lado, y como eje para este artículo, es necesario también marcar que la laicidad como modelo normativo no implica necesariamente que los actores y creencias religiosas dejen de tener impacto sobre la política sexual. Profundizar la autonomía entre Estado e iglesia no produce necesariamente una exclusión religiosa de lo político. Por más resistencia que puedan generar en sectores que aún defienden una construcción secularizada de lo público, las instituciones religiosas tienen derecho a ser parte de los principales debates. Sin embargo, el derecho de las instituciones religiosas a ser actores públicos va acompañado de reglas y obligaciones impuestas por/desde el juego democrático. Al intervenir públicamente, las instituciones religiosas se “entrampan”² en el juego democrático y, de este modo, se someten (voluntariamente o no) a las reglas de la democracia. El desafío es, entonces, encontrar en la propia inscripción pública de las instituciones religiosas, la ventana para democratizar la política. No es desde la exclusión forzada de la Iglesia católica de la esfera pública –de algún modo imposible– sino en su entrapamiento en el juego democrático donde se abren importantes posibilidades para la política contemporánea.

Por ello, uno de los propósitos de este artículo es analizar críticamente el uso que la Iglesia hace de la OC como una estrategia priorizada para impactar sobre la construcción del derecho en las democracias contemporáneas. En los últimos años, la sexualidad ha ocupado un lugar prioritario en las intervenciones públicas de la jerarquía católica. Si bien la Iglesia se caracteriza históricamente por la construcción de una concepción restrictiva sobre lo sexual, el impacto de los movimientos feministas y por la diversidad sexual generó una fuerte reacción de su parte (al igual que de otras tradiciones religiosas) en defensa de su postura doctrinaria. Lejos de replegarse, la Iglesia católica ha reforzado la defensa política de su concepción sobre lo sexual tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Sirvan de ejemplo el papel de la jerarquía católica en los países de Latinoamérica, de Europa o en Estados Unidos. En el ámbito internacional, desde mediados de los años noventa, al ingresar el debate sobre los DDSRR a las conferencias de Naciones Unidas, la Iglesia católica fue fortaleciendo su liderazgo entre los países en defensa de un modelo tradicional de familia y sexualidad. Ni el uso extendido de anticonceptivos por parte de las/los católicas/os, ni el impacto del VIH-sida sobre las prácticas sexuales, entre otros ejemplos, han generado un cambio en su posición hacia la sexualidad. Al contrario, la Iglesia católica ha reforzado su tesitura oficial hacia la moral sexual sin dejar espacio para el uso de anticonceptivos o profilácticos.

2. La metáfora de entrapamiento es usada por Guillermo Nugent (2004).

Como actor político, la Iglesia católica ha operado importantes cambios en las principales estrategias utilizadas (Vaggione, 2005). Junto con los líderes católicos que buscan influenciar los debates políticos y legales, es cada vez más frecuente observar la presencia de organizaciones de la sociedad civil, autodenominadas provida o profamilia, que defienden la doctrina católica. A nivel de las argumentaciones, por ejemplo, se observa un crecimiento de justificaciones seculares (en particular, científicas, legales y bioéticas) en detrimento de justificaciones religiosas para oponerse a la sanción y vigencia de los DDSSRR. De algún modo, como se afirmó previamente, el activismo católico conservador va tomando la forma de un movimiento social que trasciende la dicotomía religioso-secular y maximiza los espacios abiertos por el sistema democrático en defensa de una concepción restrictiva de la familia y lo sexual.

Más que en las prácticas concretas de sus propios creyentes, la jerarquía católica parece obsesionada con defender, desde el derecho, un orden sexual que refleje su doctrina. Así, son diversas las estrategias que se plantean desde la Santa Sede con el propósito de influir sobre los debates legales. Entre ellas pueden destacarse el llamado a los creyentes, en tanto ciudadanos, para que de manera activa resistan los cambios legales favorables a los DDSSRR (Vaggione, 2011). En este sentido, las ONG autodenominadas provida y/o profamilia tienen un rol cada vez más protagónico en la defensa de un sistema legal coherente con la doctrina católica. Otra estrategia en este sentido es el instruir a los políticos, legisladores y jueces sobre las formas en que deben actuar frente a proyectos de ley contrarios a la doctrina oficial de la Iglesia sobre la sexualidad (Vaggione, 2011). Finalmente, como se desarrolla a continuación, la OC también se puede incluir como una estrategia para erosionar la vigencia de ciertos derechos que la Iglesia considera contrarios a su doctrina.

3. La OC como estrategia política

Si bien en los últimos años la OC ha tenido una creciente presencia en relación con los DDSSRR, fue hace varias décadas y en relación con el servicio militar obligatorio cuando dicha presencia comenzó a tener visibilidad en los debates legales y políticos. La Iglesia católica no fue una excepción a esta tendencia y se pronunció, durante el proceso de modernización institucional del Concilio Vaticano II (1962-1965), sobre la necesidad de que las legislaciones reconocieran el derecho de algunos ciudadanos a la OC militar.³

3. Esta postura se anuda a la importancia que tuvo, durante el Concilio, la defensa de la libertad religiosa: “en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos” (Pablo VI, 1965). En particular, el documento *Gaudium et Spes* afirma que “parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivo de conciencia y aceptan al mismo tiempo servir a la comunidad humana de otra forma” (Pablo VI, 1965b: 79). También se incluyeron cuestiones vinculadas a la OC en *Pacem in Terris*. Debe rescatarse el hecho de que la OC debe ir acompañada de una contraprestación, ya que, aunque se los exceptúe del uso de las armas, según el catecismo de la Iglesia Católica, “éstos siguen obligados a servir de otra forma a la comunidad humana” (N° 2311).

En los últimos años, sin embargo, la OC se ha constituido en una dimensión de la política sexual. Como se afirmó previamente, es una estrategia del activismo católico conservador para oponerse a los avances del feminismo y del movimiento por la diversidad sexual en distintas regiones.⁴ Una vez que estos movimientos son exitosos no sólo en la politización de la sexualidad sino incluso en lograr reformas legislativas a favor de los DDSSRR, la OC aparece como estrategia política para vaciar de legitimidad a derechos ya sancionados. En este sentido, la política sexual contemporánea va acompañada de una renovada presencia de la OC y, con ella, de nuevas significaciones, definiciones, usos y desaffos.

Durante los años setenta, y en clara reacción a lo sucedido en Estados Unidos en el caso “Roe vs. Wade”, que reconoció el derecho de las mujeres al aborto (1973), desde el Vaticano se comenzó a construir la necesidad de la OC como forma de resistencia. Un año luego de “Roe vs. Wade”, la Congregación para la Doctrina de la Fe puso a circular la “Declaración sobre el aborto”, en la cual considera “inadmisible que médicos o enfermeros se vean en la obligación de prestar cooperación inmediata a los abortos y tengan que elegir entre la ley cristiana y su situación profesional” (1974: 22). Entre sus conclusiones, el documento sostiene la necesidad de ser fiel a la conciencia en relación con este dilema, aunque no incluye de manera explícita a la OC como mecanismo institucional. En el año 1987, ya siendo papa Juan Pablo II, la Congregación para la Doctrina de la Fe (con Ratzinger como prefecto) dictó la instrucción *Donum Vitae*, en la cual se incluye de manera expresa a la OC en relación con la legislación favorable a las técnicas de procreación artificial y al aborto. En particular, el documento sostiene que ante las “las leyes positivas moralmente inaceptables [...] se debe presentar y reconocer la ‘OC’”.

Pero es en la encíclica *Evangelium Vitae* de mediados de los noventa donde la OC se delinea de manera más específica como una estrategia política, no sólo frente al aborto, sino frente a los DDSSRR en general. Esta encíclica fue elaborada en un contexto de transnacionalización y avance de las demandas feministas que se manifestó en las conferencias internacionales de las Naciones Unidas, particularmente El Cairo (1994) y Beijing (1995), las cuales reconocieron los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos. Dictada por Juan Pablo II, la encíclica inscribe un momento bisagra ya que, si bien no implica cambios sustanciales en la postura doctrinaria, puede leerse como una plataforma política de la Iglesia católica respecto de la sexualidad. En este documento se formaliza, por primera vez, el antagonismo entre la “cultura de la vida” y la “cultura de la muerte” como construcción de la política contemporánea. Para la Iglesia católica, estamos inmersos en un choque entre el bien y el mal, entre la cultura de la vida y la cultura de la muerte, y “todos nos vemos implicados y obligados a participar, con la responsabilidad ineludible de elegir incondicionalmente en favor de la vida” (Juan Pablo II, 1995).

Dos aspectos en la definición de esta “cultura de la muerte” son relevantes para este trabajo. En primer lugar, aunque no dicho de forma expresa, la cultura de la muerte se conecta con las demandas de los movimientos feministas y por la diversidad sexual. La Iglesia católica considera a la “ideología de género” o al “feminismo radical” como una fuerza contraria a la “cultura de la vida”. La “ideología de género” se considera como una influencia que subvierte los valores

4. Algunas publicaciones de la organización Catholics for Choice, “In Good Conscience” presentan información sobre las formas en que la OC se ha usado en Estados Unidos, América Latina y Europa por el activismo contrario al aborto.

ya que minimiza “la diferencia corpórea, llamada sexo” a la vez que considera como principal y primaria “la dimensión estrictamente cultural, llamada género” (Congregación para la Doctrina de la Fe, 2004). En segundo lugar, si bien las leyes favorables al aborto o la eutanasia son uno de los componentes más politizados, la cultura de la muerte se caracteriza por proponer una “mentalidad anticonceptiva”. No sólo se rechazan leyes que despenalizan al aborto o que permiten la eutanasia, sino también todo tipo de reforma legal que autonomice la sexualidad de la reproducción. En este sentido, los DDSSRR en general, al construir una sexualidad separada de sus potencialidades reproductivas, implican para la postura oficial de la Iglesia Católica, un riesgo para la familia y para el orden social.

En la defensa que la Iglesia hace de la OC también reconstruye al instituto dándole nuevas formas y potencialidades. A continuación se presentan (de manera introductoria) algunas de las principales características de la reconstrucción de la OC como estrategia para intervenir en la política sexual. En particular se proponen tres desplazamientos que caracterizan el uso estratégico de la OC frente a los DDSSRR.

3.1. Hacia los derechos sexuales y reproductivos

Un aspecto en la defensa de la OC realizada por la Iglesia Católica es la diversidad de legislaciones y prácticas sobre las que se propone. Las leyes favorables al aborto o la eutanasia siguen siendo las principales motivadoras de la OC, centradas, sobre todo, en la defensa de la vida. La cultura de la muerte, para el Vaticano, se conecta con lo que denomina como una “mentalidad anticonceptiva” por de acuerdo con la cual el aborto y la anticoncepción, más allá de sus múltiples diferencias, están relacionados “como frutos de una misma planta” (Juan Pablo II, 1995: §13). Allí donde se legitima la autonomía entre sexualidad y la reproducción se legitima, desde esta postura, la cultura de la muerte. Así, diversos documentos oficiales de la Iglesia católica proponen la OC para las legislaciones y políticas que favorecen el acceso a la anticoncepción de emergencia (Academia Pontificia para la Vida, 2007), los derechos para las parejas del mismo sexo (Congregación para la Doctrina de la Fe, 2003) o la inseminación artificial, entre otras, al responder a esta “mentalidad anticonceptiva”. En este sentido, se han dado una serie de documentos y pronunciamientos en los cuales se instruye a distintos profesionales sobre el uso de la OC para la defensa de la “cultura de la vida”.⁵

5. Los últimos dos papas han aludido de forma directa a diversos sectores y profesiones sobre la necesidad de defender la objeción en sus tareas. Por ejemplo, en el año 2001, Juan Pablo II habló a los participantes de un congreso internacional de obstetras y ginecólogos católicos, donde afirmó que la OC es una salida a la tensión entre la presión social frente a nuevas técnicas reproductivas y la “responsabilidad que tienen como médicos especialistas de cuidar de los seres humanos más indefensos y débiles” (Juan Pablo II, 2001). Otro ejemplo es el discurso en el 2007 de Benedicto XVI ante el congreso internacional de farmacéuticos católicos en el que indicó que “vuestra federación está invitada a afrontar la cuestión de la OC, que es un derecho que debe reconocerse a vuestra profesión, permitiéndooos no colaborar, directa o indirectamente, en el suministro de productos que tengan como finalidad opciones claramente inmorales, como por ejemplo el aborto y la eutanasia”.

3.2. *Hacia la obligatoriedad de la OC*

Otro desplazamiento en el uso de la OC como estrategia política es plantearla como una obligación y no como un derecho ciudadano. La OC se caracteriza por ser una facultad que permite a ciertos ciudadanos no cumplimentar con obligaciones legales cuando estas vulneran de forma grave sus creencias. En particular, en contextos de reconocimiento y respeto al pluralismo religioso, la OC es un dispositivo que permite profundizar la convivencia de sectores con cosmovisiones éticas divergentes. Sin embargo, como se desarrolla a continuación, la Iglesia católica construye la OC respecto de los DDSSRR como una obligación para los creyentes en tanto ciudadanos, y así se aleja de la forma en que la caracterizó respecto del servicio militar obligatorio. A diferencia de la objeción frente al servicio militar, en que la Iglesia la dejaba librada a la decisión de la persona, cuando se articula frente a los DDSSRR, en cambio, se la construye como una obligación. Vale aclarar que no estamos analizando la forma en que la Iglesia en tanto institución religiosa regula la obligación moral para su comunidad de creyentes, sino su papel como actor público en la defensa y construcción jurídica de la OC como instituto democrático; en la forma en que convoca a los ciudadanos a desobedecer con ciertos aspectos del derecho.

Evangelium Vitae, al igual que otros documentos, convierte la OC de facultativa en obligatoria. Más que defender un espacio para que el creyente tome una decisión frente a la legislación, desde la Iglesia Católica se plantea a la OC como una obligación. Una persona católica, frente a leyes favorables a la “cultura de la muerte”, debe transformarse en un objeto; así, la encíclica sostiene que leyes favorables al aborto o la eutanasia “establecen una *grave y precisa obligación de oponerse a ellas mediante la OC*” [resaltado en el original] (Juan Pablo II, 1995). La postura del documento no es la de defender la OC como un derecho individual al que los ciudadanos (en tanto creyentes) tienen acceso, sino como una obligación que tiene todo creyente frente a “aquellas prácticas que, aun permitidas por la legislación civil, se oponen a la Ley de Dios”. Esta obligatoriedad de la OC vuelve a reproducirse en diversos documentos en los cuales se convoca a prácticamente todas las personas vinculadas con la sanción y aplicación del derecho, así como al personal de la salud involucrado en la distribución y acceso a métodos anticonceptivos, abortivos, o a las técnicas de reproducción asistida.⁶

3.3. *Hacia la ilegalidad del derecho*

Otro aspecto relevante es que la OC aparece como un mecanismo, una estrategia, para vaciar de legitimidad ciertas legislaciones a pesar del procedimiento democrático por el cual fueron establecidas. También existe un desplazamiento si consideramos la postura de la Iglesia respecto de la OC

6. Por ejemplo, la Pontificia Academia por la Vida, en una reunión de 2007 sobre el tema “La conciencia cristiana en apoyo del derecho a la vida”, considera que diversos profesionales tales como médicos, enfermeros, farmacéuticos y personal administrativo, jueces y parlamentarios, y otros profesionales directamente implicados en la defensa de la vida humana individual tienen “la obligación de recurrir a una ‘valiente OC’, donde las normas legislativas prevean acciones que la pongan en peligro”. Otro ejemplo lo constituye la “Carta de los agentes sanitarios” (1995) que, retomando diversos documentos del Vaticano, afirma que: “médicos y enfermeras están obligados a defender la OC. El grande y fundamental bien de la vida convierte tal obligación en un deber moral grave para el personal de la salud, inducido por la ley a practicar el aborto o a cooperar de manera próxima en la acción abortiva directa”.

frente al servicio militar. No se atacaba la legitimidad del derecho que instruía el servicio militar obligatorio, sino que se proponía la objeción como una posibilidad de articular tanto el derecho de los Estados a reclutar soldados como el de ciertos individuos a exceptuarse debido a sus creencias (en este caso, religiosas). Incluso, como se afirmara previamente, la Iglesia consideraba que la persona exceptuada del servicio militar debía realizar, a cambio, alguna otra actividad compensatoria. Sin embargo, cuando se defiende la OC sobre los DDSSRR es la legitimidad de la legislación la que se pone en jaque. Sobre esta deslegitimización del derecho se asienta la obligación de las/os católicas/os a ser objetores de conciencia ya que tienen una “grave y precisa obligación de oponerse”.

El fundamento y justificación de la objeción en los documentos de la Iglesia no se basa tanto en garantizar un espacio legal de objeción para los creyentes a quienes representa, sino más bien en poner de manifiesto la injusticia, la ilegitimidad de los DDSSRR. En particular, el derecho a la OC se considera como parte del debate sobre la “necesaria conformidad de la ley civil con la ley moral” (*Evangelium Vitae*: 72). Retomando la tradición instaurada por santo Tomás de Aquino, Juan Pablo II sostiene que la ley civil, la ley de los hombres, tiene “razón de ley en cuanto deriva de la ley natural”, y si la contradice “no será ley sino corrupción de la ley”. Dentro de esta tradición, para la jerarquía católica, las leyes que despenalizan el aborto o la eutanasia, o incluso las que sostienen una “mentalidad anticonceptiva”, se oponen al bien individual y al bien común, y por tanto “están privadas totalmente de auténtica validez jurídica”, por lo que “una ley civil legitima el aborto o la eutanasia deja de ser, por ello mismo, una verdadera ley civil moralmente vinculante” (*Evangelium Vitae*: 72).

La OC navega, entonces, entre su construcción normativa como instituto democrático y su constitución desde (y entre) las relaciones de poder que reconocen ciertas conciencias y temáticas. Es, por un lado, un instituto democrático que busca garantizar aquellos sistemas de creencias (seculares o religiosas) que se sienten vulnerados frente a determinadas obligaciones legales. De este modo, la OC es funcional a un horizonte de democracia (liberal) por la cual las leyes “mayoritarias” deben, en la medida de lo posible, reducir el impacto sobre sectores “minoritarios”. También, por otro lado, es el resultado de las relaciones de poder que van (re)configurando su funcionamiento. Recapitulando, es posible afirmar que la OC que defiende el activismo católico conservador presenta dos dimensiones que tensionan al instituto democrático. Por un lado, la considera una obligación, lo cual desarma uno de los principales pilares de la OC: el de ser una decisión individual, una facultad de las personas que sienten vulnerados sus sistemas de creencias frente a ciertos deberes legales. La OC se caracteriza, teóricamente, por reforzar la autonomía de los sujetos frente a legislaciones que, de forma directa o indirecta, vulneran sus creencias. Sin embargo, la politización que realiza la Iglesia católica invierte esta característica y considera la OC como una obligación para las personas en tanto ciudadanos. Por otro lado, plantea que uno de sus principales propósitos (si no el principal) es confrontar las legislaciones que, democráticamente sancionadas, amplían el espacio para la libertad y la diversidad sexual. Más que salvaguardar la conciencia individual -el derecho a no ser compelido a actuar en contra de las creencias (religiosas o seculares)-, lo que parece perseguirse es contrarrestar la influencia de la “cultura de la muerte” vuelta legislación. Estas dos dimensiones, distinguibles con fines analíticos, ponen en evidencia que para la jerarquía católica no interesa tanto la defensa de la autonomía individual sino la posibilidad de volver pública, visible; en fin, volver política, la determinación de ciertas legislaciones como injustas.

Esta primera parte del artículo buscó, entonces, desentrañar la política detrás de la OC en las democracias contemporáneas, una política que tiene como actor protagónico a la jerarquía católica y su oposición a los DDSSRR. Para comprender cómo funciona la objeción en tanto mecanismo legal y democrático es necesario desentrañar cómo se construye e instrumenta desde los sectores con poder. Como se retoma a continuación, más allá de las ficciones liberales, no todas las conciencias son protegidas de formas iguales, no todas las temáticas entran al umbral de la objeción como causal para incumplimiento del derecho.

Parte II

4. Los fundamentos de la OC

Las teorías que fundan el instituto de la OC responden a la pregunta “¿por qué es valioso protegerla?”. Y al responder a esta pregunta proveen elementos claves para precisar el alcance de esta prerrogativa frente a otras prerrogativas individuales y comunitarias. En otras palabras, fundarla es también definir su alcance.

Hay dos respuestas clásicas a la pregunta del valor de la protección de la OC. Una apunta al objetivo político de preservar la *pluralidad*, resguardando la posibilidad de que las minorías puedan sostener sus posiciones morales. La otra respuesta también atiende a un objetivo político, pero relativo a proteger la *libertad moral* individual, salvaguardando aquellas conductas “auténticamente” morales que son capaces de enfrentar a la moralidad oficial.

La primera es la manera más usual de responder a la pregunta. Se sostiene que la OC es un instituto con vocación de proteger a las minorías, en particular, a aquellas minorías que navegan contra la corriente, que rechazan la moralidad dominante, que se “resisten a seguir al rebaño” (Alegre, 2009; Cavallo y Ramón Michel, 2013). Esta forma de justificar la OC, no obstante, nos invita a más preguntas que respuestas.

En primer lugar, impone la pregunta obvia respecto de qué consideramos una minoría. Desde una llana perspectiva cuantitativa, minoría son los menos, pero, todavía, ¿es esta la idea de minorías a la que se protege a través de la OC?... Si la convicción del objetor es compartida por quienes *numéricamente* son menos en la sociedad, entonces, ¿protegiendo su privilegio de objetar un deber jurídico se protege a una minoría? Si la convicción del objetor es compartida por la mayoría de la sociedad que no está de acuerdo con cierto deber jurídico, ¿la protección de la OC quedaría sin fundamento?

Este asunto no parece claro. Quizá por eso la perspectiva jurídica liberal tiende a apartar esta concepción cuantitativa de las minorías, lo cual genera algunas precisiones propias. Así, suele aparecer la idea de considerar que ciertos derechos, los derechos morales y constitucionales, son artefactos para proteger a las minorías de las mayorías. Se dice que esos derechos son “cartas de triunfo contra la voluntad mayoritaria”, la que se expresa en la legislación (Dworkin, 1984). En este sentido, todos los derechos constitucionales serían contramayoritarios, y si la OC es considerada un derecho constitucional o moral, se trata de una forma contramayoritaria *per se*.

Obsérvese que la idea, antes que cuantitativa, es, digamos, *posicional*. Los derechos protegen contra la potencia estatal que ejercen las mayorías mediante leyes parlamentarias. Los derechos protegen una *posición* defensiva contra el arma predilecta de las mayorías: las leyes. Esa *posición* defensiva sería entonces minoritaria. En otras palabras, si consideramos a la OC un derecho constitucional o moral, su uso contra las leyes mayoritarias que imponen deberes jurídicos es siempre un uso desde la posición minoritaria.

Lo interesante para nosotros es que nuestro ordenamiento jurídico da bases sólidas para esta racionalización. A pesar de que no reconoce un derecho específico a la OC en la constitución, jurisprudencialmente lo ha entendido como implícito en las normas constitucionales que reconocen la libertad de conciencia, pensamiento y religión (arts. 19, 14 y 31 de la CN), y en particular en las normas con contenidos análogos incorporadas por los tratados internacionales de derechos humanos del artículo 75 inciso 22.

Sin embargo, y al mismo tiempo, se reconocen una gran cantidad de casos de OC en leyes particulares y reglamentos (según Navarro Floria), en ningún país de Latinoamérica con tanta extensión y en tanta variedad de casos como en Argentina), tales como la OC para rehusarse a realizar el servicio militar en caso de convocatoria (Ley 24.429), o para rehusarse a honrar símbolos patrios (Res. 1818/84 del Ministerio de Educación y Justicia), o bien para que cierto tipo de profesionales de la salud puedan rehusarse a realizar cualquier tipo de práctica médica,⁷ o para que puedan llevarse a cabo prácticas médicas en particular, tales como cirugías de esterilización, o abortos no punibles.⁸

Este marco legal genera una paradoja. Por un lado, la OC como instituto constitucional puede proteger defensivamente contra deberes jurídicos surgidos de leyes sancionadas por las mayorías.

7. En Río Negro, todos los profesionales de la salud pueden ser objetores de conciencia de cualquier práctica médica (art. 24 de la Ley N° 3448, reformada por la 3338/99). En otros casos, sólo ciertos profesionales de la salud pueden rehusar cualquier práctica, como ocurre con las enfermeras de la Provincia de Buenos Aires (art. 9°, Ley N° 12.245/99), de la ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 289/99), de Salta (Ley N° 7351/2005), o bien con los técnicos de la salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 10°, Ley N° 1831/2005). La fórmula usual es la del derecho a “negarse a realizar o colaborar en la ejecución de prácticas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que de ello no resulte un daño en las personas que requieren la práctica”.

8. En materia de salud sexual y reproductiva, la ley que crea el Programa Nacional prevé la extraña figura de la objeción institucional para las entidades privadas confesionales (art. 10° de la Ley N° 25.673) en relación con la práctica específica de proveer anticonceptivos. La reglamentación de esta ley (Decreto 1282/2003) incluye de manera impropia (dado que la ley no lo había previsto) la OC personal en la supuesta reglamentación del artículo 6°. También hay leyes provinciales de salud sexual y reproductiva que reconocen el derecho a la OC de los médicos (San Luis, Salta y en el caso de Santa Fe, por una reglamentación).

En casos de intervenciones quirúrgicas esterilizantes (vasectomías o ligaduras de trompas), varias de las leyes que admiten la práctica incluyen el reconocimiento a la OC, tal es el caso de Chaco (Ley 5409) y de Mendoza, por medio de reglamentaciones (Res. 2492/00 MDSyS).

Recientes protocolos de atención de aborto no punible para hospitales provinciales en Chubut, Córdoba, Salta, Entre Ríos, etc., han incluido también la provisión de la OC, de la misma manera que lo ha hecho el Protocolo Nacional de Atención a Abortos No Punibles cuando señala que “Toda/o profesional de la salud tiene derecho a ejercer la OC con respecto a la práctica del aborto no punible. Sin embargo, la OC es siempre individual y no puede ser institucional, por lo que toda institución a la que se recurra para la práctica de un aborto no punible deberá en cualquier caso garantizar su realización”.

Empero, en los casos particulares en que la OC es reconocida en las leyes mayoritarias, o en los reglamentos de órganos mayoritarios, pueden transformarse en la ley de la que defenderse. Es decir, puede ser desafiada por otros derechos constitucionales que ocuparán la *posición* defensiva frente a ella, tales como el derecho a la salud, a la vida y a la libertad de quienes son beneficiarios del deber jurídico que el objetor desconoce.

Esta paradoja, propia de la racionalidad legal, puede tornarse, sin embargo, una dificultad en materia de fundamentación de la OC. El problema de razonar en clave “posicional” o de “derechos” respecto de las minorías es que convertimos al fundamento más usual de la OC en un Perogrullo. En efecto, si todos los derechos constitucionales tienen la función de ser artefactos contra mayoritarios o de defensa de posiciones minoritarias, ¿qué agregamos con argumentar que el derecho de OC tiene vocación de proteger a las minorías?

Salir del Perogrullo nos exige avanzar hacia una idea todavía más precisa de minorías. Podría pensarse, por ejemplo, que hay algunos derechos constitucionales que “típicamente” favorecen a las minorías, o más bien a las moralidades *subordinadas*, y otros derechos que, en cambio, son artefactos o representaciones típicas de las moralidades *dominantes*. El derecho a la propiedad, por ejemplo, suele ser el ejemplo típico de una moralidad dominante, que sin embargo, probablemente represente intereses cuantitativamente minoritarios. Otros derechos, como el derecho a la propiedad colectiva de la tierra de los indígenas, garantizarían posiciones defensivas para ciertas moralidades minoritarias, en un sentido claramente contradominante.

Nótese que, desde esta nueva perspectiva, el juicio sobre qué es una minoría ya no se refiere ni a lo cuantitativo ni a lo meramente posicional del titular de un derecho frente a decisiones mayoritarias. La idea guía, ahora, es que hay moralidades dominantes y subordinadas. Esta idea *relacional* de las minorías podría operar en distintas instancias relevantes. Podríamos observar relaciones de dominación moral en instancias estructurales como la de la conquista legislativa, pero también en la adjudicación de significado de los derechos positivos, o en la instancia de significación de las prácticas sociales, o de las instituciones públicas, y aun a nivel de relaciones microsociales, como en la relación entre un funcionario público y un contribuyente, o entre un médico y un paciente.

Así, el hecho de que las ideas morales sean expresables o no como derechos constitucionales o legales (perspectiva posicional) o sean sostenidas por cierto número de adeptos (perspectiva cuantitativa) ya no resulta relevante a los fines de reconocer el valor de la OC. Lo relevante es que el contenido de esas ideas sea dominante o subordinado.

En este marco, la minoría a la que la teoría jurídico-política debería dirigir su protección reconociéndole el privilegio individual de la OC sería aquella que defiende ideas/convicciones que desafían las ideas/convicciones dominantes (aunque estos últimos fueran los de una minoría cuantitativa). He aquí el valor de reconocer la OC en cuanto instituto con vocación por la pluralidad y la defensa de las perspectivas minoritarias.

Es interesante notar ahora que el hecho de pensar a la OC desde una perspectiva *relacional* nos llevaría por autopistas muy diferentes a las usuales. La primera, y más obvia, es la de desconfiar de la legitimidad de una prerrogativa como la OC, cuando esta es reconocida legalmente por un órgano político mayoritario como es el Congreso, y a favor de quienes ya tienen posiciones de dominación en microrrelaciones, o representan moralidades dominantes. Así, cobra una particular

relevancia la distinción entre OC propia (el incumplimiento que es excusado por un juez u otro adjudicador de responsabilidad), y la OC impropia (la reconocida por leyes y reglamentos). No se trataría de meras formas jurídicas, sino de verdaderos síntomas de dominación del debate moral.

Por ejemplo, ¿en qué sentido los médicos que se oponen a la práctica del ANP en caso de violación están sosteniendo una posición minoritaria? Algunas encuestas indican que serían una minoría cuantitativa, aunque su capacidad política para generar legislaciones que reconocen sus prerrogativas es tan sorprendentemente eficaz,⁹ que pareciera localizarlos más cerca de las mayorías *posicionales* (titulares de derechos parlamentarios), y de las mayorías relacionales (como expresión de una moralidad dominante), que del lado de las minorías en sentido posicional y relacional. Si nos hiciéramos la misma pregunta en un marco más acotado, mirando relaciones microsociales, no puede evitarse la pregunta: ¿en qué sentido los médicos representarían la moral minoritaria en las relaciones médico-institución sanitaria, o en las relaciones médico-paciente?

En síntesis, si nos tomáramos en serio la idea de la protección de las minorías, muchos de los casos de OC reconocidos actualmente por la legislación nacional, por leyes provinciales, y hasta por estatutos municipales y reglamentos hospitalarios, estarían lejos de representar una idea valiosa de OC.

II. La otra manera de responder a la pregunta sobre el valor de la OC refleja ciertas premisas de una ética práctica individualista, si se quiere. En efecto, entendemos que hay algo meritorio en el objetor mismo, en aquel que se opone al Estado porque sus principios se lo mandan. Él es un ejemplo de integridad personal, es ese individuo moral cuya libertad de actuar como tal el derecho reivindica y protege a través del instituto de la OC.

Los ejemplos de este individuo ideal abundan en la realidad. Como se demostró más arriba, el caso paradigmático siempre ha sido el pacifista que se resistía a sumarse a la guerra como soldado. En la actualidad tenemos ejemplos no menos encomiables, tal el de los médicos españoles que se vuelven objetores frente a las políticas que le exigen no atender a extranjeros en los hospitales públicos, etc. Es su libertad moral el valor a defender al reconocerle el derecho a objetar.

Esta forma de fundamentar la OC es precisamente la que permite entender, de una manera más consistente, la distinción entre el instituto de la OC, en cuanto protección de una manifestación de la moralidad individual autosatisfactiva, y pasiva, de la desobediencia civil, en cuanto manifestación de objetivos y estrategias colectivas contrasistémicas y activas. El lema detrás de esta distinción sería algo así como: no queremos sacrificar héroes que resisten, en la medida en que no se conviertan en militantes activos de un colectivo antisistema.

Aunque en términos teóricos esta racionalidad parece intachable, en la práctica resulta difícil de asimilar por el sentido común. Desde la mirada sociopolítica, y sobre todo desde la perspectiva feminista, la racionalidad que distingue el hecho individual privado del hecho individual político resulta difícilmente sostenible.

En efecto, después del análisis presentado en la primera parte, no quedan dudas sobre la existencia de una plataforma política activa de la Iglesia Católica, desde la cual se promueve la OC como una verdadera estrategia de acción colectiva contra ciertas leyes. Desde ese plafón, según se vio, el individuo católico, o simplemente el ciudadano, tiene la *obligación* de resistir

9. Ver notas 5 y 6.

el derecho injusto. Siendo así, ¿es lo mismo sentirse obligado moralmente a no practicar un aborto que sentirse obligado a sumarse al propósito colectivo de poner en jaque la legitimidad de la legislación sobre el aborto?; ¿cuán libre es el sujeto obligado por el deber de sumarse a una estrategia política institucional? Un territorio de incertidumbre empieza a abrirse cuando en lugar de objetar una acción que es repelida por nuestra moralidad, nuestra moralidad nos obliga a la acción de objetar en sí. En fin, las fronteras parecen desvanecerse, cuando nuestra moralidad, en lugar a *no hacer*, nos manda a *hacer*.

Para la mirada del feminismo, la ética individualista liberal se asienta en un razonamiento problemático. La máxima de “lo personal es político” es un aparato deconstructivo que el feminismo ha puesto en juego y cuya potencia todavía está en ciernes. Al mostrar la arbitraria línea (patriarcal) que divide lo público de lo privado, el feminismo nos ha alertado para siempre (como no puede ser de otra manera) sobre los peligros de tomar como obvias las líneas divisorias entre el hecho individual privado, y el hecho público o político. Ya no podemos dejar de tomarnos en serio ciertas preguntas que presionan desde el sentido común, tales como: ¿qué significa que uno de los actores más poderosos en la construcción de la OC la proponga como un programa político para vaciar de legitimidad al derecho? ¿Cuán personal es la conciencia moral formada a instancias de la pertenencia a un colectivo, con reglas de cohesión, presión, y subordinación jerárquica?

Si bien la deconstrucción puede ser llevada todavía más lejos, lo que aquí nos importa subrayar ya está acreditado. Se trata del hecho de que la distinción entre la OC y la desobediencia civil es peligrosamente difusa; y que el peligro reside en que tal distinción no es producto del sentido común, sino de una visión oficial (o dominante) sobre lo personal y sobre lo político.

Respecto de si la OC puede fundarse en la protección de la libertad moral, hay un señalamiento más que hacer. Un problema serio de este enfoque es que, al igual que nos ocurre con la idea de minorías, el ideal de proteger al individuo que tiene el coraje de resistir la moralidad impuesta por el Estado no nos alcanza como criterio para resolver los desafíos infinitamente diversos que la práctica nos presenta.¹⁰

La respuesta liberal usual es que estos casos deberían resolverse de acuerdo con el principio de “no daño a terceros”; es decir, que la OC (ya sea como excusa de un infractor –propia–, o como ejercicio de un derecho reconocido legislativamente –impropia–) tiene como límite el daño a terceros. Pero ocurre que la misma idea de “daño a tercero” es una idea que tiene versiones mayoritarias y minoritarias o, si se quiere, versiones que dominan la moralidad comunitaria, y otras que están subordinadas por esa moralidad. Más aún, es claro que hay una versión “oficial” o “estatal” del daño a terceros que bien puede oponerse a la versión “personal” de un individuo que pretende desafiarla. Pensémoslo de esta manera: quien niega atención médica a un judío porque simpatiza con la ideología nazi, lo hace en la convicción de que no está dañando a un

10. En efecto, las sectas que requieren de sacrificios humanos en sus rituales también podrían ser vistas como representantes de una moralidad minoritaria, aunque difícilmente aceptaríamos que quien observa pasivamente esos sacrificios esté protegido por el instituto de la OC. El fanático que deja morir a otro por causas religiosas, difícilmente pueda argüir que tenía derecho a hacerlo, en cuanto individuo de una dignidad encomiable que desde sus convicciones personales se opone al perfeccionismo estatal.

“tercero” propiamente dicho. La mujer que lleva a una niña de pocos meses para que le practiquen una ablación de clítoris siguiendo mandatos culturales, no cree que esté “dañándola”, realmente.

Esta no es sino una de las tantas versiones de la paradoja circular del liberalismo que pretende resolver las preguntas sobre los alcances de las libertades con nuevas preguntas, que para los liberales tienen respuestas obvias.¹¹ Los alcances de la idea de daño, y los alcances de la idea de tercero no son una respuesta, sino más bien una pregunta abierta en cada instancia de conflicto. A esa pregunta la responde el Estado con una concepción de “daño” que clausura el debate y que responde, por supuesto, a la visión moral dominante.

Ahora bien, la paradoja alcanza su dimensión óptima cuando se observa que el reconocimiento de “derechos” habitualmente incuba la sanción oficial de una concepción de daño a tercero. Una que hasta ese momento podía ser objeto de disputa. En efecto, en el ejercicio de un derecho no se puede, *prima facie*, estar causando un daño. De forma tal que al decir que el sujeto “A” tiene derecho a hacer o no hacer “X”, reconozco que, en principio, “X” no es un daño. En todo caso, quien aluda que es un daño deberá probarlo para remover la presunción *prima facie* que genera el derecho. Veamos un ejemplo.

Un médico puede resistirse a practicar una ligadura tubaria, en la profunda convicción de que estaría dañando seriamente a la mujer (u hombre) que aspira a esa práctica como método contraceptivo. Por el contrario, el paciente podría entender que al negarle el procedimiento el médico lo está dañando, en tanto estorba su libertad reproductiva, y toma una decisión médica que implica juzgar la decisión de disponer de su propio cuerpo. Ahora bien, si el Estado estableciera que la mujer tiene derecho a la ligadura, estaría clausurando, *prima facie*, el debate sobre si la ligadura es o no un daño. La percepción del médico se vuelve irrelevante o, en todo caso, le tocará probarla a los fines de desvirtuar la presunción legal. Ahora bien, ¿qué sucede cuando el mismo Estado reconoce el derecho del médico a no llevar a cabo la práctica en nombre de su conciencia?

La perspectiva clásica entiende que si el médico incumple el deber jurídico de practicar la ligadura a la mujer en atención a su convicción moral será un objetor, si, y solo si, ese incumplimiento no le causa un daño a la mujer. La mujer todavía podría percibir la misma actitud del médico como un daño *per se*, por ejemplo, puede percibir que una espera de dos días para recibir el servicio es un daño, que tener que enfrentar a un profesional que manifieste su oposición a su decisión es un daño, que tener que conocer otro profesional al que no había elegido es un daño, etc. Pero estas percepciones del daño que puede tener la mujer dejan de ser relevantes a partir del reconocimiento del derecho a la OC. El Estado ha clausurado *prima facie* ciertas disputas sobre el daño, presumiendo que hay un ámbito de ejercicio de la libertad del médico que no puede considerarse dañina. Claro que todavía la mujer podría probar otras formas de daños que todavía son disputables, aquellas que no caen bajo la órbita de la mera negativa a la práctica del médico, v.gr., que el médico la echó del hospital, o que impidió por la fuerza que viera a otro médico. Sin embargo, las concepciones más sutiles, las más subjetivas del daño, aquellas ligadas al mero ejercicio de la libertad de negarse, han sido desplazadas *prima facie* por la idea de que el médico tiene derecho a negarse a la práctica.

11. Desde el liberalismo clásico se ha insistido en que la distinción entre lo “público” y lo “privado” suele trazarse aludiendo a la frontera obvia de lo que causa o no un “daño a terceros”.

En fin, notamos que el reconocimiento legal de la OC para prácticas específicas (la llamada objeción impropia) no sólo reivindica un derecho de actuar como título-derecho previo, sino que elimina versiones de daño a tercero que podrían reivindicarse desde otras perspectivas. Con ello, se invierte, además, la carga de la prueba sobre quienes aludan un daño a través del ejercicio del derecho del objetor. Esta es una de las consecuencias prácticas más claras del creciente reglamentarismo en materia de OC, o de la sanción creciente de la llamada objeción impropia. Pero sobre todo, es importante mirarla como el producto de una aproximación liberal-secular en la fundamentación de la OC, que es necesario repensar todavía más profundamente. A ello nos abocamos en el siguiente apartado.

5. La teoría liberal-secular de la OC

Ya hemos cuestionado algunos de los principios del pensamiento liberal-secular como fundamentos del valor de la institución de la OC. En este apartado pretendemos profundizar algunos de esos cuestionamientos partiendo del examen crítico de dos premisas centrales del razonamiento jurídico secular: 1) la premisa de la irrelevancia de los *contenidos* de la convicción moral del objetor, y 2) la premisa de la irrelevancia de las *fuentes* de su convicción moral.

1) Sabemos que el pacifista que se niega a enrolarse en el ejército como soldado no es igual al médico nazi que se niega a dar atención profesional a un paciente judío. El primero es el individuo moral que ejerce la prerrogativa de objetor de conciencia, el héroe moral del liberalismo. El segundo es un tipo de infractor legal, moralmente despreciado en nuestro tiempo. La pregunta ineludible es cuál es el criterio que sitúa a uno como objetor y al otro como infractor ¿o acaso ambos son objetores?

Cada uno de ellos tiene una diferente concepción de daño a tercero. La concepción del nazi es rechazada oficialmente por el derecho y por la moralidad dominante. Solemos encontrar inaceptable la concepción de “persona” que postula la perspectiva racista nazi, y por eso, la práctica del nazi es para nosotros “un daño a tercero”. En cambio, la concepción de daño a tercero que enarbola el pacifista no tiene ese estatus. Más aún, aunque se trata de una concepción de daño que no está receptada por el sistema jurídico (el que intenta obligarlo a enrolarse en las fuerzas armadas), es una concepción que la moralidad mayoritaria no descarta del todo. Puede haber sectores con influencias que simpatizan con las ideas pacifistas y pretendan mantenerlas vivas hasta otro momento más oportuno, o para otras circunstancias, e incluso sectores que, pese a no ser mayoritarios y a no conseguir que sus perspectivas sean oficiales, tengan la influencia suficiente para valerse del instituto de la OC como estrategia para viabilizar acciones políticas contra-sistémicas. También pueden ser los mismos que están en desacuerdo con los pacifistas, quienes especulen que es políticamente o prácticamente menos costoso permitirles excusarse que obligarlos a enrolarse. Ello claro, porque lo que piensan los pacifistas no resulta algo tan repugnante para su sentido moral.

Esta explicación que resulta plausible para el sentido común, sin embargo, sería inaceptable para una concepción liberal secular de la OC, y es importante entender por qué. Una premisa clave de la concepción secular es que debe protegerse el derecho a objetar, sin importar el *contenido* de la conciencia, o sin evaluar la moralidad que moviliza al objetor. En efecto, para una

perspectiva seriamente secular, el Estado no puede pronunciarse sobre el mayor o menor valor de una moralidad personal. Lo que distingue a un objetor de un infractor no puede basarse en un examen estatal respecto de lo valioso o no de sus creencias. Explica Prieto Sanchís en esta línea: “Si para el Estado laico que protege la libertad ideológica y religiosa no hay ninguna creencia verdadera, por definición tampoco puede haber ninguna falsa. Insisto: hablo estrictamente de creencias, todavía no de comportamientos prácticos con efectos a los demás” (Prieto Sanchís, 2008: 4).

Lo que Prieto Sanchís y el liberalismo secular en general pasan por alto es, primero, que las creencias no pueden permitirse o prohibirse por sí mismas (es operativamente imposible). Lo que se permite o se prohíbe es la libertad de expresarlas o de manifestarse conforme con ellas. De manera que la mentada distinción entre creencias y consecuencias prácticas es una ficción que encubre la verdadera distinción operativa, que es entre creencias que conducen a un daño, y otras que no. Esa distinción supone, inevitablemente, asumir un criterio moral para valorar esas manifestaciones, y con ello las creencias que la sostienen.

De esta manera, la neutralidad liberal secular es imposible, ya que otra vez es la concepción oficial de “daño a terceros” la que sirve de criterio para distinguir entre una consecuencia práctica relevante (daño) y la mera expresión de una creencia. La supuesta neutralidad estatal siempre pone en juego un criterio moral para distinguir lo que queda en el ámbito privado (las expresiones de creencia) y lo que queda en el ámbito público (el daño). Siempre será la idea oficial de daño a terceros la que sirva de punto de apoyo para valorar los *contenidos* de creencias, y así excluir algunas prácticas (por dañinas), o aceptar a otras (por no dañinas). Las primeras se denominan consecuencias dañinas; las segundas, manifestaciones de creencias personales.

Así, para que se admita la OC es necesario que la creencia que se reivindica (la que incluye una concepción de daño a tercero) no sea radicalmente rechazada por la concepción oficial de daño a tercero. Para llegar a ese punto, el Estado necesita inmiscuirse y evaluar el contenido de la objeción moral del objetor, e incluso, validarlo hasta cierto punto.

Este razonamiento teórico queda al desnudo cuando lo traducimos al razonamiento legal. Como explica Prieto Sanchís,

visto desde la perspectiva del juez, ante la invocación de un motivo de conciencia como fundamento del incumplimiento de un deber jurídico, sólo queda una alternativa: o desestimar dicha invocación por irrelevante, o plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad [por violación al precepto de la libertad de conciencia o alguno similar]. Esto no habría de suponer ninguna excepcionalidad, pues cuando se aprecia que una objeción está justificada es que con mucha probabilidad lo que no está justificado es el deber jurídico correspondiente; si admitimos, por ejemplo, que está justificado portar el velo islámico o rehusar el saludo a la bandera, es que no consideramos justificada (constitucional) la prohibición de velo o la obligación de saludo (2008: 5).

En fin, la admisión jurídica de la OC (ya sea a través de una declaración de inconstitucionalidad, o de una ley, en el caso de la objeción impropia) parece implicar el reconocimiento oficial de que el contenido moral de la creencia es, al menos, aceptable por el sistema. Si esto es así, podemos empezar a hablar del carácter *sistémico* del funcionamiento de la OC. Ella no se

presenta como un evento desestabilizador, sino reformador del sistema jurídico. La aceptación de la objeción a una ley no supone una mera excepción, sino su deslegitimación (al menos en cierto grado). Ello explica por qué el instituto aparece como una estrategia tan atractiva para avanzar posiciones políticas dentro del sistema jurídico.

Un ejemplo liminar en nuestra jurisprudencia demuestra con claridad lo que llamamos el *funcionamiento sistémico* de la OC. Me refiero al afamado caso del servicio militar obligatorio. Fueron varios los jóvenes testigos de Jehová que se habían negado a realizar el servicio militar durante los gobiernos militares, aludiendo convicciones religiosas. Sus peticiones fueron rechazadas, incluso por la Corte Suprema, y los jóvenes resultaron sancionados por su incumplimiento. Recién en época de democracia la Corte Suprema revisó esa jurisprudencia y le reconoció a un joven católico, en el caso “Portillo” de 1989, el derecho a no cumplir con su deber de realizar el servicio militar, tomando como base su derecho a la libertad religiosa, y sustituyéndolo por un servicio civil. Algunos años después, en 1994, la Ley 24.429 estableció el Servicio Militar Voluntario, y asimiló de manera legislativa el reclamo de Portillo. La misma ley previó también, expresamente, que en caso de convocatoria extraordinaria, los ciudadanos pudieran objetar el servicio militar y prestar en cambio el Servicio Social Sustitutorio.¹²

El caso muestra el carácter sistémico (aceptado por la moralidad estatal) del que goza la moralidad reivindicada por el objetor. A tal punto que deviene en una moralidad asimilable como moralidad oficial, a través de su reconocimiento legal posterior y la sustitución del régimen objetado.¹³ Similar itinerario puede notarse en el campo de la OC en materia escolar, en relación con los deberes de rendir homenaje a la bandera y otros símbolos patrios. Después de varios casos en los que los tribunales reconocieran el derecho de menores y de docentes testigos de Jehová a incumplir con esos homenajes, una resolución del Ministerio de Educación y Justicia (Res. 1818/84) admitió la OC sólo por razones religiosas en relación con la veneración o portación de símbolos patrios. Esta es una precisa asimilación reglamentaria de la fenomenología de casos que se venían dando.

El juez Rodolfo E. Capón Frías, ya sin ningún fingimiento, reconoce el examen del *contenido* ético de la convicción invocada por el objetor, en su voto en minoría respecto de una importante sentencia en la que define a la OC:

[s]i bien refiere a temas bélicos, sistemáticamente cabe extenderla a supuestos laborales vinculados a problemas éticos, en los que el trabajador puede negar su débito hasta que se solucione el conflicto moral. Cabe visualizarla también como deber en cuanto su ejercicio contribuye a la Justicia social y a la paz consecuente. Mientras madure el tiempo para concebirlo como normativo, por el momento vale considerarlo como ético, derivado del ‘nemolaedere’

12. Esto último es razonable, en la medida en que se pretenda ver a la OC como una excepción, y no como un privilegio o ventaja desigual a favor de algunos.

13. Ningún ejemplo del funcionamiento sistémico de la OC es más contundente, que el artículo 36 de la Constitución Nacional (CN), que prevé un caso muy específico de desobediencia, el de la resistencia a quienes interrumpen el orden institucional o el sistema democrático. No hay posibilidades de que los gobiernos *de facto* hubieran reconocido al resistente un derecho a desobedecer. Sin embargo, para un sistema jurídico que comulga con los valores del resistente, este sin duda estuvo ejerciendo su derecho al desobedecer a un gobierno *de facto*, y lo estará en el futuro, si un gobierno *de facto* desplaza el orden institucional. Más que un objetor, el resistente del artículo 36 de la CN es un defensor del *statu quo* democrático.

(Armella Miguel Angel c/A.A. Aerolíneas Argentinas S.A. s/Juicio Sumarísimo. 26/10/2000, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI)

En fin, la admisibilidad de la OC exige una revisión del *contenido* de la creencia moral. El carácter sistémico del funcionamiento de aquella tiende a desdeñar la pretensión de la neutralidad del Estado en relación con el contenido de las creencias del objetor. No parece que la teoría secular de la OC sea la mejor representación de la forma en que el instituto se desarrolla en la práctica.

2) La otra premisa fundante de la convicción laica detrás de la OC es la de la irrelevancia de las *fuentes*. Para el liberalismo secularista, el Estado no sólo no juzga el contenido moral de la creencia, sino que también se abstiene de juzgar su origen o fuente. “En el marco de un Estado laico (laico en relación con las confesiones religiosas, pero también con las ideologías seculares) resulta indiferente que la objeción venga promovida por la Conferencia episcopal o por un Consejo rabínico o por las asociaciones feministas o pacifistas; indiferente, claro está, para la esfera de la razón pública en que pretende moverse el Derecho” (Prieto Sanchís, 2008: 4)

Esta es otra forma de sostener que la OC es, ante todo, un principio neutral. Un principio cuya lealtad, como señala Ronald Dworkin, no es a personas o a resultados anhelados sino a normas abstractas que no respetan ni dejan de respetar a personas particulares y son indiferentes a los resultados (Dworkin, 1984).¹⁴

Este pilar liberal muestra aún más grietas de las señaladas, cuando se observan dos tendencias muy claras del desarrollo de la OC en nuestro derecho. Una de ellas, se advierte en la jurisprudencia (la OC propiamente dicha), y otra en la legislación y reglamentación (la OC impropia).

Del análisis de la jurisprudencia argentina en materia de OC que realiza Navarro Floria (2006) surge una preeminencia casi absoluta de casos fundados en la libertad religiosa. En todos los casos, salvo uno de los múltiples citados y analizados por el autor, la fuente de la convicción del objetor es un mandato religioso. En fin, el desobediente es aquel que desobedece lo que su culto lo obliga a desobedecer.

En efecto, en materia de servicio militar, los casos judicializados no fueron de meros pacifistas, sino de testigos de Jehová, primero, y luego católicos, aludiendo al Quinto Mandamiento. En materia educativa, todos son casos de representantes de distintas religiones planteando su negativa a honrar símbolos patrios. En materia laboral, también se trata de religiosos invocando su objeción a trabajar en días prescriptos como festivos o de descanso por sus dogmas religiosos. En materia política, se citan casos de evangélicos negándose a ser incluidos en los padrones electorales, o funcionarios públicos judíos negándose a jurar en nombre de los “santos evangelios”, o graduados universitarios evangélicos negándose a jurar por Dios. En materia de tratamientos médicos, son también los testigos de Jehová quienes protagonizan las líneas jurisprudenciales en relación con la negativa de recibir cierto tipo de tratamientos, en particular, donaciones de sangre. Incluso se presentan interesantes casos de pretendidos objetores del régimen matrimonial en cuanto este prohíbe renunciar al derecho a pedir el divorcio vincular, lo cual ofende sus creencias religiosas.¹⁵

14. Para una magistral crítica a la idea de neutralidad de los principios, en la que no profundizaremos aquí, ver Fish (1999).

15. Los jueces siempre han rechazado estos pedidos, pero hay un caso particularmente famoso de la Corte Suprema, “Sisto, Verónica y Franzini, Martín s/ información sumaria” (17/06/1998), el cual fue rechazado por

De manera que una tendencia tan marcada en la jurisprudencia parece evidenciar que, contrariamente a la pretensión secular, la fuente de la convicción del objetor parece tener particular relevancia para su reconocimiento judicial. Si se objeta por razones religiosas, los precedentes abundan.

Si bien es cierto que la Corte ha reafirmado el principio secular al señalar en “Portillo” que la OC podía fundarse también en “en convicciones profundas no religiosas”, esto es, en convicciones morales o éticas, las evidencias de la jurisprudencia demuestran la insignificante operatividad de la objeción no religiosa. Floria identificó un solo caso sobre objeción que tiene una fuente no religiosa. Se trata del caso “Armella”, citado más arriba. Aquí los jueces reconocieron el derecho de un empleado de Aerolíneas Argentinas a negarse a atender a Antonio Bussi, un personaje público al que el objetor califica de conocido genocida identificado con el régimen de facto.

El objetor del caso Armella alude a razones “éticas” o de “principio” para no cumplir con su deber laboral de prestarle servicios. Como ya vimos arriba, si bien es cierto que aquí la *fuentes* religiosa no ha tenido peso, lo cierto es que el *contenido* moral de la convicción del objetor ha sido decisivo. En palabras de Capón Frías (2010), “en tal marco, la conducta del actor, lejos de ser un in/cumplimiento, ha sido ejemplar porque si a todos los personeros de la dictadura se los tratara del mismo modo, la sanción societal compensaría en parte los ‘beneficios’ obtenidos por las Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final. Esto no es discriminación, como dice el demandado, sino simplemente justicia ya que en la balanza de la conciencia los horrores de la dictadura son compensados por un trato duro, en este caso negarse a despachar el pasaje de uno de los más importantes personajes de la dictadura” (cons. 2).. El juez continúa recordando que

durante la dictadura militar argentina, un maletero de un hotel parisino se negó a llevar las valijas de Eduardo Massera. Ante ello, fue despedido. El tribunal consideró injusto el despido y ordenó reincorporar al trabajador despedido, con el argumento de que en un país libre como Francia los dictadores no deben ser atendidos. Dada la globalización, este fallo es un digno precedente para confirmar la sentencia recurrida (cons. 7).

En fin, aunque Armella es la aguja en el pajar que parece confirmar la regla secular de la irrelevancia de las fuentes, es también un ejemplo liminar sobre la manera en que los jueces evalúan los contenidos morales de la objeción para reconocerla.

siete votos a favor y uno en contra. El voto en contra, del juez Antonio Boggiano, señala que “En una sociedad democrática, el derecho a contraer un matrimonio indisoluble debe ser reconocido civilmente, atendiendo a las justas exigencias de la conciencia personal de los contrayentes” y que “afecta las convicciones religiosas de los actores -aun cuando se limite a los efectos civiles del matrimonio- ya que es doctrina de la Iglesia Católica a la que pertenecen que la indisolubilidad y la unidad son propiedades esenciales de todo matrimonio, que en el cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento (art. 1056 del Código de Derecho Canónico)”, y finaliza en que “la convivencia pacífica y tolerante impone el respeto de los valores implicados en el caso por los objetores de conciencia aun en la hipótesis de que la sociedad no los asumiera mayoritariamente, ya que de lo contrario, bajo el pretexto de la tutela de un pretendido orden público, podría violentarse la conciencia de ciertas personas que sufrirían una arbitraria discriminación por parte de la mayoría, en perjuicio del saludable pluralismo que debe existir en un estado democrático” (Fallos: 316: 479, cit., disidencia de los jueces Boggiano y Cavagna Martínez).

La otra tendencia sintomática en materia de fuentes se da en el campo de la OC impropia. Si bien antes habíamos advertido varios casos de OC reconocida judicialmente que deviene en OC impropia (reconocida legalmente), puede observarse una tendencia inversa en materia de salud, y especialmente de salud reproductiva. En efecto, en el campo de la salud reproductiva nos enfrentamos a un amplísimo reconocimiento de la objeción impropia de los profesionales de la salud, que no siempre tiene que ver con la existencia de sentencias judiciales previas.

El caso llamativo es el de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva, que reconoce el extraño caso de la “OC institucional” (la que pueden ejercer las instituciones de salud privadas) y que, por reglamento de la ley, agrega la OC personal para cualquier profesional, frente a los deberes que exige la aplicación de este programa. Puede verse que la misma ley da un contenido específico a los derechos reproductivos, y antes de que existan casos judiciales, reconoce ampliamente la OC impropia, a nivel personal e institucional.

La jurisprudencia en materia de ANP -si se quiere, la antesala judicial de los protocolos de atención de ANP a nivel nacional y local (ver nota 6)- tiene rasgos significativamente propios. En un exhaustivo análisis de la jurisprudencia en casos de abortos anencefálicos, Toselli (2002) destaca que en una gran cantidad de casos se confirma la fórmula de reconocer la OC del caso TS (en el que no se habla de aborto sino de adelantamiento de parto). La fórmula jurisprudencial de estos casos sobre anencefalia consiste en reconocer el derecho del médico a rehusarse a la práctica invocando razones de conciencia, pero con la aclaración de que subsiste la obligación del hospital de “efectuar los reemplazos o situaciones que correspondan”. Sin embargo, Toselli también señala que en varios otros casos de anencefalia la fórmula de OC no aparece.

Lo interesante de la línea jurisprudencial que reconoce la OC, es que utiliza una fórmula general para garantizar el derecho a la OC. Existe en esa generalidad casi una pretensión regulativa, asimilable al reconocimiento legal. En efecto, la orden de la Corte no está dirigida a un particular que aludió o argumentó sobre su particular situación, sino en general a quien pudiera hacerlo. Ello evidencia un giro central en la formulación del instituto de la OC propia.

En efecto, en el caso “Portillo”, la Corte había acuñado una fórmula diferente para la OC propia, que reafirmaba lo que se venía reiterando en toda la jurisprudencia general en materia de OC. Esta fórmula imponía que “quien la invoca [a la OC] debe acreditar sinceridad y seriedad en sus creencias, verbigracia, la pertinencia al culto que se dice profesar”. La idea de la carga de la prueba acerca de cuán seria y sincera es la creencia del objetor supone el reconocer la legitimidad *prima facie* del deber jurídico que se objeta y el carácter excepcional de la excusa. Cuando a ella se suma, como ocurrió en Portillo (entre otros), la obligación de cumplir “servicios sustitutos”, no sólo se refuerza la legitimidad *prima facie* de la obligación legal, sino que además se desplaza la idea de un “privilegio” para el objetor. En efecto, el servicio sustitutivo tiende a restablecer el tratamiento igualitario de los ciudadanos en la aplicación de las reglas, el que se ha visto vulnerado con la excusa al objetor.

Pues bien, la jurisprudencia de anencefalia inaugura una nueva tendencia jurisprudencial en materia de OC, que establece la fórmula llana de que “debe reconocerse el derecho a la OC al médico para X práctica”. De manera que ciertas prácticas empiezan a funcionar como hechos que hacen presumir la seriedad de la objeción. Más aún, se presentan como prácticas *prima facie* ilegítimas a sola petición.

Esta misma fórmula puede notarse en todos los casos de objeción impropia. El reconocimiento legal de la OC para “ciertas prácticas” presume la seriedad y la sinceridad del objetor por su mera enunciación en relación con esas prácticas. El caso paradigmático es el de los registros de médicos objetores. En la provincia de Santa Fe, por ejemplo, se ha reglamentado un registro en el que los médicos sencillamente se inscriben, y así quedan librados de su deber jurídico para realizar ciertas prácticas. No es necesario que aleguen, expliquen, o expongan de qué se trata su posición moral, cuán seria es ni en qué medida es pertinente en relación con el deber jurídico. Basta con poner su nombre en una lista.

En definitiva, el reglamentarismo en materia de OC ha equiparado una institución excepcional, que pretendía ser una excusa para el incumplimiento de un deber jurídico, con un privilegio de clase, que se obtiene a mero requerimiento. Esto evidencia no sólo la potencia política de los objetores para conquistar privilegios jurídicos a nivel local e institucional, sino en particular un fuerte debilitamiento en la normatividad del deber que se objeta, a más de consecuencias prácticas inequitativas en relación con quienes las leyes sí se le aplican y tienen, por tanto, más obligaciones que los otros.

6. Conclusión

Las dos secciones de este trabajo se articulan en su objetivo compartido de proponer una lectura crítica sobre el uso de la OC frente a los DDSSRR. Más allá de la importancia e inevitabilidad del instituto en las democracias contemporáneas, incluso en la regulación de la sexualidad y la reproducción, es importante desesencializar la OC. Como toda construcción legal, responde a un tiempo y a una determinada relación de fuerzas, razón por la cual es importante develar sus nuevos contextos de producción política. Son estos contextos los que dan las claves para pensar la construcción jurídica del instituto. Las teorías de la OC que menosprecien estas claves no sólo están dando una explicación incompleta, sino que además proporcionan una justificación que no encuentra correlatos válidos en la realidad. En este sentido, el artículo consideró, parcialmente, el entramado político en el cual se inscriben los debates sobre la OC en las democracias contemporáneas prestando atención al uso del mismo como estrategia por parte del activismo católico conservador. Desde la Iglesia se convoca a las personas que tienen alguna intervención en la accesibilidad a los DDSSRR a ejercer la OC como forma de resistir las demandas que responden a una “mentalidad anticonceptiva”.

El uso estratégico del activismo católico conservador camufla bajo el rótulo de OC una política mucho más cercana a lo que la mayoría de los estudios consideran como desobediencia civil.¹⁶ Luego de reconocer que las fronteras entre la OC y la desobediencia civil no son claras ni categóricas, es importante considerar que ambas figuras tienen diferencias que también impactan en las formas en que son reconocidas por el derecho. Es importante, de algún modo, reflexionar sobre esta política del *camouflage* que se enuncia desde la jerarquía católica y se vuelve dimensión

16. Son muchos los estudios que analizan las fronteras entre OC y desobediencia civil (Peces-Barba Martínez, 1988). En conexión con la salud sexual y reproductiva en Argentina, ver Alegre (2009).

constitutiva de los debates sobre la sexualidad y la reproducción en los países de Latinoamérica. Mientras la objeción se caracteriza por ser personal y ética, la construcción propuesta por la Iglesia católica es colectiva, de corte político y estratégico; mientras que la objeción busca defender un derecho individual, la Iglesia busca visibilizar, confrontar y, eventualmente, reformar un orden legal que se considera injusto. La OC suele ir acompañada de tareas y actividades extra (por ejemplo, en el tema de la excepción del servicio militar) que compensan el ser dispensado de la obligación legal; la construcción de la Iglesia, en cambio, al no reconocer la legitimidad del deber jurídico también sostiene que no se debe recargar al objetor. Así, y sintomáticamente, mientras el derecho a la OC por tradición reconocido judicialmente como un derecho de excepción del individuo frente a la norma, en materia de DDSSRR, la OC aparece incorporada como parte de la norma (objeción impropia) y desprovista de la exigencia de probar sus dimensiones de excepcionalidad.

Afirmar que más que objeción es desobediencia civil no implica desconocer el derecho que la Iglesia católica, al igual que otras instituciones religiosas, tiene de llamar a sus creyentes a desobedecer ciertos mandatos legales porque los considera injustos. Después de todo, la desobediencia civil es un mecanismo relevante para el cambio legal y social y ha sido utilizada en diversas oportunidades con un carácter fuertemente progresista. La Iglesia, como otros actores públicos, tiene derecho a convocar a la desobediencia o, incluso, a usar la OC para vaciar de legitimidad al derecho. El problema reside en que la construcción acrítica de la OC en el contexto de las leyes favorables a los DDSSRR abre a la política troyana del activismo católico conservador. Cual caballo de Troya, la política de resistencia y vaciamiento de los DDSSRR entra segura y articulada por la puerta abierta de las leyes que admiten concepciones amplias de la OC. De manera paradójica, con el rótulo de OC se terminan legitimando una serie de acciones políticas que tienen como propósito debilitar la fuerza normativa del derecho. Lo que en teoría es un acto ilícito, una desobediencia al derecho con riesgo de sanciones, se cubre con el manto de un derecho legalmente reconocido (a la OC) que invisibiliza el juego político y de poder que inaugura.¹⁷

Las condiciones de posibilidad de esta política florecen al amparo de una teoría ingenua de la OC que la asume acríticamente como instituto que protege minorías. De algún modo, su habilitación general a través de las leyes y sin mayores requisitos significa el éxito de la estrategia del activismo católico conservador. En efecto, cuando la OC deja de ser la excepción a la regla para transformarse en una regla general en sí misma, se habilita desde el Estado el potencial vaciamiento de su propia legitimidad. Como dijimos al principio, la OC no es sólo una construcción del derecho sino, fundamentalmente, una producción política. Sólo una comprensión desacralizada del instituto permitirá, sin desconocer los valores que busca proteger, visualizar la dimensión en que ella se presenta como una de las estrategias más poderosas de aquellos sectores que defienden una concepción única y excluyente de familia y sexualidad.

17. Según Peces Barba Martínez, la desobediencia civil “no es un derecho, sino una situación de hecho que afecta al derecho” (1988: 167).

Bibliografía

- Alegre, Marcelo: “Opresión de Conciencia: El problema de la OC en la esfera de la Salud Sexual y Reproductiva”, en *SELA* (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Yale Law School, 2009.
- Casanova, José: *Public Religions in the Modern World*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.
- Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina: “La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la reacción del sector salud frente al ‘problema’ del aborto legal)” en *T-388/2009: Objeción de conciencia y aborto una perspectiva global sobre la experiencia colombiana*, O’Neil Institute de la Georgetown University & Women’s Link Worldwide (2014)
- Connolly, William E.: *Why I am not a secularist*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999.
- Dworkin, Roland: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Fish, Stanley: *The trouble with principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- Jakobsen, Janet y Pellegrini, Ann: *Love the Sin. Sexual regulation and the limits of Religious Tolerance*, Nueva York, New York University Press, 2003.
- Habermas, Jürgen: “Secularism’s Crisis of Faith: Notes on Post-Secular Society”, en *New perspectives quarterly*, Vol. 25, 2008, pp. 17-29.
- Navarro Floria, Juan: “Objeción de Conciencia en Argentina”, en Isidro Martín Sánchez y Juan Navarro Floria (coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Madrid, FUE, 2006, pp. 314-326. Disponible en <http://www.calir.org.ar/docs/OBJECIONDECONCIENCIA.pdf> (consultada en junio de 2013).
- Nungent, Guillermo: “De la sociedad doméstica a la sociedad civil: Una narración de la situación de los derechos sexuales y reproductivos en el Perú”, en *Diálogos Sur-Sur sobre religión, derechos y salud sexual y reproductiva: los casos de Argentina, Colombia, Chile y Perú*, Santiago de Chile, UAHC /PROGÉNERO, 2004, pp. 105-124.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio: “Desobediencia civil y OC”, en *Anuario de Derechos Humanos* 1988-89, N° 5, Madrid, Universidad Complutense, 2004, pp. 159-176.
- Prieto Sanchís, Luis: “Las objeciones de conciencia”, en *Actas de los Seminarios OC y Desobediencia Civil*, Madrid: FUNCIVA News, Reflexiones y Debates, 2008 pp. 2-9. Disponible en http://www.funciva.org/publicaciones/objecion_y_desobediencia_civil.pdf
- Sánchez, Isidro Martín y Navarro Floria, Juan (coords.): *La libertad de religión en España y Argentina*, Madrid, Fundación Universitaria Argentina, 2006.
- Scott, Joan: *The politics of Veil*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

Toselli, Juan Carlos: “Antecedentes Jurisprudenciales en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires en torno a los caos de Anencefalía”, en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 2002.

Vaggione, Juan Marco: “Reactive Politicization and Religious Dissidence. The Political Mutations of the Religious”, en *Social Theory and Practice*, Vol. 31, N° 2, 2005, pp. 233-255.

—“Sexual Rights and Religion: Same-sex Marriage and Lawmakers’ Catholic Identity in Argentina”, en *University of Miami Law Review*, Vol. 65, N° 3, 2011.

Fuentes

Academia Pontificia para la Vida (2007) “Declaración Final de la XIII Asamblea General”. Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pontifical_academy_doc_20070315_xiii-gen-assembly-final_sp.html (consultada 1° de febrero de 2013).

Capón Frías, Cámara Nacional del Trabajo, sala II. “Godoy, Ariel Leandro Damian c/ Estado Nacional P.E.N. Ministerio de Defensa Ejército Argentino s/ juicio sumarísimo” 08/06/2011. SD 99303 – Expte. 32.366/2010.

Congregación para la Doctrina de la Fe (2004) “Carta a los obispos de la Iglesia Católica sobre la colaboración del hombre y la mujer en la Iglesia y en el mundo”. Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20040731_collaboration_sp.html (consultada 1° de febrero de 2013).

Congregación para la Doctrina de la Fe (2003) “Consideraciones acerca de los Proyectos de Reconocimiento Legal de las uniones entre personas homosexuales”. Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html. (consultada 1 de febrero de 2013).

Congregación para la Doctrina de la Fe (1987) “Instrucción *Donum vitae*, respeto vida humana y procreación”. Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (consultada 1 de febrero de 2013).

Congregación para la Doctrina de la Fe (1974) “Declaración sobre el aborto provocado”. Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_sp.html (consultada 1 de febrero de 2013).

Papa Benedicto XVI (2007) “Discurso del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes del Congreso Internacional de Farmacéuticos Católicos”. Disponible en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2007/october/documents/hf_ben-xvi_spe_20071029_catholic-pharmacists_sp.html (consultada 1 de febrero de 2013).

Papa Juan Pablo II (1995) “Carta Encíclica *Evangelium Vitae*. Valor e inviolabilidad de la vida humana”. Disponible en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_sp.html (consultada 1 de febrero de 2013)

- Papa Juan Pablo II (2001) “Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a los participantes del Congreso Internacional de Obstetras y ginecólogos católicos”. Disponible en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2001/documents/hf_jp-ii_spe_20010618_obstetricians-gynaecologists_sp.html (consultada 1 de febrero de 2013).
- Papa Pablo VI (1965a) “Declaración sobre la libertad religiosa – Dignitatis Humanae”. Disponible en http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_sp.html (consultada 1 de febrero de 2013).
- Papa Pablo VI (1965b, diciembre), Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual – *Gaudium et spes*. Disponible en http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html (consultada 1 de febrero de 2013).
- Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios (1995), “Carta de los Agentes Sanitarios”. Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/hlthwork/documents/rc_pc_hlthwork_doc_19950101_charter_sp.html (consultada 1 de febrero de 2013).
- Portillo, Alfredo - Corte Suprema de Justicia de la Nación (1989, 18 de abril) (JA 1989-II-657).

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: ALGUNAS PRECISIONES Y DISCUSIONES

*Romina Faerman** y *Tamara Tenenbaum***

1. Definición

La objeción de conciencia es un derecho a sustraerse al cumplimiento de una norma jurídica que se dirige a uno mismo (o al tercero al que uno pretende defender), en virtud de razones “de conciencia”, es decir, morales, éticas o religiosas. Del contenido mismo de este derecho podemos extraer algunas conclusiones sobre el sentido de la norma, que nos darán, a la vez, indicaciones sobre cómo interpretarla en la práctica y aplicarla a casos concretos.

En primer lugar, lo que se objeta es una norma que da una orden a un grupo de personas (que puede ser toda la ciudadanía): “objetar”, en este caso, no implica ni intentar modificar ni criticar en términos objetivos o intersubjetivos, no implica dar un debate sobre la validez o la legitimidad de la norma en cuestión, sino solamente pedir que se exceptúe a una persona o a un grupo particular de personas de cumplirla. Esto significa que, por una parte, si no queda claro cuál es la norma objetada, no estamos ante un caso de objeción ni siquiera en principio; y por otra parte, si la intención es modificar u obstruir una política pública, tampoco estamos ante un caso de objeción sino de algún otro tipo de disenso (desobediencia civil, resistencia).

En segundo lugar, lo que se pretende proteger son las convicciones éticas, morales y religiosas. El espíritu detrás de la idea de un derecho a la objeción es que este tipo de creencias son muy caras a la constitución de una persona, que no son “cualquier tipo” de creencias, sino que

* Romina Faerman trabaja en la Asesoría General Tutelar del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Es abogada y máster en Derecho de la Universidad de Palermo.

** Tamara Tenenbaum es egresada de Filosofía en la Universidad de Buenos Aires, Es ayudante docente en el Ciclo Básico Común de la Universidad de Buenos Aires.

El presente trabajo se realizó en el marco del proyecto UBACyT “Teoría y práctica del principio de autonomía del artículo 19 de la Constitución Nacional”, Proyecto de Investigación Científica, de Innovación Tecnológica e Interdisciplinarios, Programación Científica 2011-2014, Secretaría de Ciencia y Técnica, Universidad de Buenos Aires, Director: Marcelo Alegre. Agradecemos a los integrantes del proyecto por los debates que sirvieron para nutrir muchas de las consideraciones aquí efectuadas, en particular a Marcelo Alegre, Eduardo Rivera López, Paola Bergallo, Carla Maenza, Jonathan Brodsky y Lautaro Furfaro. También queremos agradecer especialmente a Paola Bergallo y a Agustina Ramón Michel, no sólo por la invitación para participar de este libro, sino también por los debates que generaron y por los aportes realizados, que sin duda contribuyeron al desarrollo de este trabajo.

cumplen un rol particularmente importante en su personalidad, y que obligar a un ciudadano a actuar en contra de ellas es por eso un sacrificio y no un costo razonable para demandar. En estos casos, lo que está puesto en riesgo por la norma externa –en caso de tener que cumplirla– es la identidad moral de esa persona a la que se le imponen cargas como ciudadana y como parte de un grupo que implican traspasar el límite de su aceptabilidad moral, de tal modo que esto afecta su integridad moral. Llevar adelante esta conducta podría suponer para cada persona desconocerse moralmente a sí misma.

Esto implica que cuando lo que esté en juego no sean creencias éticas, morales o religiosas sino de otro tipo (por ejemplo, prudenciales), no se está ante un caso de objeción.

2. Las bases ético-políticas de la objeción

La idea de un derecho a la objeción de conciencia ha interesado profundamente a los filósofos del derecho, particularmente a quienes se identifican en algún sentido con la tradición liberal, y por buenas razones: se trata, ni más ni menos, que de un derecho a sustraerse de la legalidad democrática que parece, a la vez, sustentado en los ideales liberales que se encuentran a la base de nuestras democracias modernas.

En un Estado liberal democrático se encuentran definidos –aun si con numerosos problemas y terrenos grises– un dominio de lo público y un dominio de lo privado. Lo público no estaría definido –como algunas reflexiones de J. S. Mill y particularmente las críticas feministas en la segunda mitad del siglo XX dejaron claro– como aquello que sucede detrás de puertas cerradas o en el ámbito de la familia, sino como aquello que implica un daño a un tercero, sin importar si se trata de un cónyuge o de un hijo. Las cuestiones sobre las cuales se legisla en un Estado como el que describimos pertenecen al dominio de lo público.

No obstante estas distinciones, es fácil suponer que en una sociedad moderna, caracterizada, como como apuntó John Rawls, por la persistencia del pluralismo razonable –es decir, la coexistencia de diversas doctrinas sobre la buena vida que, si bien convergen en algunos puntos políticos centrales, pueden diferir en alto grado– las cargas impuestas por las normas democráticas legítimas no se distribuyan igualmente. La diversidad de conciencia, ética, moral y/o religiosa, es particularmente problemática en este sentido, dado que parece (y este es un supuesto muy fuerte en casi cualquier debate sobre la objeción) que las creencias éticas, morales y religiosas no son meras preferencias, sino que hacen a la misma personalidad de quien las sostiene, y que tener que actuar en contra de ellas es particularmente grave. Por otra parte, aun si la legislación se limitara al ámbito de lo público (situación que todavía dista de ser la actual en casi cualquier parte y particularmente en nuestro país), quedan incluso numerosos desacuerdos, tanto sobre cuáles son exactamente los límites de lo público y lo privado como sobre el propio contenido de las leyes: algunos de estos desacuerdos serán “razonables”, en tanto no ataquen el espíritu y el núcleo de derechos básicos de nuestras democracias, y deben ser por eso, en algún sentido, respetados.

Para evitar, en lo posible, entonces, que las cargas de cumplir con la ley se vuelvan intolerables para los ciudadanos que desacuerden, un Estado liberal incluye en su legislación principios

y medidas que obedecen al llamado “principio de acomodación”. Este principio consiste en la idea de adaptar las normas y características de las instituciones de manera que ajustarse a ellas no sea excesivamente costoso para algunos grupos en virtud de su sexo, género, ética-moral-religión (en el caso que nos ocupa), capacidades u otros rasgos por los cuales no creemos que las personas deban ser penalizadas. Un ejemplo es la norma, en nuestro país en forma de decreto, que reglamenta un calendario de feriados judíos y musulmanes que tanto empleadores públicos como privados deben otorgar a aquellos empleados suyos que profesen dichas religiones.

La dificultad fundamental en el tratamiento de la objeción de conciencia es el balance entre este principio de acomodación, fundamentado, como dijimos, en valores que hacen a la esencia de la democracia liberal (la libertad de conciencia y de culto, la tolerancia y el reconocimiento de las diferentes doctrinas razonables, el compromiso con la autonomía como el derecho de los ciudadanos a perseguir distintos planes de vida) y los fines de la ley a la que se pretende objetar, que, en algunos casos, involucran la protección de los derechos de un tercero.

Sobre estos fundamentos en general se han dado los debates sobre la objeción de conciencia, sus características esenciales, ámbito de aplicación y los límites que le corresponden en un Estado liberal. Examinamos estos puntos en el apartado que sigue.

3. Características de la figura de la objeción de conciencia

El caso clásico con el que históricamente se ha analizado el derecho a la objeción de conciencia es el del reclutado por su país para el servicio militar obligatorio que argumenta, por razones éticas, morales o religiosas (razones “de conciencia”), que matar o ser entrenado para matar ofende intensamente convicciones indisociables de su propia personalidad moral. Es importante tener en cuenta que la mayoría de las discusiones filosóficas, políticas y legales sobre el tema de la objeción de conciencia fueron pensadas como intentos de respuesta a este caso particular, y que entonces muchas de las herramientas conceptuales y argumentos que esgrimen se hayan teñido por las características específicas de esta cuestión.

Uno de los primeros problemas que suelen encarar los teóricos de la objeción de conciencia es el de los rasgos específicos que la distinguen de otras formas de resistencia o de incumplimiento de la ley: paradigmáticamente, de la desobediencia civil. Pasar revista a este contraste es efectivamente muy útil para iluminar las características centrales de la objeción: tanto las que la hacen “atractiva” desde el punto de vista de los derechos humanos, como las que circunscriben su ámbito de aplicación.

Joseph Raz, John Rawls y Ronald Dworkin¹ coinciden, con matices y diferencias, en señalar como el rasgo distintivo y definitorio el carácter privado de la objeción de conciencia, en contraposición con la característica de publicidad propia de la desobediencia civil. La publicidad/privacidad se entiende de varias maneras, a las que vale la pena pasar revista.

1. Dworkin no establece explícitamente la distinción entre objeción y desobediencia, y en muchas ocasiones mezcla los conceptos. No obstante, coincide con Raz y Rawls en una cuestión central: que lo que hay que probar para afirmar que la objeción de conciencia es efectivamente una protección necesaria y válida de los individuos en un Estado liberal democrático es que no hace daño a terceros.

Una primera cuestión es la del sentido u objetivo de la práctica: la desobediencia civil es un acto público porque se dirige a cuestionar y/o modificar (mediante acciones de protesta y/o boicot) una política pública. La objeción de conciencia, en contraste, no pretende un cambio político social de envergadura, no constituye una iniciativa colectiva, sino solamente un pedido de excepción individual basado en las características específicas del sujeto que la solicita (sus convicciones éticas, morales y religiosas más íntimas).² La desobediencia es un mecanismo político útil para manifestar oposición y generar así una diferencia; la objeción, no. Su objetivo es, parafraseando a Raz, la protección del individuo frente a la autoridad estatal, que podría de otro modo imponerle cargas demasiado pesadas dada su conciencia moral particular.

Un segundo tema, que será clave en la definición del legítimo campo de aplicación del derecho a la objeción, es el del daño a terceros. Como ya mencionamos, un sentido importante de “acción privada” en una democracia es aquella acción que no afecta los intereses (y particularmente, los derechos) de terceros no involucrados voluntariamente en la actividad en cuestión. La protección de todas las acciones que caigan bajo esta definición es muy importante en una democracia que se toma seriamente la defensa de la autonomía. La idea de un derecho a la objeción de conciencia se funda en esta concepción de democracia liberal protectora de la autonomía, de modo que sólo puede pensarse mientras no comprometa derechos de terceros. La desobediencia civil, sin llegar al extremo de la figura de la “resistencia” (en la que no profundizaremos en este trabajo), se le acerca un poco más: no puede comprometer derechos de terceros pero sí en alguna medida sus intereses: una protesta legítima, por ejemplo, puede afectar los derechos de los transeúntes. La objeción, en cambio, parece requerir un nivel prácticamente nulo de perjuicio para terceros no involucrados. Una demora o complicación en el acceso a un derecho por parte de un tercero, por ejemplo, es inadmisibles como consecuencia de la institución de una objeción de conciencia.

Estos conceptos y distinciones son suficientes para comenzar una reflexión sobre el alcance y los límites de esta figura, particularmente para la aplicación que nos preocupa, la de los profesionales de la salud en relación con procedimientos de salud sexual y reproductiva. En el próximo apartado examinamos algunos debates vinculados a este caso particular.

4. Las particularidades del caso de los profesionales de la salud en la Argentina

En muchos casos, profesionales de la salud en nuestro país presentan oposiciones a la realización de prácticas o tratamientos vinculados con los derechos sexuales y reproductivos a las

2. Rawls dice que la objeción de conciencia, aún manteniendo su carácter de acto privado, puede tener motivos políticos. Esto es razonable, dado que el pacifismo que anima a los objetores al servicio militar es, en un sentido, importante una posición tanto moral como política. No obstante, el resto de los teóricos de la objeción a los que hemos estudiado parecen pensar que la objeción de conciencia protege, centralmente, la conciencia “individual” de las personas, sus convicciones íntimas, y que las diferencias políticas deben ser dirimidas en otro terreno, sea el de la desobediencia civil o el del debate democrático “normal”. Raz insiste particularmente en que la objeción tiene por objeto proteger el derecho de las personas a no actuar en contra de su conciencia moral, no a sustraerse del cumplimiento de la ley por motivaciones de otro tipo.

que pretenden justificar bajo la protección del derecho a la objeción de conciencia, cuando en realidad no están amparados en este derecho. Algunos ejemplos que se mencionan a continuación muestran este uso extensivo de dicho recurso.

Por un lado, existen oposiciones a normas que no son susceptibles de ser cuestionadas a través de la objeción de conciencia. Al respecto, Ronald Dworkin (1993) sostiene que sólo las leyes “dudosas” permiten este tipo de contemplaciones.³ De acuerdo con el autor, una ley es dudosa cuando es posible que los funcionarios y jueces creen que es válida, que los objetores estén en desacuerdo, y que ambas partes cuenten con argumentos plausibles para defender sus posiciones (Dworkin, 1993).

En este sentido, no sólo deben existir razones para sostener que la norma es válida sino que además quien objeta la regla debe presentar argumentos plausibles para afirmar lo contrario. Es decir, puede haber casos de afectación a la conciencia que no configuren objeción de conciencia, porque para ello se requiere además que la norma sea cuestionable en los términos expuestos.

Esta exigencia tiene como consecuencia hacer susceptibles de objeción de conciencia ciertas normas vinculadas a los derechos sexuales y reproductivos, pero no todas. Por ello, se debería evaluar cada norma en particular a los fines de determinar si en cada caso existen argumentos plausibles que permitan sostener que la ley es dudosa y, luego de ello, determinar la procedencia de la objeción de conciencia. Ello muestra que, en muchos casos, la apelación a este derecho es inapropiada.

Otro supuesto de extensión de este derecho se presenta en casos en que se lo alega pero en realidad se están violando derechos de terceros, lo que implica un error de aplicación ya que, como hemos mencionado, la objeción de conciencia, por definición, sólo es tal cuando no se afectan derechos.

No se trata de un conflicto entre los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la objeción de conciencia, porque tal contraposición de derechos no es posible. A modo de ejemplo, no hay un conflicto entre la autonomía personal y el derecho a la integridad física cuando alguien golpea a otra persona, aun cuando argumente que dicha acción es fundamental para su plan de vida. Desde que se daña la integridad física de otro, el acto deja de estar amparado por la autonomía personal, porque el límite a este principio está, justamente, dado por la afectación de derechos de terceros.

A modo de ejemplo, un caso extremo puede graficar este punto. Si un/a médico/a en un caso de urgencia para la vida o la salud de la mujer es la única persona que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para realizar un aborto no punible, no tiene derecho a objetar por razones de conciencia la realización de la práctica si como consecuencia de ello no se puede llevar adelante y de este modo se vulnera el derecho de la mujer. Esto no significa que la objeción de conciencia ceda frente a los derechos sexuales y reproductivos, o incluso la vida o la salud de mujer en ese caso, sino que este médico/a, en dicha circunstancia, no tiene derecho a objetar por razones de conciencia, porque su negativa a realizar la práctica médica viola derechos.

Tanto la autonomía personal como la objeción de conciencia son principios oponibles al Estado con el fin de que no intervenga en mi plan de vida o me obligue a actuar en contra de

3. Es necesario mencionar al respecto que el autor refiere tanto a la objeción de conciencia como a la desobediencia civil, conceptos diferentes pero que pueden resultar difíciles de distinguir en los casos concretos.

mis convicciones morales. La protección misma de estos principios contiene una limitación: son permisos que únicamente proceden cuando no se daña a terceros o se afectan sus derechos. Frente a ello, no es posible que se presente entonces una colisión de derechos.

Además de destacar algunos supuestos como los mencionados, no amparados en el derecho a la objeción de conciencia, corresponde advertir también que en estos casos se presentan ciertas particularidades que merecen ser atendidas.

En un estudio específico sobre esta temática, Marcelo Alegre (2009) considera que existen elementos importantes en la evaluación de la aceptabilidad y los límites a la objeción de conciencia en el campo de los derechos sexuales y reproductivos. En este sentido, destaca como particularidades de estos supuestos que en estos casos, la conducta de los objetores suele estar fundada en razones que impugnan moralmente ciertas políticas públicas, por ejemplo, aquellas que denuncian la inconstitucionalidad del Código Penal en los casos en que permite el aborto (art. 86). Otra característica relevante según el autor es que la objeción en estos casos está motivada por el deseo de desbaratar políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva, es decir que no se busca especialmente una mera excepción individual frente a la obligación jurídica.

Además, destaca que en estas acciones se afectan intereses fundamentales de terceros, ya sea entorpeciendo o imposibilitando el acceso a ciertas prácticas o información relevante para ejercer derechos, afectación que se ve agravada por recaer mayoritariamente sobre un grupo doblemente desaventajado: las mujeres en situación de pobreza. De este modo, se fortalece una doble fuente de desigualdad estructural, en contextos en que los derechos sexuales y reproductivos se encuentran lejos de estar garantizados. A ello se suma que las objeciones se basan en una ética profundamente desigualitaria que pretende imponer a las mujeres estereotipos de conducta y negar, al mismo tiempo, además, el control de la vida sexual y reproductiva.

Por otra parte, también de acuerdo con Alegre, las prestaciones de salud están a cargo de profesionales que cuentan con un rol privilegiado en la sociedad. Afirma al respecto que “[n]o es irrazonable imponer como parte de sus obligaciones profesionales la exclusión de la objeción de conciencia en el ejercicio de la profesión, cuando por vía de la objeción se ponen en riesgo valores como la vida y la salud de terceros, o el disfrute de importantes derechos constitucionales y/o legales” (Alegre, 2009: 18). A su vez, estos profesionales tienen más limitada su autonomía en razón de que tienen el deber de cuidado de sus pacientes y actúan en un ámbito tan particular como es la salud.

Advierte también acerca de la excesiva influencia religiosa en la vida civil, y destaca que en la mayoría de los casos, los objetores de conciencia expresan a través de su objeción sus valores religiosos, siendo que “[e]s una línea muy delgada la que separa el derecho a sostener las propias convicciones religiosas de la imposición de valores religiosos a otra persona. Y esa línea, coincidentemente, es tan delgada como la que separa al Estado y la religión. El riesgo, por ejemplo, es que los profesionales de la salud que profesan el culto católico actúen como soldados de la fe” (Alegre, 2009: 9). Agrega que en “sociedades como la argentina, en que la vida civil continúa fuertemente condicionada por las imposiciones de la religión católica, esto provee una razón adicional para ser muy cautelosos en la permisión de prácticas que, en los hechos, contribuyen a la hegemonía cultural de una visión religiosa” (Alegre, 2009: 20).

Afirma el autor que en la Argentina la objeción de conciencia se presenta en un contexto de falta de accesibilidad a las prestaciones de salud vinculadas con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y destaca que el ingreso a los trabajos por parte de los profesiones es voluntario, ambas cuestiones de suma relevancia para el análisis que se pretende realizar aquí.

Cavallo y Ramón Michel (2014) advierten también, al respecto, que la objeción de conciencia se presenta en contextos en que interactúan factores como la ausencia del Estado en promover de manera efectiva una visión de respeto a los derechos de las mujeres; y la existencia de miedos, prejuicios y resistencias profesionales frente a estas prácticas médicas, entre otras cuestiones.⁴

Teniendo en cuenta estas consideraciones, para determinar la procedencia de la objeción de conciencia es importante analizar el alcance de la obligación legal en los casos en que un/a médico/a decide voluntariamente trabajar en un Estado que, tal como es de público conocimiento, se encuentra obligado a garantizar los derechos sexuales y reproductivos a través de las prácticas médicas que el trabajador objeta. La persona, en este caso, no sólo elige ser médica/o –además de seleccionar la especialidad en ginecología y/u obstetricia–, sino que además se presenta para trabajar en el Estado, sabiendo que como responsable del diseño e implementación de políticas públicas destinadas a garantizar derechos debe realizar abortos legales u otras prácticas objetadas. Sus decisiones permiten afirmar que no se trata de casos idénticos a los que se presentan en el esquema tradicional de la objeción de conciencia, en los que la obligación legal que se pretende desoír no está mediada por actos voluntarios como estos. Quien elige voluntariamente brindar recursos en nombre del Estado ¿puede después sostener válidamente que el Estado lo está “obligando” a hacer algo que va en contra de su conciencia? Si una persona decide ser defensor/a público/a ¿puede luego, por razones de conciencia, afirmar válidamente que no defenderá violadores, o personas que cometieron delitos de lesa humanidad? Frente a este planteo, lo más razonable es que la persona no elija esta opción sino que se dedique a la abogacía en forma privada, para poder así seleccionar los casos que quiere defender. La elección es voluntaria y es claro su deber de actuar en los casos que se le presenten, por lo que parece poco razonable que la persona sostenga que el Estado lo está “obligando” a cumplir con un deber contrario a lo que dicta su conciencia.

La situación recién descrita parece diferir en gran medida de otros casos en que se obliga a las personas a realizar actos en contra de la conciencia. Cuando el Estado incluye a la persona obligatoriamente en el servicio militar y la obliga a portar armas, obviamente avanza sobre su persona, lo cual puede afectar su conciencia.

Para que exista obligación, la persona no tiene que tener permitido no hacer lo que se le impone. Quien es llamado para realizar el servicio militar no puede elegir no hacerlo sin ser sancionado por ello y en esto consiste justamente la obligación legal. El/la médico/a puede elegir no formar parte del Estado que debe brindar prácticas médicas que van en contra de su conciencia, sin sanción ni reproche alguno.

Los casos de objeción de conciencia en derechos sexuales y reproductivos también pueden distinguirse de los supuestos en los que las personas se acercan voluntariamente al Estado para acceder prestaciones garantizadas por las políticas públicas, como por ejemplo las vinculadas

4. Para reflexionar sobre este punto, ver Cavallo y Ramón Michel (2013)

con el derecho a la salud. La persona en este caso podría oponerse a la realización de ciertas prácticas médicas por razones de conciencia sin que el hecho de haberse acercado de manera voluntaria afecte este derecho. Ello, en razón de que el caso parece diferente.

Cuando se recurre voluntariamente al Estado para obtener un recurso como las prestaciones vinculadas con la salud, la persona podría negarse a recibir ciertas prácticas que afecten la conciencia, dado que sería un costo demasiado alto exigirle que, para que sea garantizado su derecho, deba por ejemplo, recibir transfusiones de sangre si no lo desea. El ejercicio del derecho no puede estar condicionado de este modo, y, nuevamente, si la persona elige no recibir la transfusión, no viola el derecho de nadie. Estos casos, incluso, no parecen tratarse de supuestos de estricta objeción de conciencia, en razón de que la persona que se niega a recibir una transfusión de sangre no se desliga de obligación legal alguna. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Albarracini” (2012), resolvió esta cuestión, entendiendo que la actuación de quien se niega a recibir transfusiones de sangre se encuentra amparada por el principio de autonomía personal, sin hacer referencia a la objeción de conciencia. La CSJN, por mayoría, entiende que el principio de autonomía personal resulta aplicable al caso dado que

se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada (CSJN, 2012).⁵

El caso de las/os médicas/os parece diferente: ni el Estado las/os obligó a ser parte de él –el ingreso es voluntario– ni están solicitando un servicio del Estado que no podría estar condicionado, ni podría implicar una vulneración a la autonomía personal del paciente. Por el contrario, ellas/os mismos deciden brindar un servicio público, y esta decisión, nuevamente, es voluntaria.

Si bien hay costos que estos profesionales deben pagar al negarse a llevar adelante ciertas prácticas, como por ejemplo la limitación del campo de actuación profesional, o menos opciones laborales, lo cierto es que fuera de ello, ninguno de sus actos puede ser calificado como “sacrificio”. En este sentido, no es posible afirmar que se les impone un sacrificio al obligar a actuar en contra de la conciencia a las personas que pueden perfectamente no realizar acto alguno sin ser sancionado ni cuestionado por ello.

Frente a estas distinciones, corresponde preguntarse qué implicancias podría tener el hecho de que la obligación que se pretende desoír es diferente a la que se presenta en los casos tradicionales de objeción de conciencia. Dado que la obligación es, de alguna manera, más leve, y teniendo en cuenta que el Estado tiene la obligación de prestar las prácticas médicas necesarias para garantizar los derechos sexuales y reproductivos, es posible entonces efectuar ciertos requisitos de procedencia de la objeción de conciencia diferentes para estos casos.

5. Este tribunal refiere como precedente el caso “Bahamondez”, particularmente el voto en disidencia de los Dres. Augusto Belluscio y Enrique Petracchi, en el que se menciona también la afectación a la autonomía personal (CSJN, 1994).

5. La accesibilidad como requisito para la procedencia de la objeción de conciencia

El Estado se encuentra obligado a garantizar los derechos sexuales y reproductivos tanto por la normativa constitucional como por las leyes nacionales y locales. A modo de ejemplo, la Ley 25.673, mediante la cual se crea el “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”, establece expresamente el deber de garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable (art. 2, inc. f).

En lo que se refiere al aborto no punible para supuestos de violación, la CSJN se manifestó en el caso “F., A.L.” (2012) sobresobre la obligación del Estado de garantizar la accesibilidad de la práctica médica. Al respecto, afirma que

cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico–burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999) (CSJN, 2012).

Agregó este Tribunal que “a partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/ 2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4)” (CSJN, 2012).

En países donde las prácticas médicas no son accesibles, y en los que el Estado está obligado a prestar los servicios necesarios e incumple con dichas obligaciones, cabe preguntarse sobre el alcance de la objeción de conciencia en estos supuestos. En este sentido, el derecho a ser objetor de conciencia podría estar subordinado al hecho de que efectivamente se garantice la práctica de manera accesible.

Afirma Alegre al respecto que

La objeción de conciencia en el ámbito de la salud sexual y reproductiva en la Argentina se produce en un contexto de ausencia de garantías de acceso igualitario y sin trabas a estas prestaciones por parte de todos los habitantes. El Estado no cumple con sus obligaciones de proveer educación y métodos de anticoncepción en forma gratuita en todo el territorio del país a quienes carecen de recursos suficientes. Tampoco hace respetar la letra del Código

Penal en cuanto permite los abortos en casos de peligro para la vida o salud de la embarazada, violación, o embarazo de mujeres con discapacidad mental. En estas condiciones, expandir el alcance de la objeción de conciencia no es un modo de proteger derechos, sino de amenazarlos, y de perpetuar la desigualdad de las mujeres empobrecidas, que son la mayoría de las víctimas por la falta de provisión de estos servicios. La excepción no puede preceder a la regla (Alegre, 2009: 18).

Agrega a su vez que el “análisis del derecho a la objeción de conciencia sería radicalmente defectuoso si prescindiera de considerar el marco en el que se desarrolla esta práctica. Cuando el marco es la negación sistemática de derechos, a grupos estructuralmente discriminados como las mujeres y las personas empobrecidas, es posible que la libertad de unos sea la dominación de otros” (Alegre, 2009: 19).

En el caso “F., A. L.” ya mencionado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación relaciona de algún modo la accesibilidad y la procedencia de la objeción de conciencia. Al respecto afirma que se deben dictar protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles a efectos de remover las barreras administrativas o fácticas que dificultan el acceso a los servicios médicos, que deberán, entre otras cuestiones, disponer de “un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de *conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio*” (CSJN, 2012, el destacado nos pertenece). Como señalábamos, la objeción de conciencia entonces debería estar condicionada al hecho de que se garantice la práctica médica sin derivaciones o demoras.

Frente a ello, corresponde preguntarse sobre cómo implementar la procedencia de la objeción de conciencia en estos supuestos. Una opción al respecto puede consistir en establecer que ningún médico podría ser objetor de conciencia en estos casos. Sin embargo, si es posible que otros profesionales garanticen la práctica, ¿tiene sentido negar la posibilidad de que algunos trabajen sólo bajo esas condiciones? Dado que para garantizar las prácticas médicas bastaría con un cupo de no objetores que las realicen, parecería razonable que el Estado permita esta objeción siempre que cuente con los recursos necesarios para atender todos los casos que se presenten.

En este sentido, es posible ofrecer “acomodamiento” a quienes objetan por razones de conciencia, siempre que ello no obstaculice de ningún modo las prácticas médicas. Este criterio fue utilizado por la Corte Suprema en el caso “Portillo” (1989), en el que un ciudadano convocado al servicio militar obligatorio se negaba a portar armas. Allí afirma la Corte que

deberá evaluarse el interés que posea el Estado a los fines de la defensa prevista en el art. 21, con el propósito de sopesar la eventual interferencia que en el logro de aquél pueda producir la falta de dicho servicio armado. En tal sentido, también deberá hacerse mérito de la posibilidad de que los propósitos de defensa puedan ser satisfechos de una manera que evite el señalado conflicto de la conciencia religiosa del peticionario, atento a la disposición de éste para cumplir servicios sustitutivos de los armados [...] Igualmente, en la ya citada Convención Europea se ha previsto que los objetores de conciencia puedan cumplir servicios alternativos --que por lo menos deben prolongarse por igual lapso que el servicio normal-- en tareas de asistencia social u otros trabajos de importancia nacional, contemplando inclusive las necesidades de los países en vías de desarrollo (resolution 337, ap. C, arts. 1° y 3°) (CSJN, 1989).

El Estado puede tomar ciertas medidas para fomentar la contratación de no objetores o disminuir los casos de uso extensivo de este instituto a través de acciones tales como visualizar la práctica del aborto no punible; brindar capacitaciones; legitimar y premiar a los profesionales de la salud que las realizan, entre otras. Además de ello, mientras que la accesibilidad no esté garantizada, el Estado no debería contratar a los objetores de conciencia que pretendan cumplir funciones vinculadas al área específica de los derechos sexuales y reproductivos, y que al mismo tiempo se nieguen a realizar ciertas prácticas que el Estado debe garantizar, sobre todo teniendo en cuenta que existe una deuda especial en este tema, y un incumplimiento sistemático que agrava la situación.

Téngase presente que la objeción de conciencia está limitada a la relación que existe entre quien la alega y el Estado, pero no es oponible a la persona que quiere ejercer su derecho. Frente a estos casos, es el Estado quien debe encargarse de brindar los recursos necesarios para que la práctica médica. Es por ello que resulta difícil sostener que el Estado actúa de manera arbitraria si no contrata objetores de conciencia, porque tiene buenas razones para hacerlo, vinculadas al hecho de que debe garantizar de manera permanente el acceso a las prácticas médicas.

Razones de índole presupuestaria justificarían sin duda la negativa a contratar objetores de conciencia mientras no se cuente con los recursos profesionales necesarios para garantizar las prácticas médicas vinculadas con los derechos sexuales y reproductivos. El Estado debe destinar hasta el máximo de recursos disponibles para garantizar progresivamente los derechos sociales –como el acceso a servicios para hacer efectivo el derecho a la salud– y para ello no sólo debe destinar partidas presupuestarias sino que lo debe hacer de un modo apropiado. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia afirma que “la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible” (CSJN, 2012).

Así, lejos de constituir un caso de discriminación laboral la no contratación de objetores de conciencia mientras no se encuentra garantizada de manera permanente la accesibilidad de las prácticas vinculadas a los derechos sexuales y reproductivos, constituye un acto justificado en virtud de principios de razonabilidad y en cumplimiento con los estándares de derechos sociales internacionales según la propia interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En consecuencia, la contratación de objetores, y su acomodamiento para que no realicen las prácticas que afectan su conciencia, podría estar supeditados a la existencia de recursos profesionales suficientes para realizar las prácticas médicas necesarias destinadas a garantizar los derechos sexuales y reproductivos.

6. Las consecuencias del fallo “F., A. L.” sobre posibles regulaciones de la objeción de conciencia en materia de derechos sexuales y reproductivos

Las implicancias del fallo “F., A. L.” –en el cual la Corte Suprema de Justicia precisa el alcance de los abortos no punibles por el art. 86– han sido extensamente comentadas en tiempos recientes. No obstante, no se han analizado de manera suficiente sus consecuencias para la cuestión de la objeción de conciencia, recurso por el cual los profesionales de la salud pueden

rehusarse a realizar ciertos procedimientos que ofenden o van en contra de sus convicciones morales o religiosas: en el caso que nos ocupa, abortos (aunque el problema se extiende también a procesos de anticoncepción quirúrgica, ligaduras de trompas fundamentalmente). Este problema está lejos de ser un detalle o un asunto de debate académico: en la práctica, la forma en que se instrumente la objeción de conciencia termina decidiendo el acceso al servicio. Es por eso que es urgente examinar cuáles son los cambios que el fallo instaura a este respecto.

Antes que nada, vale la pena recalcar que en el texto, la Corte se refiere repetidas veces al aborto en casos de violación no sólo como no punible sino como un derecho: esta declaración es clave para entender toda la argumentación posterior. Lo que está en juego es, entonces, la necesidad innegociable de garantizar el acceso sin obstáculos al ejercicio de un derecho. Dada esta necesidad, se hace preciso regular la objeción de conciencia del personal de salud en un sistema lo más eficiente posible en cuanto a satisfacción de demandas.

Es en el considerando 29, cuando recomienda a los poderes nacionales y provinciales la implementación de protocolos hospitalarios, donde la Corte afirma que “se deberá” disponer de un sistema de regulación de la objeción. Lo interesante es que, dados los requerimientos que pone la Corte, no puede tratarse de un sistema de cualesquiera características. El fallo pone los siguientes requisitos:

1) Que el ejercicio de la objeción no implique “derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio”. 2) “Que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual” (CSJN, 2012). Dados estos lineamientos quedan excluidos varios esquemas posibles, algunos de los cuales se venían implementando, con mayor o menor grado de formalidad, en distintas jurisdicciones de nuestro país.

“El sistema que principalmente se debe descartar” es aquel que admite la conocida como “objeción institucional”; es decir, la posibilidad de que un hospital entero, como una decisión institucional, tomada por las autoridades correspondientes, se niegue a practicar abortos (como sucedía, por ejemplo, en el hospital Clemente Álvarez, uno de los establecimientos más importantes de la ciudad de Rosario). Lógicamente, la práctica de la objeción institucional implica la necesidad de derivar a las víctimas de violación que se acerquen al establecimiento en cuestión con intención de ejercer su derecho a abortar, derivación explícitamente prohibida por el fallo. Todo hospital debe, entonces, realizar abortos no punibles, allende las objeciones de conciencia declaradas por algunos de sus miembros individuales.

El fallo es incluso más exigente a este respecto dado que, en el requisito que listamos como segundo, desliza que el acceso al aborto no punible debe estar garantizado “en forma permanente”. Esto implica que no solamente no pueden ser todos objetores o todos menos unos poquísimos: los hospitales deben garantizar una cantidad suficiente de médicos dispuestos a practicar abortos como para poder brindar el servicio sin dilaciones en cualquier momento. Si bien, obviamente, no puede deducirse de esta formulación el número o porcentaje exacto de profesionales no objetores necesario (que variará de acuerdo con el tamaño del establecimiento en cuestión, su zona de cobertura y otros factores), sí queda claro que no es aceptable la situación en la cual,

de forma individual, todos o casi todos los miembros del servicio de ginecología de un hospital declaran objetores; esta situación se ha dado en varias provincias de nuestro país una vez que abrieron listados públicos de objetores (Chubut, por ejemplo). Ante semejantes circunstancias, es evidente que deben tomarse acciones para garantizar la posibilidad de las víctimas de violencia sexual de ejercer sus derechos en tiempo y forma.

7. Conclusiones

En el presente trabajo pretendimos realizar un análisis, si bien no exhaustivo, suficientemente detallado y profundo del concepto de objeción de conciencia, las particularidades que requiere su aplicación a los profesionales del sistema de salud y el recorrido de la figura en la Argentina. Para terminar, nos interesa resaltar algunas conclusiones que creemos relevantes para pensar los marcos legales y las políticas públicas necesarias para una administración respetuosa de todos los derechos involucrados de la objeción de conciencia.

El propio concepto de la objeción de conciencia delimita su campo de aplicación en términos normativos: se trata de una figura creada solamente para proteger las creencias morales, éticas y religiosas de los ciudadanos, bajo el supuesto (obviamente cuestionable en cierto nivel, pero que no discutimos aquí) de que estas creencias son de una centralidad especial en el plan de vida de una persona y por eso deben ser protegidas. Cualquier otro uso de la objeción de conciencia (para obstruir una política pública o para imponer a otros una doctrina comprensiva utilizando los recursos del Estado) cae fuera del ámbito correcto de aplicación. La “objeción institucional”, que se aplica a entidades que no tienen una conciencia (sino que están compuestas por personas, que son las que sí tienen conciencias) es un ejemplo flagrante de este mal uso. Debemos estar abiertos al debate de normativas y políticas que apunten a identificar y evitar estas desviaciones del uso correcto de la objeción.

En esta dirección, entonces, vale la pena resaltar una vez más el que pensamos que es el requisito más importante para la procedencia de la objeción de conciencia: la accesibilidad para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Es prioritario garantizar el acceso efectivo, sin dilaciones ni complicaciones, a estos derechos. Jamás una invocación a la objeción de conciencia puede implicar deficiencias, atrasos o dificultades en el acceso a un derecho. Ese es, efectivamente, un mal uso (el peor) de la figura de la objeción. En relación con este objetivo, se requieren normativas claras e inequívocas y políticas públicas que tomen en cuenta todas las aristas del problema: entre ellas, la garantía de los recursos humanos necesarios para que esté dado el acceso a los derechos sexuales y reproductivos, y la concientización y capacitación de todos los actores involucrados.

Bibliografía

Alegre, Marcelo: “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, en *Derecho y sexualidades en Derecho y sexualidades*, SELA, Librería, 2009.

Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina: “La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la reacción del sector salud frente al “problema” del aborto legal)” en *T-388/2009: Objeción de conciencia y aborto una perspectiva global sobre la experiencia colombiana*, O’Neil Institute de la Georgetown University & Women’s Link Worldwide (2014).

Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta, 1993.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Portillo”, Fallos 312:496, 1989.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Bahamondez”, Fallos 316:479, 1994.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Albarracini”, 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “F., A.L. s/ Medida Autosatisfactiva”, F259 XLVI, 2012.

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA: UN ESTUDIO EXPLORATORIO SOBRE SU REGULACIÓN

*Sonia Ariza Navarrete**

La objeción de conciencia es el instrumento jurídico que permite el incumplimiento de un deber legal cuando este contradice profundas convicciones morales de la persona obligada (Alegre, 2009; Dickens, 2009). En otras palabras, se trata de la exención de responsabilidad frente a la inobservancia de un deber jurídico, previo cumplimiento de las formalidades legales establecidas (Gascón Abellán, 1990: 249).

Tradicionalmente, la objeción de conciencia ha sido presentada y aceptada en relación con el servicio militar obligatorio, o con la realización de ritos –religiosos o civiles– en diferentes situaciones que no representan riesgo para derechos ajenos, como lo es el caso de la negativa al servicio militar obligatorio o a reverenciar símbolos patrios.¹ No obstante, en el último tiempo se ha presentado en escenarios más complejos, como lo es el caso de la salud,² en que las/os

* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y coordinadora del Núcleo de Abogacía Feminista (NAF) de la misma facultad. Integrante de proyectos de investigación sobre embarazo adolescente, implementación del aborto no punible, nuevas tecnologías para el aborto legal (aborto medicamentoso) y objeción de conciencia en las prácticas de salud sexual y reproductiva.

Agradezco a todo el equipo de abogadas feministas del Núcleo de Abogacía Feminista (NAF) y en particular a Agustina Ramón Michel y a Paola Bergallo, por permitirme participar en esta compilación y por sus valiosos comentarios, que me ayudaron tanto en la confección de este artículo. A Cathy Green por la edición de este artículo. Agradezco a Marcelo Alegre y a quienes integran el UBACyT sobre Objeción de Conciencia en la Universidad de Buenos Aires, especialmente a Romina Faerman, Nahuel Maisley, Tamara Tenebaum y Ezequiel Monti, por sus comentarios y la oportunidad para discutir este trabajo. Agradezco a Beatriz Kohen por su atenta lectura de un primer borrador y por sus valiosos comentarios; así como a Mariela Puga y Juan Marco Vaggione, por el intercambio sobre este tema en distintos contextos.

Nota aclaratoria. En el texto se usará la primera persona como forma de reafirmar que las opiniones vertidas y los sesgos en la investigación son responsabilidad exclusivamente mía. Esto no debe leerse bajo ningún concepto como una falta de reconocimiento de que este escrito fue producto del trabajo en equipo y de la interacción con las personas mencionadas y muchas otras con las que fui construyendo estas ideas.

1. Como ejemplos paradigmáticos de estas situaciones en la Argentina, ver el caso “Portillo” (Corte Suprema de la Nación Argentina CSJN, 1989), en el que por primera vez se acepta la objeción de conciencia frente al servicio militar; y el caso Ascencio (CSJN, 1982), en el que se releva a un muchacho de reverenciar la bandera argentina por contrariar los mandatos religiosos que le eran propios. Ver Alegre (2009).

2. Un ejemplo es el caso de Italia, donde desde la década del 90 cerca del 70% de las/os profesionales de la salud especializados en temas relacionados con la salud sexual y reproductiva se han declarado objetores de conciencia; lo que supone una emergencia sanitaria importante, que deja en riesgo el acceso a la salud de las

profesionales buscan eximirse de la realización de ciertas prácticas que les corresponden por especialidad y relación funcional.³ Se ve con particular intensidad la resistencia a prácticas relacionadas con la salud sexual y reproductiva,⁴ así como con las que involucran el fin de la vida.⁵ En el caso de la salud, la diferencia con la objeción de conciencia “tradicional”⁶ se da por el peligro que tal incumplimiento de deberes representa para la salud y los demás derechos de las/os pacientes, especialmente de las mujeres y otros grupos subordinados, como adolescentes, personas LGTBIQ, entre otras.⁷ Es por ello que la validez de la objeción de conciencia en estas circunstancias ha sido ampliamente discutida en la doctrina reciente (Ariza y Ramón Michel, 2015). Aunque no hay un acuerdo o una posición definitiva sobre el tema, lo cierto es que la mayoría de las publicaciones y regulaciones consultadas al respecto parecen aceptar que

mujeres en ese país. Ver Comité para la Eliminación de las Discriminación contra la Mujer: Italia, A/52/38/Rev.1 (Part II, paras. 322-364), 12/08/1997, paras. 353 y 360.

3. Ver Comité de Derechos Humanos (1993).

4. Se trata de prácticas médicas vinculadas, especialmente, con la anticoncepción temporal y permanente, la prevención de ITS, la información sobre aspectos vinculados con el placer sexual, aborto, entre otros. En este sentido, la Iglesia católica ha manifestado, desde sus autoridades máximas tanto en el Vaticano como a nivel nacional, su rechazo no sólo al aborto sino también a prácticas como el uso de anticonceptivos e incluso la masturbación. Se ha exhortado a sus fieles a que se nieguen a intervenir, ya sea prescribiéndolas o tan solo entregando información sobre dichos temas. Lo anterior no sólo se puede ver en el *Evangelium Vitae* de Juan Pablo II en 1995, sino también en las declaraciones de cardenales como Jorge Bergoglio en la Argentina, actual papa Francisco, en contra de las leyes que garantizan la anticoncepción, educación sexual integral, etc. Sobre las declaraciones del actual Papa: Diario *Perfil* (03/13) Diario *La Arena Digital* (4/03/13); Diario *El País* (17/03/13)

5. En relación con el fin de la vida, se ha rechazado principalmente el derecho a una muerte digna o a la eutanasia. Como ejemplo, el caso colombiano, en que a pesar de que la Corte Constitucional (1997 y 2014) ha reafirmado el derecho a la muerte digna, la masiva presentación de objeción de conciencia frente a este deber llevó a que el Ministerio de Salud de la Nación de ese país, en 2015 (Resolución 1216/15), tuviera que reglamentar el acceso para impedir que se afectaran los derechos de pacientes (Rodríguez Torres, 2015); sin embargo, el presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia no dudó en pronunciarse diciendo que, para la Iglesia, la eutanasia seguirá siendo “un crimen”, y exhortó a los médicos para que sigan acudiendo a la objeción de conciencia, así como al gobierno para que revise su política sobre el tema (*La Prensa*, 22/04/15; *Ámbito Jurídico*, 20/07/15). Por otro lado, tenemos casos de hostigamiento a profesionales que garantizan este derecho, por ejemplo, Jack Kevorkian, un patólogo estadounidense que practicó eutanasia en 130 pacientes en la década del 90 y murió años después sin dejar de ser asediado por grupos fundamentalistas religiosos, como ha sido ampliamente de objeción de conciencia aumentado en la prensa de su país de origen (*New York Times*, 03/06/11).

6. Denominación tomada de Marcelo Alegre (2009) para indicar que en sus orígenes la objeción de conciencia no se aplicó a situaciones en las que derechos de personas individualizadas/bles estuvieran en riesgo por el incumplimiento del deber objetado.

7. La CSJN, en su fallo “F., A.L s/ medida autosatisfactiva”, del 13/03/2013, en su considerando 29, hace una referencia expresa a los riesgos que el uso no regulado de la objeción de conciencia puede representar para los derechos y la salud de las mujeres, especialmente en el caso de los abortos no punibles.

En el mismo sentido, el relator especial sobre el derecho a la salud, Anand Grover, en su informe del 3 de agosto de 2011, hace referencia explícita a las consecuencias del uso excesivo de la objeción de conciencia en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, especialmente frente al aborto.

La Corte Constitucional colombiana, en su sentencia T – 388/09, sobre objeción de conciencia frente al aborto no punible, recuerda los perjuicios directos e irreversibles que acarrea su ejercicio en contextos en los que el Estado no garantiza adecuadamente la prestación de los servicios de interrupción legal del embarazo.

el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria (cuando es posible en el marco jurídico local) debe ser regulado para neutralizar, o al menos mitigar, sus efectos adversos.⁸

A partir de la década del setenta, aparecen regulaciones nacionales e internacionales sobre la objeción de conciencia sanitaria que la aceptan de manera explícita para algunos supuestos.⁹ Los sistemas internacionales, actualmente, tienden a reconocerla por derivación de los derechos humanos a la libertad de culto y de conciencia. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha determinado que no existe un derecho humano a la objeción de conciencia como tal (CorteIDH, 1989); no obstante, si su ejercicio es permitido por las normas locales, debe ser garantizado en tanto ello no atente contra los derechos de otras personas.¹⁰ En

8. La objeción de conciencia propia (no regulada expresamente) puede ser eficaz para proteger a las/os objetores de conciencia en supuestos en los que no exista riesgo o peligro de afectación de derechos de terceras personas, como era la regla en los supuestos de objeción de conciencia tradicionales. En el caso de la objeción sanitaria, la objeción de conciencia impropia (regulada por el ordenamiento jurídico) ha sido más utilizada, ya que permite establecer claramente los deberes asociados tanto en el nivel individual (obligaciones de las/os profesionales objetores), como en el nivel institucional (obligaciones del Estado en todos sus niveles, y de las entidades que prestan servicios de salud); de la misma forma, garantiza la existencia de políticas (o al menos de estrategias) de implementación que garanticen el respeto de los derechos de las/os pacientes, como se pasará a mostrar.

9. En el plano internacional, por ejemplo: en 1979, la Declaración de Oslo sobre el aborto terapéutico, de la XXIV Asamblea Médica Mundial (ratificada en 1983) y los Principios Europeos de Ética Médica (aprobados por la Conferencia Internacional de Órdenes Médicas celebrada en París en 1987), se pronuncian sobre la objeción de conciencia reconociendo la posibilidad de su ejercicio de manera limitada a la garantía de los derechos de las/os pacientes.

En 2007, el Tratado de Lisboa, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce la objeción de conciencia, y deja su regulación librada al derecho interno de cada país.

En 2010 se adopta la Resolución 1763 del Consejo de Europa, que reconoce que el uso no regulado de la objeción de conciencia constituye un problema para el acceso a la salud, principalmente por parte de las mujeres.

Algunos ejemplos de permisión de la objeción de conciencia en el plano nacional: Austria, en su Ley 23 de 1974, artículo 3.4; Bosnia, en su Ley de Aborto (*Abortion Act*) de 1977, y fue restringida únicamente a las/os ginecólogas/os en 2008, con reforma de dicha ley; Dinamarca, en su Ley 350 de 1973 sobre aborto, así como en sus reformas de 1986 y 1989, contempla la objeción de conciencia para todo el personal sanitario; Francia, en su ley del 17 de enero de 1975 sobre aborto, la permite a todo el personal sanitario; Gran Bretaña, desde 1967, en su ley de aborto la reconoce con una extensión amplia que se ha mantenido a pesar de las sucesivas reformas de esa norma; desde 1990, la norma de fertilización asistida (*Human Fertilization and Embriology Act*) lo hace igualmente Holanda, desde 1981, en su ley de acceso al aborto, contempla la objeción de conciencia de manera amplia; Luxemburgo, desde 1978, en su *Abortion Act*; Noruega desde la Ley 50 de 1975 (*Abortion Act*) la contempla y desde 2001 su reforma legal incluyó una regulación amplia al respecto; Argentina desde 2003, con la Ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable, la permite frente a la anticoncepción, desde 2006 la ley argentina de anticoncepción quirúrgica la contempla expresamente, y desde 2007 el Protocolo Nacional (llamado previamente “Guía Técnica”) de acceso a servicios de aborto no punible (actualizado en 2010 y 2015) la reconoce de la misma forma; en México, la reforma constitucional de 2011 incorporó la libertad religiosa y de pensamiento, lo cual facilitó el reconocimiento de la objeción de conciencia en materia sanitaria, aunque ya se venía haciendo desde la década del ochenta a nivel estadual.

10. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos Casos 9647 “James Terry Roach y Jay Pinkerton vs Estados Unidos”, informe 3/87 (22/08/1987); Caso 2137 “Testigos de Jehová vs. Argentina”, informe 02/79 (05/03/1979); Caso 9903 “Rafael Ferrer–Mazorra vs. Estados Unidos”, informe 51/01 (04/04/2001); así como el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2000.

ese sentido, la Comisión Interamericana (CIDH) ha sido enfática en afirmar que el establecimiento claro de los límites y deberes derivados de la objeción de conciencia tiene que ser una prioridad para habilitar su ejercicio.¹¹

Aun cuando la objeción de conciencia sanitaria no está reconocida expresamente en la Constitución de la mayoría de países, su fundamento se puede rastrear en los derechos a la libertad de conciencia y de culto, y a la autonomía, que en general sí lo están (Alegre, 2009). De su sustento en este último derecho, a la autonomía, se derivan importantes límites para esta excepción: por un lado, su ejercicio no puede lesionar el interés general o el bien público, y por otro, no puede afectar los derechos y/o bienes de otras personas.¹² En el caso de la objeción de conciencia al servicio militar, estos límites no presentan problema alguno; sin embargo, en la objeción de conciencia en materia sanitaria, la situación es sustancialmente diferente. Principalmente por el enorme potencial afectación a los derechos de terceras personas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011), ya que cuando un/a profesional de la salud se niega a realizar una práctica incluso en abstracto –es decir antes de la solicitud concreta de una persona– está reduciendo inmediatamente la oferta de servicios, lo que impacta de forma diferenciada a distintos grupos de la sociedad, como se dijo, principalmente a las mujeres, las personas jóvenes, las más pobres, entre otras, como se explicará más adelante (punto 1.1).

Adicionalmente, la objeción de conciencia supone un dilema ético para quien la ejerce, no sólo implica el incumplimiento de un deber jurídico (la prestación de un servicio médico), sino que además implica el incumplimiento de algunos deberes éticos de la profesión que han elegido voluntariamente,¹³ como el deber de beneficencia que, hoy se entiende, implica el respeto de la autonomía de las/os pacientes, así como la actuación en el “mejor interés” del paciente, que significa concretamente el respeto de todos sus derechos como paciente y como ciudadana/o.

En el ámbito local, la mayoría de los países que han reconocido la objeción de conciencia sanitaria en algunos supuestos, lo han hecho ya sea a través de regulaciones legislativas o administrativas (la Argentina para el caso de la ligadura tubaria, Ley 26.103; Brasil en el decreto

11. Ver notas 9 y 10.

12. En 2001, en la sentencia del caso “Pichon and Sajous vs France”, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció como límite de la objeción de conciencia, la afectación de derechos de terceras personas. En este caso, un farmacéutico se negó a vender anticonceptivos por considerar que esta actividad atentaba contra sus creencias religiosas. La Corte finalmente falló en contra del farmacéutico afirmando que “la venta de anticonceptivos es legal y se produce por prescripción médica, el demandante no puede imponer sus creencias religiosas como justificación para negar la venta de medicamentos, en este caso anticonceptivos”. Es decir, no puede lesionar el derecho al acceso a la anticoncepción de otras personas. Eur. ct. HR (3ra sección), “Pichon and Sajous vs. France” (Exp. N° 49853/99) decisión (inadmisibilidad) de 2 octubre de 2001.

13. Es por ello que las limitaciones a la objeción no sólo son exigidas por razones jurídicas sino también por motivos morales, puesto que no sería ético preferir un mal mayor para otra persona (como la muerte o el riesgo para la salud) con la que además se tiene un deber especial de cuidado, al cumplimiento de un deber legal propio (por ejemplo, el de los profesionales de salud en el caso del aborto), cualquiera sea su contenido. Al menos es una consideración que debe pesar en la decisión del/a profesional que pretende hacerse objetor/a, ya que en el juicio moral que realiza, también debe incluirse el peso moral de incumplir con sus deberes como profesional y como funcionario/a, así como el peligro que su conducta implica para el ejercicio de los derechos de sus pacientes (Cavallo y Ramón Michel, 2012). Agradezco a Agustina Ramón Michel con quién discutimos este tema en reiteradas oportunidades.

1508/2005 del Ministerio de Salud que regula el acceso al aborto legal), o jurisprudenciales (Colombia sentencia “C- 355/06” y “T -388/09” para el caso del aborto legal). Cada Estado lo ha hecho, con diferente alcance y con diversas estrategias regulatorias, que se dirigen, en la mayoría de los casos, a mitigar los riesgos para terceras personas que pueden derivarse del ejercicio de la objeción de conciencia, tal y como se han comprometido en el marco nacional e internacional de los derechos humanos, en donde la mayoría de las convenciones y tratados obligan a proteger los derechos de pacientes, especialmente cuando estas/os pertenecen a grupos subordinados, como las mujeres, niñas, niños y adolescentes, etc.

El desafío que supone el abordaje de este fenómeno tan complejo ha resultado en diferentes posturas tanto doctrinales como regulatorias que me propongo explorar en este trabajo. A través del relevamiento de las regulaciones disponibles en algunos países, trataré de dibujar un panorama de diferentes alternativas para el abordaje de la objeción de conciencia. La discusión acerca de la entidad jurídica o la justicia de su reconocimiento en el ámbito sanitario no será abordada en este escrito, que sólo pretende ser un mapa de distintas opciones regulatorias.

Metodología

La investigación se desarrolló en dos etapas: la primera consistió en una revisión de fuentes secundarias sobre objeción de conciencia sanitaria frente a prestaciones de salud sexual y reproductiva. Las fuentes se clasificaron en teóricas/conceptuales y regulatorias/jurisprudenciales. Como resultado, se pudieron identificar diferentes posturas sobre objeción de conciencia sanitaria, así como un panorama general de los países que han desarrollado regulación y/o políticas públicas sobre el tema. En esta etapa se decidió limitar la investigación a la objeción de conciencia individual, es decir, aquella en que se reconoce a las personas naturales y no a colectivos o personas jurídicas, no sólo porque este reconocimiento aparece muy marginalmente en la literatura consultada, sino porque me resultó menos interesante, ya que considero que no debería reconocerse, pero esta discusión excede el tema de este escrito.¹⁴

La segunda etapa se desarrolló por medio del relevamiento de normativa internacional y extranjera disponible *on line*. La selección de países y regulaciones se vio restringida por dos criterios: primero, accesibilidad *on line*. La mayoría de las regulaciones tomadas en la muestra son leyes nacionales que estaban disponibles en las páginas web oficiales de los diferentes Estados y órganos internacionales. Aunque se pudo verificar, por fuentes secundarias, que muchas de las regulaciones sobre el tema son administrativas de un nivel jerárquico bajo (como circulares u órdenes intrahospitalarias), en muchos casos, el texto de la norma no está disponible *on line*. En segundo lugar, la accesibilidad por idioma. Sólo se tomaron normas disponibles en español, inglés, francés, portugués e italiano, ya sea como idioma original o porque contaban con traducciones oficiales o realizadas en fuentes secundarias en alguno de los idiomas mencionados. Por lo anterior, no se trata de una revisión sistemática, sino más bien de una selección de modelos

14. Argumentos sobre esta afirmación se pueden ver en Alegre (2009); Corte Constitucional de Colombia (2006, 2009).

normativos que dan cuenta de algunos factores relevantes que deben ser tenidos en cuenta al regular la objeción de conciencia sanitaria reconocida a trabajadores de la salud.

Finalmente se consultó la regulación de 50 países, 11 de los cuales no permiten la objeción de conciencia sanitaria¹⁵; mientras que los 39 restantes la regulan de alguna manera.¹⁶ También se tomó una muestra de *soft law* compuesta por regulaciones de colegios médicos, farmacéuticos, de enfermería; así como algunos pronunciamientos sobre objeción de conciencia de órganos internacionales sobre el tema (ver referencias al final).

En este trabajo usaré las normas consultadas como ejemplo de alternativas de regulación, ya que su objetivo no es ser una descripción detallada, sino proporcionar a la lectora herramientas regulatorias para pensar en una política pública de salud sexual y reproductiva, que pueda incorporar la objeción de conciencia de forma que sirva para garantizar el acceso a los servicios de salud de todas las personas, y especialmente de las mujeres.

Hoja de ruta

En el artículo se presenta, en primer lugar, una descripción de la posición de algunos países en lo relativo a la objeción de conciencia en materia sanitaria. Entre estas, encontré algunos que han negado esta posibilidad, postura que he denominado *inadmisibilidad*; por otro lado, la posición que llamé *admisibilidad protegida*, que la concibe como un derecho fundamental, y se opone a casi todas sus limitaciones. En el medio, hallé una serie de posturas que la aceptan de manera condicionada. Es decir, por diferentes razones entienden que deben aceptar su ejercicio pero lo condicionan (establecen obligaciones asociadas al ejercicio de la objeción de conciencia), como una forma de garantizar, en primer lugar, los derechos de los pacientes; y en segundo lugar, las libertades de los profesionales de la salud

Siguiendo a este último grupo, aceptación condicionada de la objeción de conciencia sanitaria, anotaré algunas *estrategias de regulación sobre objeción de conciencia*, caracterizándolas de acuerdo con los rasgos comunes a la mayoría de las legislaciones, haciendo referencia a los matices que adquieren en diferentes latitudes.

Para terminar, realizaré una breve descripción del mecanismo de implementación de la objeción de conciencia sanitaria del “registro de objetores/as” en algunas de las regulaciones que lo han implementado; y resaltaré las características más destacadas, con sus variaciones de acuerdo con la importancia del contexto en el que fueron aplicadas.

15. Andorra, Bulgaria, Finlandia, Islandia, Letonia, Macedonia, Malta, Montenegro, Noruega, Paraguay, República Checa y Venezuela.

16. Alemania, Andorra, Argentina (se incluyeron cuatro regulaciones subnacionales: Buenos Aires, Santa Fe, San Luis y Mendoza), Australia, Austria, Belice, Bolivia, Bosnia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, Ecuador, España (se incluyeron dos autonomías: Castilla-La Mancha y Valencia), Estonia, Francia, Ghana, Gran Bretaña, Guyana, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Luxemburgo, Madagascar, México (se incluyeron cuatro estados: Querétaro, Jalisco, México y Morelos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Singapur, Sudáfrica y Uruguay).

A modo de cierre, intentaré esbozar algunas conclusiones, relacionadas con la necesidad de realizar un diagnóstico y evaluación local de los servicios de salud sexual y reproductiva, especialmente los relacionados con la práctica de abortos legales, con el fin de desarrollar estrategias de política pública en este sentido, acordes con la realidad local. Lo anterior por cuanto la conclusión más importante de este estudio fue la imposibilidad de desarrollar “fórmulas mágicas” aplicables a cualquier país en relación con la objeción de conciencia en sentido amplio, y en particular con la objeción de conciencia sanitaria.

1. Posiciones frente a la objeción de conciencia sanitaria en el mundo: algunos ejemplos

Como se adelantó, la mayor resistencia de las/os profesionales de la salud al cumplimiento de sus deberes profesionales se da en torno a prácticas de salud sexual y reproductiva, seguidas por prácticas relacionadas con el fin de la vida (eutanasia). Estas resistencias afectan de manera desproporcionada a colectivos subordinados como las mujeres y la población LGBTIQ, así como a aquellas que se encuentran en situación de desprotección de acuerdo con su situación, como las personas jóvenes, las más pobres, las personas con enfermedades terminales o crónicas, etc. De la misma forma, la objeción de conciencia puede suponer un mayor menor riesgo de lesión de derechos de terceras personas de acuerdo con el contexto institucional, social y las características propias de los colectivos en riesgo. Frente a esta situación, la doctrina legal y los Estados (también la filosofía moral) han desarrollado diferentes posturas sobre la legitimidad de permitir la objeción de conciencia en materia sanitaria, así como un gran número de opciones regulatorias para lidiar con este problema.

Me ocuparé, en este capítulo, especialmente de la postura que he llamado de *aceptación condicionada* de la objeción de conciencia, ya que a más de ser la más extendida entre los países consultados para esta investigación, resulta ser la que presenta una mayor riqueza para cumplir con su objetivo principal, que es la descripción normativa. Antes de ello, describiré someramente los principales argumentos que han llevado de defender las otras dos posturas mencionadas en la introducción: la de la *inadmisibilidad* y la *admisibilidad protegida*.

En el cuadro 1 se muestran las tres posturas de forma que se resalta la potencialidad de cada una para proteger derechos y libertades. Ello no quiere decir que cualquier posición específica dentro de cada una de las tres grandes posturas identificadas resulte igualmente protectora o lesiva a derechos e intereses en juego, respectivamente.

Tabla 1. Posturas frente a la objeción de conciencia en el mundo

Posiciones	Inadmisibilidad	Regulación	Admisibilidad protegida
Protección de la libertad de culto	*	✓	✓
Protección a la autonomía personal del profesional	*	✓	✓
Protección a la autonomía del paciente	✓	✓	*
Protección de los demás derechos del paciente	✓	✓	*

✓ Protección fuerte * Protección débil

1.1. Inadmisibilidad

Dentro de esta postura se considera la objeción de conciencia en materia sanitaria inadmisiblemente absolutamente. En primer lugar, por cuanto el derecho a la salud y otros derechos de las/os pacientes tienen un efecto de veto frente a la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia. Es decir, cuando esta no se encuentra en el ámbito exclusivo de autonomía del/a objetor/a, sino que su ejercicio implica el menoscabo de derechos de terceros, dicha objeción deviene imposible; el derecho no puede aceptarla, o no debería hacerlo (Alegre, 2009).

En segundo lugar, se argumenta que el ejercicio de las profesiones de la salud involucra deberes especiales derivados tanto del monopolio del conocimiento como de los privilegios que la sociedad les otorga (May, 1975; Arras, 1988; Rodhes, 2006).¹⁷ Las/os profesionales de la salud además eligieron libremente el ejercicio de esa profesión y especialidad conociendo desde el

17. Para estos autores (con diferentes formulaciones), las/os profesionales de la salud aceptan una serie de beneficios especiales (privilegios, derechos, oportunidades, estatus, confianza, etc.), únicos para este grupo de personas que deciden libremente dedicarse a una especialidad médica. A cambio de esto deben realizar las prácticas que la ley y la ciencia habilitan, en beneficio de sus pacientes. Esta relación se ha descrito como una relación contractual, similar a la adhesión, ya que los términos y condiciones de acceso a los servicios de salud deben ser iguales para todas las personas, y no pueden ser modificados por estar determinados previamente, en este caso por la ley. Autores como Veatch (1981), hablan incluso de una relación contractual tripartita en el ejercicio de las profesiones de la salud. En primer término existiría un contrato o acuerdo “ético profesional” con la comunidad médica. Un segundo acuerdo con la sociedad, que espera que las/os profesionales cumplan con los deberes legales y éticos que han asumido al obtener la matrícula. Y un tercer contrato con cada paciente, en que cobrarían la mayor importancia elementos como el respeto de la autonomía, confianza, etc. Por tanto no es razonable que el/a profesional, una vez aceptados los términos de este “contrato” decida relevarse del cumplimiento de alguna de sus obligaciones.

momento de elegir las prestaciones que implica, o que podría razonablemente implicar,¹⁸ por lo que no es posible pretender eximirse de una prestación que sabían era parte del catálogo de sus obligaciones. En este último caso, por ejemplo, las alternativas de anticoncepción: probablemente un/a profesional especialista en ginecología graduado hace 40 años no imaginaba que podría verse en la obligación de implantar un dispositivo subcutáneo para anticoncepción transitoria de largo plazo, porque no estaba aprobado su uso en ese momento,¹⁹ pero sí sabía que la anticoncepción es una de las tareas que le correspondería en su labor profesional, con lo cual, si el mecanismo cambia, la sustancia de la prestación es la misma y, de acuerdo con esta postura, no habría lugar para invocar la objeción de conciencia. El mismo razonamiento se seguiría en el caso del aborto, si al momento de su graduación como ginecóloga/o este constituía una práctica ilegal.²⁰ Esta/e profesional, como hecho de público conocimiento, sabría que las mujeres mueren (en la Argentina, por ejemplo, es la primera causa de mortalidad materna. DEIS, 2013) por esa causa, y que esas muertes son evitables con la intervención de personal capacitado que lo lleve adelante en condiciones seguras, por lo que es esperable que el gobierno tome medidas que impliquen que las/os profesionales intervengan para evitar dichas muertes, al menos en algunos casos.²¹

En tercer lugar, aparece un argumento fuerte acerca de la legalidad. Tiene que ver, más allá del deber general de respetar las normas vigentes, con la posición de garante²² que asumen las/os profesionales frente a sus pacientes, frente a la sociedad y a su profesión (Veatch, 1981). Por tal razón, no les es dable sustraerse al cumplimiento de deberes derivados de su profesión, ya que pueden afectar los derechos y la salud de sus pacientes.

18. Este conocimiento, por supuesto, deriva de una combinación entre el marco legal vigente en un país (las prestaciones legales y las que no lo son) y el avance de la ciencia (desarrollo de nuevos procedimientos o campos de aplicación médica), que son dinámicos, por tanto, la proyección del alcance de las prestaciones posibles debe ser realizada por quienes ejercen cada especialidad en la medicina. Según el modelo de la “promesa” propuesto por Alexander (2005), este marco (normativo y científico) da contenido a las obligaciones a que se comprometen los profesionales de la salud cuando deciden tomar una especialidad particular.

19. Si bien los implantes subdérmicos fueron inventados en 1967, sólo hasta 1975 se estableció el tipo de hormona que podría resultar adecuada para estos dispositivos; las pruebas médicas para su aprobación en los Estados Unidos se completan en 1983 (Norplant), y recién en 1993 comienza su distribución efectiva (ARHP, 2008).

20. No sería el caso de la Argentina, donde el aborto es legal en tres supuestos (violencia sexual, peligro para la salud y/o para la vida de la mujer) desde hace cerca de 100 años (1921), con lo cual todos los/as profesionales deberían tener claro que es su obligación realizar esa práctica, si eligen alguna de las especialidades relacionadas. Pero sí podría ser el caso de Colombia, donde el aborto era ilegal hasta 2006, en todos los casos.

21. El aumento del riesgo de muerte derivada de las prácticas inseguras de aborto sería sólo una de las razones que llevarían a su legalización. No es objeto de este escrito analizar las demás razones, que son incluso más potentes, sino únicamente señalar una de ellas a manera de ejemplo.

22. Si bien este término hace referencia a una figura de la teoría dogmática penal, se aplica en el caso de las/os médicas/os que tienen el deber especial de protección de la vida, la integridad física y psíquica de sus pacientes, que implica atenerse a los adelantos tanto científicos como a los marcos normativos vigentes que regulen su profesión y especialidad. Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de Colombia, “La Posición de Garante para el médico consiste en el deber de encausar debidamente el peligro hallado en la integridad física o psíquica del paciente para buscar –por todos los medios posibles– su pronta cura o alivio y evitar que ese peligro se convierta en un resultado nefasto” (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Un cuarto argumento se deriva de la relación médico-paciente, que implica un deber especial de respeto por la autonomía y los demás derechos del paciente. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de Canadá (1992), se trata de una “relación fiduciaria”,²³ en la que una de las partes debe poner a disposición de la otra su fuerza y sus conocimientos para realizar todo aquello que resulte en el *mejor interés* de la otra parte; en este caso, es la garantía de los derechos del/a paciente, especialmente de la dignidad, la autonomía y el respeto por la diversidad, entre otros. En este sentido, la ley debe proteger, primordialmente, a la parte más débil de la relación; que es la persona/ que se acerca al/a profesional de la salud para evitar o para tratar una afectación a su salud biopsicosocial. El monopolio del conocimiento técnico que tiene la/el profesional de la salud, y los privilegios que le otorga la sociedad y la ley por el ejercicio de esa tarea deben ser compensados poniéndose al servicio del interés del/a pacientes con lealtad, buena fe y con disposición para resolver los conflictos éticos a favor de la persona contratante (Corte Suprema de Justicia de Canadá, 1992). Por ello, no es posible oponer objeción de conciencia frente a una práctica que es solicitada voluntariamente por un/a paciente.

Un quinto argumento rechaza la objeción de conciencia sanitaria por sus consecuencias discriminatorias, ya que afecta de manera más gravosa a los sectores pobres y a las minorías en situación de vulnerabilidad, en particular a las mujeres (Alegre, 2009). La aceptación de la objeción de conciencia sanitaria implica la aceptación de la discriminación a las mujeres y a otros grupos minoritarios, de formas que sería serían inaceptables respecto de otros sujetos. Fiala (2014) califica a la negativa de realizar una práctica médica como una “desobediencia deshonrosa” y no una objeción de conciencia. Considera que si se presentara frente a personas negras, judías o musulmanas, la objeción de conciencia sería inaceptable, pero como un general afecta a mujeres, personas jóvenes (de 10 a 25 años), personas trans, gays y lesbianas, resulta aceptable y se puede discutir su reconocimiento. Es entonces el reflejo de las estructuras opresivas de nuestras sociedades que se traslada explícitamente al ordenamiento jurídico para perpetuar la subordinación de algunos grupos.

Los efectos de esta discriminación se pueden constatar con mayor intensidad en personas que pertenecen a grupos que tienen factores cruzados de subordinación, como la pobreza. Se ven más afectados, no sólo por estar, generalmente, menos informados acerca de sus derechos como pacientes, sino también porque tienen menores posibilidades de cambiar su médico/a tratante y aun así obtener la prestación. Esto, sumado a que la cobertura de salud es restringida para esta población, y a que la atención que reciben es, en muchos casos, de emergencia, no permite sino hablar de una verdadera inminencia de daño o lesión a sus derechos fundamentales como la vida, la salud, la dignidad, etc. El ejemplo de la salud sexual y reproductiva, y en particular la anticoncepción y el aborto, es paradigmático en este sentido, ya que la objeción a estas prestaciones tiene el potencial de afectar de modo diferencial a las mujeres, y particularmente a las de bajos recursos, por las razones mencionadas.

23. Es importante resaltar que la Corte, en este caso, no se expide en relación con la objeción de conciencia directamente sino sobre la relación médico-paciente y los deberes especiales que esta supone. Este argumento sirve perfectamente para justificar la prohibición de la objeción de conciencia sanitaria.

Esta posición, inadmisibilidad de la objeción de conciencia sanitaria, la sostienen países como Suecia y Venezuela, donde se ha prohibido la objeción de conciencia en materia sanitaria,²⁴ considerando, entre otras razones, que las obligaciones profesionales son asumidas por las personas en uso de su libertad y, por tanto, los compromisos profesionales se adquieren a sabiendas de sus convicciones morales.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 59, sobre libertad de religión y de culto, establece que “Nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otro u otra el ejercicio de sus derechos”; y agrega en el artículo 61, sobre libertad de conciencia, que “la objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”.²⁵

En Suecia,²⁶ si bien constitucionalmente se rechaza la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia, en materia sanitaria se ha reconocido que los/as directores/as de hospitales pueden reconocer situaciones análogas. Es decir, se permite organizar los servicios de salud (más exactamente el personal de servicio) de manera que, en lo posible y sin que afecte las prestaciones, quienes expongan profundas convicciones morales contrarias a una determinada prestación no las realicen usualmente, aunque deberán realizarlas en caso de que no exista otra/o profesional disponible (Navarro Valls, 1986). Por supuesto, la regla general en Suecia es que las convicciones morales/religiosas no son tomadas como criterio de organización de los servicios, por cuanto se privilegia la legalidad, el cumplimiento del deber legal, profesional y moral con las/os usuarias/os. La figura jurídica de la objeción de conciencia no existe. Sin embargo, por razones prácticas, es posible utilizar mecanismos para relevar de ciertas prácticas a quienes vean afectadas profundamente sus convicciones morales.

1.2. Admisibilidad protegida

En una posición opuesta, se encontró a los sectores que creen que la objeción de conciencia es un derecho fundamental, que no puede ser negado y cuya restricción debe ser excepcional y establecida por ley.

En estos casos, se trata de posiciones conservadoras pues suele estar relacionada con deberes religiosos; según los cuales es obligación de los creyentes eximirse de la realización de algunas prácticas como el aborto, e incluso, según la religión, de la prescripción de cualquier forma de anticoncepción.²⁷ Aunque no se tiene dato de ningún Estado que sostenga esta postura, asociaciones privadas de profesionales de la salud de distintas especialidades, incluyendo médicos,

24. Para consultar por otros países con la misma postura ver nota 16 y Heino (2013).

25. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Artículo 61: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte la personalidad o constituya delito. La objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”.

26. Cfr. Navarro-Valls (1986) y Saunders (1996).

27. Se trata de la solicitud de un reconocimiento de la objeción de conciencia de un *absolutismo ético*, como lo describe Wicclair (2011), de acuerdo con el cual el deber moral o religioso se torna inderrottable, incluso ante la vulneración de derechos como la vida de otra persona.

ginecólogos, enfermeras, farmacéuticos, entre otros,²⁸ la impulsan con fuerte activismo para conseguir su adopción en distintos niveles.

Esta perspectiva favorece el uso abusivo de la objeción de conciencia, es decir, más allá de lo que las normas locales permiten, como mecanismo de presión para desarticular las políticas públicas que protegen grupos desaventajados, por ejemplo, mujeres, niñas/os, adolescentes, personas mayores, sexualidades diversas, personas viviendo con VIH, etc. Es el caso de lo ordenado por el papa Juan Pablo II y reiterado por la Congregación para la Doctrina de la Fe del Vaticano, que, en 2008, se pronunció en la encíclica *Dignitas Personae* instigando a los feligreses de la religión católica a que recurrieran a la objeción de conciencia para evitar la práctica de abortos legales en sus respectivos países.²⁹

Este es también el punto de vista que comparten algunas asociaciones de médicos católicos,³⁰ así como de la prelatura del Opus Dei, especialmente en relación con las prácticas de salud sexual y reproductiva, y muerte digna.³¹

1.3. Posición de aceptación condicionada o de regulación

En relación con la objeción de conciencia sanitaria también existen diversas perspectivas que he llamado intermedias.³² Aunque las anteriores no son homogéneas, es evidente que las miradas intermedias representan un amplio gris colmado de matices. La nota común es su pretensión de conciliar la tensión que reconocen entre las libertades de conciencia y de culto y los derechos humanos de las/os pacientes, entendiéndolos como dos extremos que deben ser asegurados por el Estado. Se diferencian en la intensidad con la que abordan la restricción de cada extremo

28. Ejemplos de este tipo de organizaciones son: Federación Internacional de Médicos Católicos (FIAMC); Asociación Médica Católica Americana (CMA); la Asociación de Médicos Católicos del Reino Unido; en la Argentina, el Consorcio de Médicos Católicos (CMC).

29. De la misma forma, el anterior papa, Benedicto XVI, instó al uso de la objeción de conciencia para evitar la práctica de abortos legales (Servicios de Prensa del Vaticano, 2010) valiéndose del pronunciamiento del Consejo de Europa (Resolución 1763 de 2010), que reconoce la objeción de conciencia, condicionada a la garantía del derecho las/os pacientes al acceso a las prestaciones. En definitiva, el Papa hace un llamado a la *desobediencia civil*, que es una práctica ilegal, según la cual el incumplimiento del deber legal tiene un objetivo político, impedir la implementación de una política pública o el ejercicio de un derecho. Sobre diferencias entre desobediencia civil y objeción de conciencia, Peces-Barba (1988-1989).

30. Aunque no son la mayoría, como lo confirma Vatch (1981), el absolutismo ético es solicitado por grupos minoritarios, ya que la mayoría de profesionales de la salud religiosas/os y sus asociaciones, han desarrollado teorías morales como la del “doble efecto”. Según esta doctrina, se permite interrumpir embarazos en casos de riesgo de la vida de la mujer gestante, ya que la actuación del equipo de salud no tendría como objetivo terminar la vida en gestación sino preservar la vida de la mujer, para lo cual resulta imposible de evitar la muerte del feto (Dickens, 2009a).

31. Sin embargo, la postura de estos grupos que admiten ampliamente la objeción de conciencia no se mantiene de la misma forma frente a situaciones como la aplicación de la pena de muerte y la prestación del servicio militar obligatorio, eventos en los que incluso han llegado a hacer activismo. Es este el caso de Alemania, donde los mismos sectores democristianos que instigan al uso de la objeción de conciencia contra el aborto se han opuesto al reconocimiento de la objeción de conciencia frente a la conscripción obligatoria. Ver *El País* (1977).

32. Ver nota 16 y Heino (2013).

dado el claro potencial de afectación de derechos, especialmente de las pacientes.³³ En general, se entiende que en todos los casos la prioridad es el acceso al derecho a la salud y los demás derechos de las/os usuarias/os de los servicios.

Adicionalmente, la regulación de la objeción de conciencia tiene un fundamento pragmático en cuanto viene a garantizar la estabilidad del “mercado moral”, en palabras de Jarosch (2009). Según este autor la regulación de la objeción de conciencia aparece como una garantía tanto para las conciencias disidentes,³⁴ como para las beneficiarias de la norma objetada, que, en teoría, serían las conciencias de la mayoría.³⁵ Esta postura permite, por un lado, que las personas cuyas convicciones morales chocan de manera irreconciliable con la carga impuesta por la norma (no aquellas personas que sientan incomodidad o disgusto moral) puedan apartarse de su cumplimiento. La regulación pública de deberes individuales e institucionales de esta perspectiva garantiza que se respete tanto la conciencia como los derechos de quienes puedan verse afectados por el ejercicio de la objeción. A eso se refiere el apartado siguiente.

En general, dentro de estas miradas se acepta la existencia de la objeción de conciencia en materia de salud, siempre limitada o condicionada en su ejercicio por la garantía del acceso a las prestaciones legales de manera efectiva para las/os pacientes (Corte Constitucional de Colombia, 2006, 2009). Se entiende la objeción de conciencia como un mecanismo para asegurar el acceso a las prestaciones en las mejores condiciones, de forma que se protejan los intereses y derechos en conflicto, en los pocos casos en los que un deber moral central para una persona se ve enfrentado a un deber legal.

Entendiendo que las estrategias regulatorias deben tender a garantizar los derechos, principalmente de las/os pacientes, a continuación paso a describir las principales características que se pueden observar en las regulaciones comparadas en este trabajo, con el fin de mostrar los elementos comunes y las diferentes alternativas de abordaje. Como se adelantó, sólo se abordan los aspectos de las regulaciones que se relacionan con la objeción de conciencia individual. De la misma forma, vale aclarar que se trata de una descripción normativa y no de políticas

33. Este ha sido el reclamo de diversas organizaciones de la sociedad civil y organismos de defensa de los derechos humanos que alertan sobre el uso no regulado de la objeción de conciencia y los peligros que esto supone. Uno de ellos es la utilización sistemática de este recurso como instrumento de desarticulación de políticas públicas de salud sexual y reproductiva. El caso más referido tiene que ver con el aborto y es detallado por el Informe del relator especial para el derecho a la salud (2011).

34. Que en este caso serían las de quienes presenten objeción de conciencia; aunque, por supuesto, es muy discutible que representen una minoría, tanto en términos cuantitativos como relacionales, en palabras de Puga y Vaggione (2012). Esto por cuanto –al menos en el caso de las prestaciones de salud sexual y reproductiva– su objeción muestra una alineación con la postura mayoritaria de las religiones canónicas y de los sectores más conservadores de la esfera laica (si es que existen de forma separada).

35. Es muy importante tener en cuenta que en estas situaciones no hay sólo una conciencia en juego; también está involucrada la conciencia de quien solicita la práctica, tras una evaluación de sus propias creencias morales. Quien solicita la práctica lo hace porque considera que es lo moralmente correcto en su situación, ya sea anticoncepción transitoria, permanente de emergencia, un aborto, una vasectomía, etc. Además, se debe tener en cuenta que se presenta otro conflicto adicional con la moral pública, que si bien no es de conciencia, es un conflicto moral importante a la hora de considerar el ejercicio de la objeción de conciencia. Esa moral pública –en el caso concreto– es expresada en la norma que impone el deber jurídico que se pretende objetar. También defrauda moralmente a la sociedad quien objeta el cumplimiento de un deber legal.

públicas, por tanto, los aspectos contextuales de las regulaciones y su inserción en las políticas de protección de los derechos y la salud sexual y reproductiva han quedado sustancialmente afuera de este análisis.

2. Principales características de las regulaciones³⁶

La objeción de conciencia, como institución jurídica, está sujeta a la regulación de las condiciones para su ejercicio. Las estrategias que para su regulación se han desplegado han sido variadas, dependiendo de la estructura administrativa sanitaria y de las posibilidades de atención disponibles.

El relevamiento realizado de las regulaciones que han abordado la objeción de conciencia sanitaria permitió identificar las siguientes características:

Tabla 2. Principales características de las regulaciones sobre objeción de conciencia

Características	Descripción
Legitimación	Establece quiénes están habilitados para ejercer la objeción de conciencia. En general, pueden presentarla los profesionales que realicen personalmente la práctica objetada (reconocimiento estricto). En algunos casos se extiende la habilitación a personal auxiliar, administrativo, etcétera (reconocimiento amplio).
Explicitación	La forma en la que se debe expresar la objeción de conciencia frente a las autoridades sanitarias o administrativas correspondientes. En general, debe expresarse personalmente de forma verbal o escrita.
Motivación	Las razones que son aceptables para el ejercicio de la objeción de conciencia; estas pueden ser morales o religiosas. Algunas regulaciones sólo reconocen razones religiosas. En general, se debe explicar cuáles son las razones morales centrales para el/la objetor/a que impiden el cumplimiento del deber legal.
Presentación formal	Formalidades exigidas para la validación de la objeción de conciencia. La expresión de la calidad de objetor se puede realizar frente a una autoridad designada para tal fin. Puede ser: director/a del servicio, autoridad sanitaria, autoridad específica, como un consejo de objeción de conciencia.

36. En este apartado se tomarán en cuenta únicamente las regulaciones que abordan la objeción de conciencia individual de profesionales de la salud.

Validación	Procedimiento de evaluación de la motivación para la aceptación de la objeción. Algunas regulaciones permiten la validación automática de las objeciones, la mayoría sin embargo, exigen distintos tipos de constatación de la veracidad o el cumplimiento de los requisitos para ejercerla. Los requisitos pueden ir desde la evaluación por parte de un juez, alguna autoridad administrativa (comité o encargada) o la superiora jerárquica, entre otros.
Plazo	Para la presentación de la objeción de conciencia. Puede ser desde el momento de solicitud de la matrícula profesional, en el momento de solicitar un cargo en un servicios, al momento del ingreso a un servicio o desde que la regulación entre en vigencia. En general, es de 30-90 días; una vez vencido el plazo no se puede alegar la calidad de objetor/a.
Presentación (previa o concomitante)	En la mayoría de las regulaciones sólo se acepta la objeción de conciencia presentada antes de una solicitud concreta de la prestación objetada, ya que hacerlo de forma concomitante aumenta los riesgos tanto de afectación a la salud como de vulneración de derechos de las/os pacientes; en todo caso, algunas regulaciones siguen esta opción.
Mecanismo de gestión	Se requiere la confección de mecanismos para neutralizar el riesgo generado para las/os pacientes por la condición de objetor/a de un/a profesional tratante. Ej.: registro de objetores/as, reglas de contratación y movilidad del personal sanitario en función de la calidad de objetores/as, sistemas de estímulos para profesionales que cumplen con sus deberes profesionales, entre otras.

La mayoría de las regulaciones comparadas toman en consideración los aspectos descritos en la Tabla 2; aunque el alcance y las estrategias de implementación son muy diversas en cada Estado, como se pasa a mostrar:

2.1. Legitimación

Este requisito se refiere a la determinación de las personas que tienen autorización legal para presentar objeción de conciencia. Las regulaciones reconocen legitimación *amplia*, para cualquier profesional de la salud o personal sanitario vinculado de alguna forma con las prácticas objetadas; o *restringida*, a que sea un/a profesional de salud que esté obligada/o, de acuerdo con su especialidad y cargo, a realizar de propia mano las prácticas de salud objetadas.

La mayoría de las regulaciones consultadas permiten únicamente la objeción de conciencia de quienes participen directamente en la práctica, excluyendo la objeción de quienes tengan labores de preparación o atención posterior. En el caso del aborto quirúrgico, por ejemplo, las pruebas previas y la recuperación posterior no pueden ser rehusadas legítimamente, entendiendo que la conciencia de quienes participan de esta forma no se puede ver afectada de forma profunda.³⁷ Este

37. Ejemplos de esta postura son: Australia, Belice, Bélgica, Canadá, Colombia, Ghana, Guayana, Italia, y Sudáfrica.

es el caso de Colombia, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional (Sentencias C-355/06 y T-388/09), y el de México en su norma general de salud (1984).

En el Reino Unido,³⁸ por ejemplo, se reconoce una legitimación amplia que incluye las etapas previas y posteriores a la práctica, ya sea de la fertilización asistida, el aborto, etc. Pero se limita a las prácticas médicas propiamente dichas; las cuestiones administrativas o de suministro de medicamentos no están contempladas como pasibles de ser objetadas.

El caso de farmaceutas y su legitimación para objetar la provisión de medicamentos (con o sin receta médica de acuerdo con la legislación local) ha sido muy discutido.³⁹ Sin embargo, la mayoría de las legislaciones consultadas acuerdan en que no es posible presentar objeción de conciencia por parte de estas/os profesionales. Como ejemplo, el caso de Alemania, la negación de acceso a medicamentos puede generar la suspensión de la matrícula profesional. Contrariamente, de acuerdo con el código de ética del Colegio de Farmacéuticos de Gran Bretaña, se reconoce a sus asociadas/os la posibilidad de objetar la entrega de anticonceptivos poscoitales y de píldoras abortivas, obviamente con la carga de asegurarse de entregar toda la información necesaria para que la persona que solicita el medicamento pueda recibirlo sin demoras, por un/a profesional no objetor/a (Royal Pharmaceutical Society, 2007).

En Italia, por ejemplo, a pesar del activo reclamo de la Asociación de Farmaceutas Católicos para lograr el reconocimiento de la objeción de conciencia a sus profesionales, se mantiene

38. Dos casos fallados por la Corte Suprema de Justicia Británica (*House of Lords*) confirman esta postura de reconocimiento de legitimación amplia para la objeción de conciencia, tanto para el personal médico como para las formas de intervención en la práctica. La primera es el caso del “Colegio Real de Enfermeros c/ Departamento de Salud y Seguridad Social del Reino Unido”. La demanda alegaba que cualquier intervención, tanto en las etapas previas como posteriores a la práctica de un aborto legal, podría resultar lesiva a la moralidad de las enfermeras y enfermeros que debían tomar parte. La Corte, en una decisión muy dividida, concluyó que la autorización normativa para la objeción incluía todas las etapas de la práctica de la terminación del embarazo, y aceptó una legitimación amplia, que incluye etapas previas y posteriores a la terminación en sí misma (House of Lords, 1981).

El otro caso, esta vez una administrativa fue despedida por incumplimiento de funciones después de rehusar la realización de una carta de derivación a una paciente que solicitaba la terminación de un embarazo, para que pudiese acceder a la práctica. La demandante alegaba su derecho a la objeción de conciencia; en este caso, la Corte entendió que, si bien el proceso de interrupción incluye las etapas previas y posteriores a la práctica, se limita las intervenciones médicas; no puede extenderse a las cuestiones administrativas. Por tanto, niega la legitimación para la objeción de conciencia, con lo cual la terminación de su contrato laboral estaba justificada (House of Lords, 1988).

39. En España, por ejemplo, aunque la norma no permite expresamente este tipo de objeción de conciencia, recientemente el Tribunal Constitucional español (2015) reafirmó el derecho de farmaceutas a rehusarse a dispensar medicamentos cuando esta acción les represente un conflicto entre “valores constitucionales” únicamente, no así cuando se trate de conflictos con otro tipo de valores. En consecuencia, revoca la decisión que sancionaba a un farmaceuta que se negó a comprar y vender anticoncepción de emergencia y preservativos. El fallo resulta muy discutible, ya que hace una distinción sin fundamento atendible entre tipos de anticoncepción, en contra de toda la evidencia científica sobre el mecanismo de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia. Sin embargo, nos sirve para mostrar cómo algunos Estados refuerzan la ampliación de la legitimación para el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria.

vigente la regulación (Ley N° 194/1978 y su reforma, Ley N° 40/2004) que prohíbe la objeción de conciencia a profesionales que no estén implicados directamente en la práctica.⁴⁰

2.2. *Explicitación*

Este requisito supone que la calidad de objetor/a no opera automáticamente, por el sólo hecho de sentir una contradicción profunda entre el deber legal y un deber moral central para esa persona. Es necesario que se explicita este conflicto, de forma que el Estado, las instituciones, la comunidad y sus pacientes puedan conocer esta situación. En general, este requisito se impone como condición previa al ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria. La objeción debe ser manifestada y expresada explícitamente para que pueda ejercerse.

Un ejemplo de este requisito aparece claramente en la regulación de Noruega (Act N° 50, 1 1975, reformada en 2001) de acuerdo con la cual se requiere presentación por escrito tanto al/a director/a del hospital como al/a jefe/a de servicio. El requisito de presentación por escrito se puede ver también en las regulaciones de España, Portugal y Alemania, como ya se mencionó.

2.3. *Motivación/justificación*

La justificación de la objeción de conciencia debe darse con base en razones morales centrales para quien pretende hacerse valer como objetor/a. Debe ser articulada de forma que tanto la comunidad como el Estado, mediante sus poderes, puedan verificar la concurrencia de fundamento suficiente y validar su ejercicio. La intensidad con la que se presenta este requisito varía según las legislaciones. En México, por ejemplo, la regulación nacional⁴¹ no requiere de una justificación amplia de la objeción, sino que es suficiente la invocación de la objeción de conciencia por razones morales o religiosas.

Nuevamente Noruega resulta un buen ejemplo de este requisito. Su regulación explícitamente indica que se debe entregar una “carta de motivación” adjunta a la solicitud de la objeción de conciencia. En Lituania (decreto Ministerio de Salud, 1994), por ejemplo, sólo se aceptan motivos religiosos para la objeción de conciencia sanitaria; por ello, la justificación debe ser sustentada tanto en un deber o norma religiosa comprobable, como en la centralidad de esa norma para el/la profesional. En Singapur (Termination of Pregnancy Act, 1974, modificado en 1984), por su parte, se debe realizar una motivación de la objeción de conciencia acompañada de un juramento solemne de la veracidad de su contenido.

40. Decreto Real del Ministerio de salud N° 1706 del 30 de septiembre de 1938. Detalles sobre la aplicación de esta norma en el Informe del Consejo de Ministros de Italia sobre objeción de conciencia de farmacéuticos (2011). Disponible en <http://www.palazzoobjeciondeconcienciahigi.it/bioetica/eng/pdf>

41. NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención. Artículo 6.4.2.7. Tratamiento de la violencia sexual.

2.4. Presentación formal

Este requisito se deriva de los dos anteriores, pero merece ser tratado por separado por cuanto la formalidad es una de las garantías del cumplimiento de los requisitos acá mencionados para la aceptación de las objeciones de conciencia en materia sanitaria.

Las formas en que esta expresión debe ser realizada también varían. En España,⁴² por ejemplo, debe presentarse por escrito, al igual que en Portugal⁴³ e Italia;⁴⁴ mientras que en Holanda⁴⁵ y México⁴⁶ se prevé la expresión oral al respecto frente a la autoridad designada. Algunos estados mexicanos, en su regulación local, han determinado mecanismos de expresión más precisos para el ejercicio de esta excepción. En la Argentina, tanto la regulación nacional (Ministerio de Salud, 2015), como la de algunas provincias –Santa Fe⁴⁷ y Mendoza, por ejemplo–⁴⁸ desarrolló formularios para la presentación de la objeción de conciencia por escrito, y la provincia de San Luis consagró la demanda judicial de amparo como mecanismo para este fin.⁴⁹

El requisito de motivación de la objeción de conciencia ha sido disputado por algunos grupos⁵⁰ que están en desacuerdo con el requisito de expresión explícita que intentaron interponer el derecho a la privacidad en relación con las creencias, ideología y religión como justificación para que la motivación de la objeción de conciencia no debiera ser expresada formalmente, así como para oponerse a la publicidad de los datos de quienes resulten objetores/as. Sobre este última reparo: en la mayoría de las regulaciones sobre objeción de conciencia se ha aceptado que la expresión de la calidad de objetor/a opera como garantía del ejercicio de la excepción al deber legal. Por lo tanto, el conflicto que se presenta es aparente, ya que no es posible mantener fuera del conocimiento público, o como mínimo de las autoridades sanitarias, la calidad de objetor/a y a la vez ejercer dicha objeción en el servicio de salud. La expresión formal de la intención de hacerse objetor/a opera como autorización para la publicidad de los datos.

42. Artículo 19.2 de la Ley N° 2 de 2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

43. Artigo 4 de la Lei N° 6 11.5. de 1984 Exclusão da ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez.

44. Artículo 9 de la Ley 22 de mayo de 1978, n. 194. Norme per la tutela s objeción de concienciaiale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

45. Ley del 1 de noviembre de 1984. Termination of Pregnancy Act.

46. NOM-046-SSA2-2005, ya citado.

47. Resolución N° 843/10. Registro de objetores de conciencia. Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe

48. Resolución 933 de mayo 13 de 2011. Crea el registro de objetores de conciencia en todo el sistema sanitario provincial.

49. Ley N° I-0650-2008. Regula el estilo de la objeción de conciencia frente al servicio militar que consagraba la Constitución española de 1978 (art. 30.2), que ordenaba el procedimiento judicial del amparo para su ejercicio (art. 53.2).

50. Es el caso, entre otros, de la organización religiosa “Médicos por la Vida” en la provincia de Santa Fe en la Argentina, que se ha dedicado a persuadir a profesionales de la salud para que presentaran objeción de conciencia frente a las prácticas de salud sexual y reproductiva. El objetivo que han expresado tiene que ver con impedir la implementación de la ley de salud sexual y reproductiva en dicha provincia.

2.4.1. Presentarse ante las autoridades designadas

Este requisito se refiere a que la expresión de las objeciones de conciencia en el sistema sanitario debe realizarse frente a una autoridad competente, que se encargará de relevar y validar las objeciones, así como de archivar, diseñar las listas o registro de objetores, si fuere el caso, y a dictar medidas para garantizar la disponibilidad de personal no objetor para la realización de las prácticas en todo momento. Esta presentación puede hacerse ante una autoridad sanitaria, pero bien podría ser una entidad privada (colegios profesionales), una autoridad administrativa (Comisión de conciencia) o una autoridad judicial.

Algunas regulaciones han establecido a la administración hospitalaria como la receptora de las objeciones de conciencia de su personal.⁵¹ En este caso, cada centro de atención autogestiona sus objeciones; generalmente, es el/a director/a quien debe asumir esta responsabilidad. Como ejemplos, los casos de Colombia (Sentencia C-355/06), México (NOM -046-SSA2-2005) e Italia (Ley 194 de aborto, 1978), en los que las objeciones de conciencia son administradas por el director/a de cada entidad prestadora de salud, asegurándose de que las prestaciones sean garantizadas en todo momento a las/os pacientes. Con este fin, cada prestadora debe establecer sus mecanismos autónomamente, como se verá más adelante.

Otras regulaciones designan una autoridad sanitaria de mayor jerarquía. Así, por ejemplo, España (Ley 2/2010) instituye como la autoridad encargada de las objeciones de conciencia a la Gerencia de Atención Especializada que corresponda a cada profesional. Por su parte, en el nivel subnacional, por ejemplo, la comunidad autónoma de Navarra, en España, estableció que la gestión de las objeciones de conciencia estará en cabeza de Servicio Navarra de Salud, la máxima autoridad sanitaria de la comunidad foral. En este mismo nivel en la Argentina, la provincia de Santa Fe, fijó al Ministerio de Salud provincial como el ente que llevará a cabo las tareas de relevamiento y administración de las objeciones de conciencia.

Otra alternativa identificada, aunque usada por pocos Estados, separa del sistema de salud la validación de las objeciones, como es el caso de la provincia de San Luis, en el que se establece que será la autoridad judicial, mediante el recurso de amparo, quien determine la validez de la objeción de conciencia y habilite su ejercicio en el caso concreto. Por supuesto, este sistema requiere de una articulación con el sistema de salud para organizar los servicios de modo que se respeten los derechos de las/os pacientes, pero garantiza la publicidad de la calidad de objetor/a ya que las sentencias tienen carácter público.⁵² En el caso de la Argentina, la provincia de San Luis utilizó este mecanismo, las objeciones se tramitan inicialmente ante el Poder Judicial local, y una vez han sido aceptadas, la información se traslada a un órgano especial, creado dentro del Poder Ejecutivo –el “comité consultivo de objeción de conciencia”–, que se encarga de apoyar la evaluación de las objeciones y de articular con el sistema de salud para garantizar la realización de las prestaciones objetadas.

51. Es el caso de las regulaciones de Noruega, Luxemburgo, Sudáfrica, Canadá, Brasil, Bosnia, Australia, Ghana, Irlanda, Hungría, entre otras.

52. Por ejemplo, en la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Acordada 17/06, crea el Centro de Información Judicial, cuyo objetivo es dar publicidad a los fallos y novedades del Poder Judicial federal. Tendrá que verse la efectividad de este mecanismo, para garantizar el derecho a la información y la elección del/a profesional tratante.

2.5. Validación de la objeción de conciencia

Se refiere al juicio informado por parte de la autoridad designada, acerca de la sinceridad (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 1953)⁵³ de las alegaciones acerca de la centralidad de las convicciones que llevan a presentar la objeción de conciencia. Como lo explica White (1968), este análisis es necesario por cuanto permite determinar –más que la veracidad de los contenidos morales alegados– la racionalidad de la objeción, y descartar que existan motivos encubiertos, desconocidos incluso por quien pretende objetar, que impidan el ejercicio del privilegio. Según el autor, es necesaria su validación, por los riesgos que tiene la objeción de conciencia en materia sanitaria. Por ello es necesario realizar un juicio estricto de proporcionalidad (*balancing of interests*) entre la centralidad de la creencia, el grado de conflicto en que se halla respecto de la norma o del deber legal; y finalmente, la ausencia de alternativas menos lesivas para conciliar los intereses en conflicto. Esto con el objetivo de asegurar que la objeción de conciencia responda a las características y condiciones aceptadas por la legislación local, así como que la persona objetora conozca las cargas y obligaciones a que se compromete como consecuencia del ejercicio de esta objeción.

Se han adoptado diferentes mecanismos para la evaluación de la justificación presentada por el/la objetor/a. Las alternativas van desde la validación automática de la objeción por el sólo hecho de presentarla, como sucede, por ejemplo, en la legislación mexicana; hasta estrategias como las de la provincia de San Luis, que establece que debe recurrirse a un proceso judicial, en su caso el amparo, para que sea un/a juez/a quien determine la validez de la objeción de conciencia alegada. En dicha provincia también se creó un comité consultivo de la objeción de conciencia en el ámbito del Poder Ejecutivo, ante el cual los/as jueces/zas deben solicitar opinión no vinculante sobre la validez de cada objeción de conciencia tramitada (Ley N° I-0650-2008 y Decreto 3024/09). Esta opción regulatoria ha mostrado efectividad en otras latitudes;⁵⁴ en el caso de la objeción de conciencia a la conscripción obligatoria, en el que jóvenes recién egresados de la secundaria acudieron a la justicia para ser declarados como objetores, las cifras muestran que las solicitudes fueron receptadas y que la respuesta, en la mayoría de los casos, fue afirmativa. Ahora bien, en el escenario que nos ocupa, actores/as informados, como los/as profesionales de la salud, se presentarían ante autoridades que cuentan con mecanismos adecuados para hacer valoración de pruebas, testimoniales, documentales, etc., tanto sobre la sinceridad de las razones alegadas, como sobre la racionalidad de estas, dependiendo del contexto.

Otra estrategia contempla la creación de una instancia administrativa en el sistema sanitario para los procesos de evaluación y verificación de las objeciones de conciencia. La finalidad de estos procesos apunta a la instrucción de quienes se consideran objetoras/es para que, además

53. Este fallo establece la carga para el/la objetor/a (en ese caso al servicio militar obligatorio) de demostrar la veracidad de la creencia y la centralidad de su cumplimiento en su vida, por medio de pruebas que puedan ser evaluadas por la autoridad designada.

54. En relación con el servicio militar obligatorio, la mayoría de países iniciaron el reconocimiento de la objeción por vía judicial (objeción de conciencia propia), y algunos posteriormente la reconocieron por vía legislativa (objeción de conciencia impropia), asignándole, en algunos casos, una vía administrativa para su declaración (Burk, 1995; Ajangiz, 2002).

de presentar la objeción de conciencia y su motivación, conozcan las obligaciones que se desprenden de tal calidad y las condiciones en que puede ser ejercida la excepción; así como a la autorización para el ejercicio de la objeción de conciencia en las condiciones que los servicios de salud lo permitan. Se trata, pues, de una garantía tanto para el/la profesional, respecto de la legitimidad de su reclamo de incumplimiento de un deber legal asegurando que no pueda ser objeto de sanciones por ese hecho y, a la vez, de una garantía para los servicios de salud, ya que podrán organizar su planta de prestadores de forma tal de lograr cumplir con las prestaciones ordenadas por la ley.

En esta línea se encuentra la regulación holandesa (*Abortion Act* del 1° noviembre de 1981), que contempla la evaluación de la objeción por medio de un comité *ad hoc*, ante el cual las/os objetores/as deben presentarse y fundamentar su objeción de conciencia tanto de manera escrita como oral. Se evalúan “hechos de base” acerca de la racionalidad de los motivos de la objeción de conciencia, estos pueden ser la pertenencia y práctica asidua de una religión determinada, hasta la participación en grupos civiles en contra de determinadas prácticas. También se pueden acercar razones sustentadas en juicios morales que no tengan base en actos verificables; la evaluación del caso concreto será determinante para afirmar si se justifica la aceptación de la objeción de conciencia o no.

Se encuentra también la regulación danesa (Ley N° 350/1973, con su enmienda, Ley N° 389/1995), que inspira el proyecto de ley presentado en 2011 presentado en Colombia, según el cual se establecerían “comités de conciencia”. Se trata de autoridades administrativas establecidas con esta única finalidad; mientras se termina su creación, serían las personerías municipales las encargadas de la gestión de estas objeciones. En este supuesto, la objeción también debería presentarse por escrito, y la autoridad tendría un plazo de 30 días para evaluarla, dentro de los cuales podría citar al/la solicitante para que aclare o amplíe su fundamentación de manera oral o escrita, caso en el cual tendría 10 días para allegar las acreditaciones solicitadas por el comité, en caso de no fijarse audiencia oral.

Por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, Argentina, se realizó un proceso de validación de las objeciones de conciencia presentadas con base en lo ordenado en la Res. 340/10, que incluyó dos etapas: una primera de relevamiento de las objeciones, y una segunda de confirmación/ratificación de aquellas que no superaron el examen de validación.⁵⁵ Esta última etapa incluyó tanto la evaluación de las motivaciones alegadas para invocar la objeción de conciencia, como la capacitación del personal sanitario en relación con el contenido y los deberes que conlleva la calidad de objetor/a.⁵⁶

55. Los criterios tenidos en cuenta para la validación se refirieron particularmente la motivación. En primer lugar, para asegurar que se tratara de convicciones morales centrales, basadas en evidencia científica actualizada y aceptada por la comunidad médica nacional e internacional. Es común que profesionales de la salud con errores o falta de información sobre algunos aspectos de la práctica objetada cambien su decisión una vez actualizan su conocimiento. También es necesario el análisis de la objeción para evitar errores sobre la motivación aceptable para la objeción de conciencia. Al respecto, se ha detectado que profesionales con sobrecarga de trabajo o con prácticas médicas privadas prefieren eximirse de la realización de ciertas prácticas para realizarlas sólo bajo determinadas circunstancias; estos casos, como es lógico, deben ser detectados e invalidadas las pretendidas objeciones, por no ser tales.

56. Este proceso aun se está llevando adelante por el Ministerio de Salud provincial.

2.6. Plazo para expresar la condición de objetor/a: presentación previa

La mayoría de las regulaciones establecen un término para presentar la declaración de objeción de conciencia. Valga aclarar que las objeciones presentadas fuera del término no pueden ser ejercidas.

La doctrina, así como las legislaciones consultadas sobre el tema, acuerda en que la objeción de conciencia debe ser presentada de manera previa a la solicitud de la práctica objetada. Ello por cuanto la más importante limitación para el ejercicio de la excepción al deber se relaciona con la afectación de los derechos de las pacientes. En este caso, se trata de los derechos a recibir atención en salud sin dilaciones; a recibir información sanitaria completa, veraz y clara; a elegir el/la profesional tratante; a la salud integral; a la igualdad, entre otros. En este sentido, la presentación previa opera como garantía de doble vía: por un lado, permite a las/os pacientes acudir a profesionales no objetoras/es cuando solicitan una práctica pasible de ser objetada, o ser derivados sin dilaciones a personal no objetor de turno. Por otro lado, asegura que las/os profesionales objetores no se vean obligados a realizar la práctica objetada, ya que los servicios de salud podrán ser organizados para que se encuentre en servicio personal no objetor.

En países como España (Ley 2/2010) e Italia (Ley de Aborto 194 de 1978), entre otros,⁵⁷ la objeción de conciencia debe presentarse a partir de la habilitación para el ejercicio profesional o, en su defecto (para el caso de practicantes), desde la asunción del puesto en un servicio. Además se fija un plazo de treinta días para que las/os profesionales de todos los centros de atención sanitaria, al momento de la entrada en vigencia de la ley, pudiesen expresar su objeción. En la Argentina, en la provincia de Mendoza (Res. 933/11) y en la provincia de Santa Fe (Res. 843/02), se sigue este mismo sistema de plazo para la objeción de conciencia.

Algunas regulaciones prevén la posibilidad de presentar la objeción ante la solicitud de la práctica, y garantizan que la prestación se realice dentro del plazo legal establecido. Es el caso de países como Croacia, Portugal, Francia, Holanda, y Hungría, así como de leyes estatales de México,⁵⁸ Jalisco⁵⁹ y Querétaro,⁶⁰ en México; o Castilla-La Mancha,⁶¹ en España. En este último caso, la objeción debe darse siete días antes de la fecha indicada para la práctica, con el fin de asegurar la prestación en tiempo y forma por parte de personal no objetor. Sin embargo, parecería que esta estrategia de regulación no resulta adecuada ya que, además de exponer al/a profesional objetor/a a la realización de la práctica en los casos en que la objeción pierde validez (urgencia y ausencia de personal no objetor) dada la falta de previsibilidad del ejercicio de esta excepción, también lesiona derechos de las/os pacientes reconocidos en todas las legislaciones

57. Regulaciones de la Argentina (tanto el protocolo nacional de interrupción voluntaria del embarazo de 2015, como algunas regulaciones provinciales), Canadá, Colombia, Irlanda, Reino Unido, Singapur, Uruguay, entre otras.

58. Artículo 16.7 de la Ley de Salud, aprobada en Toluca de Lerdo, México, diciembre 18 de 1986.

59. Artículo 18 ter de la Ley estatal de Salud, aprobada el 16 de diciembre de 1986.

60. Artículo 45 de la Ley de Salud del estado de Querétaro, publicada en el periódico oficial del Estado *La Sombra de Arteaga*, 30 de enero de 2010 (Nº 07).

61. Orden del 21/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo. Con su modificatoria, Orden del 14/10/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modifica la Orden de 21/06/2010.

nacionales e internacionales, como el derecho a la información y a la elección del/a profesional tratante. Además de que, por supuesto, esta situación constituye una dilación injustificada ya que, como se vio, existen mecanismos de regulación del ejercicio de la objeción de conciencia que resultan más adecuados para proteger todos los intereses y derechos en juego.

Una cuestión diferente al plazo de presentación de la objeción de conciencia –pero que también debería ser contemplada en la regulación sobre el tema– es el plazo para informar al/a consultante sobre la calidad personal de objetor/a de su tratante. De acuerdo con la estrategia regulatoria elegida, será más o menos probable que un/a profesional objetor/a se encuentre frente a un caso de solicitud de una práctica objetada. Sin embargo, en todos los casos, existe la posibilidad de que esta situación se presente, y por ello es necesario establecer reglas que tengan en cuenta obligaciones sobre el momento, el tipo de información (calidad de objetor/a y prácticas objetadas), pero también sobre la forma en que se debe dar esta información. Este último requisito es especialmente importante ya que, como lo reconoció el Colegio de Médicos y Cirujanos de Ontario, Canadá (2014), se puede convertir en un juicio moral sobre la decisión del/a paciente; es por ello que establece la obligación, para sus asociados, de no entregar razones de la objeción, sino únicamente asegurar que se trata de razones “de conciencia” o “personales” y no de razones “clínicas” o “médicas” por la que desaconsejaría la práctica objetada.

En relación con este punto, por ejemplo, la legislación belga establece la obligación de informar a todas las personas consultantes sobre la objeción de conciencia desde la primera consulta (Art.348CP Inc.2 #6); y en el mismo sentido lo hace la legislación francesa (ley 75/75 mod. 1979). Sin embargo, se constató que la mayoría de las legislaciones no prevén mecanismos específicos para dar información acerca de la calidad de objetor/a de los profesionales.

Algunas estrategias para la publicidad de la información sobre la objeción de conciencia de cada profesional han sido propuestas, por ejemplo: la ubicación de carteles de aviso en la puerta de los consultorios en los que se aclare las prácticas objetadas; la ubicación de listados de objetores/as en las zonas de ingreso de los servicios o habilitación de páginas web en las que se dé acceso amplio a los datos sobre las prácticas objetadas, los lugares y horarios de atención de esos/as profesionales. En la provincia de Santa Fe, por ejemplo, se habilitó una pestaña en la página web del Ministerio de Salud para acceder a la información sobre el personal objetor de conciencia. Allí se puede consultar tanto el nombre, el servicio, los turnos del/a profesional objetor/a, como las prestaciones que objeta, con el fin de que todas las personas puedan acceder a la información y elegir su profesional tratante de manera informada.⁶²

3. Administración de las objeciones de conciencia: el registro de objetores/as

Como se ha dicho, la objeción de conciencia es un privilegio que se reconoce a las/os profesionales de la salud. Su ejercicio supone cargas asociadas tanto a nivel individual⁶³ como institucional

62. Registro de objetores/as disponible en: [http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/126120/\(subtema\)/93802](http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/126120/(subtema)/93802)

63. Se trata de los deberes de *información, derivación, atención de emergencia y ante la ausencia de personal no objetor*, y garantía del acceso a la prestación objetada por parte de la/el solicitante. Es decir, ante una

para que no afecte los derechos de quienes requieren las prácticas objetadas. Es por ello que su reconocimiento debe estar insertado en una política pública más amplia, que garantice las condiciones para el adecuado acceso los servicios de salud; particularmente en el caso de la salud sexual y reproductiva, por tratarse de prácticas altamente objetadas y de uso regular o rutinario de las personas, especialmente de las mujeres. En la mayoría de las regulaciones consultadas se ve un abordaje muy precario de los aspectos relacionados con la gestión sanitaria: organización de la planta de personal en función de su disposición a realizar las diferentes prácticas ordenadas por las normas locales, garantía de oferta de servicios, reaseguros operativos para garantizar la accesibilidad a las prácticas objetadas, entre otras. En general, las regulaciones se limitan a diseñar estrategias para la presentación de las objeciones de conciencia. Una excepción muy loable es la de Noruega, cuya regulación se ocupa de los aspectos laborales (contratación de personal, justa causa de despido, opción de reacomodación de la planta de personal, etc.), administrativos (quién y cómo se garantiza tanto el ejercicio de la objeción como la realización de las prácticas sin cargas adicionales para las/os pacientes) y operativos (cómo, ante quién y cuales son las cargas asociadas a la objeción de conciencia sanitaria).

Aunque existen variadas estrategias para lograr operativizar tanto las objeciones como los servicios de salud que tienen personal objeto, uno de los mecanismos más recurridos en las regulaciones consultadas es el registro de objetores. Se trata de un registro oficial del personal que presenta válidamente objeción de conciencia.

A continuación se presenta una breve descripción de la doble finalidad de este mecanismo que, por un lado, facilita la organización del servicio sanitario y, por el otro, da a conocer la calidad de objeto/a de un/a profesional. Enseguida señalaré algunas de las características que puede tener el registro de objetoras/es; algunas de las cuales han demostrado mayor efectividad en la protección y garantía de los derechos, deberes e intereses en tensión, como se verá.

3.1. Finalidad del registro de objetores/as de conciencia

Finalidad	Alcance
Centralización de la información	Ya sea a nivel nacional, provincial/estadual o institucional, permite conocer, dentro del universo del personal sanitario, número, identidad y especialidad de las/os objetoras/es, y las prestaciones objetadas.
Perfecciona la adquisición de la calidad de objeto/a	Por medio de la inscripción del profesional en el registro queda habilitado/a para eximirse de una práctica sanitaria particular en su actividad profesional.
Prueba de la calidad de objeto/a	Certifica la validación de la OC.

consulta en la que se requiera o sea recomendable una de las prácticas objetadas es su deber informar y derivar al/a solicitante con un/a profesional no objeto/a. Asimismo, debe prestar atención en casos de emergencia o en los que no exista personal no objeto disponible; además de los deberes generales de beneficencia, no maleficencia, respeto de la autonomía, justicia y no discriminación. Ver Cook y Dickens (2004).

Administración del personal	Permite a las autoridades sanitarias realizar las modificaciones necesarias para la garantizar los derechos, tanto de las/os profesionales como de las/os pacientes.
Política pública: estadística aplicada	Permite planificar y gestionar los servicios a lo largo del tiempo, ya que posibilita conocer la evolución de los servicios, identificar nudos problemáticos de resistencia al cumplimiento de deberes y planificar en cada servicio.

Los registros en general, y en particular el de objetores/as de conciencia, son herramientas para el manejo de información relevante para la gestión pública o privada en diferentes niveles. Permiten garantizar el acceso a bienes y servicios, controlar la calidad de estos y planificar estrategias para mejorar, ampliar y especializar las actividades.

El caso de los registros de objetores/as de conciencia, como registros públicos de carácter mixto, ya que comparten características de los registros administrativos,⁶⁴ y de los registros jurídicos,⁶⁵ es particular ya que no sólo perfecciona la autorización para el ejercicio de la objeción de conciencia, por la inscripción, como también permite el desarrollo de política pública y administración sanitaria gracias a la información relevada y archivada en el registro.

Todos los registros, aunque cada uno con sus particularidades y relevancia, comparten al menos los siguientes objetivos:

3.1.1. Centralización de la información

Se refiere a la sistematización unificada de la información; en este caso, sobre las/os objetores de conciencia, para permitir la ejecución de una política de organización, el desarrollo de una estrategia común y coordinada –interna, interinstitucional o nacional– así como el control para la reducción de los riesgos y el incremento en la eficiencia de los servicios.

De acuerdo con la regulación la información será centralizada en cada centro de atención, a nivel provincial/estadual o nacional. Lo importante a este respecto es que la información concentre los datos del personal en un único soporte para que se pueda acceder a todo el universo de objetores/as y así alcanzar las demás finalidades previstas.

3.1.2. Seguridad jurídica: prueba de la calidad de objetor/a:

La finalidad probatoria se cumple ya que el hecho de aparecer inscripto/a en el registro de objetores/as indica que la calidad ha sido validada por la administración (Mendoza, 2008) y, por lo tanto, el/la profesional, dentro de los límites ya explicados –cumplimiento de deberes, atención en caso de urgencia o ausencia de personal no objetor e intervención directa en la práctica objetada– podrá ser excusado de la realización de un deber legal y profesional específico. En

64. Son aquellos que relevan "información referida a una unidad individual –persona física, hogar, empresa, etc.– que ha sido diseñada, recogida y mantenida por una determinada administración pública con el propósito de controlar y/o tomar decisiones relativas a esa unidad individual" (Sanz Diez, 2006).

65. Aquellos en cuya inscripción perfecciona la adquisición de un atributo, derecho o situación jurídica particular (Sanz Diez, 2006).

otras palabras, la persona registrada como objetora no tendrá que realizar actuaciones adicionales para alegar dicha calidad.

Se dice que aporta mayor seguridad jurídica por cuanto dota de certidumbre acerca de la calidad de objetor/a de un/a profesional. Se trata, pues, de seguridad jurídica estática y dinámica (Diez Picazo, 1986), en relación con quienes invocan esta excepción y frente a las autoridades sanitarias y a las/os pacientes porque les permite conocer esta información y así actuar en conformidad.

3.1.3. Administración del personal –sanitario–

Como se dijo, el registro es un mecanismo de gestión de la objeción de conciencia, no puede ser el objetivo de la regulación. El registro permite la administración del personal, servicios y rubros sanitarios de manera informada, además de dar publicidad y certeza a la información relevada, ya que en el registro se consigna información necesaria para estos fines. Por ejemplo, el registro de vehículos automotores permite, además de dar certeza sobre la titularidad de la propiedad, publicitar los datos relacionados con el bien y la/el propietaria/o, conocer la cantidad de vehículos y así ayuda a determinar, por ejemplo, el monto de los impuestos de tráfico o rodamiento, la necesidad de ampliación de vías o espacio de aparcamiento, etc.

En el caso del registro de objeción de conciencia, permite a las autoridades encargadas de los servicios sanitarios conocer, además de la identidad, especialidad y turnos de servicio de cada profesional, datos acerca de la totalidad de profesionales objetoras/es para disponer la planta de forma que en todo momento esté en guardia y en consulta personal no objetor para que la excepción pueda ser ejercida y si la información se difunde adecuadamente, permite que las/os pacientes puedan elegir libremente a su tratante.

Sin embargo, cabe recordar que en los casos en que no exista personal no objetor disponible la obligación de prestación del servicio continua y la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia se suspende. De igual forma que en los casos de atención de emergencia, se debe privilegiar el acceso a las prestaciones y la protección de la salud y la vida de las personas. Es así como, por ejemplo, la ley británica (Abortion Act 1967), italiana (Ley 194/78) y de Guyana (Pregnancy Act N° 7 de 1995) establecen expresamente que en casos de urgencia no se puede alegar objeción de conciencia.

3.1.4. Desarrollo de política pública: estadística aplicada

Más allá de la administración del personal, que es parte de la política pública, la información consignada permitirá a las autoridades competentes conocer datos acerca de la disponibilidad de personal, las razones por las que objetan determinadas prácticas, las condiciones en las que se objeta y desarrollar estrategias de política pública que permitan garantizar la satisfacción de las prestaciones a las/os usuarios del sistema de salud.

Los registros de este tipo, si bien no están diseñados con fines estadísticos, permiten el desarrollo de herramientas analíticas sobre la situación que se releve. Por medio de la estadística aplicada, con la información contenida en los registros se pueden generar informes que permitan no sólo el conocimiento de la situación del personal de los servicios sanitarios, que es fundamental para la gestión pública, sino además la planificación para el mejoramiento de la atención y la capacidad de respuesta de los servicios de salud. En otras palabras, se genera

información capaz de impactar directamente en la política pública (Uribe, 1960), en este caso en la política sanitaria.

3.2. Características del registro de objetores

Característica	Alternativas		
Obligatoriedad	Para tener la calidad de objetor/a se debe estar inscripto/a		
Rogación	Es a pedido del/a profesional que pretenda ser objetor/a		
Legitimación	Concreta(vinculación indirecta con la práctica)	Amplia (cualquier intervención relacionada con la práctica)	
Publicidad	Acceso del público en general		Exclusivo a las autoridades sanitarias
Plazo	Fijo desde la implementación del registro o el ingreso al servicio.	Ante la solicitud de una práctica programada	
Unidad	Centralizado por autoridad sanitaria superior		En cada institución de salud
Implementación	Administrativa	Judicial	Sanitaria
Administración	Autoridad sanitaria de cualquier nivel (institucional, estadual/provincial, nacional), una autoridad por fuera del sistema de salud.		

3.2.1. Obligatoriedad

La inscripción al registro de objetores es, en la mayor parte de las legislaciones consultadas, un requisito obligatorio.⁶⁶ No podría ser optativa ya que impediría la formulación adecuada de políticas públicas de garantía de los derechos de las/os pacientes, como se ha mostrado.

3.2.2. Rogación

Se refiere a la necesidad de solicitar personalmente la inscripción en el registro. El Estado, por medio de sus autoridades sanitarias o de aquel a quien delegue para ese fin no puede realizar inscripciones de oficio. Esta solicitud o rogación debe hacerse con las formalidades establecidas en la regulación.. Ya sea la presentación escrita, oral, o por medio de una acción judicial (con todas las formalidades del caso), es siempre el/la titular del derecho quien debe iniciar el trámite para su inscripción.

Las regulaciones prevén mecanismos para anular la inscripción en el registro y perder la calidad de objetor/a. Puede ser, en primer lugar, por violación de algunos de los supuestos necesarios para obtenerla, como por ejemplo intervenir en la realización de la práctica objetada, fuera de los casos, repetidamente mencionados, en los que se suspende la posibilidad de ejercer esta objeción(emergencia, ausencia de personal no objetor). Es el caso de realizarse la práctica en un consultorio privado, cuando se había objetado su práctica en el servicio público.⁶⁷ En segundo

66. Por ejemplo, Australia, Croacia y Uruguay. En el nivel subnacional, un buen ejemplo es la provincia argentina de Santa Fe.

67. Otros ejemplos de casos que no constituyen objeción de conciencia en el Código de Deontología Médica del Colegio de Médicos de Madrid (2011).

lugar, se puede anular la inscripción a petición del/a inscripto/a. Puede darse el caso en que una persona, que objetó válidamente, después de un tiempo reconsidere su posición y desee realizar la práctica. Para la cancelación de la inscripción, en general, no hay plazo, cosa distinta con la inscripción en el registro, como se verá más adelante.⁶⁸

3.2.3. Legitimación para inscribirse: puede ser concreta o amplia

El registro no puede ser solicitado por cualquier profesional de la salud. Para la inscripción se requiere un tipo de relación, determinado en las normas locales, con la práctica objetada. Esta puede ser funcional, es decir, que la especialidad del/a profesional le vincule con la práctica (la ginecología con el aborto o el parto); la segunda, tiene que ver con el cargo ocupado en la institución s, es decir, si por competencia funcional debe realizar la/s objetada/s. En muchas instituciones los cargos administrativos o de gestión, no realizar de propia mano las prácticas, en ese caso las normas pueden o no, contemplar esas objeciones.

El grado de relación que se exige entre el/la profesional objetor/a y la práctica para habilitar el ejercicio legítimo de la objeción de conciencia varía. Es decir, en virtud del tipo de reconocimiento de la legitimación para la objeción de conciencia, que puede ser amplia o restringida (ver *supra* punto 2.1) de acuerdo con la regulación local. Además va a estar condicionado por las circunstancias de prestación del servicio (cantidad de personal disponible, cercanía de otros servicios, complejidad de la práctica objetada, población potencialmente afectada, etc.), teniendo en cuenta que entre mayor amplitud de legitimación para la objeción de conciencia es más obstructivo para el acceso de las personas a los servicios de salud y la afectación a la integridad moral del/a profesional será más difícil de establecer.

3.2.4. Publicidad: puede ser de consulta pública o de uso interno del servicio de salud.

Una de las funciones principales de los registros de dar publicidad a los actos que contienen. No se trata de la difusión masiva de la información del registro, sino más bien de la publicidad jurídica, que implica que se pueda oponer *erga omnes* en las situaciones registradas. El registro genera la presunción de que los actos allí inscriptos son conocidos por las personas que puedan tener interés o competencia para acceder a tal información. Para asegurar que esta información sea efectivamente conocida por tales personas, las regulaciones generalmente contienen diferentes estrategias.

En el caso de los registros de consulta pública, se publicita la calidad de las/os objetores de forma amplia a través, ya sea de la colocación de esta información en un lugar público del efector de salud, en una página web y/o en un lugar visible en la puerta de ingreso al consultorio del/a profesional objetora, etc.⁶⁹ Estas estrategias garantizan que las pacientes tengan conocimiento acerca de la calidad del/a profesional tratante, ya que esta se considera información relevante, imprescindible para la elección y mantenimiento de la relación médica/o-paciente En todo caso es importante recordar que las/os objetoras/es, en caso de recibir una consulta acerca de una práctica objetada, deben entregar información completa y veraz acerca de ella y derivar a la

68. Ley uruguaya N° 18.987 de 22 de octubre de 2010, art. 11 y ss.

69. Sobre los beneficios de un registro público abierto a la consulta pública, ver Balarezo (1999).

paciente con un/a profesional no objetor/a garantizando que se realice sin dilaciones injustificadas (Ariza, 2012). Constituyen ejemplos de este mecanismo las regulaciones de Victoria (Abortion Law Reform Act 2008), Colombia (Sentencia T- 355/06), y en la Argentina, como se mencionó, las provincias de Santa Fe y Entre Ríos. Se trata de registros con características diversas, pero su nota común es la posibilidad de acceso que tiene toda la ciudadanía a su contenido.

El segundo supuesto, el registro con publicidad restringida, está diseñado como una herramienta para la gestión del servicio de salud, de modo que serán solamente las autoridades sanitarias las que tendrán acceso a la información, no así el público general ni las/os pacientes. Esto puede implicar la vulneración de derechos, como el de elegir de forma libre e informada a su profesional tratante, si no se contemplan otros mecanismos para que las/os pacientes puedan conocer de antemano las objeciones y tengan opciones para elegir tratarse con el/la profesional que les parezca más adecuado.

Este último es el caso de los registros llevados adelante por organizaciones privadas como el Colegio de Médicos de Madrid que, en 2006, generó un sistema de registro para sus asociados, que mantiene la confidencialidad de las/os profesionales registrados; o el del Consejo Andaluz de Colegios de Médicos, que en 2010 creó el registro autonómico de objetores con carácter privado.

3.2.5. Plazo: para la realización del registro y para la inscripción

El registro tiene la característica de ser un instrumento de gestión del sistema sanitario por lo que debería anteceder a la solicitud de la práctica para que esta pueda ser realizada en las condiciones establecidas por las leyes y las reglas de la buena praxis médica. Por ello las regulaciones específicas sobre objeción de conciencia ordenan la preparación del instrumentos de registro en un término acotado, con el fin de permitir que se registren las/os profesionales en un plazo razonable para garantizar la organización de la planta de personal frente a las necesidades del servicio, es decir, garantizar la disponibilidad de personal no objetor de manera permanente.⁷⁰

Se encontraron dos modalidades de plazo para el registro: la primera con un plazo perentorio desde la vigencia de la regulación; la segunda permite el registro en cualquier momento antes de un término razonable previo a la fecha prevista para la práctica (ver punto 2.6).

3.2.6. Unidad

Implica que sólo pueda existir un registro de objetores/as. Esta característica se deriva de la función de centralización de la información que les es propia a los registros; con ella se busca condensar en un único instrumento toda la información necesaria para la gestión sanitaria. En este caso se ve la necesidad de conocer la totalidad de objetores/as presentes, ya sea en un país, en una provincia o unidad administrativa local, en un servicio o área particular de atención. Este nivel de agregación de la información es el que presenta diferencia en las legislaciones consultadas.

En Colombia, por ejemplo, se tiene un registro de objetores/as en cada hospital del país. En la Argentina, provincias como Santa Fe y Mendoza implementado un registro de objetores/as provincial, administrado por la máxima autoridad sanitaria. En España, algunas autonomías,

70. Esta adecuación del personal incluye las nuevas contrataciones y/o las nuevas matriculaciones de profesionales de acuerdo con el sistema de registro que se aplique.

como Castilla y Madrid, han permitido que el colegio de médicos local administre un registro de objetores/as para sus asociadas/os.

3.2.7. Implementación

Dentro de las estrategias de implementación se encuentra: primero, el establecimiento de una autoridad para la inscripción; puede tratarse de comités, áreas específicas dentro de una autoridad sanitaria (ya sea central o local), del colegio de médicos/as, o dentro de un servicio, incluso puede encargarse directamente al/a director/a o jefa/e del servicio.

Por tratarse de un instrumento de política pública y no de un mero listado, se requiere una autoridad que constantemente gestione las necesidades del servicio sobre la base de la información contenida en el registro, integrada a las demás necesidades y características de cada efector o sistema de salud. En el caso de Noruega, por ejemplo, el registro debe ser actualizado constantemente; cada tres meses se evalúan las medidas implementadas en el trimestre anterior, y se implementan los cambios necesarios para mejorar el acceso a los servicios por parte de las/os pacientes, tanto la oferta como la calidad de las prestaciones.

3.2.8. Debe ser gestionado por autoridades sanitarias

Este punto se relaciona con la necesidad de involucrar a las autoridades sanitarias en la disposición de personal no objetor de manera permanente en todos los servicios, incluso si esto significa contratar personal no objetor, desplazar personal objetor, ya sea mediante traslados o destituciones en los casos en los que la mayoría del personal resulte objetor de conciencia (Corte Suprema de Justicia de Canadá, 1992b).

Las estrategias para esta administración, como se ha dicho, pueden darse en diversos niveles jerárquicos y territoriales, de forma intra- o interinstitucional, involucrando el nivel central o autoridades de control (como la defensoría del pueblo, el área de protección del paciente, etc.) conjuntamente con la autoridad sanitaria.

4. Conclusión

En este artículo pasé revista a una serie de posiciones sobre el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia ante la realización de ciertas prácticas vinculadas a los derechos reproductivos y describí diversas posibles soluciones tendientes a garantizar derechos de pacientes y profesionales, a la vez que mencioné sus aspectos positivos y negativos.

Es fundamental que, al momento de reflexionar sobre este tema, se tenga presente que los derechos sexuales y reproductivos son conquistas conseguidas especialmente por el movimiento de mujeres como resultado de importantes luchas. Las resistencias que históricamente se plantaron en su contra hacen que la defensa y protección del acceso a las prestaciones que los hacen efectivos sea una prioridad. La objeción de conciencia en materia de salud –y especialmente salud sexual y reproductiva– puede ser una barrera importante para el acceso a las prestaciones legales. Por las características de la relación entre médicas/os y pacientes es necesario que la

objección de conciencia sea regulada; y su uso, vigilado de manera estricta, para que no resulte un reconocimiento discriminatorio.

Como dije desde el inicio de este artículo, considero que la regulación de la objeción de conciencia garantiza que tanto el derecho a la libertad de culto de las/os profesionales de la salud como los derechos de las/os pacientes sean resguardados. Entiendo, por supuesto, que idealmente quienes ejerzan profesiones de la salud deberían conocer las prestaciones que supone la especialidad que eligen desempeñar, así como los valores morales que les son centrales y, por tanto, tendrían que realizar la evaluación moral, profesional y como ciudadanos/as antes de optar por un área de la práctica que se verán obligados/as a defraudar. Sin embargo, en el estado de cosas actual, las estrategias adoptadas en cuanto a la regulación presentan aristas muy interesantes, como quedó indicado a lo largo de este trabajo, para pensar en la posibilidad de implementar regulaciones locales que respondan a las necesidades particulares de la población y de los servicios de salud.

Finalmente, considero que, sea cual fuere la estrategia de regulación que se adopte, y pese a que existen unas mejores que otras, lo central es que no se deje en la indeterminación el alcance y las formalidades necesarias para que el uso de la objeción de conciencia sea legítimo y pueda, de este modo, cumplir con la finalidad de protección de la autodeterminación y la conciencia de los/as profesionales, al tiempo que se respete en todo sentido el derecho de quienes acuden a los servicios.

Una preocupación que continúa aún después de la revisión de las estrategias de regulación comparadas es la que se refiere a las estrategias para la publicidad de la calidad de objetor/a de las/os profesionales de manera que las pacientes lleguen a conocer efectivamente la calidad de objetor/a de su tratante, especialmente en el sistema público de salud, donde, por supuesto, existe menor capacidad de las usuarias/os de elegir libremente su profesional tratante. Propuestas no recogidas en las legislaciones, como la ubicación de carteles en la puerta del consultorio, o listados colgados en el área de recepción o mesa de entrada de los servicios, podrían ser una alternativa. En provincias como Santa Fe, se han habilitado espacios en la página web del Ministerio de Salud local en los que se puede consultar el listado provincial de objetores/as; sin embargo, considero que esta estrategia –si bien es un paso en dirección a garantizar a las/os usuarias/os el acceso a información tan relevante, no alcanza ya que a pesar del mayor acceso a Internet que se ha dado en los últimos años en el mundo, y en la Argentina en particular, existe un amplio sector de la población que no se verá realmente informado si se utiliza exclusivamente esta estrategia.

Bibliografía

Alegre, Marcelo: “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, en *Derecho y sexualidades*, SELA, 2009, paper 66. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66.

Alexander, John: “Promising, professional obligations, and the refusal to provide service”. *HEC*, Forum, 2005, Vol. 3, Nº 17, pp.178-195.

- Ajangiz, Rafael: "The European farewell to conscription?", en Lars Mjøset y Stephen van Holde (eds.), *The Comparative Study of Conscription in the Armed Forces (Comparative Social Research*, Emerald, Vol. 20, 2002, pp. 307-336.
- Ariza Navarrete, Sonia: "Resistencia al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia", en *Revista Derecho Penal*, Año I, N° 2, Buenos Aires, Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, septiembre 2012.
- Asociación de Profesionales de la Salud (ARHP): *The Single-Rod Contraceptive Implant*, 2008. Disponible en: <http://www.arhp.org/publications-and-resources/clinical-proceedings/Single-Rod/History>. (última consulta: noviembre de 2015)
- Balarezo Forttini, Juan: "La Publicidad Registral como Mecanismo de Seguridad Jurídica", en *Derecho Registral*, t. I, 2da. edición. Gaceta Jurídica, 1999, pp. 57-70.
- Blancarte, Roberto: *Laicidad y bioética. Aspectos sociales de la bioética*. México, Comisión Nacional de Bioética, 2009.
- Briozzo, Leonel: *Aborto provocado en condiciones de riesgo en Uruguay. Iniciativas Sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo (ISCAPCR) La experiencia del modelo de reducción de daños en aborto inseguro*, Clacai Digital, 2008.
- Burk, James: "Citizenship Status and Military Service: The Quest For Inclusion by Minorities and Conscientious Objectors", en *Armed Forces & Society Summer*, N° 21, 1995 pp. 503-529.
- Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina: "La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la solución del sector salud frente al 'problema' del aborto legal)", en Women's Worldwide (comp.), *Aproximaciones a la O.C. a partir de la experiencia de Colombiana con visión global*, Bogotá, 2013, pp. 95 - 116.
- Collins, Susan, et al.: "Current Status, historical Highlights and basic principles of harm reduction" en Alan Marlat et al. (comps.): *Harm Reduction. Pragmatic strategies for managing High-risks Behaviors*, Nueva York, Guilford Press, 2012, pp. 3-35.
- Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Dignitas Personae*, 2008.
- Consejo de Ministros de Italia: *Informe sobre objeción de conciencia de farmacéuticos*, 2011. Disponible en <http://www.palazzobjeciondeconcienciahigi.it/bioetica/eng/pdf> (última consulta: noviembre de 2015)
- Cook, Rebecca y Dickens, Bernard: "Access to emergency contraception" en *J. Obstet Gynaecol*, Canadá, Vol. 25, N° 11, 2003, pp. 914-916.
- Dirección de Estadísticas e investigación en Salud (DEIS): *Estadísticas vitales. Información básica, año 2012*. Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud de la Nación, 2013. Disponible en <http://www.deis.gov.ar/Publicaciones/Archivos/Serie5Nro56.pdf> (última consulta: noviembre de 2015)
- Dickens, Bernard: "Servicios de salud reproductiva y el derecho y ética de la objeción de conciencia", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 2009a, Vol. 13, pp. 2-9.

- “Legal protection and limits of conscientious objection: when conscientious objection is unethical”, en *Medicine and Law*, N° 28, 2009b, pp. 337-47.
- “Conscientious objection and professionalism”, en *Expert Rev. Obstet. Gynecol.*, Vol. 2, N° 4, 2009c, pp. 97-100.
- Diez Picazo, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V. II, Madrid, Tecnos, 1986.
- Fiala, Christian y Arthur, Joyce: “‘Dishonourable disobedience’. Why refusal to treat in reproductive healthcare is not conscientious objection. Woman”, en *Psychosom Gynaecol Obstet*, 2014. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.woman.2014.03.001> (última consulta: noviembre de 2015).
- Gascón Abellán, Marina: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1990.
- Heino, Anna; Gissler, M.; Apter, D. y Fiala C.: “Conscientious objection and induced abortion in Europe”, en *The European Journal of Contraception and Reproductive Health Care*, Vol. 18, 2013, pp. 231-233.
- Jarosch, Jeffrey Paul: “Finding space for opposing consciences: Rehabilitating the moral Marketplace for the emergency Contraception debate”, en *U.S.A. Northwestern University Law Review*, Vol. 103, N° 3, 2009, pp. 231-233 (doi:10.3109/13625187.2013.819848)
- May, William: “The composition and function of ethical committees”, en *Med Ethics journal*, Vol. 1, N° 1, abril de 1975, pp. 23-29.
- Mendoza del Maestro, Gilberto: “Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado”, en *Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica electrónica*, t. 177, Lima, agosto 2008.
- Ministerio de Salud de la Nación Argentina: *Protocolo para la Atención Integral de Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo*, 2015.
- Navarro-Valls, Rafael: “La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 2, 1986, pp. 47-48.
- Peces Barba, Gregorio: “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, N° 5, 1988-89, pp. 159-176.
- Rhodes, Rosamond: “Molding Professional Character”, en Kenny Nuala y Shelton Wayne (eds.), *Lost Virtue: Professional Character Development and Medical Education*, Elsevier Press, 2006, pp. 99-115.
- Rodriguez Torres, Jose Henrique: “El derecho a morir dignamente y la objeción de conciencia”, en *Revista Colombia Médica*, Universidad del Valle, Vol. 2, N° 46, 2015, pp. 52-53.
- Sanz Diez, Bergoña: *Algunas reflexiones sobre el marco legal para la utilización de la información administrativa con fines estadísticos*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2006.

Saunders, Peter: "Abortion and conscientious objection", en *Nucleus*, enero de 1996, volumen de primavera, pp. 9-14.

Uribe Villegas, Oscar: "Consideraciones Preliminares para un Esbozo de Programa de Estadística Aplicada a la Política", en *Revista Mexicana de Sociología*, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 22, N° 1, enero-abril de 1960, pp. 129-206.

Veatch, Robert: *A Theory of Medical Ethics*, Nueva York, Basic Books, 1981.

White, James: "Processing conscientious objection claims: a constitutional inquiry", en *California Law Review*, Vol. 56, N° 3, 1968, pp. 652-680.

Wicclair, Mark: *Conscientious objection in health care: an ethical análisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Documentos de asociaciones o colegios médicos:

Colegio de Médicos y Cirujanos de Ontario (The College of Physicians and Surgeons of Ontario): *Professional Obligations and Human Rights. Policy draft*, 2014. Disponible en: <http://policyconsult.cpsso.on.ca/wp-content/uploads/2014/12/Draft-Professional-Obligations-and-Human-Rights.pdf> (última consulta: noviembre de 2015)

Colegio de Médicos de Madrid: *Código de Deontología Médica*. Cap. VI, Art. 32 y ss. 2011.

Conferencia Internacional de Órdenes Médicas: *Guía de Ética Médica Europea*. París, 1987.

XXIV Asamblea Médica Mundial: *Declaración de Oslo sobre el aborto terapéutico*, 1979.

Sociedad Farmacéutica real de Gran Bretaña (Royal Pharmaceutical Society). *Código y estándares de ética (Code of Ethics and Standards)*, 2007. Disponible en <http://www.rpharms.com/code-of-ethics-pdfs/coeptt.pdf> (última consulta: noviembre de 2015)

Documentos oficiales:

Asamblea General de las Naciones Unidas: *Informe provisional preparado por Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos: El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Sexagésimo sexto período de sesiones, Tema 69 b). A/66/254 (03/08/2011).

Comité de Derechos Humanos: *Observación General N°22: comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Italia*, A/52/38/Rev. 1 (Part II, Pars. 322-364) (12/08/1997).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual del año 2000*. EA/Ser./L/V/II.11, doc. 20 rev. 16 abril 2001

Consejo de Europa: *Resolución 1763 de 2010. El derecho a la objeción de conciencia en los servicios de salud*. Disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/FeaturesManager-View-EN.asp?ID=950>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH): *Opinión consultiva 10/89: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 (libertad religiosa y de culto) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (14/07/1989).

Presidencia del Consejo de Ministros de Italia (Presidenza del Consiglio dei Ministri): *Nota sobre la objeción de conciencia de farmacéuticos frente a la venta de anticoncepción de emergencia (Note on the pharmacist's conscientious objection to the sale of emergency contraceptive products)*, 25 de febrero de 2011.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Informe Mundial sobre las Drogas*, 2012.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-239/97, 1997.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 355/06, 2006.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T -388/09, 2009.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-970/14, 2014.

Corte de apelaciones de Alberta, Australia, “Zimmer vs. Ringrose”. 28 AR 69, 1981.

Corte Europea de Derechos Humanos, “Pichon and Sajous vs. France” (Exp. N° 49853/99) decisión (inadmisibilidad) (02/10/2001).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), Caso 9647, “James Terry Roach y Jay Pinkerton” (Estados Unidos), informe 3/87 (22/08/1987).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), Caso 2137, “Testigos de Jehová c/ Argentina”, informe 02/79 (05/03/1979).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), Caso 9903, “Rafael Ferrer-Mazorra c/ Estados Unidos”. Informe N° 51, 2001.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), “Ascencio, José Hernán s/ Amparo”, 09/09/1982 – Fallos: 304:1293.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva” (13/03/2012).

Corte Suprema de la Nación Argentina (CSJN), Portillo, Alfredo, abril 18, 1989, JA 1989-II-657.

Corte Suprema de Justicia de Canadá, “Norberg vs. Wynrib”. File No.: 21924, 1991: June 19; 1992: June 18. [1992a] 2 SCR 226.

Corte Suprema de Justicia de Canadá, “Moore vs. British Columbia” (Ministry of Social Services) [BCHRC (1992b), 17 C.H.R.R. D/426].

Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 8 de noviembre de 2007, No. 27.388. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de los Estados Unidos, “Dickinson vs. UU.EE.”, 346 U.S. 389 (1953).

Supremo Tribunal Administrativo de Bavaria del 03/07/1990, “BayVGH DVB1”. 1990, 880-82 (F.R.G.) (Estados Unidos), informe 51/01 (04/04/2001).

Corte de Apelaciones (Court of appeal), “Alberta, Canadá. Zimmer vs. Ringrose” (1981) 124 DLR (3d) 228-226.

Corte de Apelaciones (Court of appeal), “Vancouver, Canada. Moore vs. British Columbia Ministry of Social services”. Decision 24, Canadian Human Rights report V. 17, Vancouver.

Corte Suprema de Justicia de Gran Bretaña (House of Lords, Great Britan), “Royal College of Nursing of the United Kingdom vs. Department of Health and Social Security”. Great Britain. England. House of Lords (Jan 1981) [1981] AC 800, [1981] 1 All ER 545 CA and HL(E), [1981] 2 WLR 279, [1980] UKHL 10. Disponible en <http://swarb.co.uk/royal-college-of-nursing-of-the-united-kingdom-v-department-of-health-and-s-objeción-de-concienciaial-security-hl-1981/>

Corte Suprema de Justicia de Gran Bretaña (House of Lords, Great Britan), “Janaway vs. Salford Health Authority”. Great Britain. House of Lords. 1988 Dec 1;[1988] 3:1079-84.

Tribunal Constitucional español. Sentencia del 25 de junio de 2015 en el recurso de amparo avogado núm. 412-2012. Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_052/2012-00412STC.pdf

Noticias

Ámbito Jurídico: “Eutanasia: 15 años esperando reglamentación”. 20/07/15. Disponible en [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120221-02_\(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion\)/noti-120221-02_\(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion\).asp?print=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120221-02_(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion)/noti-120221-02_(eutanasia_15_anos_esperando_reglamentacion).asp?print=1) (última consulta: noviembre de 2015).

Diario *Perfil*: “¿Quién es Jorge Mario Bergoglio, el nuevo Papa Francisco?”. Publicado 13/03/13. Disponible en: <http://www.adnpolitico.com/noticias/2013/03/13/quien-es-jorge-mario-bergoglio-el-nuevo-papa-francisco-i> (última consulta: noviembre de 2015).

Diario *La Arena Digital*: “Un repaso por las opiniones de Bergoglio”. Publicado 4/03/13. Disponible en: http://www.laarena.com.ar/avances/un_repaso_sobre_las_opiniones_de_bergoglio-20596.html (última consulta: noviembre de 2015).

El País: “Legalizada la objeción de conciencia en la República Federal de Alemania”, Madrid, archivo *El País*, publicado 2/08/77.

La Prensa: “Eutanasia: Colombia regula muerte digna para pacientes terminales”. Sección mundo. 22/04/15. Disponible en http://www.prensa.com/mundo/Colombia-regula-muerte-pacientes-terminales_0_4192080905.html#sthash.2xOeKonG.dpuf (última consulta: noviembre de 2015).

Diario *El País*. “Mar Marín. Papa Francisco. En el libro sobre el cielo y la tierra”. 17/03/13.

Schneider, Keith: “Dr. Jack Kevorkian Dies at 83”. *The New York Times*, 03/06/11.

The New York Times: “A Doctor Who Helped End Lives”. Publicado 03/06/11. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2011/06/04/us/04kevorkian.html?pagewanted=all> (última consulta: noviembre de 2015).

National Abortion Federation: “More Italian Doctors Refusing to Provide Abortion Care”. 04/08/08. Disponible en: <http://www.prochoice.org/blog/2008/04/more-italian-doctors-refusing-to.html> y <http://blog.prochoice.org/2008/04/more-italian-doctors-refusing-to.html>

Servicio de prensa del Vaticano: “Objeción de conciencia, educación sexual y libertad religiosa”. Publicado en Catholic.net, discursos papales. Disponible en: <http://www.es.catholic.net/op/articulos/11091/cat/484/objecion-de-conciencia-educacion-sexual-y-libertad-religiosa.html> (última consulta: noviembre de 2015).

PARTE III

DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

EL ABORTO EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

*Susana Chiarotti**

1. Introducción

Este artículo tiene como objetivo central resumir los argumentos utilizados dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) en los debates sobre el aborto, y se propone como una introducción a esta jurisprudencia que, examinada más atentamente, puede brindar un sinnúmero de recursos jurídicos para avanzar en la garantía de los derechos reproductivos por parte del Estado.

Previamente, se abordan de manera sintética la composición, historia y funcionamiento del SEDH y las normas convencionales utilizadas en los casos que se sustanciaron ante el sistema, desde su creación. Incluiremos no sólo sentencias dictadas por el actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR, por sus siglas en inglés), sino también los dictámenes emitidos por los órganos que estuvieron vigentes desde 1954 hasta 1999 y 1998, respectivamente, o sea, la anterior Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que funcionaban en un sistema parecido al del actual sistema interamericano de derechos humanos. Los casos se presentan en orden cronológico.

2. El sistema europeo de derechos humanos y las normas convencionales vinculadas al aborto

El SEDH comenzó a funcionar en 1954, con una comisión, y un tribunal o corte. Al igual que en el sistema interamericano, las personas o grupos no podían acudir con una petición de manera directa a la Corte sino que tenían que recurrir primero a la Comisión, que determinaba

* Integrante del Comité del Comité de Expertas en Violencia (CEVI), parte del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem Do Pará de la OEA (MESECVI); Directora del Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR); fundadora del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales (CEJIS); excoordinadora regional del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM). Abogada por la Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Derecho de Familia; Profesora en la Maestría de Género de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Rosario.

si el caso estaba bien fundado, y si lo era, habilitaba su envío a la Corte. El Protocolo 11, que entró en vigencia el 31 de octubre de 1998, unificó los dos cuerpos y cambió la reglamentación, lo que permitió que los individuos o grupos de individuos acudan al Tribunal directamente.

El actual ECHR,¹ también llamado Corte Europea, con sede en Estrasburgo (Francia), funciona desde el año 1998, cuando reemplazó al sistema mixto. Está compuesto por 47 jueces –uno por cada país integrante de la Unión Europea– elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa por seis años, con opción a ser reelectos.

La norma convencional eje del sistema europeo es la Convención Europea de Derechos Humanos² (CEDH), que convierte en mandato vinculante muchas de las normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Consta de tres títulos en los que aborda los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas (título I); el funcionamiento y la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional a cargo de garantizar el cumplimiento de la Convención (título II); y cuestiones de vigencia de la Convención (título III). A lo largo de los años, la convención fue modificada por varios protocolos adicionales. La Convención consagra principalmente derechos civiles y políticos, y ha sido ratificada por todos los países de la Unión Europea. Los derechos sociales y económicos fueron reconocidos posteriormente en la Carta Social Europea³ de 1961. En los casos sobre aborto sustanciados dentro del SEDH, las normas más debatidas fueron las contenidas en el artículo 8 (privacidad) y en el artículo 2 (vida). El artículo 8 dice:

Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por otro lado, el artículo 2 dispone: “Derecho a la vida: Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. El derecho de *toda persona* a la vida está protegido por la ley” (el destacado me pertenece).

1. Esta Corte también es llamada Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo.

2. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 en Roma y entró en vigor en 1953.

3. La Carta Social Europea fue firmada en Turín el 16 de octubre de 1961. Una versión nueva de la Carta (revisada en 1996) entró en vigencia en 1999. Los derechos contenidos en esta carta: trabajo, asociación gremial, seguridad social, el derecho de todas las personas a la asistencia social y a la salud –este último, de gran relevancia en relación con el derecho a servicios de salud reproductiva–, derechos de los trabajadores migrantes, etc., cuentan con un mecanismo de protección más débil, consistente en un sistema de *informes* sobre cómo están llevando a cabo las disposiciones de la Carta, que tienen que presentar los Estados a un Comité de Status independiente, nombrado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Otros argumentos invocados por parte de las/os peticionarios en los casos de aborto involucran los artículos 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión),⁴ 11 (libertad de reunión y asociación),⁵ 12 (derecho a contraer matrimonio),⁶ 14 (prohibición de discriminación),⁷ 17 (prohibición del abuso de derecho),⁸ y 18 (limitaciones a las restricciones de derechos).⁹

En general, el artículo 2, sobre el derecho a la vida, ha sido invocado por aquellos peticionarios que se oponían al derecho al aborto, en su mayoría, maridos que se negaban a que sus esposas interrumpieran el embarazo, como en “Paton vs. Reino Unido”; “X vs. Reino Unido”; “RH vs. Noruega”; y “Boso vs. Italia”. Quienes reclamaban el derecho al aborto o su ampliación, en cambio, invocaron el derecho a no sufrir injerencias en la vida privada, a la libertad de información, opinión y conciencia, y a las otras libertades y derechos, como se puede ver en los casos “Brüggemann y Scheuten vs. Alemania”; “Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda”; “Tyziac vs. Polonia”; y “A, B y C vs. Irlanda”.

3. Los casos más relevantes

En el primer caso debatido –“Brüggemann y Scheuten vs. Alemania”, presentado en 1975 y resuelto en 1977 (ECHR, 1977)–, las demandantes alegaron fundamentalmente una violación

4. “Artículo 9: Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

5. “Artículo 11: Libertad de reunión y de asociación: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

6. “Artículo 12: Derecho a contraer matrimonio: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

7. “Artículo 14: Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

8. “Artículo 17: Prohibición del abuso de derecho: Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

9. “Artículo 18: Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos: Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas”.

del artículo 8 de la Convención por parte de la República Federal de Alemania debido a que la reforma de la legislación penal restringía su derecho al aborto. De acuerdo con el artículo 218a del Código Penal alemán, en la versión de la XV Reforma de la Ley Penal del 18 de mayo de 1976, un aborto practicado por un médico *no es punible* si la interrupción del embarazo es recomendable a fin de evitar a la mujer embarazada el peligro de sufrir una angustia grave que no se pueda evitar de otra manera y que no se le puede obligar a soportar. En particular, el aborto es admitido si la continuación del embarazo genera un peligro para la vida o la salud de la mujer, si tiene razones para temer que el niño puede sufrir de una lesión incurable a su salud o si el embarazo es el resultado de un delito. *La mujer debe buscar asesoramiento sobre las implicancias médicas del aborto, así como sobre la asistencia pública y privada disponible para las mujeres embarazadas, las madres y los niños.*

En presencia de cualquiera de las indicaciones anteriores, la propia mujer embarazada estaba exenta de cualquier castigo si el aborto era practicado por un médico dentro de las primeras 22 semanas de embarazo, y *si había hecho uso de la consejería médica y social*. Las peticionantes consideraron que esta regulación era restrictiva e invadía su privacidad. La exigencia de acudir de manera obligatoria a la consejería médica y social era una imposición arbitraria. La consejería debía ser voluntaria, pero no imponerse.

Además, las demandantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención, ya que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal tuvo fundamentos religiosos, con lo cual se vulneró el derecho de las personas a la libertad de conciencia y religión. También alegaron la violación de los artículos 9 y 11 de la Convención sobre la base de que el Tribunal Constitucional había interferido con la separación de poderes estipulada en la Convención. Alegaron además que se estaría violando el artículo 12 de la Convención (derecho a contraer matrimonio) porque las restricciones al aborto las obligarían a tener hijos fuera del matrimonio, y los niños ilegítimos reducen las posibilidades de su madre para casarse. Por último, se invocaron también los artículos 14, 17 y 18 de la Convención. La Comisión rechazó por unanimidad los argumentos basados en los artículos 9, 11, 12, 14, 17 y 18, pero admitió estudiar la petición sobre la violación del artículo 8, es decir, el derecho a la privacidad. En su análisis del alcance de este derecho, la Comisión dictaminó que:

55. El derecho a la privacidad [...] debe asegurar al individuo una esfera dentro de la cual se pueda buscar libremente el desarrollo y realización de su personalidad. En este sentido, también debe tener la posibilidad de establecer relaciones de diversos tipos, incluyendo las relaciones de tipo sexual, con otras personas. En principio, por lo tanto, cada vez que el Estado establece reglas para el comportamiento del individuo dentro de este ámbito, interfiriendo con el respeto a la vida privada, debe justificar esa interferencia a la luz del artículo 8 (2). 57. [...] también comprende, en cierta medida, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, especialmente en el campo emocional para el desarrollo de la propia personalidad (CEDH, 1977).

La Comisión consideró que no toda regulación de la terminación del embarazo constituye una interferencia en la vida privada de la mujer, y que el artículo 8 no debía ser interpretado en el sentido de que el embarazo y su terminación es un tema pertinente a la vida privada de la mujer,

solamente. Asimismo, observó “que no hay un solo Estado miembro de la Convención que, de una manera u otra, no establezca normas jurídicas en esta materia” (CEDH, 1977).

En este caso, la Comisión concluyó que el requisito de la asesoría previa al aborto no violaba el artículo 8, por no constituir una interferencia ilegal al derecho a la privacidad, sino que era parte de la facultad del Estado de regular el aborto. Sin embargo, la Comisión consideró que “una prohibición absoluta del aborto sería una interferencia inadmisibles con el derecho a la vida privada contenido en el artículo 8” (CEDH, 1977).

En el siguiente caso, “Paton vs. Reino Unido” –decidido también por la Comisión Europea de Derechos Humanos–, el peticionante, marido de la mujer embarazada, al que la justicia del Reino Unido le había negado una orden judicial para evitar que su mujer interrumpiera su embarazo, se presentó ante la Comisión alegando que se estaría violando el derecho a la vida del feto, que estaría protegido por el artículo 2 de la CEDH (1980). También se violaría el derecho a la protección de la vida privada (art. 8).

La Comisión resolvió que, con respecto a la aplicación concreta de las limitaciones explícitas al derecho a la vida en la Convención, el lenguaje “toda persona” (en inglés: *everyone* en francés: *toute personne*) no incluye a los no nacidos. Otorgar derecho a la vida al *nasciturus* significaría, alega la Comisión, otorgarle una *primacía indebida* a la vida de aquel en detrimento de la de la mujer. Asimismo, sostuvo que, aun si al feto le competiese alguna protección, el artículo 2 del CEDH no impediría que una mujer obtuviera un aborto durante la primera etapa del embarazo para proteger su salud física y mental.

De esta manera, la Comisión otorgó prevalencia a los derechos de la mujer embarazada, ya que la vida del *nasciturus* carece de autonomía plena al estar íntimamente conectada a la vida de la embarazada y no puede ser analizada aislándola de ella. Según la Comisión:

(l) la vida del feto está íntimamente conectada con la vida de la mujer embarazada y no puede considerarse de manera aislada de ella. Si el artículo 2 cubriera al feto y su protección en virtud de este artículo fuera, en ausencia de cualquier limitación expresa, considerada como absoluta, el aborto debería ser considerado prohibido, incluso cuando la continuación del embarazo implicara un riesgo grave para la vida de la mujer embarazada. Esto significaría que la “vida por nacer” del feto tendría un valor superior a la vida de la mujer embarazada (Comisión Europea de Derechos Humanos, 1980).

La Comisión también consideró que el derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el artículo 8 de la CEDH, no es tan amplio como para otorgarle al marido el derecho a reclamar en contra de la decisión de su esposa de realizar un aborto.

En el caso “X vs. Reino Unido”, decidido en 1980, se consideró la petición de un hombre que reclamaba porque a su esposa se le había permitido un aborto por razones de salud. En esta oportunidad, si bien la Comisión no rechazó la posibilidad de que el padre potencial fuera considerado víctima en relación con la violación del derecho a la vida, concluyó que el término “*everyone*” del artículo 2 no podía aplicarse prenatalmente.

La Comisión analizó el texto y el contexto del artículo 2 de la CEDH. Al hacerlo, aclaró que la expresión “toda persona” (*everyone*) es usada en varios artículos de la Convención, (1, 2 parr. 1, 5, 6, 8 al 11 y el 13); que no está definida por la convención, y que su uso, en casi todos estos

casos, es tal que sólo puede ser aplicado posnacimiento. En principio, ninguno de esos artículos indica que podría ser usado prenatalmente.

Luego de examinar las limitaciones y excepciones del derecho a la vida (art. 2, parr. 2), la Comisión concluyó que todas las limitaciones al derecho a la vida (pena de muerte, defensa de la persona frente a la violencia ilegal, arresto o prevención de fuga de una persona legalmente detenida, motín o insurrección), por su naturaleza, sólo concierne a personas ya nacidas y no puede ser aplicada a fetos o embriones humanos. En consecuencia, el uso general del término “*everyone*” en la Convención, así como su uso en el contexto del artículo 2, apoya la idea de que la vida prenatal no está incluida. De este modo, el reclamo del marido no fue atendido por ser contrario a derecho.

El 19 de mayo del año 1992, la Comisión resolvió el caso “RH. vs. Noruega”. En él, la comunicación había sido presentada por un marido que deseaba evitar el aborto de la pareja, alegando que se violaría el derecho a la vida del feto. En esta oportunidad, entendió que Noruega había actuado dentro de sus debidos márgenes de apreciación al permitir el aborto en las doce primeras semanas, extensibles a dieciocho bajo autorización estatal, y que tal legislación no vulneraba el artículo 2 de la Convención ya que este no incluye al no nacido en su comprensión de los sujetos incluidos al proteger el derecho a la vida. La Comisión sostuvo que la decisión estatal había sido tomada dentro del margen de discrecionalidad del Estado y desestimó la denuncia por manifiestamente infundada.

En 1992 la Corte dictaminó en el caso “Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda”, relacionado con dos centros médicos, Open Door Counselling Ltd. (que había dejado de funcionar en 1988) y Dublin Well Woman Centre Ltd. Ambos proveían servicios de planificación familiar, derechos reproductivos, examen de mamas, infertilidad, inseminación artificial y asesoramiento para mujeres embarazadas. En el marco de estas actividades, los centros brindaban información sobre las opciones que tenían las mujeres, incluyendo la de interrumpir el embarazo. Era un asesoramiento no prescriptivo, es decir, no influían en la decisión de la mujer de realizarse o no un aborto, sino que brindaban información objetiva acerca de esta opción en Gran Bretaña, si era lo que la mujer deseaba. En algunos casos, la Dublin Well Woman Centre hacía arreglos de viaje para aquellas mujeres que deseaban hacer uso de instalaciones de este tipo en Gran Bretaña.

En junio de 1985, una organización “antiderechos”, la Sociedad para la Protección del Niño No Nacido (SPUC), interpuso un recurso contra los dos centros afirmando que la práctica de la consejería de ambos centros violaba el artículo 40.3.3 de la Constitución de la República de Irlanda. Este reclamo tuvo éxito, al menos inicialmente. En marzo de 1988, la Corte Suprema de Irlanda, confirmando una sentencia de un Alto Tribunal, dictaminó que era ilegal ayudar a las mujeres embarazadas a viajar al extranjero para obtener un aborto, así como proporcionar información sobre esas clínicas en el extranjero. En un fallo unánime, la Corte Suprema de Justicia emitió una orden judicial que disponía que ninguno de los dos centros podía ayudar a las mujeres embarazadas dentro de la jurisdicción de Irlanda, ni para viajar al extranjero para obtener abortos mediante la derivación a una clínica, ni realizar arreglos de viaje, ni informarles de la identidad y ubicación de clínicas especializadas.

En su denuncia ante la Comisión, las entidades peticionarias –Open Door Counselling y Dublin Well Woman Centre– afirmaron ser víctimas de una violación del artículo 10 de la Convención

(derecho a la libertad de expresión, opinión, información), ya que la orden judicial de la Corte Suprema violaba los derechos de las organizaciones demandantes a dar información, así como los derechos de la señora X y de la señora Geraghty a recibirla. El caso fue llevado a la Corte Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea dictaminó que, efectivamente, había habido una violación del artículo 10, ya que la medida cautelar de la Corte Suprema de Irlanda interfirió con la libertad de difundir información. Para determinar si dicha interferencia significaba una violación del artículo 10, la Corte evaluó si esta estaba justificada, o sea, si era una restricción “prescripta por la ley”, necesaria en las sociedades democráticas en alguna de las áreas especificadas en el artículo 10, párrafo 2.

En opinión de la Corte, esta intervención no podía justificarse en virtud del artículo 10, párrafo 2, ya que la restricción a esas libertades no había sido “establecida por la ley”. La Corte sostuvo que no se podía aceptar que las restricciones en cuestión buscaran prevenir el crimen, dado que ni la proporción de dicha información ni la facilitación de un aborto fuera de la jurisdicción de Irlanda eran delitos penales. El principal argumento para la posición de la Corte era que bajo la ley irlandesa no era un delito obtener un aborto en el extranjero, o viajar al extranjero para ese propósito. Además, la orden judicial había limitado la libertad de dar y recibir información sobre servicios legales en otros países que forman parte de la CEDH y que pueden ser cruciales para la salud y el bienestar de las mujeres.

Asimismo,

la Corte no puede aceptar que la discreción del Estado en el área de la protección de la moral no tenga límites ni sea evaluable [...] A la Corte le sorprende la naturaleza absoluta de la orden judicial que impuso una restricción “perpetua” a la provisión de información para las embarazadas sobre el aborto en el extranjero, más allá de la edad, el estado de salud y las razones que pudieran tener para buscar asesoramiento sobre la interrupción del embarazo. En esa área la restricción era demasiado amplia y desproporcionada (ECHR, 1992, párrafos 68 y 74).

Además, la evidencia disponible, que no fue disputada por el gobierno, sugiere que la orden judicial creó un riesgo para la salud de aquellas mujeres que ahora quieren someterse a un aborto durante los últimos meses del embarazo, debido a la falta de asesoramiento adecuado, y además les priva de la supervisión médica habitual que debería realizarse después de un aborto [...] También, la orden judicial puede tener mayores efectos negativos en las mujeres que no tienen los recursos suficientes ni los niveles de educación necesarios para tener acceso a las fuentes de información alternativas. Ciertamente, estos son factores legítimos para tener en cuenta a la hora de evaluar la proporcionalidad de la restricción (ECHR, 1992, parr. 68, 74 y 77).

De esta manera, la Corte concluyó que la restricción impuesta a los demandantes para dar y recibir información no era proporcional a los objetivos que se buscaban. Por ende, concluyó que el Estado de Irlanda había violado el artículo 10 de la CEDH.

En “Boso vs. Italia”, resuelto el 5 septiembre de 2002, el ECHR determinó que el aborto puede llevarse a cabo para proteger los intereses de la mujer. El señor Boso había demandado al Estado italiano por permitirle a su esposa interrumpir un embarazo. Invocó el artículo 2, indicando que

la legislación italiana permitía la violación al derecho a la vida del feto y a la vez violaba su derecho a la no injerencia en su vida privada.

El ECHR rechazó el argumento de que la ley italiana que autoriza el aborto era contraria al artículo 2 de la Convención. En opinión del Tribunal, las disposiciones que legalizan el aborto buscan un justo equilibrio entre, por un lado, la necesidad de garantizar la protección del feto y, por otro, los intereses de la mujer. Teniendo en cuenta las condiciones necesarias para la interrupción del embarazo y las circunstancias particulares del caso, el ECHR no consideró que el Estado demandado hubiera ido más allá de su facultad discrecional en un área tan sensible. “La legislación que regula la interrupción del embarazo toca a la esfera de la vida privada”, ya que “cuando una mujer está embarazada su vida privada comienza a estar en estrecha relación con el desarrollo del feto” (ECHR, 2002: 5, traducción propia).

El ECHR reafirmó argumentos sostenidos por la Comisión en el sentido de que el derecho del padre potencial al respeto de su vida privada y familiar no puede ser interpretado de forma amplia como para abarcar el derecho a ser consultado o a recurrir a un tribunal sobre un aborto que su esposa desea realizarse. El ECHR consideró que la interpretación de los derechos de un padre potencial en virtud del artículo 8 de la Convención cuando la mujer tiene la intención de tener un aborto debe, sobre todo, tener en cuenta los derechos de ella, quien es la persona directamente afectada por el embarazo y su continuación o terminación. Aquí el ECHR reafirmó la jurisprudencia sentada por la Comisión en los casos “X vs. Reino Unido” y “RH vs. Noruega”.

En el año 2004, el ECHR resolvió el caso “Vo vs. Francia”. La señora Thi No Vo, de origen vietnamita, había realizado una consulta en el hospital por su embarazo. Se la confundió con otra persona (con la señora Thi Thanh Van Vo), debido a la negligencia de un médico, y se le provocó el aborto de un feto de 20 semanas. La señora Vo acudió entonces a la Corte Europea alegando la violación del artículo 2 de la CEDH. La demandante cuestionó la ausencia de un recurso criminal en el sistema jurídico francés para castigar la destrucción no intencional de un no nacido. Esta falta vulneraba el artículo 2 de la Convención, pues constituía un incumplimiento del Estado demandado de proteger, mediante la ley, el derecho a la vida.

El ECHR, luego de declarar abiertamente que “no es deseable, ni siquiera posible, atendida la situación actual, responder en abstracto la cuestión de si el no nacido es una persona para los efectos del artículo 2 de la Convención” (ECHR, 2002),¹⁰ rechazó el recurso. Según el ECHR, el no nacido no es titular del derecho a la vida protegido por el artículo 2 de la CEDH, y si el no nacido efectivamente tuviera un derecho a la vida, este estaría implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre.

Además, agrega la Corte, no sería necesario penar criminalmente toda infracción al derecho a la vida cuando aquella no es intencional. Existen alternativas civiles y disciplinarias; en el caso en cuestión, la peticionaria tenía a su disposición una acción administrativa por perjuicios. Concretamente el ECHR consideró que determinar cuándo comienza la vida queda dentro del margen de apreciación del que gozan los Estados (ECHR, 2002).¹¹

10. “It is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention” (ECHR, 2002, considerando 85).

11. “The unborn child is not regarded as a ‘person’ directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a ‘right’ to ‘life’, its is implicitly limited by the mother’s rights and interests. The

La cuestión de cuándo comienza el derecho a la vida está incluida dentro del margen de apreciación del cual la Corte, en general, considera que deben gozar los Estados en esta materia [...]. Las razones para tal conclusión son, en primer lugar, que la cuestión de tal protección no ha sido resuelta en la mayoría de los Estados parte, ni en Francia en particular, donde aún se debate [...] y, en segundo lugar, que no existe un consenso europeo sobre la definición científica y legal del inicio de la vida (ECHR, 2002, considerando 82).

Por ello, la facultad de determinar las causas lícitas de interrupción voluntaria del embarazo está librada a la decisión soberana de cada Estado.

En “Tysiatic vs. Polonia”, del año 2007, la demandante era una mujer nacida en Varsovia en 1971 que sufría una miopía grave desde los seis años y era madre de dos niños nacidos por cesárea. En febrero del año 2000 había quedado nuevamente embarazada; a las pocas semanas los médicos le recomendaron controles permanentes, considerar la posibilidad de esterilización después del parto y tomar precauciones severas, ya que el estudio de su retina mostraba un peligro de agravamiento de su dolencia por el embarazo y el parto. Frente a semejante panorama, la paciente les solicitó un certificado para interrumpir el embarazo, requisito exigido por la ley polaca para justificar el aborto.

No obstante este diagnóstico, los médicos se negaron a expedir el certificado, alegando que la retina podía desprenderse como resultado del embarazo y parto, pero no era seguro que ello ocurriese. La paciente Tysiatic consultó el 20 de abril de 2000 a un médico clínico, quien le certificó que el tercer embarazo constituía un peligro para su salud porque había riesgo de ruptura del útero, dado que los partos anteriores habían sido por cesárea, y porque el problema visual requería evitar esfuerzos físicos, aspecto difícil de cumplir por la existencia de sus otros hijos.

El parto se produjo en noviembre del año 2000. Seis semanas más tarde, su vista desmejoró sensiblemente y a un año del parto solo veía hasta un metro y medio (antes del parto, con un ojo veía a cinco; y con el otro, a seis). El 14 de marzo de 2001 visitó a otro médico, quien le advirtió el riesgo de quedar ciega, sin posibilidades quirúrgicas, y le sugirió estudiar el alfabeto Braille. El 29 de marzo de ese año inició acciones penales contra el médico que le había negado el certificado para acceder a la interrupción del embarazo por razones de salud. La investigación fiscal, luego de requerir informaciones del distrito médico, reportó que no habría habido daño si el parto se hubiera hecho por cesárea. El fiscal pidió la formación de un panel integrado por tres médicos de distintas especialidades, que informaron que ni el embarazo ni el parto habían sido de un impacto significativo para empeorar la visual de AT. El reporte fue apelado por AT por varias razones, incluyendo que estaba firmado por tres expertos y sólo uno la había revisado. En agosto de 2002, la Corte de Distrito de Varsovia tomó la decisión final de terminar con la investigación, considerando que ni el embarazo ni el parto habían influido en el problema de visión de Tiziatic. AT también inició acciones reclamando la sanción disciplinaria de los dos médicos que tuvieron más participación en el caso, que fue desestimada por la Cámara de Médicos, que declaró que no había habido negligencia médica.

Agotada la vía interna, AT acudió al ECHR. Allí, el debate se centró en la obligación positiva del Estado de “respeto efectivo” de la vida privada del individuo contra la arbitrariedad de los

Convention institutions have not, however, ruled out the possibility that in certain circumstances safeguards may be extended to the unborn child” (ECHR, 2002, cons. 80).

poderes públicos (ECHR, 2007). El TEDH ECHR observó que en Polonia se combinaba la prohibición del aborto prevista en la ley con el riesgo para los médicos de ser acusados de un delito en virtud del artículo 156.1 del Código Penal, lo que podría tener un efecto disuasorio a la hora de revisar si se reúnen las condiciones para autorizar un aborto legal. Por ello, es obligación del Estado formular las condiciones para acceder al aborto legal de tal manera que se atenúe ese efecto, e “implementar la legislación que especifique las condiciones que rigen el acceso a un aborto legal” (ECHR, 2007, parr. 123).

En los casos de aborto autorizado, el marco legal *no debe limitar el acceso a la intervención, sino garantizarla*. La naturaleza misma de las cuestiones en juego involucradas en la decisión de interrupción de un embarazo es tal que el factor tiempo tiene una importancia crucial. Los procedimientos establecidos deben, pues, concebirse para que estas decisiones sean tomadas oportunamente, para prevenir o limitar el perjuicio para la salud de la mujer que podría resultar de un aborto tardío.

El ECHR analizó este caso desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado, y concluyó que el gobierno de Polonia había violado el derecho de Alicja Tysi c a la vida privada y a la integridad física y mental, al no haberle proporcionado servicios de aborto legal y un marco jurídico global que garantizara sus derechos. Indicó, además, que los gobiernos tienen el deber de establecer mecanismos efectivos para garantizar a las mujeres el aborto en los casos en los que está permitido. El Tribunal manifestó que: “(a)unque las normas estatales sobre el aborto hacen referencia al equilibrio tradicional entre vida privada e interés público, deben –en el caso de un aborto terapéutico– evaluarse también frente a las obligaciones positivas del Estado de garantizar la integridad física de las futuras madres”.¹²

En el caso de “A, B y C vs. Irlanda”, cuyo dictamen fue pronunciado el 6 de diciembre de 2010, las peticionarias, que se vieron obligadas a salir de Irlanda para abortar, cuestionaron la ley de su país, que sólo admite el aborto legal en caso de peligro para la vida de la mujer, argumentando que dicha legislación ponía en riesgo su salud.

A, B y C se habían visto obligadas a viajar a Gran Bretaña para conseguir un aborto, cada una de ellas en diferentes circunstancias. La demandante A vivía en la pobreza cuando, sin desearlo, quedó embarazada. Sus hijos estaban bajo el cuidado del Estado, pero ella estaba en proceso de recuperar su custodia. La mujer pensó que otro hijo pondría en riesgo la unificación de su familia. La demandante B se enteró de que corría el riesgo de un embarazo ectópico. Como era una condición que amenazaba su vida, decidió recurrir a un aborto. La demandante C había pasado por un tratamiento de quimioterapia de tres años de duración para curar un cáncer, y cuando el cáncer remitió, quedó embarazada contra su deseo. Sin saber que estaba embarazada en aquel momento se sometió a una serie de pruebas para determinar su estado de salud. Las pruebas que le realizaron no eran aconsejables durante el embarazo. Cuando tomó conocimiento de su estado, no pudo encontrar un médico dispuesto a determinar si su vida corría riesgo si llevaba a término el embarazo, ni cómo podría haber sido afectado el feto por las pruebas. Entonces decidió abortar (Centro de Derechos Reproductivos, 2011).

12. “The Court notes that in the case before it a particular combination of different aspects of private life is concerned. While the State regulations on abortion relate to the traditional balancing of privacy and the public interest, they must –in case of a therapeutic abortion– also be assessed against the positive obligations of the State to secure the physical integrity of mothers-to-be” (ECHR, 2007: parr. 107).

En su fallo, el ECHR concluyó que Irlanda había violado el derecho a la vida privada de la demandante C; que en Irlanda había obstáculos graves para acceder a prácticas médicas que permitieran proteger la vida de la mujer y que el Estado debía legislar para proveer servicios de aborto cuando está en riesgo la vida de la mujer. El fallo determina que la prohibición del aborto en Irlanda violó los derechos humanos de una mujer, que se vio obligada a salir del país con el fin de conseguir un aborto para proteger su vida.

Si bien el fallo del ECHR reconoce que la ley irlandesa sobre el aborto es restrictiva; que no concuerda con el resto de Europa; que tuvo un impacto negativo en las demandantes A y B; considera que en el Estado irlandés la protección a la salud de las mujeres ofrecida por la ley es suficiente dado que se permite que las mujeres viajen fuera del país para conseguir un aborto y obtengan información sobre dónde conseguirlo en el extranjero. Además, el Tribunal consideró que era Irlanda quien debía determinar las bases bajo las cuales una mujer debe tener el derecho legal a un aborto, incluidas las circunstancias en las que su salud está en riesgo.

4. Reflexiones finales

En estos 35 años de jurisprudencia sobre el tema del aborto, el SEDH ha desarrollado varios argumentos que favorecen el reclamo por el aborto y la autonomía reproductiva de las mujeres. Al analizar la extensión del derecho a la vida, el SEDH ha aclarado que el no nacido no está incluido en la categoría de personas protegidas por el artículo 2 y que, aun en el caso de que lo estuviera, no podría oponerse ese derecho al de autodeterminación de la mujer. Asimismo, se ha realizado una ponderación entre el derecho del no nacido y los intereses y derechos de la mujer, indicando que no se pueden poner al mismo nivel porque sería otorgar al no nacido un privilegio sobre los derechos de la persona ya desarrollada.

Al analizar el alcance del derecho a la privacidad, el SEDH ha aclarado que no es tan amplio como para otorgarle al potencial padre el derecho a tomar determinaciones sobre un embarazo, ya que este es un proceso que involucra directamente al cuerpo de la mujer y es ella, por tanto, quien debe tomar las decisiones sobre lo que le afecta.

Esperamos que esta breve introducción sirva como aliciente para profundizar en la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos. La interacción entre todos los sistemas de derechos humanos y su sincronía creciente han favorecido la incorporación mutua de jurisprudencia de avanzada. En ese sentido, creo que es deseable que los argumentos contenidos en los fallos repasados en este trabajo influyeran en la jurisprudencia de nuestra región.

Bibliografía

Centro de Derechos Reproductivos: *Boletín*, Nueva York, enero 2011.

Cook, Rebecca; Dickens, Bernard y Fathalla, Mahmoud: *Salud reproductiva y derechos humanos: Integración de la medicina, ética y el derecho*, Bogotá, Profamilia, 2003.

International Planned Parenthood Federation: *Muerte y negación: aborto inseguro y pobreza*, Nueva York, 2006.

Kemelmajer de Carlucci, Aida: “El derecho humano a la vida del nasciturus, el Derecho Penal y la interrupción culposa del embarazo en una decisión de la Corte Europa de Derechos Humanos (Vo c/Francia, caso 5394/00, sentencia del 8/7/2004)”, en *Jurisprudencia Argentina* (JA 2006-IV-1259), 2006.

Jurisprudencia:

Comisión Europea de Derechos Humanos, “Brüggemann y Scheuten vs. República Federal de Alemania”, Aplicación N° 6959/75, 1977.

Comisión Europea de Derechos Humanos, “X vs. Reino Unido”, Aplicación N° 8416/79, 1980.

Comisión Europea de Derechos Humanos, “Paton vs. Reino Unido”, Aplicación N° 8416/78, 1980.

Comisión Europea de Derechos Humanos, “R.H. vs. Noruega”, Aplicación N° 17004/90, 1992.

European Court of Human Rights (ECHR), “Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda”, Aplicación N° 14234/88, 1992.

European Court of Human Rights (ECHR), “Boso vs. Italy”, Aplicación N° 50490/99, 2002.

European Court of Human Rights (ECHR), “Vo vs. Francia”, Aplicación N° 53924/00, 2004.

European Court of Human Rights (ECHR), “Tysiac vs. Polonia”, Aplicación N° 5410/03, 2007.

European Court of Human Rights (ECHR), “A, B y C vs. Irlanda”, Aplicación N° 25579/05, 2010.

LA SEXUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL TRATAMIENTO DEL ABORTO EN LOS CASOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

*Beatriz Ramírez Huaroto**

La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se ha abierto a nuevos temas, uno de los cuales es la esfera de la sexualidad y la reproducción. La comprensión de las mujeres como titulares de derechos humanos ha conllevado que tópicos directamente ligados a su condición como el aborto hayan sido materia de pronunciamiento por parte de los organismos internacionales de protección en casos concretos.

El Sistema Interamericano tiene una característica especial en la materia. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho a la vida de una forma particular dentro del conjunto de tratados semejantes; su artículo 4 señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. *Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.* Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” [el destacado es nuestro]. Este fraseo ha producido encendidos debates jurídicos y extralegales acerca de sus implicancias en la regulación del aborto.

El SIDH ha acumulado a lo largo de su funcionamiento varios pronunciamientos relacionados con el aborto. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sentó posición muy temprana sobre las implicancias del artículo 4 de la CADH y ha brindado amparo los derechos de las mujeres en juego ante la falta de servicios de aborto terapéutico, prohibidos en países de la región como Nicaragua y El Salvador. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha zanjado la interpretación del artículo 4 de la Convención y ha consolidado la tutela urgente para los derechos de las mujeres en relación con la falta de atención médica en casos de aborto terapéutico.

1. El primer pronunciamiento sobre los alcances del derecho a la vida¹

El primer pronunciamiento sobre el tema fue emitido a inicios de la década de 1980. En el caso conocido como “Baby Boy” contra los Estados Unidos de América,² dos ciudadanos esta-

* Consultora en temas de Género y Derecho. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Diplomada en Género y Derecho por el Colegio de Abogados de Lima y Diplomada en Estudios de Género por la PUCP. Actualmente es candidata al grado de Magistra en Derecho Constitucional en la misma Universidad.

1. Este apartado tiene como fuente Ramírez y Llaja (2011) y Díaz y Ramírez (2013)

2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 23/81. Fondo. Caso 2141, “Baby Boy vs.

dounidenses interpusieron una petición ante la CIDH en la que alegaron que los Estados Unidos de América había violado los derechos de un no nacido (al que denominaron “*Baby Boy*”) reconocidos en los artículos I (derecho a la vida), II (igualdad ante la ley), VII (derechos del niño) y XI (derecho a la salud) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH). Para los peticionarios, la violación de los derechos humanos del no nacido se habría iniciado con la emisión de las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos “*Roe vs. Wade*” y “*Doe vs. Bolton*”³ sobre despenalización del aborto, pues estas permitieron que en el Boston City Hospital se produjera el procedimiento de aborto en el que, a su entender, se afectaron los derechos de “*Baby Boy*”.

Los peticionarios argumentaron que el derecho a la vida reconocido por la Declaración debía ser interpretado conforme con el artículo 4 de la Convención Americana.⁴ El Gobierno de Estados Unidos, al responder, señaló que no se violaron las disposiciones relativas al derecho a la vida consignadas en la DADH, aun en la hipótesis de que la CADH pudiera servir de base para la interpretación del caso. La CIDH se hizo eco de estas apreciaciones, pues en su informe de fondo declaró que Estados Unidos no había violado los derechos alegados. Para ello realizó previamente un recuento histórico de cómo había sido el proceso de aprobación del artículo 4 de la CADH y evidenció que la inclusión de las palabras “en general” en el texto del artículo obedecía al hecho de que algunos Estados tenían políticas permisivas respecto del aborto en determinadas circunstancias, por lo que una interpretación del mismo que conllevara a una protección absoluta del no nacido no se condecía con la finalidad del texto finalmente aprobado por los Estados que ratificaron la Convención. En dicho sentido, la comisión señaló que:

25. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de “desde el momento de la concepción”, con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras “en general”. Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 “1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, *en general*, [destacado en el original] desde el momento de la concepción” (Anuario, 1968: 321).

[...]

30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el

Estados Unidos de América”. 6 de marzo de 1981.

3. Ambas son sentencias de la Corte Suprema Norteamericana, que despenalizaron el aborto por plazos en enero de 1973.

4. Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es por ello que la petición se realizó con base en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, pero se argumentó que su artículo 1º debía definirse en los términos del artículo 4 de la CADH, pues es este tratado el que reconoce la protección del derecho a la vida en general desde la concepción.

concepto de derecho a la vida que prevaleció en [la Conferencia de] Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. *Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios [el resaltado me pertenece].*

En este primer pronunciamiento pionero se marcó posición acerca de la vocación no absoluta de la protección de la vida desde la concepción. No obstante, pasarían muchos años para que se emitiera otro propiamente en materia de aborto.

2. El acceso al aborto legal como parte de nuestros derechos humanos⁵

En 2007 se resolvió ante la CIDH el caso de “Paulina Ramírez” contra México.⁶ En esta petición se argumentó que se violaron los derechos humanos de Paulina al obstaculizarle el ejercicio de su derecho a un aborto legal. En 1999, cuando ella tenía 13 años, fue violada, y pese a que en el Estado de Baja California donde vivía se permitía el aborto en casos de violación si se realizaba dentro de los 90 días de gestación y con la autorización del Ministerio Público, ella enfrentó obstáculos por parte de este órgano para obtener la autorización. Posteriormente, aun con la autorización fiscal, el servicio de salud no la atendió, y a ella y su madre les informaron erradamente sobre las consecuencias de los procedimientos de aborto y las presionaron para que desistieran de su solicitud.

La CIDH no emitió informe de admisibilidad, pero propició un acuerdo de solución amistosa que fue suscrito el 8 de marzo de 2006 y publicado el 9 de marzo de 2007. En este acuerdo, el Estado reconoció su responsabilidad internacional y se comprometió a brindar medidas de reparación individual para Paulina y su hijo. Se reconoció una indemnización por daño emergente y moral, se aseguró la atención en salud física y psicológica para ella y su hijo y se comprometieron apoyos para la educación del niño y para que Paulina pudiera desarrollar una microempresa. El Estado hizo un “Reconocimiento Público de Responsabilidad” que fue publicado en dos diarios. Asimismo, el gobierno de Baja California se comprometió a impulsar las propuestas legislativas presentadas por las peticionarias y a calendarizar cursos de capacitación; mientras que el Estado nacional se obligó a realizar una encuesta para evaluar la aplicación de la norma sobre atención médica a la violencia familiar y a actualizarla para incluir el abordaje a la violencia sexual que ocurre fuera del contexto familiar, así como a realizar un diagnóstico de la información existente sobre el aborto en México.

En el acuerdo de solución amistosa se dio un reconocimiento explícito de que la denuncia de las peticionarias sobre “la falta de una regulación que establezca el procedimiento para ejercer el derecho a interrumpir un embarazo como consecuencia de una violación” era fundada. En el pronunciamiento publicado en un diario oficial el 10 de febrero de 2006 el Estado señaló que: “Como

5. Este apartado tiene como fuente Ramírez y Llaja (2011) y Díaz y Ramírez (2013).

6. CIDH. Informe N° 21/07. Solución amistosa. Petición 161-02, “Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México”. 9 de marzo de 2007.

parte de este acuerdo, el gobierno del Estado de Baja California, presenta este pronunciamiento público, reconociendo que la falta de un adecuado marco normativo en la entidad en materia de aborto generó la violación de los derechos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto”.

3. Aborto y tutela urgente I⁷

En febrero de 2010, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de una mujer identificada como Amelia, en Nicaragua.⁸ En la solicitud de medida cautelar se alegó que Amelia, madre de una niña de 10 años, no estaba recibiendo la atención médica necesaria para tratar el cáncer que padecía. Las organizaciones solicitantes indicaron que los médicos habían recomendado de manera urgente iniciar un tratamiento de quimioterapia o radioterapia, pero que el hospital informó a la madre y los representantes de Amelia que el tratamiento no sería realizado dada la alta posibilidad de que este provocara un aborto.

En Nicaragua, donde el aborto terapéutico había sido un derecho de las nicaragüenses desde 1870, se penalizó en 2006 el aborto en toda circunstancia.

La CIDH solicitó al Estado de Nicaragua: 1. adoptar las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tuviera acceso al tratamiento médico que necesitaba para tratar su cáncer metastático; 2. adoptar dichas medidas en concertación con la beneficiaria y sus representantes; y 3. reservar la identidad de la beneficiaria y de su familia.

Dentro del plazo de cinco días otorgado para responder, el Estado de Nicaragua informó a la CIDH que había iniciado el tratamiento médico requerido. El aborto nunca se practicó, sino que se procedió a la irradiación durante la gestación, lo que no es lo indicado para resguardar la salud de las mujeres. Existen circunstancias en la que se requiere directamente la interrupción del embarazo, no como un efecto accesorio, sino como una medida deliberada, pues un embarazo puede poner en grave riesgo la salud o vida de una mujer por diversas razones; entre las entidades de salud física, a las que deben sumarse las de salud mental, debe considerarse un aborto terapéutico:

- cuando el embarazo restringe el tratamiento oportuno de una enfermedad que pone en riesgo también la salud y la vida de la mujer, como es el caso de la incompatibilidad entre el embarazo y la quimioterapia en ocasiones de cánceres, que pueden generar graves daños al feto y a la salud de las mujeres;
- cuando la mujer es portadora de alguna enfermedad que puede ser agravada por la gestación. Enfermedades como la insuficiencia renal crónica avanzada, dependencia de diálisis, lupus eritematoso con daño renal severo, hipertensión crónica con evidencias de órganos blancos y morbilidades asociadas, insuficiencia cardiaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares

7. La CIDH divulga en su portal de Internet <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>> sólo un resumen de las medidas cautelares otorgadas. De allí se ha extraído la información de los casos y también del portal de internet de Women's Link Worldwide <<http://www.womenslinkworldwide.org>>, organización internacional de derechos humanos que acompañó los procesos de litigio ante el SIDH en ambos casos.

8. CIDH. Medidas cautelares N° 43/10. “Amelia vs. Nicaragua”. 26 de febrero de 2010.

y no valvulares), hipertensión arterial y cardiopatía isquémica, son algunos de los ejemplos en que la mujer debería tener la oportunidad de considerar la interrupción terapéutica del embarazo.

- cuando se presentan complicaciones propias del embarazo y que amenazan la salud y la vida de las mujeres, como es el caso del embarazo ectópico, la ruptura prematura de membranas antes de las 22 semanas o la mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno (Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología 2005).

En el caso, como resultado de los efectos de la quimioterapia recibida, Amalia perdió el embarazo luego de siete meses de gestación.

Previamente, la CIDH dictó medidas cautelares en el caso de “X y XX contra Colombia”.⁹ X, una adolescente de 13 años, quedó embarazada producto de una violación. Pese a que en Colombia el aborto en casos de violación es legal, el sistema de salud y la administración de justicia le negaron el derecho a interrumpir el embarazo. X dio a luz por cesárea practicada de urgencia, con complicaciones por la ausencia de tratamiento de la gonorrea transmitida por el agresor y con serias secuelas psicológicas. En la medida de que X y su madre (XX) fueron objeto de múltiples agresiones y hostigamientos derivados de la denuncia penal instaurada contra el agresor –que se intensificaron luego de la entrega en adopción del recién nacido–, se solicitaron las medidas cautelares ante la CIDH para resguardar sus derechos. La CIDH solicitó al Gobierno de Colombia: 1. adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida e integridad personal de X y XX; 2. un tratamiento médico adecuado a por la violación sexual y la conducción de un embarazo en circunstancias presuntamente riesgosas para su integridad; 3. concertar las medidas que se debían adoptar respecto de beneficiarias y su representante; y 4. informar sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de medidas cautelares; y 5. adoptar las medidas necesarias para que la identidad de las beneficiarias fuera debidamente protegida en la implementación de las medidas cautelares.

A diferencia del caso Amalia, en el caso contra Colombia, el objeto de las medidas cautelares no fue directamente el acceso a la interrupción del embarazo como medio para proteger los derechos de las mujeres involucradas. El posicionamiento del SIDH sobre tutela urgente de derechos en casos de aborto, incluso a pesar de su penalización en el ordenamiento interno, se ha afianzado recientemente, y por ello se tratará en el último apartado.

4. La consolidación de las consideraciones iniciales sobre el derecho a la vida¹⁰

La sentencia de la CorteIDH en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica,¹¹ publicada en diciembre de 2012, es el hito en lo referente a derechos reproductivos en el SIDH.

9. CIDH. Medidas cautelares N° 270/09. “X y XX vs. Colombia”. 21 de septiembre de 2009.

10. Este apartado tiene como fuente Ramírez (2013a).

11. CorteIDH. Caso “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

En 1995, Costa Rica emitió el Decreto Presidencial 24029-S, norma que autorizaba y regulaba la fecundación *in vitro* (FIV) con un régimen restrictivo: determinaba que la técnica sólo se podía realizar por parejas casadas, prohibía la inseminación de más de seis óvulos, disponía que todos los embriones debían ser depositados en el útero materno y prohibía el congelamiento, preservación o descarte de embriones. Ese mismo año se interpuso una acción de inconstitucionalidad contra el decreto ejecutivo utilizando diversos alegatos sobre la violación del derecho a la vida. En el 2000, el 15 de marzo específicamente, la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica emitió sentencia en el proceso por la que se anuló el decreto. La sentencia, al reconocer personalidad jurídica al embrión, estableció que la fecundación *in vitro*, tal y como era practicada en la época, implicaba una elevada pérdida de embriones, directamente causada por la manipulación consciente y voluntaria de células reproductoras. En la medida en que el pronunciamiento del máximo órgano de control constitucional era irrecusable, se interpusieron peticiones ante la CIDH.

La primera petición, interpuesta en representación de un grupo de parejas que tenían diagnosticada una situación de infertilidad o esterilidad al momento de expedición de la sentencia de la Sala Constitucional, es la que dio origen a la sentencia de la Corte.¹² La CIDH consideró, por cinco votos a favor y uno en contra, que el Estado de Costa Rica había sido responsable por la vulneración de los artículos 5.1 (integridad), 7 (libertad personal), 11.2 y 17.2 (derecho a la vida privada y familiar), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana (obligaciones generales), respecto de las víctimas del caso.

En este caso, la CIDH hizo por primera vez una interpretación del artículo 4.1 en relación con la protección de la vida “en general, a partir del momento de la concepción”. Aunque en todo el trámite no se consideraba que el derecho a la vida fuera uno de los derechos materia de análisis, era ineludible el debate acerca de sus implicancias para la resolución del caso, pues el Estado de Costa Rica argumentó que el artículo 4.1 de la CADH exigía una protección absoluta del embrión y, con ello, defendió la posición asumida por la Sala Constitucional de su Suprema Corte de Justicia.¹³ Dicha Sala, como se anotó previamente, al reconocer personalidad jurídica

12. A la fecha existe un segundo caso a consideración de la CIDH (Informe N° 156/10. Admisibilidad. Petición 1368-04. Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica. 1 de noviembre de 2010) en el que se acumularon varias peticiones presentadas entre diciembre de 2004 y mayo de 2007. El peticionario, que también lo había sido en el caso previo, alegó que las parejas a las que representaba se habían visto afectadas por la decisión de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica en tanto fueron diagnosticadas de infertilidad con posterioridad al año 2000 y, por la sola “vigencia de la norma jurisprudencial de derecho interno, definitiva y vinculante para todos los órganos judiciales, administrativos y legislativos de Costa Rica”, que creó “per se una situación legal que afecta los derechos protegidos por la Convención Americana” a modo de una “violación continuada”, no pudieron acceder a dicha técnica de reproducción asistida. En su informe de admisibilidad, la Comisión declaró admisible la denuncia en cuanto a las supuestas violaciones de las obligaciones reconocidas en los artículos 1 (obligación de respetar derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) en relación con los derechos a la integridad personal (art. 5), a la vida privada y familiar (art. 11), a fundar una familia (art. 17) y a la igualdad ante la ley (art. 24) de la CADH.

13. La centralidad del debate acerca del derecho a la vida está presente en el voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, quien discute que la Corte haya abordado el caso desde la perspectiva planteada por la CIDH y los representantes de las víctimas. Para este magistrado, “resultaba más lógico que la sentencia en comentario hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del señalado artículo 4.1 y no como lo hace” (p. 4 del voto anexo).

al embrión, estableció que la fecundación *in vitro*, tal y como era practicada en la época, implicaba una elevada pérdida de embriones directamente causada por una manipulación consciente y voluntaria.

Para su labor, la CIDH observó los principios interpretativos i) de conformidad con el sentido corriente de los términos; ii) la interpretación sistemática e histórica; iii) la interpretación evolutiva; y iv) la interpretación conforme del objeto y fin del tratado. Luego de un extenso desarrollo argumentativo en cada uno de estos aspectos, la Corte señaló lo que, en adelante, para todo el Sistema Interamericano, en razón de su condición de intérprete último de la CADH, constituye la adecuada lectura de la norma convencional:

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

En concordancia con esta interpretación entonces, queda claro que la norma de la Convención Americana que protege la vida en general desde la concepción permite en los casos concretos en los que se analice “un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto”, de modo que es incorrecto alegar “la protección absoluta del embrión anulando otros derechos” (numeral 263).¹⁴ Esta argumentación es central para el abordaje de los casos de aborto, pues refuerza la conclusión esbozada por la CIDH en el caso “*Baby Boy*”: que la Convención Americana no se opone a la despenalización del aborto. Además, la CIDH pauta que, en los casos concretos en los que se analicen las consecuencias jurídicas de la vida prenatal, a esta no puede otorgársele una protección absoluta que desconozca los derechos de las mujeres.

5. Aborto y tutela urgente II¹⁵

A fines de mayo de 2013 la CorteIDH emitió resolución de las medidas provisionales solicitadas por la CIDH respecto de El Salvador por el asunto de B.,¹⁶ una mujer que había solicitado un aborto terapéutico, procedimiento que estaba penalizado en su país.

14. A entender del juez Vio Grossi, lo que se plasma en su voto, las palabras “en general” del tratado debían ser interpretadas no como la permisión a una posible excepción, sino como un mandato a otorgar una protección general, “en todo caso y en cualquier evento o circunstancia” (p. 19 del voto anexo).

15. Este apartado tiene como fuente Ramírez (2013b).

16. CorteIDH. Resolución de 29 de mayo de 2013. Medidas Provisionales respecto de El Salvador. Asunto B.

B es la forma en que se denominó a una mujer de 22 años que tenía “lupus eritematoso discoide¹⁷ agravado con nefritis lúpica”¹⁸ y a la que en su segunda gestación le fue diagnosticado un embarazo de feto anencefálico.¹⁹ El jefe de la unidad jurídica del hospital señaló que era necesario realizarle un procedimiento médico por una “fuerte probabilidad de muerte materna”, por lo que se solicitó opinión a “la autoridad o institución competente a fin de iniciare el procedimiento médico recomendado”. El comité médico acordó la finalización de la gestación al considerar que el pronóstico de sobrevivida del feto era fatal, que la patología materna se agravaría conforme avanzara la gestación, y que el momento de la gestación a esa fecha (antes de las 20 semanas) era de menor riesgo para complicaciones maternas que si el embarazo avanzaba; se pronosticaron riesgos de hemorragia obstétrica grave si el embarazo avanzaba, así como agravamiento del lupus, empeoramiento de la falla renal, preeclampsia grave y formas complicadas de dicha patología, infecciones posparto y muerte materna.

B. manifestó su voluntad de interrumpir la gestación y se presentó un recurso de amparo a fin de salvaguardar sus derechos; se solicitó que “no se condicione su intervención médica a la autorización previa de la autoridad competente”. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia admitió el recurso y resolvió la medida cautelar “a fin de que las autoridades demandadas garanticen el derecho a la vida y a la salud, tanto física como mental, de la señora B., brindando el tratamiento médico necesario e idóneo para la preservación de tales derechos, mientras se tramita este amparo”. La interrupción del embarazo no se llevó a cabo, pero B. continuó internada. Ante la negativa del aborto, fueron solicitadas medidas cautelares a la CIDH.

Luego de la remisión de la solicitud al Estado y de la consideración de su respuesta, la CIDH otorgó las medidas cautelares. Considerando las recomendaciones del comité médico del Hospital Nacional Especializado de Maternidad, la circunstancia de que se trataba de un feto anencefálico, la falta de una decisión por parte de la Corte Suprema de Justicia para resolver en forma expedita el recurso de amparo y los efectos que el transcurso del tiempo generaría en los derechos de B, la Comisión solicitó al Estado de El Salvador que “adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico [...], con el objetivo de salvaguardar la vida, integridad personal y salud de B. y que concierte cualquier medida a adoptarse con la beneficiaria y sus representantes”.²⁰

Pese a que la CIDH reiteró al Estado las medidas cautelares, no se interrumpió la gestación conforme lo recomendado por el comité médico. Por eso, la CIDH elevó a la CorteIDH la solicitud

17. El “lupus eritematoso discoide (LED) es una enfermedad dermatológica de evolución crónica, caracterizada por la presencia de lesiones eritematosas sobrelevadas, que se extienden lentamente con un contorno irregular, mientras que en el centro de las lesiones se evidencia curación con descamación, atrofia y cicatrización” (Villarán, Castro y Maeshiro, 2002).

18. “La nefritis lúpica ocurre en 40-75% de los pacientes con LES, dentro de los 5 primeros años de la enfermedad, y constituye uno de los predictores más fuertes de pobre pronóstico de la enfermedad. Ésta ha sido considerada de evolución tórpida y con una alta mortalidad” (Ferro *et al.*, 2006: 68).

19. “La anencefalia es una grave malformación congénita que cursa con ausencia del cerebro, falta de la calota craneana, de cuero cabelludo y generalmente se asocia con compromiso de otros órganos de la economía fetal. Esta malformación aparece entre los 24 y 26 días después de la fecundación por un defecto del cierre del tubo neural y es incompatible con la vida” (Tavara, 2006: 7).

20. CIDH. Medidas cautelares N° 114/13. “B. vs. El Salvador”. 29 de abril de 2013.

de medidas provisionales. En el ínterin, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema declaró no ha lugar el recurso de amparo con el mandato de que las autoridades demandadas continuaran monitoreando el estado de salud de B. Si bien en la resolución se afirmó que “desde un punto de vista constitucional, no cabe una interpretación de la humana como un derecho absoluto e ilimitado; de tal forma que se reconozca –en este caso– al nasciturus un derecho superior y de mayor importancia frente al de la madre, pues ello avalaría una despersonalización y desconocimiento de los derechos de las mujer gestante”; se mencionó que “el reconocimiento de la vida humana desde el momento señalado por el constituyente exige al Estado, como principal obligado a garantizar su protección, el diseño, la creación y la implementación de las políticas públicas, los mecanismos y los procedimientos [...], idóneos y necesarios para brindar al binomio madre-hijo equivalentes oportunidades de goce del referido fundamental”. Con un razonamiento basado en la necesidad de proteger al *binomio madre-niño*, y en la consideración de que B. se encontraba estable, la Sala concluyó que las autoridades le habían brindado asistencia médica adecuada, “pues lograron estabilizar su condición de salud” y, por consiguiente, “no existe la vulneración de derechos fundamentales alegada”. Esta instancia señaló que “los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del nasciturus ni viceversa”; y que “existe un impedimento absoluto para autorizar la práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana desde el momento de la concepción”. Enfatizó la Sala que, bajo estos imperativos, “las circunstancias que habilitan la intervención médica y el momento oportuno para ello son decisiones que corresponden estrictamente a los profesionales de la medicina, quienes, por otro lado, deben asumir los riesgos que conlleva el ejercicio de la profesión”.

Al día siguiente de esta decisión, la CorteIDH emitió resolución concediendo las medidas provisionales. El caso terminó con una cesárea que se practicó a B. luego de que iniciara el proceso de contracciones.²¹

Pese a que el criterio médico indicó que se debía proceder a una interrupción del embarazo y a que así había sido solicitado por B., esto no se produjo. Esta actitud negatoria del aborto indicado por el comité médico pudo ser revertida por el máximo órgano de justicia constitucional de El Salvador en el proceso de amparo iniciado, pero ni en la resolución cautelar ni en la decisión sobre el fondo este Tribunal se pronunció a favor de la procedencia del aborto terapéutico, y no aplicó la norma penalizadora por lo menos en el caso concreto. Tanto por la negativa estatal a practicar la interrupción del embarazo, como por la decisión judicial que convalidó esa práctica, fue oportuno el recurso a las medidas urgentes que ofrece el SIDH.

Las medidas cautelares no se mencionan en la CADH pero son parte del accionar de la CIDH como componente del cumplimiento de su misión de protección de derechos; se han consolidado como parte de las funciones de este órgano reguladas por el tratado (González 2010: 51-53). A diferencia de las medidas cautelares de la CIDH, las medidas provisionales se encuentran expresamente previstas en la CADH, artículo 63 (González 2010: 58-60). Ambas medidas urgentes tienen tanto carácter cautelar como tutelar: el *carácter cautelar* es el de preservar derechos en posible riesgo hasta que se resuelva la controversia y así asegurar la efectividad de la decisión de fondo; el *carácter tutelar* se da en conexión con la protección de derechos humanos, y con

21. Información difundida en la Página Web de Perú 21 <<http://peru21.pe/mundo/salvador-medicos-practica-ron-cesarea-beatriz-2134135>>.

ella evitar daños irreparables. El asunto de B. es un ejemplo de una situación en la que la CIDH emitió medidas cautelares y luego solicitó medidas provisionales a la CIDH. La lógica que inspira este paso “es la misma que inspira actualmente a la presentación de casos contenciosos por la CIDH a la CorteIDH: cuando la Comisión aprecia que el Estado respectivo no dará cumplimiento –o ha dejado de dárselo– a la medida cautelar, presenta la solicitud de medida provisional” (González, 2010: 59).

A continuación presentamos un cuadro comparativo que contrasta las principales características de ambos tipos de medidas urgentes propias del SIDH:

	Medidas cautelares CIDH Reglamento, art. 25	Medidas provisionales CIDH CADH, art. 63.2 Reglamento, art. 27
Supuestos de procedencia	Situaciones de gravedad y urgencia	Situaciones de extrema gravedad y urgencia
Iniciativa	De oficio o a solicitud de parte	De oficio, solicitud de la CIDH o pedido de parte
Propósitos contemplados	Prevenir daños irreparables a las personas en conexión con una petición o caso pendiente.	Evitar daños irreparables a las personas en conexión con un asunto bajo trámite
	Prevenir daños irreparables al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.	
	Prevenir daños irreparables a personas en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente	Evitar daños irreparables a las personas en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente

Elaboración propia.

La CorteIDH procedió a analizar las tres características propias de las medidas cautelares:

- a) sobre la *extrema gravedad*, que implica que esta sea del grado más intenso o elevado, se resaltó que todos los estudios médicos analizados apuntaban a la gravedad del estado de salud de B., pues la concurrencia de su enfermedad, las otras condiciones médicas y el embarazo podían llegar a implicar una serie de complicaciones médicas e incluso la muerte. Además, el hecho de que tuviera que estar bajo supervisión médica permanente fue un indicador de la elevada gravedad de su situación.
- b) acerca de la *urgencia*, que implica que el riesgo sea inminente de modo que se requiere una respuesta inmediata, la CorteIDH consideró que B. se encontraba estable y respondiendo al tratamiento médico. No obstante, también tomó en cuenta que, según los mismos reportes médicos que señalaban que se encontraba en condición estable, era impredecible cuándo presentaría una emergencia médica por la enfermedad y los cambios fisiológicos del embarazo. Considerando esto, el Tribunal declaró que la situación

tenía la urgencia requerida para la dación de las medidas provisionales, pues el paso del tiempo podría tener una incidencia en el riesgo a la vida e integridad de B., de modo que se requería tomar medidas que impidieran afectar sus derechos.

- c) respecto del *daño irreparable*, que implica que debe existir una probabilidad razonable de que este se materialice sobre bienes jurídicos sin posibilidad de reparación, la Corte señaló, a partir de los diagnósticos médicos, que el embarazo en sus condiciones y de un feto anencefálico podría conllevar riesgos a la salud tales como una hemorragia obstétrica grave, agravamiento del lupus, empeoramiento de la falla renal, preeclampsia grave y formas complicadas de esta, como crisis hipertensiva, hemorragia cerebral, trombosis arterial y venosa, tromboembolismo pulmonar, infecciones posparto o muerte materna. Además de los daños físicos, el tribunal consideró los peligros para la salud mental de B. contrastados con sus deseos de vivir, su decisión de interrumpir el embarazo para ello, su miedo de sufrir prisión por el aborto, la separación de su familia por su internación en un establecimiento de salud. El cuadro de tensión emocional fue también reportado médicamente.

Además de las tres características, la CorteIDH señaló que en su jurisprudencia previa, había considerado que, además de lo contemplado en el artículo 63 de la CADH, debía valorarse tanto la “efectividad de las acciones estatales frente a la situación descrita así como el grado de desprotección en que se quedarían las personas sobre quienes se solicitaban las medidas en caso de que éstas no sean adoptadas”. Respecto de estos aspectos, la Corte destacó que su decisión sería “coadyuvante y complementaria en la mejor forma posible de las decisiones internas adoptadas de tal forma que la señora B. no esté desprotegida respecto a los posibles daños que pueda sufrir su vida e integridad personal”. Destacó que en sede interna, la Corte Suprema había señalado que la interrupción el embarazo en esa etapa de la gestación no sería un aborto, y que el feto sería atendido para garantizar –hasta donde fuera posible– su vida extrauterina.²² Además, el tribunal recordó que, en su sentencia, la Sala en lo Constitucional había recalado la obligación de las autoridades de brindarle tratamiento idóneo y de implementar los procedimientos que la ciencia médica estimara indispensables para atender las futuras complicaciones. Con base en esto, la CIDH destacó que existía la obligación estatal de “garantizar que el equipo médico tratante tenga la protección para ejercer su función de acuerdo a las decisiones que, basadas en la ciencia médica, dicho equipo adopte”.

Por todo ello, en las medidas provisionales, la CorteIDH requirió al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B.

22. Los informes médicos indicaban que en la semana 26 del embarazo, semana de gestación a la resolución de las medidas provisionales, se podría finalizar el embarazo mediante un parto inmaduro por vía abdominal.

En el caso de B., al decidir, la CorteIDH tomó nota de los informes especializados que daban cuenta de que, por el grado avanzado de la gestación producto de la dilación estatal, el procedimiento pertinente ya no era un aborto, sino de un parto inmaduro.²³ No obstante, el procedimiento idóneo para cumplir las medidas provisionales podría ser un aborto terapéutico si así fuera indicado luego de tener en cuenta la edad gestacional y las opiniones médicas sobre el particular, y si así fuese consentido por la mujer interesada; de allí la relevancia de la *ratio decidendi* de las medidas provisionales en el caso B., que se acentúa porque dicho criterio se aplica en incluso en contextos de penalización absoluta del aborto.

6. Un balance sobre lo avanzado

El SIDH, tanto en las decisiones de la CIDH como de la CorteIDH, ha puesto de relevancia que a la protección de la vida desde la concepción a la que se alude en la CADH –y que tiene correlato en algunas constituciones latinoamericanas– no puede otorgársele una protección absoluta que desconozca los derechos de las mujeres. Para un adecuado balance entre derechos e intereses de las mujeres en conflicto, se vislumbra como la ruta a seguir el test de proporcionalidad.

Este parámetro interpretativo, vinculante para las autoridades públicas de los países del SIDH en virtud del control de convencionalidad, implica que, como mínimo, se debe permitir el acceso al aborto en aquellos casos en que haya una afectación grave, urgente e irreparable a los derechos de las mujeres, incluso a pesar de que el aborto esté penalizado en el ordenamiento interno para lo que correspondería la inaplicación de la norma sancionatoria. El acceso al aborto, cuando es legal, está protegido también bajo el parámetro de la CADH: si un Estado ha despenalizado algún supuesto de aborto, debe garantizar su acceso, de lo contrario, vulnera derechos humanos.

En el campo de los derechos humanos, los derechos reproductivos hacen tangible que el entendimiento clásico del catálogo debe ser enriquecido para ofrecer una protección real a los derechos de todas las personas, y a los de las mujeres como principales protagonistas en el campo de la reproducción. El enfoque de derechos aplicado al aborto es la ruta adecuada de protección; es la que ha seguido el SIDH, y es el camino a recorrer en el ámbito interno de cada Estado, tanto para la evaluación de las normas generales y abstractas pertinentes, como para la resolución de casos concretos.

23. Sobre el particular, en el dictamen del caso “L.M.R contra Argentina”, el Comité de Derechos Humanos observó que el trámite en sede judicial, aunque se resolvió favorablemente para la peticionaria, hizo que el embarazo se prolongara durante varias semanas con la consecuente afectación en su salud, lo que repercutió finalmente en que los servicios de salud públicos no quisieran realizar el aborto por lo avanzado de la gestación. Por todo ello, para el Comité, L.M.R. no contó con un recurso efectivo, lo que configuró una violación del artículo 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos). CCPR/C/101/D/1608/2007, dictamen aprobado el 29 de marzo de 2011, numeral 9.4. Desde estas consideraciones se cuestiona que en los casos de aborto se obligue a las mujeres a acudir al Poder Judicial pues la dilación propia de un trámite judicial tiene un impacto directo en la violación de sus derechos, y hace que la práctica del aborto pueda tornarse más riesgosa conforme avanza el embarazo. En el caso de B., la demora estatal conllevó que, sacrificando su estado de salud, el embarazo llegara a término de modo que ya no se trató de un aborto, sino de un parto inmaduro por vía abdominal.

Bibliografía

- Díaz Colchado, Juan Carlos y Beatriz Ramirez Huaroto: *El aborto y los derechos fundamentales. Análisis de la constitucionalidad de la prohibición penal de la interrupción del embarazo en supuestos de violación sexual y de malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina*, inédito, 2013.
- Ferro, Roberto; Medina, Francisco y Demetrio Serracín: “Anti-dsDNA, Anti-SMITH y Anti-LA: factores de riesgo y pronóstico de nefritis lúpica”, en *CIMEL*, Vol. 11, N° 2, 2006, pp. 57-71.
- González, Felipe: “Las medidas urgentes en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 7, N° 13, 2010, pp. 50-72.
- Ramirez Huaroto, Beatriz: “Los derechos reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: apuntes sobre la sentencia en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”, en *Gaceta Constitucional*, N° 61, 2013.
- “Heroínas forzadas. Reflexiones sobre aborto terapéutico a propósito de las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. contra El Salvador”, inédito, 2013.
- Ramirez Huaroto, Beatriz y Jeannette, Llaja Villena: *Los lentes de género en la justicia internacional. Tendencias de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionada a los derechos de las mujeres*, Lima, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la Mujer (Cladem), 2011.
- Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología: *Taller de sociedades médicas para identificar un perfil clínico para el aborto terapéutico*, Lima, SPOG, 2005.
- Távora Orozco, Luis: *Por qué la anencefalia debe justificar el aborto terapéutico*, Lima, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), 2006.
- Villarán, Patricia; Castro, María del Carmen y Elizabeth, Maeshiro: “Lupus eritematoso discoide en varón con implante de silicona”, en *Folia Dermatológica Peruana*, Vol. 13, N° 1, 2002.

TRANSFERENCIAS JURÍDICAS SOBRE MUJERES Y FETOS: UN VIAJE DESDE EL CONSTITUCIONALISMO DEL ABORTO ALEMÁN AL PORTUGUÉS*

*Ruth Rubio-Marín***

1. Introducción

Desde los años sesenta, la legislación europea sobre aborto ha seguido un patrón común y gradual hacia la liberalización. Cada vez son más los países europeos que se han apartado del modelo de indicaciones legales (que permiten o cuanto menos no condenan penalmente a las mujeres que abortan para proteger su vida y su salud, en caso de malformaciones fetales serias, cuando el embarazo es producto de una violación, o cuando carecen de recursos para afrontar la maternidad), y han adoptado el modelo de plazos, mediante el cual las mujeres pueden decidir libremente durante cierto tiempo, si continuar o no con sus embarazos, con o sin periodo obligatorio de reflexión y un procedimiento de orientación previo bien para asegurar que la decisión que tome la mujer sea una decisión informada, bien para disuadirla de abortar.¹ La liberalización del aborto, impulsada por los países escandinavos, se convirtió en un elemento unificador del movimiento feminista europeo a comienzos de los años setenta, sobre todo en los países de fuerte tradición católica. Entre los factores que explican el cambio en la opinión pública y en la prensa a favor de la liberalización en ese momento histórico se encuentran el elevado número de abortos ilegales, el hecho de que en muchos países la persecución penal era casi inexistente, y el impacto discriminatorio que la penalización suponía para las mujeres que no podían permitirse viajar al extranjero para abortar (Nijsten, 1990: 37-38). Las ideas feministas que desafiaban la familia patriarcal junto a las preocupaciones sanitarias vinculadas a la alta mortalidad resultante de los abortos ilegales fueron también las que se encargaron de impulsar la liberalización de la legislación del aborto en los Estados Unidos (Siegel, 2012). A medida que el movimiento a favor del derecho al aborto fue concitando apoyos en Europa y Norteamérica, comenzaron a surgir reacciones contra la liberalización, apoyadas por la Iglesia Católica y partidos conservadores que reivindicaban el derecho a la vida del feto frente a las demandas de autonomía de las mujeres.

* Publicado originalmente en Frankenberg, G. (ed): *Order From Transfer*, Edward Elgar Publishing, 2013. Mi agradecimiento a Tiago de Freitas por su valiosa asistencia en el proceso de escritura de este trabajo, y a Gerald Frankenberg, editor del volumen en el que se publicó por primera vez este trabajo.

** Profesora titular de la Universidad de Sevilla. Sus áreas de especialidad son el derecho constitucional comparado, género y derecho, justicia transicional y legislación antidiscriminatoria.

1. *Abortion Legislation in Europe*, publicado por International Planned Parenthood Federation Network, en www.ippfen.org.

Los gobiernos se vieron obligados a actuar en este contexto de grandes presiones. Sin embargo, el fuerte contenido simbólico y emotivo de la cuestión del aborto hizo difícil lograr un compromiso en algunos países, y la oposición recurrió a la intervención de los Tribunales Constitucionales para limitar los intentos liberalizadores (Nijsten, 1990). Fue así como inició la constitucionalización del debate del aborto en Norteamérica y Europa, a pesar de que en ambos el punto de partida y encuadre básico de la cuestión del aborto era totalmente diferente.

En los Estados Unidos, desde el comienzo se interpretó que la Constitución protegía a la mujer que solicitaba el aborto, por lo que allí la constitucionalización del aborto se convirtió en un debate en torno a la mujer. En este sentido fue por supuesto pionera “Roe vs. Wade”,² la histórica sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del año 1973, que interpretó la libertad reproductiva de las mujeres en un contexto de silencio constitucional, suscribiendo el modelo de trimestres y afirmando el derecho de la mujer y su doctor a decidir si interrumpir o no el embarazo, prohibiendo cualquier tipo de interferencia estatal en el primer trimestre, y permitiendo aunque no imponiendo restricciones o la prohibición del aborto más allá del “punto de viabilidad” del feto.³ En casos posteriores, en concreto en “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey”,⁴ el Tribunal se apartó del riguroso sistema trimestral adoptado en “Roe”, afirmando que mientras la ley no impusiera una “carga indebida” sobre la decisión de la mujer embarazada, el Estado podría hacer valer su interés en la protección de la vida intrauterina durante toda la gestación.⁵ En Europa, el paradigma de “Roe” simboliza aún hoy el modelo constitucional que concibe el aborto en términos del derecho fundamental de la mujer a decidir libremente si continuar con su embarazo hasta un cierto punto, libre de interferencia pero también exenta de ayudas del Estado.

Por la época de “Roe”, Europa también vivió su primera ola de litigios constitucionales en torno al aborto. Entre 1974 y 1975, los Tribunales Constitucionales de Austria, Francia, Italia, y Alemania se pronunciaron sobre la regulación del aborto. A diferencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y con la excepción de Austria, cuyo Tribunal Constitucional rehusó otorgar cualquier tipo de reconocimiento constitucional a la vida en gestación,⁶ la mayoría de los Tribunales europeos se basaron desde el principio en normas y construcciones doctrinales en virtud de las cuales había que interpretar que la protección del feto estaba implícita en textos constitucionales que en realidad nada decían sobre el tema. Así, desde el principio, para la mayoría de los Tribunales europeos la protección de la vida en gestación se convirtió en un *deber* constitucional, no una mera *potestad* del Estado. Y si bien algunos Tribunales, como el Consejo Constitucional francés fueron capaces de afirmar la necesaria protección constitucional del feto sin por ello invalidar la legislación progresista,⁷ fue la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1975, que hizo abortar una propuesta legislativa de un modelo de plazos que despenalizaba el aborto en las primeras doce semanas de gestación, la que impuso su hegemonía simbólica

2. 410 U.S. 113 (1973).

3. Ibid. 164-165.

4. 505 U.S. 833 (1992).

5. Ibid. 877.

6. [1974] *Erklärungen des Verfassungsgerichtshofs* 221, decisión del 11 de octubre de 1974.

7. *Conseil Constitutionnel* [1975] D.S.Jur. 529 [1975] A.J.D.A. 134 (15 de enero de 1975).

sobre el tratamiento constitucional del aborto en Europa.⁸ A diferencia de la decisión francesa, que justificó su decisión de no interferir (con un desarrollo argumental extremadamente escueto) dando por buena la conciliación de valores constitucionales realizada por el legislador, la decisión alemana ofreció una interpretación doctrinal muy elaborada para justificar el rechazo del modelo de plazos, centrando el análisis constitucional en la protección debida al feto, normalizando así el deber de maternidad de la mujer embarazada. Según veremos, con el tiempo, la doctrina constitucional alemana evolucionaría para terminar validando el modelo de plazos, pero lo haría como respuesta a lo ineficiente que resultó ser la penalización como medida disuasoria del aborto.

En tiempos más recientes, sin embargo, vemos el surgimiento de una doctrina constitucional sobre el aborto, que, por un lado, reconoce explícitamente el legado alemán (apartándose así del estadounidense) al aceptar que la protección constitucional de la vida en gestación tiene arraigo constitucional y es el punto de partida del razonamiento sobre el tratamiento constitucional del aborto; pero, por otro lado, reconoce mayor discrecionalidad al legislador en cuanto a la forma en la que debe protegerse la vida en gestación, aceptando el modelo de plazos no sólo por consideraciones estratégicas, sino también como debida expresión de la protección constitucional de la dignidad y la autonomía de las mujeres en el plano reproductivo. Este giro doctrinal ha tenido como principal consecuencia la des-normalización constitucional del deber de maternidad de las mujeres embarazadas. Por ahora, la formulación más acabada de este proceso, que denomino *recepción jurídica subversiva* (consistente en que el planteamiento jurídico básico se importa de otro ordenamiento, pero se somete a un proceso de domesticación tal que su sistema de significados se alterna sustancialmente), la ofrece el Tribunal Constitucional portugués en su decisión del 2010. Esta decisión valida la legislación recientemente adoptada en Portugal que permite a las mujeres elegir, dentro de las diez primeras semanas de gestación, si abortar o no, sin antes forzarlas a recibir asesoramiento disuasivo. Se nutre de materiales constitucionales alemanes, ya sean las opiniones de la mayoría del Tribunal como los votos particulares de las sentencias, pero también de trabajos de autores de la doctrina germánica, e interpreta lo que considera como el excepcionalismo de la doctrina alemana para justificar su alejamiento de la misma. Además, como veremos, tanto el modelo alemán, tal como ha evolucionado con el tiempo, como su recepción alterada en Portugal, se basan fuertemente en presupuestos epistémicos sobre el feto y las mujeres que no pueden derivarse de forma automática de los textos constitucionales.

Todavía es pronto para ver hasta dónde llegará esta nueva doctrina constitucional sobre el aborto, incluyendo posiblemente a otras regiones del mundo, como América Latina, donde el debate constitucional sobre el aborto goza de plena actualidad, siendo aún predominante el modelo de indicaciones, y cuya marcada tradición católica sitúan el derecho a la vida, y el significado asignado a la vida en gestación, en el primer plano de los debates constitucionales sobre aborto. Y ello porque en muchos de los países de la región, las Constituciones omiten referencias al aborto y a cuestiones reproductivas, lo que hace que, también en esa parte del mundo, la constitucionalización del aborto sea un proceso liderado por la jurisprudencia con sus interpretaciones “incluyentes” o “excluyentes” de las mujeres y/o los fetos en los textos constitucionales.

8. Bundesverfassungsgericht, 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE 1.

El propósito de este capítulo es describir el viaje de la doctrina constitucional del aborto desde Alemania hasta Portugal caracterizado por una trayectoria de recepción jurídica subversiva. En primer lugar, describo la doctrina y el marco de constitucionalización del aborto en Alemania tal y como ha ido evolucionado entre los dos casos constitucionales de referencia. Luego me refiero a la doctrina del caso portugués que suscribe al tiempo que se distancia del precedente constitucional alemán. En cada tramo, indago en los presupuestos epistémicos subyacentes que de manera explícita o implícita dotan de contenido a los diferentes significados de feto/vida en gestación y mujeres embarazadas que permean la jurisprudencia .

2. Las embarazadas como madres abnegadas versus sus fetos como terceros indefensos: caso *Aborto I*

En 1975, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania consideró inconstitucional la legislación que proponía la reforma del código penal en su art. 218c, para despenalizar el aborto durante las primeras doce semanas de gestación, exigiendo que las mujeres recibieran asesoramiento acerca del sistema de ayudas públicas y privadas de cara a la toma de una decisión (en adelante me refiero a esta decisión como el caso *Aborto I*).⁹ Lo que la decisión provocó nada menos fue que algunas feministas contrarias a la misma bombardearan la sede del Tribunal. Al construir la arquitectura constitucional básica del aborto en torno a la protección de la vida en gestación, este caso se hizo paradigmático convirtiéndose en punto de referencia crucial para otros Tribunales europeos. Se trataba de la primera sentencia europea que formulaba una doctrina plenamente desarrollada sobre la protección constitucional que merece el nasciturus, siendo así que la Constitución alemana había sido un referente en los procesos constituyentes de varios países europeos.

El Tribunal alemán, basando en cierta medida su argumentación en la historia legislativa, consideró que como “ser humano por nacer,” el feto gozaba de la protección del derecho a la vida (art. 2.2.1 GG) desde el décimo cuarto día posterior a la concepción; momento en el que, según la doctrina científica del momento, se consideraba el inicio de la vida humana. Para el tribunal, esto implicaba descartar la posibilidad de que los distintos estadios en el proceso de desarrollo del feto fueran relevantes para determinar distintos grados de exigencia de protección constitucional.¹⁰ Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal consideró que, en sentido estricto, no era necesario decidir si el feto debía o no ser considerado titular de derechos.¹¹ En realidad, en lugar de centrar su razonamiento en torno a los “derechos”, el Tribunal ancló toda la discusión en el plano de los “deberes,” empezando por los deberes con respecto al feto. El giro fue posible gracias a la teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales en virtud de la cual los

9. Bundesverfassungsgericht, 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE 1.

10. Ibid. C.I.1b. En contraste, los representantes del *Bundestag* que defendían la legislación habían argumentado que la cuestión de cuándo comienza la vida no podía responderse con argumentos religiosos, médicos o filosóficos, sino solo a través del razonamiento social y jurídico y que era razonable considerar al no nacido en un estadio temprano del desarrollo como diferente de la vida en estadios más avanzados.

11. Ibid. C.I.3

derechos no son sólo una expresión de intereses subjetivos, que el Estado debe proteger y frente a los cuales no puede interferir, sino que también representan un sistema de valores objetivos que el Estado debe promover, es decir, de guías e impulsos para la acción estatal.¹²

Pero el Tribunal fue más allá y además del derecho a la vida, consideró que el feto merecía la protección de su dignidad humana (art. 1.1.2 GG).¹³ Conectando ambos, vida y dignidad, el Tribunal elevó la vida humana a la categoría de valor supremo, y argumentó, con base en ello, que la vida en desarrollo en el vientre materno ostentaba un valor independiente que el Gobierno tenía el deber constitucional de proteger, incluso, si fuera necesario, contra la voluntad de la mujer.¹⁴ De esta forma las mujeres hacían su debut en la escena constitucional como amenaza para la vida en gestación.

Para fundamentar la elevación de la vida humana a la categoría de valor supremo, el Tribunal recurrió a la historia de Alemania. La clave estaba en el contexto interpretativo. Para el Tribunal, la incorporación expresa del derecho a la vida en la Ley Fundamental, en contraste con la Constitución de Weimar, podía explicarse básicamente en clave de reacción a la “destrucción de la vida que no merecía ser vivida,” a la “solución final” y las “aniquilaciones” llevadas a cabo por el Régimen Nacional-socialista.¹⁵ La historia alemana también justificaba, según el Tribunal, el excepcionalismo de Alemania a la hora de resistir la influencia de la evolución normativa en otros países democráticos del Mundo Occidental, que para entonces ya habían “liberalizado” o “modernizado” su legislación sobre el aborto.¹⁶ Esta afirmación se hacía eco de la narrativa de los opositores católicos conservadores, que también invocaban el Nazismo.¹⁷ Lo irónico, no obstante, y como reconoció la misma corte al describir la regulación del aborto bajo el Régimen Nazi, es que la regulación del aborto durante el Nazismo castigaba fuertemente los abortos como “ataques a la energía vital del pueblo” y “ataques a la raza y la herencia.”¹⁸ Los jueces Rupp von Brunnek y Simon retomarían este punto en su voto particular al afirmar que “la renuncia decisiva de la Ley Fundamental al Estado totalitario nazi” en realidad aconsejaba todo lo contrario, es decir, moderación en el empleo de la sanción penal frente al aborto.¹⁹ De hecho, en Italia, donde la cláusula de prohibición del aborto fue hasta 1978 parte de la legislación fascista, la declaración de inconstitucionalidad de esta cláusula y la liberalización del aborto fue considerada una reacción contra el fascismo (Nijsten, 1990).

12. Ibid. C.I.3. Esto permitió al Tribunal evitar tomar una posición final respecto de si el feto es estrictamente o no titular de derechos fundamentales, deduciendo la obligación del Estado de proteger la vida en desarrollo a partir del contenido legal-objetivo del “derecho a la vida” y la “dignidad” previstos en el GBL.

13. Ibid. C.I.2.

14. Ibid. C II.2

15. Ibid. C.I.1

16. Ibid. D. IV

17. Ver Siegel (2012: 1063) citando a Manfred Spieker, Kirche y Abtreibung en *Deutschland: Ursache und Verlauf eines Konflikts*.

18. A. 4 c. Resulta de interés que lo que el Tribunal no menciona sea el legado Nazi en cuanto al rol de la mujer en la sociedad, el cual puede resumirse como la triple K, *Kinder, Küche y Kirche* (niños, cocina e iglesia), y el cual inspiraría su doctrina de la igualdad de sexo al menos hasta inicios de los noventa. Ver Blanca Rodríguez Ruiz y Ute Sacksofsky (2005).

19. A. II. 2.

Convertir la vida del feto en valor superior del ordenamiento jurídico suponía, de acuerdo con el Tribunal, descartar la posibilidad de su ponderación respecto de la autonomía reproductiva de la mujer teniendo en cuenta el grado de desarrollo de la vida del feto. Cualquier análisis de proporcionalidad quedaba desechado. Si bien el Tribunal admitió de entrada que el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad conllevaba la opción de la mujer a decidir contra la maternidad y las responsabilidades que de ella se derivan,²⁰ también consideró que, una vez embarazada, la mujer no tenía un derecho a optar por el aborto, ya que éste conlleva la aniquilación del nasciturus, un bien constitucionalmente protegido. Se imponía una ordenación jerárquica de los derechos y los valores en juego y para el Tribunal el valor fundamental de la *dignidad* era lo que, en último término, inclinaba la balanza en favor de la vida del feto. Su vida debía ser priorizada como cuestión de principio y durante todo el periodo de gestación.²¹

La decisión de apoyar la argumentación constitucional en la protección debida al nasciturus trajo claras implicaciones para el rango constitucional de la mujer embarazada, una cuestión a la que el Tribunal dedicó solo veinte líneas en una decisión de casi sesenta páginas. El Tribunal reconoció de pasada que, en efecto, la autonomía de las mujeres podía verse mermada por el embarazo, el nacimiento y la crianza de los hijos pero que no implicaba que, *prima facie*, ello la eximiera del deber constitucional de llevar el embarazo a término.²² En otras palabras, el Tribunal parecía sugerir que la libertad reproductiva de la mujer terminaba al comenzar el embarazo. Una vez embarazadas, las mujeres no tenían un derecho a rechazar arbitrariamente los deberes naturales de la maternidad y el auto-sacrificio que llevan aparejado.²³ Antes bien, las autoridades públicas tenían el deber de proteger al no nacido de lo que el Tribunal describió como la búsqueda del “placer sin límites” y “la comodidad” por parte de las mujeres embarazadas.²⁴ Las embarazadas no dispuestas a aceptar las cargas “normales” de la maternidad quedaban de esta forma representadas como seres egoístas que habían perdido toda conexión con su vocación natural de ser madres. Identificadas como “madres,” las mujeres embarazadas aparecían en la escena constitucional ante todo como *amenazas potenciales* para el feto considerado “ser humano independiente” necesitado de protección.²⁵ En otras palabras, la consecuencia principal de tratar el aborto desde esta perspectiva en la que el feto es el protagonista, fue la de convertir a las mujeres, desde el punto de vista constitucional y reproductivo, en sujetos de deberes, mediante un proceso de normalización y naturalización de sus obligaciones maternas.

Cabían otras posibilidades interpretativas. En concreto, a la hora de decidir el alcance preciso del deber de proteger la vida en gestación, así como qué formas de protección son debidas y/u obligatorias y sobre quién recaen las obligaciones subsiguientes, podemos considerar, en teoría, al menos cuatro formas de protección de la vida gestacional: la *preventiva* (para prevenir los embarazos no deseados), la *promocional* (para asistir a las mujeres que no se cierran necesariamente

20. C. II. 2.

21. Ibid.

22. Ibid. C. III.1.

23. Ibid. D.III. 2

24. Ibid. C.III.3.

25. Ibid. C.II. Para el Tribunal, dado que el embrión no puede verse solamente como parte del organismo de la madre, la interrupción del embarazo no puede considerarse como una cuestión que cae dentro de la esfera de protección del derecho a la intimidad.

ante la perspectiva de la maternidad, pero carecen de los medios para aceptar una maternidad responsable), la *disuasoria* (para persuadir a las mujeres de abandonar el proyecto de abortar), y la *punitiva* (fundando la disuasión del aborto en el castigo). En los dos primeros casos, es el Estado el que asume la responsabilidad primaria, mientras que, en los modelos disuasorio y punitivo, el Estado hace recaer sus responsabilidades principalmente sobre las mujeres, y sólo entonces asume subsidiariamente la responsabilidad de convencer o incluso coaccionar a las mujeres para que acepten sus deberes fundamentales frente a la maternidad.

De hecho, en el caso *Aborto I*, el Tribunal empezó por reconocer que, en principio, correspondía al legislador decidir qué se requiere para proteger la vida en gestación de manera efectiva. Sin embargo, al fijar los estándares mínimos, algo que el Tribunal consideraba de su propia incumbencia, éste ratificó que el Estado debía asumir el deber de que el embarazo se llevase a término, un deber que el Tribunal daba por sentado y cuyo cumplimiento hacía recaer sobre las mujeres. Que el Tribunal no considerase que esta conclusión pudiera ser problemática desde la perspectiva de la asignación de roles de género, queda claro cuando se observa que el propio Tribunal reconoce abiertamente que “el resurgimiento y el fortalecimiento del deseo maternal de proteger la vida en gestación allí donde se ha perdido [es] el fin más noble de los esfuerzos del Estado por proteger la vida”.²⁶ Asimismo, el Tribunal reconoció que correspondía al Estado decidir si dar prioridad a las medidas de prevención y promoción (tales como poner los medios sociales, políticos y las medidas de bienestar) sobre las represivas (aquellas que coaccionen a las mujeres). Cualquiera que fuera la regulación específica, el legislador debía asegurarse de que la interrupción del embarazo *fuera percibida* como un hecho antijurídico. El ordenamiento jurídico *debía* expresar su desaprobación.²⁷ El Estado *debía* efectuar un juicio de valor y reflejar que el aborto es injusto, incluso cuando, para protegerlo, decidiera valerse de medios distintos al castigo. Este planteamiento otorgaba a las medidas punitivas una posición privilegiada, pues las convertía en una opción que debía permanecer abierta siempre que se demostrara que la protección de la vida no podía alcanzarse con la misma efectividad por ningún otro medio.²⁸

Una vez afirmado el deber constitucional “normal” o “a priori” de las mujeres embarazadas de llevar a término sus embarazos, se planteaba entonces el interrogante de si, desde la perspectiva de los intereses constitucionales de las mujeres, podían existir “circunstancias extraordinarias,” que permitieran (o incluso forzaran) al legislador a introducir excepciones al cumplimiento de las obligaciones reproductivas y maternas ordinarias. Para el Tribunal, esto *sólo debía* ocurrir si estaba en juego la vida o un grave deterioro de la condición de la mujer pero el legislador podía decidir libremente qué otro tipo de cargas extraordinarias no habrían de imponerse a las mujeres embarazadas.²⁹ En todo caso, incluso en esos casos, si el legislador optaba por exceptuar a las

26. Ibid. C. III. 1.

27. El voto disidente de los jueces Rupp von Brunnek y Simon le achacan al voto de la mayoría su insuficiencia a la hora de explicar cómo se deriva constitucionalmente el deber de condenar a la mujer como un deber independiente. En una comunidad democrática pluralista, ideológicamente neutral y liberal, afirman los magistrados, la tarea del Estado solo es proteger los valores jurídicos garantizados y reconocidos por la constitución. Ver II. 2.

28. Ibid. C. III. 2.

29. Ibid. C. III. 3. El Tribunal parecía así sugerir que la penalización o no penalización del aborto dependían únicamente de la situación de la mujer embarazada, sin tener nada que ver con el estadio de evolución del nas-

mujeres del castigo, el Estado tendría la obligación de ofrecer asesoramiento y asistencia a la mujer, no sólo para reducir su sufrimiento, sino también para “recordarle el deber fundamental de respetar la vida en gestación, y para promover la continuación del embarazo”³⁰ y así disuadirla de sus intenciones abortivas. En otras palabras, lo que viene a decir el Tribunal es que, salvo que sea para proteger su propia vida o salud, las mujeres siempre tendrían, *prima facie*, la obligación constitucional de llevar a término un embarazo, distinguiéndose únicamente entre *situaciones de dificultad ordinaria* vinculadas al embarazo, el parto, y la crianza de niños, y *situaciones de dificultad extraordinaria* en las que el legislador podía exonerar del castigo y que el legislador debía definir, pero que podían incluir los supuestos de malformaciones fetales severas, embarazos productos de violación, o falta de medios sociales o financieros para afrontar la maternidad. En todos los casos que quedaban fuera de la categoría de “dificultad extraordinaria”, el legislador sólo podría prescindir del castigo penal cuando hubiese identificado otros medios capaces de enfatizar el carácter injusto del acto que demostraran ser tan efectivos como el castigo penal para prevenir la interrupción de los embarazos.³¹

Aplicando estos estándares a la legislación examinada, el Tribunal no tuvo dificultades en considerarla inconstitucional. La combinación de un modelo de plazos con el deber de asesorar e informar a las mujeres sobre la existencia de servicios públicos y privados que proveyeran asistencia a las embarazadas, las madres y los niños, se consideró simplemente insuficiente para satisfacer los estándares constitucionales en juego. La adopción de una regulación basada en un sistema plazos con el fin de preservar un número mayor de vidas (ante la ineficacia del sistema penal) era incompatible con la obligación proteger cada vida individualmente considerada. El objetivo de contener la epidemia de abortos no merecía prioridad sobre la protección jurídica fundamental en cada caso individual. El legislador tenía siempre la obligación de señalar que abortar es un acto ilícito. Por lo tanto, era inevitable que el asesoramiento a la mujer se centrara en el feto y tuviera de forma explícita fines disuasorios.³² Es más, debía existir un período de espera de al menos dos días antes de que pudiera llevarse a cabo el aborto. En definitiva, las medidas preventivas y promocionales de protección se consideraron simplemente insuficientes.

3. El paradigma se matiza: de madres egoístas a madres vulnerables según el caso Aborto II

Tras la primera decisión sobre aborto, el 18 de mayo de 1976 se aprobó una versión revisada de la Ley de Reforma del Aborto, reproduciendo el modelo de indicaciones propuesto por el Tribunal, es decir, una ley que permitía los abortos por motivos médicos, eugenésicos, éticos,

citurus, el cual ha de ser igualmente protegido desde el comienzo de la vida humana. Sin embargo, de hecho, sí se tiene en cuenta el estadio del desarrollo del feto. Tal y como se ha observado, los diferentes plazos que la reformada ley contempla según el tipo de aborto, en función de que sea por indicación fetal, social o ética, de hecho, muestra que el feto es tratado de manera diferente según su etapa de desarrollo. Ver Nijsten (1990).

30. Ibid. E 3.

31. Ibid.

32. Ibid. D.II.2

y graves razones sociales. Sin embargo, el modelo de indicaciones adoptado por el legislativo como solución no logró satisfacer a nadie. Las defensoras del derecho a decidir consideraron que la regulación imponía demasiadas cargas, era ineficiente, y restringía sin necesidad el derecho de la mujer a decidir durante las primeras fases del embarazo. Sus opositores mostraron su descontento con la gran cantidad de abortos practicados bajo la indicación de graves dificultades sociales, así como con que el sistema público de salud los financiara. Además, el sistema se prestaba a gran variación geográfica en función del *ethos* religioso prevalente en cada Estado o la región en que se aplicara la Ley.

Así estaban las cosas cuando la reunificación desencadenó la necesidad de una solución de compromiso. Como Alemania Oriental ya llevaba tiempo reconociendo el aborto a demanda conforme al sistema del primer trimestre, en los años noventa, la cuestión del aborto quedó atrapada en las negociaciones para la reunificación, y ello condujo a la adopción de una legislación más liberal. La nueva legislación complementó el modelo de indicaciones con una solución de plazos que despenalizaba el aborto en el primer trimestre tras un proceso de asesoramiento no tuitivo y un período de tres días de reflexión. El nuevo modelo retuvo el concepto de que el aborto sólo debía permitirse si la continuación del embarazo podía implicar una carga desmesurada para la mujer, ya que suponía la destrucción de vida constitucionalmente protegida. Al mismo tiempo, el nuevo modelo albergaba la idea de que el deber del Estado de proteger el desarrollo de la vida podía lograrse favoreciendo las condiciones socio-ambientales de la mujer y de las familias con niños mejor que a través de medios punitivos y, en el caso individual de un embarazo no deseado, mejor que mediante un asesoramiento disuasorio y un servicio de información completo. Por lo tanto, la nueva legislación contenía un paquete voluminoso de medidas sociales de carácter general sobre educación, control de la fecundidad, y asistencia estatal en cuestiones de planificación familiar y embarazo (Walther, 1993).

Una vez más, la constitucionalidad de la Ley se puso en entredicho, brindando así al Tribunal Constitucional alemán la oportunidad de perfeccionar su modelo jurisprudencial en una segunda decisión que también se convertiría en referente (de aquí en adelante denominada caso *Aborto II*),³³ y que nuevamente declaraba la inconstitucionalidad de la legislación. Esta vez, si bien el Tribunal aceptó el viraje estratégico hacia el modelo de plazos, no quedó del todo satisfecho con el proceso de asesoramiento específicamente previsto en la Ley, un procedimiento que consideró insuficiente para proteger la vida en gestación. Pese a ello, el caso *Aborto II* pone de manifiesto un cambio fundamental en la percepción de la mujer que normalmente busca un aborto de forma que la mujer egoísta o caprichosa da paso en el imaginario colectivo al de la mujer desesperada y vulnerable (y, por tanto, influenciable) que reside en la potencial madre. La imagen de las mujeres como seres sexuados y responsables y con capacidad de decidir con autonomía sobre su propia reproducción quedaba aún lejos.

El caso *Aborto I* había señalado que el deber constitucional del Estado de proteger la vida en gestación no equivalía a la protección punitiva obligatoria, sino a la identificación de medios igualmente eficaces para proteger a cada feto individualmente considerado.³⁴ Fue el caso *Aborto II*, sin embargo, el precedente que estructuró de manera clara una amplia gama de opciones

33. 88 BVerfGE 203 (1993).

34. Ibid. D. III. 2

legislativas, teniendo en cuenta para ello sobre todo consideraciones de eficiencia, en vista de que los abortos ilegales continuaban siendo una realidad que ponía en riesgo la salud de las mujeres. Al igual que el caso *Aborto I*, *Aborto II* comenzó con el deber del Estado de proteger la vida humana, que incluía la vida en gestación, especificando que era ésta una protección debida no sólo en general, sino también con respecto a cada feto individualmente considerado.³⁵ En otras palabras, la protección de la vida en gestación no podía reducirse a un acto expresivo, debía relacionarse con la salvación de cada vida humana concebida de forma individual. Al igual que en el caso *Aborto I*, el Tribunal reconoció que las mujeres tenían un deber *a priori* de llevar sus embarazos a término,³⁶ y que este deber no podía ser suspendido en general, ni siquiera en el marco de un sistema de plazos. Sin embargo, esta vez, el Tribunal Constitucional alemán concedió al legislador mayor discrecionalidad para abandonar los medios punitivos que no resultasen efectivos, no solo porque aceptó que la herramienta penal debía ser siempre la *ultima ratio*,³⁷ sino también porque reconoció el vínculo especial que une a la mujer con el feto, una relación que ahora pasaba a ser descrita por el Tribunal como de “dualidad en la unidad”,³⁸ reemplazando la relación conflictual que enfrentaba a las mujeres con los fetos amenazados y a la que se había referido el caso *Aborto I*. No obstante, el nuevo encuadre no implicó un viraje hacia la consideración de un derecho constitucional a decidir por parte de la mujer del estilo del que en EE.UU. había formulado “*Roe v. Wade*”. Para el Tribunal, las indicaciones como excepciones eran permisibles en algunos casos e incluso requeridas en otros,³⁹ pero el ordenamiento jurídico alemán sencillamente no podía convertir el aborto en un derecho. Debía seguir transmitiendo el mensaje de que el aborto era reprobable y, en particular, que los abortos injustificados siempre eran ilícitos.⁴⁰ Por lo tanto, la constitucionalidad de un sistema no punitivo de protección dependía de que las restantes formas de protección seleccionadas otorgaran suficiente protección al feto.⁴¹

Por otra parte, el Tribunal reconoció claramente que ni las medidas disuasorias ni las medidas punitivas de protección eran suficientes por sí mismas. Se requería también la asistencia para facilitar la maternidad a las mujeres que en principio la desearan pero que carecieran de los medios necesarios, o estuvieran razonablemente preocupadas por el impacto de la maternidad en su desarrollo social o profesional. Para el Tribunal alemán, el deber de protección de la vida había de ser interpretado a la luz del deber de protección de la familia previsto en los artículos 6.1. y 4 de la Ley Fundamental alemana. Esto implicaba que la responsabilidad de proteger la vida no podía recaer *enteramente* en la mujer sino que debía compartirse, y que la maternidad y el cuidado de los niños debían concebirse como un servicio que beneficia a toda la comunidad.⁴²

35. Ibid. D. I. 1. b

36. Ibid. D. I. 2.

37. Ibid. D. I. 2c.dd

38. Ibid. D.I.2.

39. Ibid. D.I.2c.aa.

40. En este caso particular, el Tribunal sugirió que esto se hiciera a través de servicios de orientación disuasoria y obligatoria estrictamente regulados, así como también mediante la limitación de los fondos públicos solo a aquellos abortos que eran considerados legales (es decir, fundados en una excepción tolerada) o para mujeres pobres. Ver Ibid. D. II y D. III. 1, y D. I. 15-16 y E. V. 2.

41. Ibid. D. I. 2c.dd.

42. En la explicación de lo que consideraba como algunas de las causas más comunes de aborto, el Tribunal

Entre las diversas y necesarias acciones protectoras, el Tribunal mencionaba la asistencia del Estado en caso de necesidad, pero también legislación que asegurara una sociedad amable con la reproducción y crianza tal como aquella que prohibiera la rescisión de contratos de alquiler con motivo del nacimiento de un niño; legislación que asegurara la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo; la conciliación entre la vida laboral y familiar; así como la compensación para la persona que asume la responsabilidad primaria del cuidado de los niños por las pérdidas que ello le ocasiona.⁴³ A pesar de esto, el Tribunal no llegó a vincular el deber *a priori* de maternidad con la verificación fáctica de las condiciones para que la responsabilidad reproductiva fuera verdaderamente una responsabilidad compartida. Los deberes de las mujeres embarazadas seguían siendo deberes constitucionales que podían hacerse cumplir mediante sanción penal si el legislador así lo decidía. Un apoyo familiar y social más amplio a la familia para la reproducción continuaba siendo, desde la perspectiva de la mujer, un imperativo constitucional no exigible en pos de una distribución más equitativa de los costos de la reproducción humana.

Así pues, el abandono del modelo punitivo por parte del Tribunal alemán en la decisión *Aborto II* implicó el reconocimiento de la importancia de facilitar las condiciones para la reproducción humana y supuso un cambio en la percepción de la mujer que “por defecto” decidía abortar (quien pasaba de ser considerada egoísta o hedonista, a ser vista como vulnerable). Pero este cambio era también una concesión estratégica, i.e. la de la necesidad de encontrar medios más efectivos para minimizar el número total de abortos en la realidad. El presupuesto normativo de las mujeres en el fondo seguía siendo el mismo, puesto que no fue el reconocimiento de su autonomía reproductiva el que hizo necesario abandonar la penalización. La prevalencia de las consideraciones estratégicas explica el énfasis puesto en el caso *Aborto II* en la especificación de la naturaleza y los objetivos precisos del procedimiento del asesoramiento obligatorio que, según el Tribunal, debía acompañar la toma de decisión de la mujer, un procedimiento que seguía teniendo que reflejar el sistema de valores constitucionales.

Si nos apartamos por un momento del caso de marras y reflexionamos sobre los objetivos posibles del procedimiento de asesoramiento ligado a la toma de decisión de la mujer, vemos que hay una escala de cuatro estadios que van desde el objetivo de que la decisión de la mujer sea, uno, informada; dos, meditada y responsable; tres, lo que podríamos describir como resistente a la persuasión; o cuatro, resistente a la coerción. Solo el primer objetivo parece totalmente compatible con la meta de lograr que la mujer embarazada ejerza una elección autónoma (es decir, libre e informada), mientras que el último parece vulnerar su autonomía frontalmente. Se puede decir que las mujeres han adoptado una decisión “informada”, si, en el momento en que afrontan el embarazo y la posibilidad de continuarlo o interrumpirlo, están al tanto de las consecuencias que podrían desencadenarse de su decisión de abortar o de continuar con el embarazo, el parto, y el cuidado del niño. Una decisión libre es también aquella en la que las mujeres están al tanto de la existencia de las alternativas razonables al aborto, tales como los procedimientos de adopción o las medidas de asistencia y protección que facilitan la maternidad. Desde un punto de vista

incluyó la falta de vivienda adecuada; la falta de medios para educar a los niños mientras se desarrolla un proyecto educativo o una actividad económica; la falta de medios materiales y la discriminación social contra las madres solteras. *Ibid.* D. I. 3.

43. Ver *Ibid.* D. I. 3

filosófico, la regulación que facilita este tipo de procesos de toma de decisión es claramente compatible con la consideración de las mujeres como agentes morales completamente autónomos. En cuanto al procedimiento de orientación o asesoramiento que pretende asegurar que la decisión de la mujer sea una decisión “meditada y responsable”, si bien no viola necesariamente la autonomía de las mujeres, parte del dudoso presupuesto de que las mujeres carecen de una competencia moral completa, y de que es por ende necesario informarlas sobre los argumentos morales que pueden influir en favor de su decisión de continuar con el embarazo.

No era el reconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres mediante la puesta en marcha de medidas que facilitarían la maternidad y la crianza el eje central de la sentencia *Aborto II*. Por ello no sorprende que convirtiera el consentimiento *resistente a la persuasión*, y no el mero consentimiento informado, en el umbral constitucional obligatorio para solicitar el aborto. Así, si bien el Tribunal describió este modelo como uno que busca la protección del feto “con la madre y jamás contra la madre” (es decir, colaborando con ella y no amenazándola), su principal preocupación seguía siendo la necesidad de proteger al nonato.⁴⁴ Al Tribunal solo parecía preocuparle la realidad de que, a falta de otras opciones, las mujeres siguieran abortando así fuera de forma ilegal, y el hecho de que, de no ser puesta la decisión final en sus manos después de la sesión de orientación, se impediría que las mujeres revelaran abierta y honestamente sus reservas frente a continuar con un embarazo, imposibilitándose de esta forma cualquier actividad que favoreciera su cambio de opinión.⁴⁵ Por lo tanto, como condición para dar por buena la opción de “solicitud a discreción más orientación disuasoria”, el Tribunal aumentó las exigencias del procedimiento de orientación del que se requería que, en primer lugar, informase a las mujeres sobre las opciones de asistencia social tanto para la madre como para el niño;⁴⁶ en segundo lugar, fortaleciese su sentido de responsabilidad recordándoles el derecho a la vida del nasciturus y su correspondiente deber de maternidad;⁴⁷ y, en tercer lugar, las incitase a continuar con sus embarazos.⁴⁸ Además, el procedimiento debía contemplar la posibilidad de involucrar o excluir del proceso a todos aquellos que pudieran influir negativamente sobre las mujeres (tales como el médico, el padre u otra persona de la familia o su entorno social). Según el Tribunal, todos estos actores *debían* promover y apoyar a la mujer en su elección de continuar con el embarazo, pero de hecho podían influenciarla indebidamente en el sentido contrario, menospreciando no sólo la responsabilidad de la mujer, sino también su propia responsabilidad compartida en la protección de la vida.⁴⁹ A la vista de estos parámetros, el Tribunal anuló la legislación examinada, considerando que se concentraba exclusivamente en permitir que las mujeres superaran una situación de necesidad y conflicto en lugar de promover de forma positiva que las mujeres continuaran con el embarazo, recordándoles el rango fundamental del derecho a la vida del nasciturus y sus correspondientes deberes.⁵⁰ Dicho de otra forma, el Tribunal exigía una disuasión más explícita.

44. Ibid. D. II. 3.

45. Ibid. D. II. 5 y D. III 1 c.

46. Ibid. D. III. 1 d; D. IV 1. c.

47. Ibid. D. III y D. IV.

48. Ibid. D. III. 1 a.

49. Ibid. D. III. 1 b; D. IV, 1. d; D. VI.

50. Ibid. E II.

En último término, los roles de género asignados bajo este nuevo modelo que venía a aceptar el sistema de plazos basándose solo en consideraciones estratégicas, no sufrieron un cambio fundamental. El presupuesto básico se sostuvo. Las mujeres embarazadas deben querer la maternidad, y, por lo tanto, en caso de conflicto, es necesario ayudarlas y aconsejarlas en la toma de su decisión. También se las debe proteger de terceros egoístas que podrían disuadirlas, en lugar de ayudarlas, para que sigan su llamado natural a la maternidad.⁵¹ Es al legislador a quien corresponde decidir cómo lograr mejor esos objetivos, y, en esta labor, puede el legislador contemplar formas de proteger al nasciturus *con y a través* de la mujer embarazada en lugar de *frente y en contra* de ella, dado que normalmente las mujeres que optan por el aborto no son ni egoístas ni frívolas, sino que lo hacen porque están desesperadas, son vulnerables, y por tanto, manipulables. Si algo puede hacer cambiar de opinión a la mujer embarazada sería una combinación de argumentos persuasivos, un apoyo material adecuado, y una sociedad respetuosa con los niños y la reproducción. Al final, identificar mecanismos eficientes para convencer a las mujeres de asumir sus obligaciones naturales frente a la maternidad para salvar fetos sigue siendo el objetivo primario. No lo es el reconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres como ciudadanas iguales y libres de elegir su propio proyecto vital.⁵²

4. El surgimiento de un paradigma alternativo: del rescate de fetos a las condiciones del respeto de la vida y de la mujer responsable

En los últimos tiempos, hemos comenzado a observar un cambio de paradigma en virtud del cual el abandono de las medidas punitivas y el respaldo de medidas de prevención y promoción durante las etapas iniciales del embarazo se conceptualizan no como concesión a consideraciones estratégicas, sino más bien como la expresión de principios que desafían el núcleo central del modelo alemán. Entre ellos se encuentra la mayor importancia constitucional que se otorga a la autonomía reproductiva de las mujeres, lo que permite socavar la normalización del deber de maternidad. Este cambio se ha logrado mediante el reconocimiento de que, incluso reconociendo su relevancia constitucional, la vida del feto no goza automáticamente de prioridad constitucional frente a la autonomía reproductiva de la mujer; que el Estado no puede cumplir su deber de proteger la vida desplazándolo, de forma automática, sobre la mujer embarazada a quien se le

51. Literalmente, para el Tribunal, “el conflicto que surge en el caso de un embarazo suele derivarse de saber que uno lleva dentro vida humana digna de protección y del deseo de tener al niño, por un lado y, por el otro, del miedo a no ser capaz de afrontar la tarea, estar inmersa en un grave conflicto personal, o tener que renunciar al propio plan de vida. El asesoramiento que pretende evitar esta división interna y busca superar los obstáculos al deseo de tener un hijo, alentando a las mujeres a llevar el embarazo a término, no implica que la decisión se tome desde fuera. El que las mujeres [en conflicto interno] necesiten ayuda es una cuestión confirmada por los problemas psicológicos que a menudo provienen de un aborto”. Ibid. D. IV. 1.

52. A raíz de la decisión de 1993, el aborto en Alemania sigue estando prohibido penalmente excepto bajo las indicaciones. Sin embargo, una mujer que completa el asesoramiento obligatorio puede recibir un certificado que le brinda inmunidad frente al procesamiento en caso de realizarse el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo (Código Penal alemán, StBG, parr. 218a). En estos supuestos, y salvo para las situaciones de pobreza, el Estado no sufraga los gastos del procedimiento.

impone un deber ordinario de maternidad; y que tanto la embarazada como el nasciturus gozan de alguna forma constitucional de protección, lo que significa que el legislador está obligado a realizar un ejercicio de ponderación basándose en técnicas de proporcionalidad y teniendo en cuenta las distintas fases de desarrollo del feto. Por ahora, la expresión más desarrollada de este nuevo paradigma se halla, según veremos, en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de Portugal.

A. Las semillas internas del cambio: de madres abnegadas a seres sexuales y responsables

El germen de este cambio de paradigma se remonta al voto disidente de los jueces Mahrenholz y Sommer en el caso *Aborto II*. Según los magistrados, toda regulación sobre el aborto debería tener en cuenta no sólo el deber del Estado de proteger la vida en gestación, sino también los derechos de la mujer respecto de su dignidad, integridad física, y libre desarrollo de su personalidad. El principio de proporcionalidad *debe* entonces entrar en juego, dado que la afirmación de un bien constitucional no puede conllevar el sacrificio total de otro bien constitucional. No resulta sorprendente que, en lugar de comenzar desde el embarazo, y desde el presupuesto del incuestionable deseo de maternidad de toda mujer embarazada, la posición disidente nos lleve un paso atrás en el tiempo. En efecto, planteando la escena de forma radicalmente distinta, la opinión divergente reconoce como un rasgo característico de la condición humana que la sexualidad y el deseo de tener hijos no tienen por qué coincidir necesariamente, y que las consecuencias de esa discordancia recaen sobre todo en las mujeres. Se refiere luego el voto al hecho de que las mujeres han buscado a través de los tiempos evitar esa disonancia recurriendo al aborto, legal o ilegal, cuando consideraban que sus circunstancias vitales no les permitían asumir la responsabilidad de la maternidad. Ello no implica que el Estado no tenga el deber constitucional (y no tan solo la prerrogativa) de proteger la vida desde su inicio, pero, se trata, fundamentalmente, de un deber que recae ante todo sobre el Estado y no puede privar a las mujeres del lugar que les corresponde como titulares de derechos que son.⁵³ Más bien, toda regulación del aborto debe tomar en cuenta no sólo el deber de protección de la vida gestacional, sino también el derecho de la mujer al respeto y la protección de su dignidad (art. 1.1GG); la integridad física (art. 2.2GG); y el libre desarrollo de su personalidad (art. 2.1GG), ajustándose a estándares de proporcionalidad.

Esta postura tiene consecuencias para el “modelo de plazos más asesoramiento disuasorio.” En concreto, los jueces disidentes argumentan que cuando el legislador opta por esa forma de protección, hay algo más que una cuestión estratégica en juego. Más bien, esta opción reconoce que, en las primeras fases del embarazo, y después de que la mujer haya recibido un procedimiento de orientación disuasorio enfocado en el feto, la decisión le corresponde a ella en ejercicio de sus derechos fundamentales. Cuando la dignidad humana de la vida en gestación y la dignidad de la mujer colisionan, corresponde al legislador generar una solución basada en la proporcionalidad. Por ello al legislador le cabe la facultad de tomar en cuenta que, en la “dualidad dentro de la unidad” que representa el estatus del embarazo, a medida que el embarazo avanza, la dimensión

53. Ibid. I 1 y 2.

de la dualidad cobra fuerza. Como es de esperar, la imagen de la mujer que aborta que subyace tras la opinión disidente es totalmente distinta de la que puede extraerse de la decisión mayoritaria. Según la opinión disidente, el punto de partida de la regulación del aborto debe ser que las mujeres embarazadas son, en general, perfectamente capaces de tomar decisiones responsables y justificadas sobre esta cuestión. Por ello la mejor forma de protección de la vida en gestación debe operar verdaderamente con y no contra las mujeres, y el Estado debe confiar en su capacidad a la hora de adoptar decisiones responsables, ya que las mujeres no suelen recurrir al aborto a la ligera o sin razones de peso.⁵⁴

Después del caso alemán *Aborto II*, otros Tribunales Constitucionales europeos comenzaron a apoyar la validez constitucional de la orientación disuasoria obligatoria como alternativa a la protección punitiva, dando a entender que se trataba de una cuestión de principios (es decir, el reconocimiento de la autonomía de las mujeres), y no solo de estrategia (es decir, la mayor eficiencia para salvar vidas fetales), confirmando así el comienzo de un cambio de paradigma.⁵⁵ La expresión más lograda del cambio de paradigma puede hallarse en la decisión de 2010 del Tribunal Constitucional portugués, que ni siquiera condiciona la aceptación del modelo de plazos al procedimiento de orientación explícitamente disuasorio.⁵⁶ No obstante, es interesante observar que este nuevo paradigma no es el resultado de un proceso formal de ruptura con el marco alemán de referencia, que ubica al feto en el centro del escenario, sino que se da a través de un proceso que podríamos llamar de *transferencia jurídica subversiva*, en virtud del cual el encuadre básico del debate constitucional sobre el aborto (centrado en el feto y en el deber de protegerlo) sigue reflejando la jurisprudencia alemana (en contraposición al encuadre de la decisión estadounidense que se centra en las mujeres y sus derechos) y, a pesar de ello, la doctrina resultante termina reformulándose de forma significativa. La reformulación ocurre a través de un bricolaje doctrinal con materiales constitucionales diversos, que incluyen el contenido de las opiniones disidentes de los casos alemanes, pero, curiosamente, también de trabajos académicos de la doctrina germánica lo cual muestra que el poder simbólico de tener a Alemania como referente no se circunscribe solo a la doctrina del Tribunal. El distanciamiento del punto de referencia se

54. Ver II. 1

55. Ver Alkotmánybíróság (AB) [Constitutional Court], Decisión 48/1998 (XI. 23.), Boletín Oficial (Magyar Közlöny) MK 1998/105 (Hung.), 26), donde el Tribunal Constitucional de Hungría reconoce que la despenalización del aborto, acompañada de un procedimiento de orientación disuasoria, podrá ser un método constitucionalmente válido para proteger la vida del nasciturus, respetando a su vez los derechos de las mujeres. Ver también la decisión de 2006 del Tribunal Constitucional de la República de Eslovaquia (PL- US 12/01-297), que respalda la legislación que complementa el modelo de indicaciones con un modelo de plazos, lo que permite a las mujeres abortar sin fundar su petición durante las primeras 12 semanas (previa consulta con su médico). Para ello, el Tribunal se basa en que los efectos disuasorios de los costos del procedimiento y la orientación disuasoria (que, según el Tribunal, cabe esperar de los médicos como profesionalmente obligados a expresar la condena ética del aborto) constituyen protección suficiente para el nonato.

56. Ver *Acórdão do Tribunal Constitucional* nro. 75/10 que declara constitucional legislación que complementa el modelo de indicaciones con una excepción más al castigo para los abortos practicados durante las primeras diez semanas del embarazo sin necesidad de justificación y después de un proceso de asesoramiento destinado únicamente a proveer a las mujeres de la información necesaria para tomar una decisión libre, a conciencia y responsable (por lo tanto de un asesoramiento no necesariamente disuasorio), y después de un período de reflexión de tres días.

justifica a sí mismo en distinciones doctrinales vinculadas a una lectura del excepcionalismo alemán que no necesariamente coincide con el entendimiento que el Tribunal alemán tiene de su propio excepcionalismo. Cabe en todo caso resaltar los diferentes presupuestos epistemológicos “extra-constitucionales” (ya sea sobre las mujeres o sobre el significado de la protección de la vida en gestación) sobre los que descansa la decisión, y que tal vez explican las distintas posiciones doctrinales. Veámoslo en más detalle.

B. Recepción y reformulación del paradigma alemán: de salvar fetos y ayudar a sus madres al respeto por la vida humana y la maternidad responsable

Portugal tiene una rica historia constitucional en materia de aborto. Siendo país de tradición profundamente católica, Portugal prohibía el aborto de forma absoluta en su código penal hasta mayo de 1984, cuando se introdujo por primera vez un modelo de indicaciones que contemplaba la exención de la pena cuando se practicaba para salvar la vida de la mujer, o por su salud física o mental; en caso de malformaciones severas en el feto; o cuando el embarazo fuera producto de una violación.⁵⁷ Esta reforma legislativa desencadenó el primer litigio constitucional, el cual dio lugar a dos decisiones, una en 1984 y otra en 1985, que aprobaron el modelo de indicaciones.⁵⁸ En ambas ocasiones, el Tribunal defendió el modelo de indicaciones con una impronta que podría describirse como de *recepción moderada* del modelo alemán: si bien se recibía el marco básico alemán, claramente diferente del estadounidense, la doctrina no era exactamente idéntica.

A pesar de que la primera decisión, emitida en 1984, comenzaba con una sección dedicada al Derecho comparado, en la que aludía tanto a la legislación de Francia, Alemania e Italia como a la jurisprudencia de sus respectivos Tribunales Constitucionales, el único referente que el Tribunal portugués hizo valer, tanto para manifestar su acuerdo como su desacuerdo, fue el de Alemania. Mencionando explícitamente la decisión alemana en el caso *Aborto I*,⁵⁹ los primeros casos portugueses partían de la protección debida, no a las mujeres, sino a lo que el Tribunal portugués denominaba “la vida intrauterina,” la cual consideraba protegida por el derecho constitucional a la vida (art. 24(1) de la Constitución de Portugal) y la integridad personal (art. 25), ambos interpretados en consonancia con el principio de dignidad humana.⁶⁰ Al hacerlo, el Tribunal apelaba, de manera un tanto vaga, a la “naturaleza de las cosas,” y hacía notar que el conocimiento científico había demostrado que la vida intrauterina era vida humana, un razonamiento que, según el Tribunal, también había guiado al Tribunal alemán en la decisión *Aborto I*. Y ello, a pesar de que la Constitución alemana, en su artículo sobre el derecho a la vida se refiriese a “cada uno”, a diferencia de la construcción de la Constitución portuguesa en su art. 24, que declaraba en sentido amplio que “la vida humana deber ser inviolable”.

57. Lei nro. 6/84, del 11 de mayo modificando el Código Penal.

58. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85 (publicada en *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, V, Lisboa, pp. 245 ff.) y *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84* (publicada en *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, II, Lisboa, pp. 7 ff.)

59. Acórdão do Tribunal Constitucional nro. 25/84 cfr. VII, § 1.

60. Acórdão do Tribunal Constitucional nro. 25/84 cfr. VII, § 1.

No obstante, a diferencia del Tribunal Constitucional alemán, que había declarado la cuestión abierta y, en última instancia, irrelevante para el caso *Aborto I*, el Tribunal portugués especificó, tanto en su decisión de 1984 como en la de 1985, que ello *no* convertía al nonato en titular de derechos, dado que, según la Constitución portuguesa, solo las personas, no lo fetos, podían ser titulares de derechos fundamentales. Por tanto, la protección que se debía a la vida intrauterina era la protección debida al nonato como un “valor objetivo” merecedor de promoción constitucional.⁶¹ Para el Tribunal, de esta afirmación se derivaban una serie de consecuencias doctrinales relevantes puesto que implicaba que el valor de la vida en gestación no podía ser jerárquicamente superior al de la autonomía de las mujeres.⁶² Por ello, se reconocía desde el comienzo que el valor de la vida intrauterina como valor constitucional objetivo pudiese tener que ceder frente a un conflicto con los derechos subjetivos de las mujeres, derechos, no solo a la vida, a la salud y a la reputación (derechos que podían justificar la necesidad de indicaciones penales), sino también el derecho a la dignidad y a la libre maternidad.⁶³ Asimismo, a diferencia de lo que había sugerido la decisión en el caso *Aborto I*, y tal como había sostenido Otto Bachof al criticar al Tribunal alemán, el legislador debía contar con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de elegir con qué instrumentos protegía la vida en gestación.⁶⁴ En vista de lo anterior, el Tribunal portugués validó, en sus dos decisiones de 1984 y 1985, el análisis de proporcionalidad ejercido por el legislador al introducir en el sistema la regulación de las excepciones a la penalización del aborto.

No obstante, hasta 1998⁶⁵ el Tribunal portugués no tuvo la oportunidad de confirmar la constitucionalidad de un modelo de plazos que permitiría que el aborto se solicitara durante las diez primeras semanas de gestación. Esta reforma legislativa fue sometida (sin éxito) a referéndum, primero en 1998 y más tarde en 2007, después de que otra decisión del Tribunal Constitucional volviese a reafirmar su constitucionalidad en 2006.⁶⁶ Tanto la sentencia del 1998 como la del 2006 fueron adoptadas por un margen muy estrecho de votos, pero resultaron en vano, ya que en el primer referéndum el “no” superó al “sí”, y en ninguno de los dos se alcanzó el quórum de participación necesario para que fuesen vinculantes. Curiosamente, entre los múltiples factores que explican el fracaso de la liberalización por la vía de referéndum se encuentra la fuerte y exitosa batalla emprendida por grupos de la sociedad civil y, en especial, por la Iglesia Católica

61. Acórdão do Tribunal Constitucional nro. 85/85, cfr. 2, § 2.

62. Acórdão do Tribunal Constitucional nro. 25/84 cfr. VII, *in fine*.

63. Acórdão do Tribunal Constitucional nro. 85/85, cfr. 2§ 2.

64. Acórdão do Tribunal Constitucional nro. 25/84 cfr. V, § 1. Por lo tanto, no ha de sorprendernos que la opinión disidente del juez Cardoso da Costa se refiera a la decisión alemana del caso *Aborto I*, para sostener que la lectura subjetiva/objetiva de las provisiones del derecho a la vida no ha de ser interpretada como una que permita diferentes grados de protección de la vida humana (2), y para insistir en la importancia de la protección punitiva (4).

65. Acórdão do Tribunal Constitucional nro. 288/98. En esta decisión, luego de describir la difícil posición de una mujer que afronta un aborto (§ 27), el razonamiento doctrinal comienza de nuevo más desde la protección debida a la vida intrauterina bajo el art. 24 de la Constitución portuguesa (§§43). Sin embargo, una vez más, el Tribunal cita las críticas de Otto Bachof respecto de *Aborto I* para apoyar la discrecionalidad del legislador para decidir cómo ponderar adecuadamente los bienes constitucionales en competencia (§§43 y 51). A pesar de que valida la opción no punitiva y el modelo de plazos, el Tribunal deja claro que no está apoyando el encuadre de “*Roe v. Wade*”, el cual le asigna a las mujeres un derecho constitucional al aborto (§44-45).

66. Ver Acórdão do Tribunal Constitucional nro. 617/2006.

que fue el actor más involucrado y que contó con la labor predicadora de obispos y párrocos quienes desde los púlpitos en las áreas rurales y valiéndose de los medios de comunicación nacionales combatieron enérgicamente la liberalización, llegando incluso a comparar el aborto con el holocausto Nazi.⁶⁷

Tras dos fracasos consecutivos de reforma por la vía del referéndum, finalmente en abril de 2007, se aprobó una reforma al Código Penal portugués, complementando el modelo de indicaciones con una excepción para los abortos solicitados por las embarazadas durante las diez primeras semanas de gestación, y después de pasar un procedimiento de orientación obligatorio que informara a las mujeres para que pudiesen tomar una decisión “libre, consciente y responsable” y tras cumplirse un período de reflexión de tres días.⁶⁸ Cabe destacar que esta legislación no contemplaba la disuasión explícita del tipo que el Tribunal Constitucional alemán había establecido como condición necesaria para la adopción del modelo de plazos del caso *Aborto II*.

En febrero de 2010 el Tribunal Constitucional portugués resolvió a favor de la constitucionalidad de dicha legislación.⁶⁹ El enfoque básico de la decisión reproduce las características esenciales de la doctrina previa del Tribunal: la vida del nonato ha de protegerse como un valor objetivo, y esta protección debe ponderarse en relación a los derechos fundamentales de la mujer embarazada.⁷⁰ A su vez, citando esta vez no solo a Otto Bachof, sino también a Robert Alexy, reconoció el Tribunal que el legislador cuenta con una amplia discrecionalidad ya que, a diferencia de las obligaciones negativas (es decir, obligaciones de no vulnerar derechos o valores constitucionales), las obligaciones positivas (es decir, las obligaciones de promover activamente dichos derechos o valores, o protegerlos frente a posibles interferencias por parte de terceros), incluso si tienen fundamento constitucional, son de naturaleza mucho más indeterminada.⁷¹ En relación con esto, el Tribunal aclaró dos cuestiones importantes. En primer lugar, que es consideradas en su conjunto cómo las medidas positivas deben procurar la protección adecuada de los derechos fundamentales o valores constitucionales.⁷² En segundo lugar, que, al decidir cómo armonizar correctamente el deber de proteger la vida intrauterina y los derechos fundamentales de las mujeres, el legislador puede legítimamente tener en cuenta la fase de gestación en la que se encuentre el feto. Se trata, según el Tribunal, de un axioma ampliamente aceptado, un reflejo fiel de la especial conexión que se establece entre una mujer y el feto que lleva dentro. Tomando prestado de la decisión alemana del caso *Aborto II*,⁷³ el Tribunal se refirió a esta relación entre mujer y feto como una relación de “dualidad en la unidad”,⁷⁴ asignándole, sin embargo, no el significado propuesto por la mayoría en la sentencia alemana, sino por la opinión disidente de los jueces Mahrenholz y Sommer,⁷⁵ opinión que el Tribunal citó de forma explícita al reconocer que

67. André Freire y Michael A. Baum, “Partidos políticos, movimientos de cidadãos e referendos em Portugal: os casos do aborto e da regionalização”, *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001, pp. 23, 29.

68. Ley nro. 16/2007 del 17 de abril.

69. Acórdão do Tribunal Constitucional nro. N 75/2010 (23.10.2010).

70. Cfr. §14.4.2.

71. Cfr. § 11.4.3.

72. Cfr. § 11.4.4.

73. Ver 88 BVerfGE 203 (1993).

74. Ibid.

75. Ibid. 338, 342.

la relación “no se mantiene estática durante el embarazo, sino que ‘durante las primeras semanas, la mujer y el *nasciturus* (...) parecen estar completamente unidos, mientras que a medida que el embrión se desarrolla la dualidad se hace más patente’.”⁷⁶

A pesar de ello, para evitar malentendidos, el Tribunal alejó el fantasma de “Roe”, aclarando que en ningún momento del embarazo, ni siquiera en sus etapas más tempranas, podía el legislador dar prioridad absoluta a los derechos de la mujer y por ende sacrificar enteramente el valor de la vida, dado que esto equivaldría a reconocer un absoluto e incondicional derecho de la mujer al aborto,⁷⁷ un derecho que, según el Tribunal, el ordenamiento jurídico estadounidense reconocía, pero no el portugués.⁷⁸ En este contexto, la cuestión fundamental pasó a ser entonces si el Estado había cumplido o no con su obligación de protección mínima de la vida intrauterina.

Al abordar la suficiencia de los medios protectores contemplados por la legislación propuesta, el Tribunal portugués, al igual que el Tribunal alemán, reconoció que para proteger la vida del nonato, el Estado está obligado a abstenerse de acciones que amenacen la vida en gestación así como a salvaguardarla contra posibles amenazas de terceros, incluso de la mujer embarazada.⁷⁹ Sin embargo, a diferencia del Tribunal alemán, el portugués no consideró necesaria la aplicación de medidas de protección punitivas o, en su defecto, de disuasión explícita. Para el Tribunal portugués, el Estado está obligado, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, a adoptar medidas que eviten embarazos no deseados (como la planificación familiar y otras medidas preventivas) y medidas destinadas a detener las intenciones abortivas,⁸⁰ reconociendo que entre estas últimas (además de las medidas punitivas), y especialmente dignas de consideración, se encuentran las medidas promocionales, como aquellas cuyo objetivo es alentar a las mujeres a que acepten y ejerzan de manera consciente la maternidad.⁸¹ Por consiguiente, no existe obligación alguna de protección punitiva.⁸² Más bien, corresponde al legislador decidir si, y cuándo, son adecuadas y necesarias las medidas de castigo, teniendo en cuenta que el castigo penal siempre debe ser una *ultima ratio*.⁸³ De hecho, en este caso en particular, la adecuación y la necesidad de la penalización resultaban bastante difíciles de justificar en vista de la ineficacia del castigo penal como elemento disuasorio y el resultado final que se lograba, que no era sino el de los abortos ilegales con gran riesgo para la salud y la vida de la mujer.⁸⁴ Además, las pruebas respecto del escaso cumplimiento del sistema penal demostraron que, por lo general, el delito ya no se percibía socialmente como tal.⁸⁵

Desde este punto de vista, el Tribunal aclaró que el nuevo modelo legislativo no podía interpretarse como una expresión de renuncia total del Estado respecto de su deber de protección de la vida en gestación en una etapa temprana. Más bien, y, de nuevo, parafraseando la opinión

76. Cfr. § 11.4.4.

77. Ibid.

78. Cfr. §§ 11.4.5 y 11.4.6.

79. Cfr. §11.4.3.

80. Ibid.

81. Ibid.

82. Ver, sin embargo, la opinión disidente del juez Benjamin Rodrigues (§ 3)

83. Cfr. §§ 11.4.6 y 11.4.7.

84. Cfr. § 11.4.7.

85. Cfr. §§ 11.4.7 y 8.

disidente de Mahrenholz y Sommer en *Aborto II*, el Tribunal se refirió al hecho de que la idea de “dualidad dentro de la unidad” para representar el embarazo permite que se comprenda mejor la naturaleza del conflicto al que una mujer embarazada se enfrenta, su carácter intrínsecamente personal y la pertinencia de dar por sentado que el legislador entiende que, en una etapa temprana, la protección del nasciturus es más eficiente *a través* de la protección de la mujer (es decir, confiando en su sentido de responsabilidad y en su juicio), asegurándose solamente de que la decisión sea tanto informada como deliberada.⁸⁶ Según el Tribunal, un tipo de “ley blanda”, de carácter más promocional que represivo, resulta más propicia para alterar los motivos de una mujer y hacerla reconsiderar la decisión en aquellos pocos casos en los que la mujer no se ha decidido por completo, es decir, en los únicos casos en que los abortos pueden aún prevenirse.⁸⁷

No es de extrañar que esta construcción se base en una concepción determinada de la mujer embarazada que toma la decisión de abortar, imagen respaldada, declaró el Tribunal, por datos sociológicos ¡alemanes! citados en *Aborto II*, según los cuales no puede presuponerse que las mujeres que quieren abortar lo hagan por razones hedonistas y que sean egoístas.⁸⁸ Más bien, la decisión de abortar se toma, a pesar de la ansiedad que ésta genera, con base en una convicción genuina de que es ese el curso de acción correcto y después de ponderar seriamente el valor de la vida en gestación y la existencia de otros tipos de perjuicios a una misma y a terceros que se quieren evitar.⁸⁹ Tampoco sorprende que esta comprensión de las mujeres alentara al Tribunal portugués a ir más allá de las consideraciones de eficiencia, dominantes en el caso *Aborto II*, y justificar la solución legislativa del sistema de plazos, al igual que lo hiciera la opinión disidente de Sommer y Mahrenholz, como una expresión *también* del estatus constitucional de las mujeres, cuyo contenido engloba también su dignidad.⁹⁰ Los intereses constitucionales de las mujeres no podían simplemente ser ignorados, en especial si se tiene en cuenta que para las mujeres lo que está en juego no es sólo un deseo de no interferencia (es decir, de que no haya interferencias en el proceso natural de gestación) sino también la obligación positiva de cuidar a una persona durante varios años, a costa de su propia existencia.⁹¹

Para el Tribunal, la solución a este conflicto entre los bienes de carácter personal, por un lado, y la protección objetiva del bien social del respeto a la vida, por el otro, no puede consistir en una cuestión de “todo o nada”. Puede por ello el legislador decidir que, por razones tanto de eficiencia como por consideraciones de principio relacionadas con la dignidad de la mujer, la mejor solución sea permitir que la mujer tome una decisión responsable durante un cierto período de tiempo en la etapa temprana del embarazo.⁹² Quedaba aún por analizar si la legislación vigente cumplía con las normas mínimas de protección requerida. Aunque las voces disidentes consideraron que este no era el caso, el Tribunal evaluó y, en última instancia, aceptó que las medidas de protección no punitivas previstas por la ley eran suficientes.

86. Cfr. § 14.9.9.

87. Cfr. § 11.4.10.

88. Ibid.

89. Ibid.

90. Ibid § 11.4.11. Nótese entonces la referencia explícita y el contraste entre el caso *Aborto I*, el cual se refería a la dignidad solo para fortalecer la posición constitucional del nasciturus, pero no la de la mujer embarazada.

91. Ibid.

92. Ibid.

Gran parte del peso de la argumentación de los demandantes se basó en el hecho de que el procedimiento de orientación y el período de reflexión de tres días que la Ley de 2007 contemplaba no eran suficientemente *disuasorios* y, por lo tanto, protectores del feto. El procedimiento de orientación previsto por la Ley era, según ellos, sobre todo informativo, de manera que sólo ayudaba a las mujeres a tomar decisiones informadas. Pero la exigencia exclusiva del consentimiento informado de las mujeres, argumentaban los demandantes, no era un procedimiento que se centrara lo suficiente en el feto. Tal y como el Tribunal reconoció, los demandantes tenían la esperanza de que el Tribunal portugués siguiera el mismo camino que el Tribunal alemán en el caso *Aborto II*, y condicionara el abandono del modelo de penalización/indicaciones (cuya ineficiencia quedaba demostrada) y la adopción parcial de un modelo de plazos, a que se complementara con un procedimiento de orientación explícitamente disuasorio.

El Tribunal Constitucional portugués abordó, en dos pasos, la cuestión de si el modelo de orientación de la Ley de 2007 constituía una protección suficiente para la vida en gestación. En primer lugar, se basó en el Derecho comparado para mostrar tanto la prevalencia creciente del modelo de plazos, como la amplia variación dentro de Europa con respecto a la adopción (o no) del requisito obligatorio de orientación.⁹³ En segundo lugar, abordó el Tribunal la comparación con el modelo alemán que los demandantes habían planteado, concluyendo que éste en realidad constituía más la excepción que la norma. Para el Tribunal portugués, lo que justificaba la imposición de tal modelo por parte del Tribunal Constitucional alemán y, por lo tanto, lo que yacía tras el excepcionalismo de Alemania, era la doctrina del Tribunal que reconocía al nonato como titular de derechos, algo que el orden constitucional portugués había negado desde el principio.⁹⁴ Lo cierto es que el caso *Aborto I* simplemente había dejado la pregunta de la titularidad en sentido estricto abierta por considerarla irrelevante.

El Presidente del Tribunal de Portugal, Rui Manuel Moura Ramos, en lo que probablemente fuera la opinión disidente más clamorosa de la decisión, cuestionó la importancia doctrinal que el voto de la mayoría atribuía al estatus del nonato. Según el juez Moura Ramos, la protección prevista en la Constitución a la vida intrauterina, ya sea considerada como titular de derechos o no, nunca puede quedar reducida a una protección de la vida como concepto o noción objetivos, sino que requiere la protección de la realidad existencial de cada feto concebido individualmente y con medios mínimamente eficaces, incluyendo durante las primeras diez semanas de gestación.⁹⁵ Esto es, de hecho, lo que la mayoría había afirmado en el caso *Aborto II*. El procedimiento de orientación no disuasiva y la existencia general de medidas preventivas e incentivadoras no pueden satisfacer la protección mínima que se debe al feto ya existente, puesto que estas medidas no pueden intervenir directamente en el proceso mental de la mujer cuando está tomando la decisión ni por lo tanto desalentar su decisión de abortar.⁹⁶

La mayoría, en cambio, quedó satisfecha con un procedimiento de orientación que procuraba el consentimiento informado y meditado de las mujeres, tanto desde el punto de vista de la eficiencia como desde el de los principios. Para el Tribunal, el hecho de que el procedimiento

93. §11.4.13.

94. §§11.4.13-14 y 11.4.17.

95. Ver disidencia del juez Rui Manuel Moura Ramos (§§ 2-3).

96. *Ibid.*

no fuese explícitamente disuasorio no significaba que fuera “meramente informativo”, como habían alegado los demandantes. Más bien, la existencia misma del procedimiento obligatorio de orientación ya suponía incentivar la conducta reflexiva y responsable de las mujeres.⁹⁷ Además, cabía esperar que las medidas de promoción tuviesen un efecto disuasorio, sobre todo para las mujeres de nivel socioeconómico bajo.⁹⁸

Lo que el legislador portugués, a diferencia del alemán, claramente no había incluido en el procedimiento era cualquier expresión o requisito que las mujeres pudieran sentir como imposición o juicio externo. Esto era algo que admitía explícitamente el Tribunal portugués. Dicho Tribunal reconoció también que el legislador podía haber adoptado un lenguaje más explícito que celebrara la importancia del valor de la vida o que, siguiendo el modelo alemán del caso *Aborto II*, encargara a los agentes involucrados en el proceso la tarea de disuadir a las mujeres, incluso mediante el repudio explícito del aborto. Una vez más, según el Tribunal, la diferencia en el grado de protección mínimo constitucionalmente obligado dependía del hecho de que el Tribunal alemán, a diferencia del portugués, había considerado que el nonato tenía un derecho subjetivo a la vida.⁹⁹ Pero para un observador externo resulta obvio que la diferencia dependía no sólo del entendimiento del feto, sino también del entendimiento relativo a la mujer embarazada.

Según el Tribunal, la disuasión de las mujeres mediante el repudio explícito del aborto no puede defenderse como constitucionalmente exigida, ni por consideraciones de eficiencia ni de principio.¹⁰⁰ Para el Tribunal, un modelo, como el adoptado por el legislador, que asume la elección responsable de la mujer embarazada y su inclinación a cooperar con el deber del Estado de proteger la vida, no podría reconciliarse fácilmente con uno que creara un contexto de elección ampliamente desfavorable para ella, presionándola e interfiriendo en su proceso de toma de decisión, haciendo incursiones en su vulnerabilidad emocional y psicológica.¹⁰¹ De hecho, un entorno de presión podría provocar en realidad el resultado contrario al deseado.¹⁰² En este sentido, el Tribunal señaló que no había pruebas empíricas que demostrasen que el sistema alemán de orientación disuasoria fuese particularmente eficiente.¹⁰³ De forma más fundamental, dejando de lado consideraciones de eficiencia y centrándose en la dignidad de las mujeres protegida en el plano constitucional, el Tribunal sostuvo que el entendimiento de las mujeres como “responsables y sensibles a las razones en contra del aborto” no era compatible con un sistema de asesoramiento paternalista que las infantiliza. En otras palabras, la dignidad de la mujer también tenía que tener un impacto en cómo se definía el procedimiento de orientación obligatoria.¹⁰⁴ Esta postura fue, sin embargo, rechazada por los jueces disidentes, quienes insistieron en que la orientación disuasoria explícita debía ser un requisito constitucional.¹⁰⁵

97. §11.4.15.

98. *Ibid.*

99. § 14.4.17.

100. §11.4.16.

101. *Ibid.*

102. *Ibid.*

103. § 11.4.18.

104. § 11.4. 16.

105. Ver la opinión en disidencia de los jueces José M. Borges Serio, Lucia Amaral y Rui Manuel Moura Ramos.

Al evaluar si el ordenamiento jurídico ofrece la protección debida al valor de la vida en gestación, para la mayoría era esencial tener presente que dicha protección se articula no sólo a través del marco jurídico del aborto. Más bien, “corresponde al Estado luchar contra los ‘factores de riesgo...’ mediante la educación, y adoptar políticas sociales que favorezcan la concepción responsable y la voluntad de continuar con el embarazo” como instrumentos esenciales para reducir el número de abortos.¹⁰⁶ La provisión de servicios de educación sexual y planificación familiar, así como la garantía de condiciones de vida y trabajo, mediante políticas sociales en favor de la maternidad y la vida familiar, son todas cuestiones necesarias para garantizar una concepción responsable y la voluntad de continuar con los embarazos. El Tribunal se refirió a algunas de estas medidas ya contenidas en el ordenamiento jurídico portugués, principalmente en materia de legislación laboral y de seguridad social, así como a la educación sexual en el sistema escolar. La existencia de estas medidas, argumentó el Tribunal, ponía de manifiesto que el Estado portugués no era indiferente al aborto como fenómeno.¹⁰⁷ Con todo, quedaba aún mucho por hacer en aras de alcanzar los niveles de educación sexual y protección de la maternidad de los países más avanzados.

5. Reflexiones finales: la validación de la teoría de la transferencia de Frankenberg

Este recorrido desde la doctrina constitucional alemana hasta la portuguesa, confirma muchos de los rasgos de la teoría de la transferencia de Günter Frankenberg, desarrollada en la introducción al volumen *Order from Transfer* en el que se publicó la versión en inglés de este artículo. La información y materiales constitucionales traspasan fronteras y contextos socioculturales, pero quienes toman prestados instrumentos del repertorio constitucional de otro país, a su vez, terminan modificándolos. Así, el Tribunal Constitucional portugués, cuando abordó el asunto del aborto como cuestión constitucional, tomó prestado el marco alemán (y rechazó el marco estadounidense, que también estaba disponible en el repertorio), situando el valor de la vida humana en gestación en el centro de su razonamiento generando, en torno a él, la conversación sobre el tipo de protección que el Estado debe brindarle. Al mismo tiempo, el Tribunal portugués adaptó la doctrina aclarando que no consideraba al nonato como titular de derechos constitucionales y justificó así su desviación de la doctrina alemana, que había afirmado la superioridad jerárquica del valor de la vida no nacida sobre los intereses reproductivos de las mujeres. Esto permitió al Tribunal portugués adoptar un análisis de proporcionalidad (que el Tribunal alemán había rechazado de plano) considerando que la vida humana merecía alguna forma de protección desde el principio, pero que debía ser considerada como un proceso evolutivo con hitos cualitativamente relevantes. Este proceso podía requerir diferentes grados y formas de protección, y le correspondía al legislador equilibrar dicha protección y la tutela de los intereses reproductivos constitucionalmente protegidos de las mujeres.

106. § 11.4. 18.

107. Ibid.

Resulta curioso que el Tribunal alemán tuviera una forma propia de ver el excepcionalismo alemán (y con base en el mismo, su dificultad para aceptar un modelo de plazos) que no coincidía con la del Tribunal de Portugal. Para el Tribunal alemán, fue el contexto histórico del proceso de elaboración de la Constitución, y su reacción contra el legado nazi, lo que justificó la interpretación de la cláusula de dignidad constitucional como fundamento del valor jerárquicamente superior de la vida humana, incluida la vida humana no nacida. Al justificar la diferencia en la doctrina constitucional más que en las circunstancias históricas específicas de cada país (es decir, en si el nasciturus es considerado o no como titular de derechos), el Tribunal portugués logró descontextualizar el referente alemán. Y esto facilitó lo que he denominado un *proceso de transferencia jurídica subversiva*, en virtud del cual se acepta el encuadre principal o el punto de partida original, pero se alteran en lo fundamental las implicaciones doctrinales a través de un ejercicio de bricolaje. De esta forma, el Tribunal portugués pudo conservar el atractivo narrativo y la fuerza simbólica de situar a la “vida humana” en el centro de su razonamiento, algo que a todas luces sería bien recibido por el público en general, católico en su inmensa mayoría, permitiendo al mismo tiempo que las mujeres, portadoras de vida humana en su interior, aparecieran junto a ella, en lugar de quedar simplemente anuladas por ella. Cabe señalar que, en su actividad de bricolaje, el Tribunal portugués se valió de los materiales que le proporcionaron tanto las voces disidentes del propio Tribunal alemán, como del razonamiento crítico de la academia alemana, desafiando así, indirectamente, las concepciones esencialistas de la doctrina alemana triunfante. Al hacerlo, nos recuerda que el asunto podría haberse decidido de otra forma, incluso en Alemania como afirmaron muchas voces críticas dentro del propio país.

Al definir el perfil de su particular doctrina, el Tribunal portugués afirmó y desafió al mismo tiempo la posición hegemónica dentro de Europa del constitucionalismo alemán con respecto al aborto. La afirmó en el sentido de que en cada paso el Tribunal entraba en diálogo con el referente alemán, ya sea para adoptarlo o para apartarse de él. La desafió en el sentido de que, a través de sus propias decisiones, el Tribunal portugués señaló la existencia de las correspondientes alternativas tratando así de demostrar que, por lo que respecta al constitucionalismo del aborto, el modelo jurídico-constitucional alemán debía considerarse, en términos europeos, más como la excepción que como la norma.

En este proceso observamos cómo a medida que el encuadre y la doctrina viajan, su significado no permanece inalterado. Según el modelo alemán, el significado de la protección debida al feto/a la vida no nacida ha seguido vinculado al objetivo de maximizar el número real de fetos que llegan a convertirse en seres humanos (siendo los medios elegidos más una cuestión instrumental, siempre y cuando, según el modelo alemán más acabado, el del caso *Aborto II*, no sean solo las mujeres quienes han de soportar todos los costos). En cambio, según el modelo portugués, la centralidad que se le otorga a la vida intrauterina (*junto* con el respeto debido a la autonomía reproductiva de las mujeres) se afirma básicamente al requerir que se reconozca la importancia central de la reproducción humana, algo que un Estado puede hacer mediante la adopción de medidas preventivas y de promoción (es decir, políticas educativas que busquen una concepción deliberada y responsable y medidas estatales encaminadas a fomentar la maternidad y la crianza de los hijos), permitiendo a su vez que sean las mujeres quienes decidan libremente si interrumpir o no el embarazo durante las primeras etapas.

Este ejercicio de recepción ha permitido, por tanto, mantener la centralidad retórica del valor de la vida humana no nacida, pero dándole un nuevo significado, en términos de obligaciones concretas, a lo que su respeto y la protección por parte del Estado y de terceros requiere. En Alemania, el caso *Aborto I* rechazó el modelo de plazos; y el caso *Aborto II* lo aceptó con la condición de que se complementara tanto con medidas preventivas y promocionales, como con un procedimiento de orientación disuasoria. En Portugal, en el caso resuelto en 2010, el modelo de plazos fue aceptado con la condición de que fuese acompañado de medidas preventivas y promocionales, pero sin necesidad de un procedimiento de orientación disuasoria. En el trasfondo de esta evolución jurisprudencial, desde Alemania (en los casos *Aborto I* y *II*) hasta Portugal, subyacen supuestos epistémicos y percepciones cambiantes respecto de las mujeres embarazadas en general, de la relación entre la mujer y el feto que lleva dentro, y del prototipo de mujer que decide abortar. Así, la relación antagónica entre la mujer y el feto, vista como la de dos entidades existencialmente separadas, y la necesidad de proteger a éste de los motivos egoístas o caprichosos de aquella, forzándola a aceptar su destino como madre, ha sido gradualmente reemplazada por una percepción de la mujer embarazada como una sola entidad (una dualidad dentro de la unidad), así como la de un ser responsable en su toma de decisiones. Esta mujer aparece pues no como alguien con inclinación a tomar la decisión de continuar o no con su embarazo a la ligera, o por razones egoístas o hedonistas, sino más bien como alguien que valora la existencia de medios y apoyos adecuados y se mueve por la convicción de que debe evitar infligir daño grave a sí misma y a terceros. Esta construcción no reconoce a las mujeres como poseedoras de un derecho absoluto a decidir por sí mismas, otorgándoles un poder ilimitado de decisión, así sea durante un periodo inicial del embarazo, al modo de “*Roe v. Wade*”. Más bien, se adhiere al modelo de plazos, tanto por cuestiones de eficiencia como de principios, con la convicción de que las medidas punitivas no son medios adecuados para combatir el aborto y de que en las primeras etapas del embarazo la mejor protección del feto sólo puede ser la protección de la mujer embarazada. Esta construcción requiere tanto la confianza en el juicio de la mujer como la garantía de que sus decisiones sean libres e informadas, mediante la provisión, en su caso, de medios y alternativas relevantes. También requiere tomar debidamente en cuenta que aquello que está en juego para las mujeres en el momento de afrontar esta decisión no es solo el proceso biológico del embarazo y el parto, sino también la tarea de la maternidad a lo largo de toda la vida y que ésta no debe ser solo el resultado de condiciones biológicas sino que debe poder elegirse de forma plenamente autónoma.

Bibliografía

- Nijsten, Machteld: *Abortion and Constitutional Law: A Comparative European-American Study*, European University Institute, 1990.
- Siegel, Reva: “The Constitutionalization of Abortion”, en Rosenfeld, Michel y Sajo, Andras (eds.), *The Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012.

Rodríguez Ruiz, Blanca y Sacksofsky, Ute: “Gender in the German Constitution”, en Baines, Beverley y Rubio-Marín, Ruth (eds.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, 2005.

Walther, Susanne: “Thou Shalt not (but though mayest): Abortion After the German Constitutional Court’s 1993 Landmark Decision”, en *German Yearbook of International Law*, N° 36, 1993.

NIHIL SUB SOLE NOVI (PERO NO IMPORTA)

*Pedro Salazar Ugarte**

1. Lugares comunes (pero imprescindibles)

No existen discusiones acabadas. No al menos cuando se trata de temas que tienen implicaciones sensibles para la vida individual y colectiva. Y la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) es uno de esos. El tópico impacta en múltiples dimensiones de la vida social y se inserta en una agenda más amplia, que es la de los derechos sexuales y reproductivos, que van desde la prevención de enfermedades y embarazos no deseados –y, por lo mismo, los métodos y prácticas anticonceptivas– hasta la reproducción asistida. Todas esas cuestiones demandan un abordaje multidimensional y multidisciplinario. Además, tienen una dimensión política que involucra a las autoridades, a los legisladores y a los intérpretes de las normas colectivas. Así que la deliberación pública permanece abierta y convoca a múltiples actores sociales. Y, sin embargo, en una paradoja aparente, los tópicos por los que pasa la médula del debate ya están trazados y ya han sido recorridos.

En un plano, la disputa se concentra en discernir el momento del comienzo de la vida humana (y el significado que se le otorga), en determinar cuál es el valor del embrión, en su calificación jurídica y, según algunas posturas, en la eventual ponderación entre aquel y otros bienes jurídicamente protegidos. En otro plano se disputan los alcances de la libertad de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo y los límites a su autonomía personal. Y, en una perspectiva más amplia, pero igualmente relevante, se debaten los derechos de las personas en materia sexual y reproductiva, se cuestiona el papel de los argumentos religiosos, los alcances de la regulación estatal sobre la vida privada, la (i)legitimidad del derecho penal y sus límites. Todos estos ámbitos de discusión, cuando se habla con seriedad sobre interrupción voluntaria del embarazo (IVE), invariablemente, se despliegan. De hecho, para cada ámbito también existen argumentos conocidos en todas las direcciones. Así que, iniciados en el debate, se colocan frente al tablero de la discusión como ajedrecistas expertos: conocen los movimientos potenciales de sus interlocutores e intentan anticipar sus argumentos.

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, especializado en temas de derecho constitucional. Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y Doctor en Filosofía Política por la Universidad de Turín. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UNAM y de Teoría Política en el Doctorado de Ciencias Sociales de la FLACSO-México.

No obstante, el final de la partida no está predeterminado porque depende de factores culturales y políticos coyunturales. Por eso es importante llevar el debate a la opinión pública y avanzar en argumentos –en mi caso, a favor de la legalización de la IVE– en los diferentes ámbitos de la vida social. La deliberación sobre el tema involucra al Estado y a sus autoridades (gobierno, legisladores y jueces), pero sobre todo interesa de manera directa a la sociedad civil y a las personas que integran. Se trata de un asunto de relevancia pública en toda la extensión de la palabra, porque las definiciones que se adopten –por ejemplo, en el ámbito de la legislación penal– tendrán consecuencias importantes para la vida de personas de carne y hueso. Ello demanda que la deliberación adopte una perspectiva humana y práctica, y no sólo un perfil institucionalista o académico.¹

Dado que el expediente de los derechos sexuales y reproductivos (y, en concreto, el de IVE) está culturalmente determinado, su deliberación conlleva una batalla cultural que altera dinámicas sociales basadas en relaciones de poder tradicionales. No es casual que en las sociedades más conservadoras el debate ni siquiera se plantee porque el silencio es cómplice de las políticas conservadoras –que asignan roles sociales a partir de funciones biológicas– con efectos opresores (frecuentemente para las mujeres). Por eso es importante abrir la discusión y no perder de vista que existen diversos estadios de esta. No es lo mismo debatir estos asuntos en sociedades en las que el aborto sigue siendo un delito que en aquellas en las que la IVE ya es legal. De alguna manera, es más fácil defender la libertad donde ya existe, que ganar la batalla por cambiar un estado de cosas atrincherado en la tradición conservadora. Por ello, los promotores de la penalización llevan ventaja en las sociedades en las que la prohibición impera. En estos temas, como dice Dieter Nohlen (2005), el contexto importa y puede hacer la diferencia.

Valga esta última advertencia para subrayar la importancia de detonar una discusión orientada a incidir en el contexto social y, de paso, para relativizar la utilidad de las lecciones y argumentos que –a partir de la experiencia mexicana– se ofrecen a continuación.

2. Provocar el debate (para ganarlo)

En la Ciudad de México se legalizó la IVE –hasta las primeras doce semanas de gestación– en abril de 2007.² Sin embargo, la primera iniciativa para despenalizar el aborto había sido presentada por una Coalición de Mujeres Feministas en 1976. Así que pasaron más de 30 años para que, al menos en la capital del país, la deliberación sobre este tema –que fue tensa e intensa– rindiera frutos satisfactorios en lo que respecta a la legislación. Esa es la primera lección que arroja el caso mexicano: no basta con tener argumentos; es menester lograr que los defensores del *statu quo* los discutan. De poco sirve tener la razón y las razones si los interlocutores potenciales evitan escucharlas y logran cancelar el debate. El silencio, como sabemos, favorece el *statu quo* y mantiene intacta a la moral positiva (esa moral que es mutable y relativa) de la sociedad en cuestión. Así que el primer paso para ganar la discusión reside en provocarla.

1. En ese sentido, es un tema vinculado con la agenda de la justicia. Para mayor información, ver Sen (2010).

2. La reforma, como veremos, posteriormente fue combatida con relativo éxito por una reacción conservadora.

En México la discusión se reabrió, paradójicamente, porque el bloque conservador –una amalgama que acomuna a la Iglesia católica, al Partido Acción Nacional (PAN), el cual gobernó el país desde 2000 hasta 2012 con importantes empresarios y, al menos, con una de las dos televisoras del país (Televisa)– tuvo que defender sus propios excesos. De hecho, el primer paso hacia la despenalización se dio en el año 2000 y fue catapultado por dos acciones promovidas por esa coalición representada políticamente por el PAN. El primero de estos eventos se conoció como el “caso Paulina”, cuando en 1999, en el estado de Baja California, una niña de 13 años fue violada y, a pesar de ello, forzada a llevar a término el embarazo. La segunda acción fue una iniciativa legislativa presentada por ese mismo partido para penalizar el aborto, incluso en casos de violación en el estado de Guanajuato.³ Ambas acciones conservadoras generaron un amplio debate en la opinión pública y permitieron colocar los argumentos contra la penalización en el centro de la discusión. Así que, en cierta medida, las acciones reaccionarias abrieron las compuertas a la agenda progresista. De ahí una segunda lección: la batalla por la legalización se alimenta de lo concreto. La deliberación abstracta es importante pero insuficiente; se necesitan ejemplos que evidencien el despropósito y la injusticia que conlleva la penalización.

En México, como un efecto colateral de aquel debate, se generaron las condiciones para modificar el Código Penal de la ciudad capital. Una primera reforma tuvo lugar en el año 2000. En aquella oportunidad se establecieron tres causales por las cuales el aborto no sería castigado: 1) cuando existieran malformaciones congénitas o genéticas graves en el producto; 2) cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada corriera peligro de afectación grave a su salud; y 3) cuando el embarazo fuera el resultado de una inseminación artificial no consentida. Estas excluyentes de responsabilidad penal fueron el primer paso hacia la legalización que tendría lugar siete años más tarde porque, a partir de ellas, se impulsó una nueva causal que también eximiera de responsabilidades penales a las mujeres que abortaran: cuando el embarazo “contraviniera el proyecto de vida de su elección”. La iniciativa se conoció como “la quinta causal”,⁴ y fue la llave que abrió las puertas a la reforma de 2007, que fue más lejos al legalizar la IVE durante las doce primeras semanas de gestación.⁵ Tenemos una tercera lección del caso mexicano: a la legislación ideal se puede llegar por aproximaciones, pero lo importante es no retroceder en el terreno de las libertades.

3. Conviene señalar que México es un país federal –como lo son Estados Unidos, Argentina, Brasil o Venezuela–, y cada uno de los 32 estados o entidades federativas tiene su propio Código Penal; en este punto, es distinto a la Argentina, que posee un único código penal de fondo para todo el territorio.

4. De haberse aprobado, habría sido la quinta y no la cuarta causal, porque antes de la reforma del año 2000 existía una causal única: cuando el aborto “sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada”.

5. A pesar de las resistencias, en abril de 2007 se reformaron el Código Penal y la Ley de Salud del Distrito Federal. La reforma fue más allá de la llamada “quinta causal” excluyente de responsabilidades, y la legalización se materializó mediante una redefinición del tipo penal del aborto para quedar de la siguiente manera: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio” (art. 144). En el arco temporal que transcurre en esas doce semanas, toda mujer, en ejercicio de su libertad y autonomía, puede decidir interrumpir un embarazo. Y si lo hace, contará con servicios médicos públicos y gratuitos correspondientes. El dato es relevante: no se trata de una excluyente de responsabilidad a quien cometió un delito, sino del ejercicio de un derecho. Además, la reforma también supuso una reducción de las sanciones para las mujeres que se procuren o consientan un aborto después de las 12 semanas de embarazo: “de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo en favor de la comunidad”.

Detrás de la reforma de la Ciudad de México se coordinaron los esfuerzos de diversos actores sociales y políticos. Se conformó una coalición progresista que incluyó a legisladores, al jefe de Gobierno de la ciudad, a organizaciones civiles (en particular, agrupaciones feministas como GIRE –Grupo de Información de Reproducción Elegida– o Católicas por el Derecho a Decidir) y a universitarios (sobre todo a filósofos, científicos y juristas). Ello permitió desplegar múltiples argumentos a favor de la autonomía y de la libertad de las mujeres, por lo que los defensores del *statu quo* enfrentaron un aluvión de razones en diferentes planos. De hecho, el debate se llevó a las universidades y a los medios de comunicación masivos, con lo que se instaló en la opinión pública. Esa publicidad del debate permitió exhibir la intransigencia de los opositores a la reforma e inhibir los efectos de una poderosa campaña desinformativa conservadora impulsada desde la radio y la televisión. Los argumentos científicos, las reflexiones filosóficas, los debates teóricos y las propuestas prácticas –desplegados en los contextos y el momento adecuados– derrotaron al amarillismo y la estridencia. Valga una cuarta lección de esta experiencia: conviene provocar una discusión pública y en público. Una moral social positiva inclinada hacia la libertad –que debe y puede moldearse con argumentos– es la mejor ancla de la legalización.

En México, la Iglesia católica se opuso públicamente a la reforma. El cardenal de la Ciudad de México y el vocero de la Conferencia del Episcopado Mexicano participaron de manera activa en la discusión e intentaron impedir la operación legislativa. Su principal argumento resultó hartamente conocido: defender una noción de la vida que inicia desde el momento de la concepción, sin excepciones. Esa tesis, también sostenida por otras instituciones, personas y organizaciones afines a la iglesia, no resistió los argumentos de la coalición progresista. Así que, ante la derrota, la Iglesia cambió de estrategia y anunció la excomunión de quienes apoyaran la despenalización. El vocero Hugo Valdemar advirtió a los diputados de la capital que “en el momento de votar en favor del aborto, los legisladores que sean católicos serán excomulgados. Para ello no se requiere trámite alguno”. Y, para reforzar su advertencia, el Episcopado publicó un documento denominado “Aclaración sobre la excomunión” con el párrafo siguiente: “Quien legisla a favor del aborto, quienes lo promueven y trabajan para hacerlo realidad, quien lo induce u obliga a la mujer a abortar, el médico, enfermera o persona que lo realiza y la mujer que lo lleva a cabo reciben la pena de la excomunión. No es un castigo que hoy inventó la Iglesia, es la norma vigente de la misma que entró en vigor en 1983” (Arzobispado de México, 2007).

La amenaza, obviamente, sólo es relevante para los creyentes de esa iglesia porque carece de cualquier sentido para quienes no lo son. Pero podemos suponer que constituye una coerción moral potencialmente efectiva para los católicos, que conlleva además una estigmatización social de peso en una sociedad mayoritariamente católica como la mexicana. Si bien la participación en el debate público por parte de las organizaciones religiosas debe respetarse, es inadmisibles la tentativa de coerción moral sobre representantes populares y servidores públicos para orientar las decisiones colectivas de una sociedad democrática. Esta es una afrenta a la laicidad del Estado, y no se trata de un desafío políticamente irrelevante. De hecho, meses después de la reforma en la capital,⁶ la Iglesia logró impulsar reformas a las constituciones de la mitad de las entidades

6. En el DF, en cinco años, según los datos disponibles hasta el 2012, 96.000 mujeres de todo el país pidieron información y 75.000 se practicaron una interrupción legal del embarazo.

del país para “proteger la vida desde la concepción”. Para lograr esa operación reaccionaria evitaron el debate público y presionaron a políticos locales en estados fuertemente religiosos.

La “contrarreforma” mexicana arroja otra lección fundamental: no debe menospreciarse el poder de las instituciones que se oponen a la legalización del aborto (mucho menos cuando operan tras bambalinas). Por lo menos en lo que respecta a México, la Iglesia católica es una poderosa enemiga de la autonomía y la libertad de las mujeres en materia sexual y reproductiva.

3. Los argumentos detrás de las lecciones

La experiencia mexicana emite lecciones, pero también supone argumentos a favor de la legalización de la IVE. A continuación se sintetizan algunos de ellos. Ninguno es nuevo –*Nihil sub sole novi*, dicen los que saben– pero todos son pertinentes. Se trata de enunciados que entrelazan las lecciones que la experiencia arrojó con las tesis que la hicieron posible y, en esa medida, resultan una especie de crisol de una experiencia exitosa. Constituyen una batería de buenas razones para legislar en pro de la autonomía y la libertad de las mujeres.

1) Un primer argumento es conocido pero no obvio: los derechos fundamentales son derechos contra las mayorías. Incluso en el supuesto de que la moral positiva de una comunidad determinada incline la voluntad de las mayorías hacia la penalización del aborto, en un Estado constitucional de derechos, la autonomía de las mujeres y la libertad deben prevalecer. Lo mismo vale para otros temas delicados que involucran derechos como la tortura o la pena de muerte; sin importar lo que digan las encuestas o los votos, los derechos deben predominar sobre las pulsiones y pasiones mayoritarias. Reforzar los derechos con una cultura favorable a ellos es muy importante pero es más importante blindarlos en contra de la cultura que los desprecia. En esta tarea los legisladores tienen una responsabilidad estratégica porque la legislación es un instrumento privilegiado de garantía. Si, además, coyunturalmente, la cultura social es favorable a la agenda de los derechos, enfrentamos una situación virtuosa que debe aprovecharse y protegerse. En ese supuesto, la legalización de la IVE es una acción clave para afianzar una cultura favorable a esa forma de gobierno.

2) Detrás de la despenalización del aborto también existen argumentos democráticos (no sólo constitucionales). La democracia se fundamenta en una idea fuerte de la autonomía personal. En su sentido profundo, la idea democrática supone que todas las personas son y deben ser capaces de autogobernarse. Por ello se permite y fomenta su participación en la adopción de las normas colectivas. Y la autonomía sólo puede ejercerse en contextos de libertad en los que la autoridad no prohíbe ni obliga. Por lo mismo, es un Estado democrático, siempre que sea posible, las normas deben ser facultativas o permisivas (no prohibitivas y no obligatorias) con la finalidad de las personas –en el uso de su autonomía– decidan los valores, principios y acciones que definirán sus existencia. La libertad de decidir depende de esta condición elemental sin la cual no es posible imaginar personas capaces de actuar como ciudadanos de una democracia. La pregunta detrás del argumento no es retórica: ¿a qué democracia podemos aspirar si el Estado le impide a las

personas decidir sobre las cuestiones fundamentales de su vida privada? Legislar por la legalización de la IVE es, entonces, abonar en la consolidación de las democracias constitucionales.

3) Lo anterior, para el caso concreto, supone que la legislación debe permitir que cada mujer, como expresión de su autonomía y en ejercicio de su libertad, decida si llevará o no a término un embarazo; de la misma manera que cada persona –hombre o mujer– debe poder decidir cómo será su vida sexual y cuándo intentará reproducirse o no hacerlo. Nadie niega que la relación entre responsabilidad y libertad sea estrecha; sin la segunda, la primera carece de sentido. Pero eso es lo más que puede decir una organización religiosa en este tema. Y la admonición sólo vale para su feligresía: si interrumpir un embarazo es un pecado, entonces, quienes decidan hacerlo deben ponderar las consecuencias de su decisión. En esa dimensión la libertad religiosa puede ser un cordón legítimo que restrinja otras libertades. Pero someterse a esa restricción es un acto de voluntad individual, personalísimo. En un Estado democrático y constitucional cada quien debe ser libre para decidir someterse a esas u otras restricciones morales; pero nadie puede pretender imponerlas a los demás (mucho menos mediante la amenaza o el ejercicio de la fuerza del Estado). Por eso los pecados no pueden ser delitos (no, al menos no, en tanto pecados). Esa es una vieja distinción ilustrada que se olvida con frecuencia.

4) El argumento anterior está fundado en una moral laica que reconoce y valora tanto la diversidad de creencias como la pluralidad de convicciones. Esa concepción laica del mundo social es la única compatible con la democracia moderna. He aquí la cadena que traza esa vinculación: la autonomía de las personas, su libertad para decidir y definir su propio plan de vida, y la responsabilidad individual ante las decisiones que definen su existencia. Todos estos eslabones suponen una separación profunda entre la esfera religiosa (que opera sobre la vida privada de las personas que adoptan algún conjunto de creencias) y la esfera política o estatal (que despliega sus potestades sobre la vida pública de la sociedad). Sin esa escisión, pierden sentido la autonomía y la libertad personales. Por ello, el Estado debe abstenerse de promover la agenda de cualquier organización religiosa y, simultáneamente, debe garantizar que ninguna iglesia colonice las decisiones colectivas con sus dogmas.

5) La igualdad en derechos es la aspiración elemental de todo Estado constitucional, por lo que resulta inaceptable que lo que es un derecho para las mujeres en una parte de su territorio, constituya un delito en otras. El argumento vale para México –sobre todo después de la “contrarreforma” que siguió a la reforma de 2007 en la capital del país– pero también para cualquier Estado federal. Si se pretende consolidar un Estado constitucional de derechos, es menester que la libertad se reconozca por igual. En el caso concreto, implica que la legalización de la IVE –una vez que se logró en una entidad federativa– debe prevalecer en todo el territorio.⁷ Por ello, idealmente, la legalización debería realizarse en el nivel de la constitución nacional.

7. Este fue uno de los argumentos que sostuvieron siete de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México que se pronunciaron por la inconstitucionalidad de las reformas a las constituciones de las 17 entidades federativas. Desafortunadamente, la constitución mexicana exige el voto de ocho ministros para que la declaratoria de inconstitucionalidad surta efectos generales, pero la mayoría es amplia y previsiblemente logrará imponer su criterio libertario en el futuro próximo.

4. Colofón: “Si yo fuera mujer”

Ese es el título de una conocida canción de Andrea Mingardi. Y también puede ser una interrogante reveladora. Yo, por ejemplo, veo al mundo como un varón heterosexual de clase media alta, agnóstico y socialdemócrata, de cuarenta y un años, sin hijos y casado. Pero, y ¿si fuera mujer? Sé que aspiraría a vivir mi sexualidad con libertad, detestaría que pretendieran gobernar mi cuerpo, me revelaría contra las concepciones que me convierten en un ente incubando y, por lo mismo, defendería mi derecho a interrumpir un embarazo sin pedir perdón ni solicitar permiso. De hecho, exigiría los servicios de salud que cubren mis impuestos. Y esperaría que los varones me entendieran y me apoyaran. Así que, aunque no soy mujer, si fuera legislador, votaría por legalizar el aborto sin reparos. Con ello, de paso, abonaría en el terreno de la consolidación democrática.

Bibliografía

Sen, Amartya: *La idea de la justicia*, Madrid, Santillana Ediciones, 2010.

LOS ACUERDOS CARENTES DE UNA TEORÍA COMPLETA PARA AVANZAR EN ABORTO

*Juanita Durán Vélez**

Este artículo explora la idea de que los avances en la protección judicial de la despenalización en las jurisdicciones nacionales para los casos de aborto han ocurrido a través de acuerdos constitucionales carentes de una teoría completa. Es decir, siguiendo a Cass Sunstein, mediante acuerdos sobre las prácticas constitucionales o sobre los casos concretos en que el aborto no debe ser punible) que no están respaldados por una teoría completa que justifique el acuerdo –por ejemplo, que no existe el derecho a la vida del *nasciturus*, o que sí existe, pero que su peso ponderado es inferior al de los derechos de las mujeres– (2006). Para contribuir a la fundamentación empírica de esta afirmación se revisa el caso mexicano en detalle, en el que la ausencia de una teoría completa para respaldar la decisión de declarar la constitucionalidad de la despenalización es evidente. Se hace referencia brevemente también a otros casos en los que se presentó una situación similar, y estos confirman que el de México no es un caso aislado. Este artículo sostiene además que, a pesar de las objeciones razonables que se pueden elevar en contra de tal proceder, los acuerdos carentes de una teoría completa como estrategia para avanzar en la despenalización del aborto son deseables, por lo menos en la coyuntura actual del debate.

Dicho esto, es importante hacer dos aclaraciones. La primera es que, más que proponer y probar una tesis, este artículo pretende provocar un debate sobre la justificación de la despenalización de la interrupción del embarazo, y su deseabilidad, pero sobre todo, sobre las estrategias constitucionales disponibles para avanzar en lo que hay acuerdo (que el aborto no puede o no debería ser penalizado), a pesar de las profundas diferencias que nos separan (la justificación de la no punibilidad).

La segunda aclaración es que no se pretende aquí trivializar el valor constitucional y social que tiene la justificación de las decisiones de despenalizar el aborto, o de otras decisiones difíciles, y la construcción de acuerdos teóricos para fundamentarlas en el contexto de las cortes nacionales. Las justificaciones son valiosas y son determinantes para comprender las decisiones judiciales en un contexto más amplio. Adicionalmente, las justificaciones que están respaldadas por una interpretación robusta de las libertades previstas en la Constitución ofrecen un contexto para interpretar otras disposiciones normativas relevantes y, eventualmente, en los casos en los

* Abogada de la Universidad Eafit y especialista en economía de la Universidad de los Andes. Consultora en derecho constitucional y seguridad social. Agradezco los comentarios de Agustina Ramón Michel..

que la despenalización es parcial, para seguir avanzando. Con todo, las teorías completas para respaldar los acuerdos no son siempre posibles ni la mejor manera de debatir temas difíciles como el aborto.

Este artículo se divide en cuatro breves apartados. En el primero se presentan los elementos clave del concepto de acuerdos carentes de una teoría completa según Cass Sunstein y la forma que adquiere en el debate sobre aborto. En el segundo, se describe el mapa del debate entre los ministros que declararon la constitucionalidad de la despenalización en el Tribunal Federal de México como un ejemplo de un acuerdo carente de una teoría completa. En el tercer apartado se presentan brevemente otros ejemplos; para terminar con algunas conclusiones sobre cómo los acuerdos carentes de una teoría completa funcionan en materia de aborto y por qué razones, y hasta qué punto, son deseables.

1. Los acuerdos carentes de una teoría completa en materia de aborto

Cass Sunstein explica que los acuerdos carentes de una teoría completa son una respuesta a situaciones en las que “la gente se pone de acuerdo sobre prácticas constitucionales, y hasta sobre derechos constitucionales, cuando no puede ponerse de acuerdo sobre teorías constitucionales” (2006: 32). En estas situaciones, las personas pueden llegar a un acuerdo para “resolver problemas”, pero lo hacen “a través de acuerdos carentes de una teoría completa”. Esto se puede presentar en casos en los que “las personas no se ponen de acuerdo o tienen dudas sobre una cuestión abstracta” y hacen “un descenso conceptual” (Sunstein, 2006: 32). El acuerdo “consigue que se haga silencio sobre ciertas cuestiones básicas, como mecanismo para generar convergencia a pesar del desacuerdo, la incertidumbre, las limitaciones de tiempo y de capacidad, y la heterogeneidad” (Sunstein, 2006: 32). Los acuerdos carentes de una teoría completa pueden alcanzar la forma extrema de la “plena particularidad” pero con frecuencia son menos radicales y “las personas pueden ponerse de acuerdo no sólo en el resultado, sino también en una explicación que ofrezca principios de nivel bajo o medio en su favor”; sin embargo “se deja sin explicación lo que en última instancia, en términos de una teoría completa de lo correcto o de lo bueno, responde por el resultado” (Sunstein, 2006: 33). La versión opuesta de los acuerdos carentes de una teoría completa se presenta cuando “llegamos a un acuerdo carente de teoría completa sobre un principio general, queriendo decir con esto que las personas que aceptan el principio no necesitan estar de acuerdo sobre lo que implica en casos particulares” (Sunstein, 2006: 40).

En las decisiones judiciales que resuelven sobre la constitucionalidad del aborto, los acuerdos carentes de una teoría completa son frecuentes y tienden a adoptar la primera forma mencionada en el párrafo anterior: parten del acuerdo común sobre la no punibilidad, que puede adquirir la forma de la despenalización parcial (como en Colombia) o de la despenalización total (como en Canadá o México),¹ sin que estos acuerdos se acompañen de una teoría constitucional completa a

1. Por razones de simplificación, en el presente artículo, la distinción entre despenalización parcial y total se refiere a las diferencias en las circunstancias en las que se puede interrumpir legalmente el embarazo, sin considerar las diferencias que se derivan de las limitaciones respecto del número de semanas de gestación en el cual este se aplica. Colombia, por ejemplo, se toma como un caso de despenalización parcial, porque sólo es legal

un nivel más abstracto que justifique de manera completa el acuerdo. La ausencia de un acuerdo de este tipo se refleja en la existencia de salvamentos o votos concurrentes en los que las autoridades judiciales pueden manifestar su adherencia al acuerdo particular (la no punibilidad), a la vez que presentan su propia teoría sobre por qué esa es una buena decisión.

2. La constitucionalidad de la despenalización en México

En México, el Tribunal Supremo estudió la constitucionalidad de la norma que despenalizaba la interrupción del embarazo en el Distrito Federal. El Tribunal concluyó que dicha norma se ajustaba a la Constitución con base en tres argumentos. El primer y el tercer argumento, mucho más concretos, no despertaron mayores debates y fueron suscritos por los ocho ministros que votaron a favor de la declaratoria de constitucionalidad de las normas demandadas. El primer argumento estimó que la Asamblea Legislativa tenía competencia para definir el concepto de embarazo, pues la única definición establecida en el ámbito federal resultaba aplicable exclusivamente a la investigación en salud. Asimismo, reconoció que “libertad de calificación y configuración [de la Asamblea Legislativa] en lo que se refiere a materias de su competencia, como lo es la materia penal” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007). El tercer argumento afirmaba que no se presentaba una vulneración del principio de legalidad. El Tribunal estimó que de la disposición penal se obtenían “con claridad los elementos que lo constituyen y que lo actualizan, por tanto, no existe vaguedad o ambigüedad que se traduzca en incertidumbre o provoque una inexacta aplicación” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007). Precisó también que la sanción prevista por el legislador para los casos de aborto después de la semana 12 de gestación era proporcionada.

La segunda razón es la que verdaderamente refleja la justificación de la declaratoria de constitucionalidad y alrededor de la cual giraron los desacuerdos interpretativos entre los ministros. Esta segunda consideración se refirió a “Planteamientos de Fondo en Relación con la Existencia y Naturaleza del Derecho a la Vida”, y respondió dos preguntas: “¿se encuentra el derecho a la vida contemplado por la constitución mexicana?” y “¿violan las disposiciones impugnadas el principio de igualdad?”.

En cuanto al primer tema, el debate planteado por los demandantes era que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal carecía de competencia “para permitir actos tendentes a privar de la vida a un ser humano como lo es el producto de la concepción a partir de la fecundación”,

cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida y cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas o de incesto (sentencia C-355 de 2006). En Canadá y en México, específicamente en el Distrito Federal, el aborto es legal también cuando se trata de un ejercicio de la voluntad de las mujeres, y por esto se incluyen entre los países que cuentan con despenalización total. Las diferencias entre ambos, derivadas de las limitaciones impuestas por las restricciones del número de semanas gestación, son significativas pero no se consideran en este artículo pues no hacen parte del objeto de discusión.

pues a su juicio esta decisión implicaba “establecer restricciones a un derecho fundamental”. El argumento de la sentencia se estructuró de la siguiente manera:

(1) Si bien la Constitución Mexicana no contempla “de manera expresa [...] el establecimiento de un derecho específico a la vida, el valor de la vida, o alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene una específica protección normativa” se entiende que sí hace parte de los derechos protegidos puesto que es “presupuesto lógico u ontológico de la existencia de todos los demás” derechos;

(2) la jurisprudencia del tribunal ha interpretado el alcance de ese derecho indicando que no tiene una posición “preeminente frente a los demás” derechos, no es un derecho absoluto y admite “la posibilidad de modulación”;

(3) México ha suscrito numerosos instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la vida. De la revisión detallada de estos instrumentos concluyó: “el derecho a la vida debe ser regulado por el legislador nacional de conformidad con sus competencias y facultades [...] Ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto [...] México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o algún momento específico”.

De los argumentos anteriores (4) concluyó que “no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico”;

(5) En ausencia de un mandato de penalizar o despenalizar, el Tribunal reconoció que se trataba de una materia en la que la Asamblea tenía un amplio margen de configuración. Explicó que “La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto”. A continuación, el Tribunal evaluó la decisión de la Asamblea y estimó que esta (6) medida resultaba “idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida...”

Y (7) respondía a un uso del derecho penal acorde con “el principio de *última ratio*”, según el cual “las penas como el medio coercitivo más importante del Estado, [deben ser] el último de los instrumentos estatales para prevenir los ataques a los bienes y valores fundamentales de la sociedad; en consecuencia, esa intrusión debe ser la mínima posible” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007).

En cuanto a la segunda pregunta sobre la igualdad los dos cuestionamientos centrales, eran, primero, si “Los artículos impugnados, al no contemplar al progenitor masculino al momento de la decisión respecto de la interrupción del embarazo, violan el derecho a la igualdad de aquél”.

En segundo lugar, se cuestionaba si existía un desconocimiento de “el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo primero de la Constitución Federal por no regular específicamente el caso de las mujeres menores de edad que buscan la interrupción de su embarazo”.

En cuanto al primer cuestionamiento, el Tribunal indicó que “la regla según la cual la decisión final en estos casos recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable”, puesto que esta “responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona” y puesto que existe una “afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007). En relación con las menores de edad, también descartó la existencia de discriminación, pues no existía una obligación constitucional de imponer determinadas reglas del consentimiento en los casos de interrupción del embarazo; por el contrario, precisó: “Lo importante, en este caso por consiguiente, no es la edad biológica de una persona, sino el contexto de condiciones en las que el ordenamiento jurídico bajo examen sitúa el ejercicio de su autonomía” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007).

En la parte resolutive de la sentencia, ocho ministros votaron a favor de la validez de las normas, y tres lo hicieron en contra. Pero adoptaron dos decisiones adicionales relacionadas con el alcance de la motivación de la decisión. La primera es que los ocho ministros que votaron a favor de la despenalización “reservaron su derecho para formular, en su caso y oportunidad, sendos votos concurrentes”. Adicionalmente, precisaron que “las razones que fundan el considerando octavo de esta ejecutoria, al no haber sido coincidentes en cuanto al reconocimiento de la validez de los preceptos, no serán obligatorias” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007). Es decir, la justificación de la decisión que se describió arriba, si bien es el fundamento de la esta, carece de obligatoriedad, puesto que no refleja la posición mayoritaria. Como se verá, las diferencias en la justificación que cada uno le dio la conclusión común son sustanciales y significativas.

En primer lugar, la razón central por la cual el ministro Genaro David Góngora Pimentel decidió presentar un voto concurrente fue porque, a su juicio, en la justificación de la declaratoria de constitucional no se le concedía “relevancia [a] los derechos humanos de las mujeres que se encuentran estrechamente vinculados con las normas impugnadas” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007). A su juicio, no se habían ponderado derechos reconocidos en la Constitución y en el derecho internacional, conforme con los cuales la penalización del aborto implicaba una discriminación contra las mujeres, una vulneración de su dignidad, un desconocimiento de su libertad para decidir sobre la procreación, una violación del derecho a acceder a servicios legales y seguros, y a la intimidad en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

A juicio del ministro Sergio A. Valls Hernández, el marco de estudio de la norma que despenalizó el aborto en México debía ser el de la ponderación de “la vida, como un bien que constitucionalmente está protegido” –distinto del derecho a la vida como “un derecho público subjetivo de carácter fundamental”– y los derechos de las mujeres, particularmente, “su derecho a la igualdad y a la no discriminación, el respeto a su dignidad humana y a sus derechos sexuales, de reproducción, de libre desarrollo, de decidir libremente el número de hijos que desea o no

tener y su espaciamento y el derecho a recibir información para ello y asistencia de los servicios de salud, para que el embarazo y el parto no conlleven riesgos”. En este marco, a su juicio, la conclusión forzosa era que la despenalización “no resulta desproporcional o injustificada, ya que busca equilibrar tanto la protección de la vida potencial como los derechos de las mujeres, sin entrometerse, en forma excesiva, en la intimidad de éstas últimas” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007).

El ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, por su parte, en el voto concurrente se concentró realmente en precisar las razones por las que se apartó del proyecto original que contemplaba la declaratoria de inconstitucionalidad, más que en proponer una argumentación diferente para la decisión de constitucionalidad. Estas razones se referían la reconstrucción de los antecedentes históricos de la consagración del derecho a la vida en la Constitución Mexicana y sus rasgos esenciales: no absoluto, limitable y excluyendo la vida en gestación.

El ministro José Fernando Franco González Salas, por su parte, indicó que compartía las razones de la sentencia pero consideraba que había otras adicionales que esta había omitido. Su intervención se extendió en precisar el alcance del derecho a la vida en la Constitución Mexicana y en responder otros argumentos presentados por los demandantes que a su juicio no se habían respondido adecuadamente. Pero adicionalmente, al igual que otros ministros, estimó que la justificación de la declaratoria de constitucionalidad debería haber comprendido “la dignidad, igualdad, salud, intimidad y autodeterminación de la mujer para decidir sobre su propia maternidad”.

La ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas se separó de la sentencia en cuanto al alcance del derecho a la vida en la Constitución Mexicana. A su juicio, “el análisis de este tema constitucional debe partir de considerar a la vida como un derecho [...] y no como un bien constitucional e internacionalmente protegido” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007). En este escenario se deberían haber ponderado “los derechos de la madre consistentes en salud y vida de la mujer; y por el otro del derecho a la vida del nasciturus”. A su entender, esta ponderación habría llevado a la constitucionalidad de las normas demandadas porque, mientras la penalización total implicaba la anulación absoluta de los derechos de las mujeres, la despenalización hasta la semana 12 mantenía una protección sobre el derecho a la vida del *nasciturus*, pero protegía también los derechos de las mujeres.

La ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, por su parte, si bien indicó que compartía la decisión adoptada desde el punto de vista “moral”, afirmó que se apartaba de los argumentos justificatorios pues, a su juicio, “la despenalización del aborto no representa un problema de constitucionalidad”, del mismo modo que no lo representa la tipificación de ninguna conducta, pues en la Constitución “no existe determinación alguna que precise el contenido de las normas regulatorias de estas conductas, precisamente porque se trata de normas de contenido optativo” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007).

El ministro Juan N. Silva Meza, por su parte, estimó que la sentencia “no refleja la totalidad de los argumentos expuestos por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno”, e incluyó “algunos que no fueron materia de debate” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007). El reproche central de su voto concurrente fue que esta sentencia no tuvo en cuenta que “La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sí protege el derecho a

la vida, aunque no lo hace en forma absoluta”; y se había abstenido de ponderar “los derechos de que gozan las mujeres” particularmente sus derechos a “la vida, la salud, la igualdad, la no discriminación, la libertad sexual y la reproductiva, la autodeterminación y la intimidad” (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, 2007). El ministro desarrolló el ejercicio de ponderación para concluir que la medida era razonable y respondía a las necesidades de las mujeres.

Como puede verse, aun cuando ocho de los ministros involucrados en el caso avanzaron en reconocer que la despenalización del aborto en México era compatible con la Constitución, llegaron a esa conclusión a través de diferentes caminos argumentativos y, sobre todo, con una visión diversa sobre la propia Constitución. En este sentido, puede afirmarse que, si bien el Tribunal Supremo logró un acuerdo sobre un resultado (la despenalización de aborto no es contraria a la Constitución), esa decisión no estuvo respaldada por un acuerdo teórico completo. En este caso, además, la ausencia de una teoría completa para respaldar el acuerdo es formal, pues los considerandos justificativos no tienen fuerza vinculante según lo determinó la propia sentencia dado que sobre ellos no se logró un acuerdo.

De la anterior descripción se destacan dos rasgos importantes del desacuerdo. El primero es la nutrida discrepancia sobre el alcance de la protección de la vida en la Constitución, en casi todos sus elementos: ¿es un derecho o simplemente un bien protegido? ¿Es el *nasciturus* titular o lo son únicamente quienes han vivido con independencia biológica? ¿Con la concepción se inicia la vida, se adquiere el derecho a la vida o se adquiere la calidad de persona? ¿O bien los anteriores sólo ocurren cuando hay viabilidad biológica? En segundo lugar, se resalta el debate en torno a la inclusión de los derechos de las mujeres, que fue reclamada en casi todos los votos concurrentes, pero no fue desarrollada en la sentencia.

Las divergencias de algunos de los ministros también reflejan miradas totalmente diversas sobre la justificación de la despenalización del aborto y no sólo sutilezas dentro de la interpretación de uno u otro derecho. Por ejemplo, la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos señaló que se trataba de un tema que ni siquiera tenía relevancia constitucional. El ministro Genaro David Góngora Pimentel insistió en cambio en la perspectiva del respeto a la autodeterminación reproductiva y a la autonomía de las mujeres como fundamento de la constitucionalidad de la despenalización. El ministro Juan N. Silva Meza, por su parte, se refirió en numerosas oportunidades en su voto a la necesidad de abordar el aborto como un problema de salud pública, y despenalizarlo para lograr la protección de la salud y la vida de las mujeres. Discrepancias como estas reflejan, desde luego, una mirada completamente distinta sobre el aborto, pero también sobre la Constitución y sobre el rol del control constitucional.

3. Otros países que han avanzado con acuerdos carentes de una teoría completa

El caso mexicano es especialmente interesante por la riqueza del debate, pero no es el único en el que el acuerdo sobre la despenalización se ha logrado sin una teoría constitucional completa que lo respalde. En Brasil, por ejemplo, el Tribunal Federal decidió declarar inconstitucional la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos en los que el feto sufre de

anencefalia. La decisión contó con nueve votos a favor y dos en contra, y en su momento únicamente se conoció el contenido del acuerdo: la penalización del aborto en los casos de anencefalia era contraria a la Constitución. Si bien dicha decisión fue el resultado de un largo proceso de debate, los magistrados que votaron a favor de la despenalización se reservaron el derecho a publicar su voto concurrente, y seis meses después de la decisión, únicamente dos de los votos habían sido publicados. Estos dos votos publicados revelan, de entrada, profundas diferencias en la justificación de la decisión de despenalizar. Mientras el voto del ministro Marco Aurelio se fundamenta en el carácter laico del Estado brasileño, la ausencia de un derecho a la vida de los fetos anencefálicos y la protección de los derechos a la salud, la dignidad, la libertad y la autonomía de las mujeres, el voto del ministro Luiz Fux pone el acento en el uso del derecho penal como “la última *ratio*”. Pero lo más interesante del caso de Brasil es el hecho mismo de que se haya publicado el acuerdo (la despenalización) sin ningún tipo de teoría constitucional que la respalde, y que se disocien uno y otro elementos del acuerdo, lo cual revela la valoración diversa de cada uno de ellos de la decisión en el sistema jurídico y entre el público en general.

En Colombia, por otro lado, de los cinco magistrados que votaron a favor de la despenalización, dos presentaron su propia teoría relativa a su adhesión al acuerdo de despenalizar. De hecho, los tres magistrados que se opusieron a la despenalización tampoco pudieron llegar a una única teoría constitucional y se dividieron en dos salvamentos distintos. Entre los magistrados que votaron a favor, uno de ellos se separó del acuerdo teórico mayoritario por considerar que el alcance de la protección de las libertades de las mujeres era mucho más significativo que el que la mayoría reconocía.² El otro magistrado consideraba que existían razones adicionales para justificar la decisión en el derecho constitucional comparado, las cuales además ofrecían un contexto normativo sobre las posibilidades de avanzar en el Congreso en la despenalización total.³ Con todo, el de Colombia es un caso moderado, pues los considerandos de la sentencia, en la medida en que sea parte de la *ratio decidendi*, tienen plena fuerza vinculante a pesar del desacuerdo.

Por fuera de Latinoamérica también hay casos interesantes. Un buen ejemplo es el de Canadá, donde se despenalizó el aborto mediante una decisión de la Corte Suprema. Los cinco magistrados que votaron a favor de la despenalización se dividieron en tres opiniones concurrentes, ninguna con más de dos votos. Con todo, coincidieron en que la prohibición del aborto violaba la disposición constitucional que establecía el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal, y lograron un acuerdo teórico de nivel intermedio,⁴ aun cuando interpretaron esos derechos de modos muy diversos. Para algunos magistrados, la prohibición del aborto vulneraba el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal de las mujeres, derivada de la interferencia en la integridad física, que suponía obligar a una mujer, por medio de la criminalización, a continuar

2. Ver salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

3. Ver salvamento de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

4. Este acuerdo podría considerarse como de nivel intermedio puesto que, además del resultado (la despenalización), los diferentes magistrados concurren en considerar que la penalización total era contraria a tres derechos constitucionales: el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal. En el caso de México, como se vio arriba, no se logró siquiera un acuerdo sobre cuáles eran los derechos constitucionales que estaban en juego.

el embarazo (Dickson y Lamer, Corte Suprema de Canadá, 1988). Para otros, el foco era que el interés del Estado en proteger las mujeres era superior que el interés del Estado en prohibir el aborto (Beetz y Estey, Corte Suprema de Canadá, 1988). Finalmente, una tercera interpretación de esos derechos consideró que la Constitución protegía una esfera de libertad y autonomía conforme con la cual cada persona podía tomar las decisiones sobre aspectos fundamentales de su existencia, derecho que se vulneraba con la prohibición de interrumpir el embarazo (Wilson, Corte Suprema de Canadá, 1988).

Como se ve, el de México no es un caso aislado. Los desacuerdos sobre la teoría constitucional que debe justificar la despenalización del aborto siguen siendo severos no sólo entre jurisdicciones, sino dentro de las jurisdicciones mismas. No obstante, estos desacuerdos profundos en los casos revisados no han sido un obstáculo para avanzar en la decisión de despenalizar, y no deberían serlo. Como se verá brevemente en el siguiente apartado, a pesar de las objeciones razonables, avanzar en la despenalización del aborto a través de acuerdos carentes de una teoría completa es una estrategia aconsejable en el estado actual del debate.

4. La defensa de acuerdos carentes de una teoría completa para avanzar en la despenalización del aborto

Más allá de que existan varios países hayan avanzado en la despenalización del aborto mediante acuerdos constitucionales carentes de una teoría completa, hay razones para justificar –y quizá promover– su uso.

En primer lugar, los acuerdos carentes de una teoría completa permiten avanzar en lo que tiene más impacto en la salud y la vida de las mujeres, la despenalización del aborto. En efecto, la despenalización contribuye a proteger la vida y la salud de las mujeres, puesto que reduce los abortos inseguros (Organización Mundial de la Salud, 2012), que abundan en contextos de penalización, y porque les permite a las mujeres que sufren algún riesgo por el embarazo acceder a servicios legales y seguros. La importancia de construir una teoría completa que respalde la decisión de despenalizar debe ser considerada en la perspectiva de las vidas, y de los años de vida saludable, que están en juego con la penalización total. Bajo estas premisas, los acuerdos carentes de una teoría completa “tienen la función crucial de reducir el costo político de desacuerdos duraderos” (Sunstein, 2006: 44). En el caso de aborto, ayudan a que “los perdedores en casos particulares” –que en este caso son las mujeres que necesitan interrumpir un embarazo– “pierden menos”, en tanto puedan acceder a los servicios legales y seguros que requieren (Sunstein, 2006: 44).

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, los acuerdos carentes de una teoría completa son esenciales en contextos en los que no se podría avanzar de otro modo debido a las profundas diferencias de los actores sobre la teoría constitucional que mejor respalde la despenalización. Como se ha mostrado (por ejemplo en el caso de México o Canadá), el debate en materia de aborto no versa únicamente sobre si este se debería despenalizar o no. En el ámbito de la justificación hay numerosas maneras de plantear el debate y justificar un mismo resultado. Estos debates a veces versan sobre asuntos sencillos, pero otras veces lo hacen sobre cuestiones fundamentales, como cuáles son los derechos que la Constitución protege y cuáles son los problemas

que tienen relevancia constitucional. Estos desacuerdos pueden ser virtualmente irresolubles, o se puede tardar décadas para encontrarse alrededor de una mirada común. Los acuerdos carentes de una teoría completa en materia de aborto permiten que jugadores con miradas diversas sobre el aborto y la Constitución concurren en un resultado, pues no implican compromisos más abstractos sobre, por ejemplo, el alcance de los derechos o de la Constitución en general. En este sentido, “ayudan a hacer posibles las Constituciones y el derecho constitucional, aun en naciones cuyos ciudadanos no se ponen de acuerdo sobre muchos de los asuntos más fundamentales” (Sunstein, 2006: 49). Y si estamos de acuerdo en que la prioridad es lograr que las mujeres accedan a servicios legales y seguros, y que no se mueran buscando un aborto ilegal, entonces los acuerdos teóricos fundamentales (los acuerdos sobre lo que protege la Constitución o sobre cuál es el alcance de los derechos) deberían tener, paradójicamente, una importancia secundaria.

En tercer lugar, los acuerdos carentes de una teoría completa mantienen abierto el debate sobre los fundamentos de una sociedad, en contextos en los que hay cambios sociales y visiones diversas sobre el acuerdo constitucional. En palabras de Sunstein, “los acuerdos de teoría incompleta son especialmente valiosos cuando una sociedad se orienta hacia una evolución moral y hacia un progreso en el tiempo” (Sunstein, 2006: 44). Este es especialmente relevante en sociedades en las que los debates sobre la libertad o la protección de los derechos de las mujeres o la laicidad del Estado son demasiado nuevos. En Colombia, por ejemplo, el cambio constitucional que hizo posible siquiera un debate de este tipo ocurrió recién en 1991. Es decir, son debates nuevos, que han ido madurando, pero que están en un proceso de construcción y que no deberían ser anulados por una teoría constitucional completa.

En cuarto lugar, y como consecuencia de las ventajas mencionadas antes, los acuerdos carentes de una teoría completa promueven las sociedades plurales en las que conviven diferentes visiones de la Constitución. En este sentido, los acuerdos carentes de una teoría completa permiten “que cada uno muestre a los demás cierta medida de reciprocidad y respeto mutuo”. En materia de aborto, este tipo de acuerdos ofrece la oportunidad de concentrarse en los propósitos compartidos por personas muy diversas (la despenalización del aborto) y exige el respeto de las visiones diversas que llevan a confluir sobre esto.

No obstante, a pesar de las múltiples ventajas que los acuerdos carentes de una teoría completa pueden aportar, hay objeciones razonables a su uso como estrategia para avanzar en materia de aborto. La primera, que se insinuó en la introducción, es que las justificaciones robustas de la despenalización del aborto que promueven una visión amplia de la libertad de las mujeres pueden ser muy útiles para interpretar las reglas de despenalización y para avanzar en la garantía del acceso a servicios de salud. En este sentido, los acuerdos carentes de una teoría completa ofrecen un ámbito de interpretación mucho más restringido, que puede hacer difícil la aplicación de la despenalización. En segundo lugar, los acuerdos carentes de una teoría completa aseguran una estabilidad social, política e institucional que no siempre es una buena alternativa. La desestabilización institucional a la que puede llevar un debate sobre asuntos constitucionales fundamentales también vivifica el debate democrático y puede llevar a construir puntos de vista comunes mucho más complejos.

Estas objeciones, sin embargo, no sobrepasan la importancia de garantizar el acceso a servicios legales y seguros que protejan la salud y la vida de las mujeres. Ese objetivo particular

debería ser más valioso que un debate robusto sobre la justificación de la despenalización. Los acuerdos carentes de una teoría completa en aborto son una estrategia que permite avanzar conforme con la prioridad de protección de los derechos de las mujeres. Desde luego, mantener el debate abierto y trabajar en la construcción de acuerdos de mayor abstracción, que permitan, por ejemplo, interpretar las reglas sobre despenalización en casos concretos o decidir situaciones que no están previstas claramente en las reglas, debería ser también un objetivo. Se podría acordar con Sunstein que en algunas oportunidades, “los participantes en derecho constitucional y en política tienen suficiente información, y suficiente acuerdo, como para ser enérgicamente activos (*very ambitious*)” (Sunstein, 2006: 42) y buscar acuerdos de mayor envergadura teórica. En esos casos, los participantes deberían avanzar en la construcción de acuerdos teóricos que respalden sus decisiones.

Bibliografía

- Organización Mundial de la Salud (World Health Organization): *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*, 2da. edición, Malta, 2012.
- Sunstein, Cass R.: “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, en *Precedente: Anuario Jurídico*, Cali, 2006, pp. 13-29.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, Sentencia C-355, Colombia, 2006.
- Corte Suprema, “R vs Morgentaler”, Canadá, 1988.
- Supremo Tribunal Federal, voto del Ministro Luiz Fux, “Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54”, Brasil, 2012.
- Supremo Tribunal Federal, voto del Ministro Marco Aurélio, “Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54”, Brasil, 2012.
- Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 146 y su acumulada 147”, México, 2007.

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS. EL CASO DE LA DESPENALIZACIÓN Y LEGALIZACIÓN DEL ABORTO

*Jenny Carolina Burgos** y *Fabio Enrique Pulido Ortiz***

1. Introducción

La complejidad en torno a la aplicación de los textos constitucionales a casos particulares es ampliamente conocida. Por una parte, se espera que las constituciones regulen la vida en sociedad, pero por otra parte, resulta problemático establecer de forma general y *a priori* las circunstancias relevantes de los casos que se deben resolver judicialmente. Se presenta, por llamarlo de algún modo, la irrelevancia de los documentos constitucionales por la particularidad de los casos concretos.

En los últimos años ha surgido una forma de encarar este asunto: la distinción interpretación-construcción. La interpretación es la actividad consistente en identificar el contenido semántico de un texto jurídico. La construcción, por otra parte, consiste en la creación de reglas concretas necesarias para implementar el contenido semántico identificado. En otras palabras, el objeto de la interpretación es definir el contenido y estructura del derecho, mientras que el objeto de la construcción es crear reglas legales para implementar tales derechos.¹

En este orden de ideas, en este trabajo vamos a centrarnos en la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia, que despenalizó el aborto en ciertos casos, para señalar las dificultades surgidas como consecuencia de la interpretación y construcción de los derechos

* Jenny Carolina Burgos es investigadora en formación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas (CISJUC) de la Universidad Católica de Colombia.

** Fabio Enrique Pulido Ortiz es investigador principal en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas (CISJUC) de la Universidad Católica de Colombia. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Palermo y doctorando en la Universidad de Buenos Aires. Es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad de San Andrés (Argentina) y profesor visitante en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de la Sabana (Colombia).

El presente trabajo fue desarrollado dentro de las actividades de investigación del proyecto “Fundamento e Implementación de los Derechos Humanos”, financiado por la Universidad Católica de Colombia.

Agradecemos a Agustina Ramón Michel los comentarios a este texto.

1. Al respecto ver Solum (2010). En particular, la distinción es útil al momento de evaluar decisiones judiciales concretas e identificar los asuntos específicos que resuelven los jueces constitucionales. En este sentido, ver también Roderick Hills (2006).

relacionados² (2006). En la primera parte se presentan las tesis interpretativas de la sentencia C-355/06 y sus precedentes. En la segunda parte, se identifican las reglas de decisión implementadas por la Corte en algunas sentencias posteriores. Por último, se reconstruyen los tipos de derecho en función de los operadores de Hohfeld.

2. Interpretación: el significado de la “vida” en los casos de aborto

La Constitución colombiana consagra los siguientes enunciados normativos referidos a la vida: (i) el preámbulo establece a la vida como uno de los fines del Estado, cuando indica que este está constituido, entre otras cosas, para “asegurar a sus integrantes la vida”; (ii) el artículo 2 define que las autoridades “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida”; (iii) el art. 11 consagra que “el derecho a la vida es inviolable” y que “no habrá pena de muerte”. Además, en virtud de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque constitucional, se debe tener en cuenta el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que expresa: “[e]l derecho a la vida es inherente a la persona humana” por lo que “estará protegido por la ley” y que nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente; y el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos humanos en cuanto establece que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

De los enunciados normativos citados resultan relevantes los siguientes problemas interpretativos: (i) ¿Cuál es la referencia del término vida? Es decir, ¿a qué sujetos se aplica dicho término?; y (ii) el alcance de la inviolabilidad de la vida, *i.e.*, si a todos los sujetos referentes del término vida alcanza la protección de inviolabilidad. Veamos entonces brevemente el recorrido jurisprudencial en torno a estos problemas.

En 1994, la Corte Constitucional declaró exequible la penalización del aborto, argumentando que las normas constitucionales protegen la vida a partir del momento de la “concepción”. En esa ocasión se afirmó que el momento de la “concepción” marca el inicio de un nuevo ser autónomo, cuyo devenir no puede quedar al arbitrio de la mujer. Por ello, las autoridades deben establecer un sistema de protección legal efectivo que, dado el carácter fundamental de la vida y el estado de indefensión del no-nacido, justifica el recurso a normas penales. Se agregó que no es posible, bajo el amparo de las libertades de conciencia y de cultos, llevar adelante conductas que tiendan a eliminar la vida humana durante el proceso de su gestación. Por otra parte, se definió que el art. 42 inc. 6 de la Constitución Política –según el cual la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos– debe ser entendido en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la “concepción”, y por lo tanto, los

2. Desde ya conviene aclarar que en el problema de la despenalización y legalización del aborto intervienen problemas normativos e interpretativos más amplios que el referido al derecho a la vida. Sin embargo, se reitera, conviene analizar el desarrollo interpretativo de dicho derecho, que resulta central para comprender de una forma más detallada la problemática del aborto y su regulación normativa.

progenitores no tienen derecho a interrumpir el proceso de la gestación (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

Los magistrados Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez y Carlos Gaviria salvaron su voto (es decir, votaron en minoría) al entender que cuando se interpreta el concepto de vida debe diferenciarse la protección como valor constitucional de su protección como derecho fundamental. Argumentaron que el titular del derecho a la vida es la persona nacida, por lo que el no-nacido, si bien merece protección estatal, no es titular de derechos fundamentales. En este orden de ideas –continúan los disidentes–, la penalización del aborto no se relacionaría con la personalidad jurídica del no-nacido, sino con el problema de si el Estado está facultado o no para defender una determinada concepción moral del valor intrínseco de la vida, por lo que con la protección absoluta al proceso de gestación se estaría favoreciendo una visión moral de la vida sobre otras, con lo cual se desconocería la tolerancia que en materia religiosa caracteriza al Estado liberal.³

Asimismo, se afirmó, en el salvamento de voto, que resulta ilegítimo reconocer el derecho a la vida de los no-nacidos en las mismas circunstancias en que se lo hace para los nacidos, y en ese sentido se propuso que la protección a la vida del *nasciturus* sea en función a los diferentes períodos de su desarrollo y a su peso relativo en comparación con los derechos de las personas involucradas. Por último, se argumentó que existen razones de política criminal que aconsejan despenalizar el aborto, dado los altos índices de abortos en la clandestinidad. Tiempo después, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la atenuación a la pena del aborto en los casos de embarazos resultantes de acceso carnal violento o abusivo. Si bien el problema central giraba en torno a la facultad del legislador para graduar las penas, se reiteró que es titular del derecho a la vida todo ser humano desde el momento de la concepción, y que la mujer no tiene derechos contra el *nasciturus* en tanto es un ser autónomo, titular del derecho a la vida (Corte Constitucional de Colombia, 1997). En esta ocasión, nuevamente, los magistrados Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez y Carlos Gaviria salvaron voto.

En 2006, la Corte Constitucional se pronunció sobre la penalización del aborto. De forma similar a la argumentación de los salvamentos de las sentencias C–133–1994 y C–013–1997, la Corte definió que no se puede otorgar amparo absoluto al valor de la vida del no-nacido. La argumentación del tribunal parte de remarcar la distinción entre el mandato general de proteger el bien de la vida y el derecho fundamental de la vida, que sólo corresponde a las personas. Desde esta perspectiva, si bien corresponde al legislador tomar medidas para proteger la vida (como bien a ser protegido) esto no implica que estén justificadas todas las que dicte con esa finalidad, “porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales” (Corte Constitucional de Colombia, 2006). Por ello, el Estado puede tomar medidas que limitan la vida con el objetivo de proteger otros derechos (por ejemplo, la legítima defensa). En este orden de ideas, dado que no es posible de manera objetiva determinar en qué momento se inicia la vida, si bien el ordenamiento jurídico protege al *nasciturus*, no puede hacerlo “en el mismo grado e intensidad que a la persona humana”. En todo caso, para la Corte,

3. Según este argumento, el no-nacido queda excluido de forma completa de la protección de la vida y quedaría reducido a un problema de libertad de culto o conciencia. Como veremos, esta interpretación no fue acogida en la sentencia C-355/06.

“la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad” (Corte Constitucional de Colombia, 2006: título 10.1)).⁴

En síntesis, teniendo en cuenta los elementos normativos señalados; es decir, el término vida y el alcance de la inviolabilidad de la vida, se pueden identificar dos tesis interpretativas:

Tesis interpretativa I

- a) La vida es un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido.
- b) Son sujetos titulares de ese derecho todos los seres humanos a partir de la concepción.
- c) El derecho a la vida inicia con la concepción.
- d) El derecho a la vida es absoluto, por tanto no puede sacrificarse en virtud de los derechos de otros.
- e) La vida es un derecho y un bien constitucionalmente protegido, por lo tanto las autoridades están obligadas a adoptar medidas para su protección.
- f) El legislador puede recurrir a normas penales como medida para garantizar la inviolabilidad del derecho a la vida del no-nacido.

Tesis interpretativa II

- a) La vida es un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido.
- b) Solo los nacidos tienen el derecho fundamental a la vida, los no-nacidos tienen derecho a la vida como bien constitucionalmente protegido.
- c) La titularidad del derecho a la vida inicia con el nacimiento.
- d) La vida es un derecho y un bien constitucionalmente protegido, por lo tanto las autoridades están obligadas a adoptar medidas para su protección.
- e) El Estado no puede recurrir a normas penales para proteger la vida del no-nacido cuando con ello se limita de forma desproporcionada los derechos fundamentales de la mujer gestante.

Ahora bien, se debe resaltar que la tesis interpretativa II es la vigente en el sistema constitucional colombiano. En otras palabras, a partir de la sentencia C-355/06, el derecho a la vida en los casos de aborto significa lo que establecen las premisas de esa tesis.

3. La construcción del derecho a la vida

Dividimos este aparatado en dos partes. En la primera reconstruimos las reglas de decisión de la Corte Constitucional en las sentencias C 355/06, T 988/07, T 209/08, T 946/08 y T 636/11. En

4. Como se observa, de conformidad con la interpretación de la Corte el problema del aborto no se puede reducir al derecho de libertad y autonomía de la mujer, ni al problema de la libertad de culto y conciencia.

la segunda, analizamos los tipos de derecho involucrados en cada regla de decisión en función de los operadores de Hohfeld.

3.1. *La construcción de los derechos: reglas de decisión de la Corte Constitucional*

Como se mencionó, la interpretación es la actividad consistente en identificar el contenido semántico de un texto jurídico, mientras que la construcción es entendida como la actividad de trasladar o traducir el contenido semántico a reglas jurídicas. En otras palabras, mediante este marco teórico se pretende distinguir dos etapas en la adjudicación constitucional: 1) la fijación del significado de los enunciados constitucionales; y 2) la creación de proposiciones constitucionales operativas –reglas de decisión– referidas a casos concretos (Solum, 2010).

Para la identificación de las reglas de decisión de la Corte Constitucional hemos seguido la siguiente metodología: (i) se apunta el problema constitucional concreto y se señalan el acto normativo demandado y el parámetro constitucional. En los casos de tutela se distingue la autoridad demandada; la actuación de la autoridad, es decir, las circunstancias fácticas en que presuntamente se vulnera o amenaza el derecho fundamental; el derecho fundamental involucrado; y, por último, la persona (en sentido genérico) afectada en la situación. (ii) Luego se reconstruye la regla de decisión, es decir, la regla que el juez efectivamente aplica para resolver el problema jurídico que se le plantea.⁵

Regla 1: la Corte definió que la protección absoluta del no-nacido constituye una intervención desproporcionada en los derechos de la mujer gestante, toda vez que las medidas orientadas a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no pueden atentar contra los derechos de la mujer gestante en los siguientes casos: (i) Cuando exista un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos, resulta desproporcionado exigir que la vida de la mujer –ya formada– ceda ante la vida del feto –apenas en formación– toda vez que si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propia de la gestante respecto de la salvaguarda del embrión. (ii) Cuando existan malformaciones del feto. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso por estarse ante la situación de una vida inviable y los derechos de la mujer prevalecen, por lo que el legislador no puede obligarla, por medio de la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en condiciones de inviabilidad. Resulta desproporcional la exigencia de, bajo sanción penal, soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable. El único requisito para solicitar la interrupción del embarazo consiste en aportar certificación de una persona profesional de la medicina en la que se determine “la existencia real de estas hipótesis”. (iii) En los casos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento,

5. Por regla se entiende aquella norma jurídica que determina con relativa claridad lo que está prohibido, facultado, obligado o permitido. De esta manera, la regla es la respuesta afirmativa o negativa al problema identificado. Sobre la metodología ver Pulido (2009).

abusivo, inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas o incesto, se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo. En estos supuestos, llevar el deber de protección del valor de la vida del *nasciturus* hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo equivale a conferirle protección absoluta a la vida del feto sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada y, en especial, sobre aquellos relacionados con el libre desarrollo de su personalidad y el respeto por su dignidad humana. Por último, la Corte, al formular esta regla, afirmó que el respeto por la dignidad humana de la mujer excluye que se la pueda considerar como “mero receptáculo”, motivo por el cual la exteriorización libre y autónoma del consentimiento de la mujer colocada en tal situación cobra especial relevancia por encontrarse ante un hecho impuesto y no voluntario de inmensa trascendencia para su vida y para su realización personal, en todos los sentidos.

Regla 2: en la sentencia T-988/07, la Corte estableció que una entidad promotora de salud violó los derechos fundamentales a la dignidad y al amparo especial conferido a las personas con discapacidad de una joven con estas características que había sido víctima de abuso carnal cuando se niega a interrumpir el embarazo de manera pronta y urgente, aduciendo la inexistencia de un proceso de interdicción por incapacidad, porque: (i) debido a las circunstancias específicas del caso y la discapacidad severa tanto psíquica como físicamente que presentaba la joven, se dedujo que no estaba en la capacidad de impedir o resistir el acto sexual del que había sido víctima y de exteriorizar de forma libre y directa su consentimiento; (ii) existía una violación a los parámetros y requisitos exigidos por la C-355/06, la cual solamente exige la denuncia penal para que el proceso de interrupción del embarazo sea adelantado; (iii) teniendo en cuenta la discapacidad psíquica y mental que padecía la joven, al negarle la EPS (la aseguradora de salud) la interrupción de su embarazo fue desprotegida, y se la colocó así en una situación de absoluta indefensión y sufrimientos adicionales (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

Regla 3: en la sentencia T-209/08 se estableció que los profesionales de la salud y las instituciones prestadoras del servicio de salud no pueden presentar objeción de conciencia de manera colectiva para practicar una interrupción voluntaria del embarazo porque: (i) aunque los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden extralimitarse y abusar del mismo impidiendo la práctica del procedimiento de manera colectiva, puesto que este es una decisión que se ejerce de manera individual y no institucional o colectiva (ii) todas las instituciones prestadoras del servicio de salud deben contar con profesionales dispuestos a practicar este tipo de procedimientos para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.

Regla 4: en la sentencia T-946/08 se definió que las instituciones de salud violaron los derechos fundamentales de una menor de edad con discapacidad a la entidad promotora de salud, al no autorizar la práctica oportuna de la interrupción voluntaria del embarazo, ni se tuteló la protección de sus derechos, porque sólo se requiere de la presentación de la denuncia penal para realizar el aborto de manera inmediata.

Regla 4.1: en la misma sentencia se definió que un juez de tutela no podía negar el amparo constitucional de los derechos fundamentales de una menor de edad que a través de su representante legal había solicitado la interrupción voluntaria del embarazo argumentado el avanzado estado de gestación, porque no es competencia del juez entrar a valorar o estudiar la oportunidad para

realizar la intervención, solamente debe analizar si el caso cumple con las circunstancias previstas por la sentencia C–355/06, so pena de incurrir en el delito de prevaricato.

Regla 5: en la sentencia T–388/09 se definió que las instituciones de salud no pueden exigir como condición para practicar un aborto permitido de acuerdo con la sentencia C-355/06 la conformación de una junta médica. Tampoco el médico tratante puede requerir autorización judicial para practicar la interrupción del embarazo, sin violar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Regla 6: en la sentencia T–636/11 se definió que un especialista de la salud no puede solicitar una orden judicial para efectuar la intervención quirúrgica de interrupción voluntaria del embarazo cuando existan malformaciones graves en el feto que hicieran inviable su vida, porque: (i) no se requiere orden judicial para practicar una interrupción voluntaria del embarazo. Para el presente caso, la determinación de interrumpir el embarazo correspondía específicamente a los profesionales de la medicina, quienes eran los encargados de establecer la existencia de malformaciones y su gravedad; (ii) exigir orden judicial para adelantar el procedimiento es una conducta contraria a los lineamientos jurídicos ya establecidos por la sentencia C–355/06.

Regla 6.1: en la misma decisión, la Corte estableció que no corresponde a los jueces de tutela o a las instituciones de salud calificar al aborto después de los seis meses como un homicidio, pues representa una intromisión en el ámbito penal: (i) los jueces penales son los únicos facultados para indicar cuándo se está frente a un homicidio; (ii) los médicos son los únicos que pueden establecer cuándo es viable realizar la intervención.

Figura 1. Reglas de decisión

Regla	Tema	Derecho
1	Desproporcionalidad en la penalización absoluta del aborto	Vida, dignidad e igualdad de las mujeres
2	Interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación	Interrupción voluntaria del embarazo
3	Objeción de conciencia colectiva	Interrupción voluntaria del embarazo
4	Interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación	Interrupción voluntaria del embarazo
4.1.	Avanzado estado de gestación	Interrupción voluntaria del embarazo
5	Junta médica y autorización judicial	Interrupción voluntaria del embarazo
6	Despenalización del aborto	Vida

Fuente: elaboración propia.

3.2. La reconstrucción de los derechos

La caracterización formal de los operadores de Hohfeld constituye una herramienta de indudable valor para la descripción de los derechos legales (Tucak, 2009), incluyendo aquellos positivizados judicialmente.⁶ En su análisis, Hohfeld distingue entre conceptos correlativos y

6. Debe tenerse en cuenta que Hohfeld no pretendía, que su artículo abordara los problemas complejos de filosofía o teoría del derecho. Las razones que lo llevaron a identificar los conceptos eran de naturaleza pedagógica y

conceptos opuestos. Las flechas verticales señalan pares conceptuales correlativos, mientras que las diagonales señalan pares opuestos o contradictorios (véase Figura 2). Cada par de correlativos existen de manera definicional, es decir si uno se presenta, el otro por definición debe presentarse. Por el contrario los pares opuestos no pueden existir juntos para la misma relación (Tucak, 2009). En otras palabras, un concepto A es correlativo del concepto B si la definición de B está implícita en la definición de A, de manera que se complementan y no se contradicen. Por el contrario, un concepto B es opuesto al concepto A cuando, además de no estar implícita la definición de uno en el otro, en lugar de complementarse se oponen como contradictorios.

Figura 2. Conceptos jurídicos correlativos y opuestos

Correlativos 1	Correlativos 2	Correlativos 3	Correlativos 4
Pretensión	Privilegio	Potestad (competencia)	Inmunidad
Deber	No-derecho	Sujeción	Incompetencia

Opuestos 1	Opuestos 2	Opuestos 3	Opuestos 4
Pretensión	Privilegio	Potestad (competencia)	Inmunidad
No derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción

Fuente: Elaboración propia.

Los conceptos jurídicos correlativos y opuestos pueden aparecer como modalidades activas o pasivas. Las modalidades activas se refieren a la relación jurídica del sujeto (X) en relación con el sujeto (Y); y las pasivas, a la relación del sujeto (Y) respecto del sujeto (X). De esta forma, existen conceptos correlativos activos y conceptos correlativos pasivos. Asimismo, existen conceptos opuestos activos y conceptos opuestos pasivos. Hohfeld identifica cuatro correlatividades y cuatro oposiciones (Figura 2).

Figura 3. Conceptos correlativos

Modalidades activas			
Pretensión	Privilegio	Potestad	Inmunidad
Modalidades pasivas			
Deber	No derecho	Sujeción	Incompetencia

Fuente: elaboración propia.

descriptiva. Su intención era, a partir de la jurisprudencia estadounidense, precisar el lenguaje empleado por las cortes al momento de referirse a relaciones jurídicas y derechos. Incluso, como remarca Tucak (2009), el trabajo de Hohfeld estaba pensado para los estudiantes de las carreras de Derecho más que para lectores especializados.

Primera correlatividad: se define derecho-pretensión⁷ como función de deber, lo cual se puede expresar en los siguientes términos: si el sujeto (X) tiene un derecho a que el sujeto (Y) efectúe (C), correlativamente el sujeto (Y) tiene el deber frente al sujeto (X) de efectuar (C).

Segunda correlatividad: se define privilegio⁸ en función del no-derecho, de manera que decir que el sujeto (X) tiene frente al sujeto (Y) el privilegio de hacer (C), es correlativo a decir que (Y) tiene el no derecho a exigir de (X) que se abstenga de realizar (C).

Tercera correlatividad: se define potestad en función de sujeción. De manera que si el sujeto (X) tiene la potestad de producir ciertos efectos jurídicos respecto del sujeto (Y), es correlativo a decir que, el sujeto (Y) está en sujeción frente al sujeto (X); es decir que la situación del sujeto (Y) se verá afectada por –depende de– los efectos de la conducta de (X).⁹

Cuarta correlatividad: el sujeto (X) tiene frente al sujeto (Y) una situación de inmunidad respecto de los efectos jurídicos de los actos del sujeto (Y); correlativamente, el sujeto (Y) es incompetente para alterar la situación jurídica del sujeto (X). En los conceptos opuestos, por otra parte, la modalidad jurídica activa es presentada en conexión con aquella modalidad pasiva que, en lugar de complementarla, se le opone como contradictoria en función del mismo sujeto (Figura 3).

Figura 4. Conceptos opuestos

Modalidades activas			
Derecho	Privilegio	Potestad	Inmunidad
Modalidades pasivas			
No derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción

Fuente: elaboración propia.

Primer opuesto: son opuestos pretensión y no-derecho. Es decir, si el sujeto X tiene una pretensión versus el sujeto Y, resulta contradictorio que el sujeto X tenga un no-derecho versus Y.

Segundo opuesto: son opuestos privilegio y deber, de forma que si X tiene un privilegio versus Y, resulta contradictorio que X tenga un deber frente a Y.

Tercer opuesto: son opuestos potestad e incompetencia, es decir que si X tiene una potestad versus Y, resulta contradictorio que X sea incompetente en su relación con Y.

Cuarto opuesto: se oponen inmunidad y sujeción, de manera que si el sujeto (X) tiene inmunidad frente a (Y) respecto de los efectos jurídicos del acto de Y, resulta contradictorio que el sujeto (X) este sujeto respecto a los efectos jurídicos del acto de (Y).

7. En Carrio (1991) y en la traducción hecha por el mismo autor del trabajo de Hohfeld, se habla de derecho en lugar de pretensión. Sin embargo, para los efectos de este trabajo empleo los conceptos pretensión o derecho-pretensión.

8. La mayoría de los autores posteriores a Hohfeld prefieren usar el término libertad (“liberty”) sobre el de privilegio (Tucak, 2009). Otros, como Kangery Kanger (1966), emplean el término “freedom”. Sin embargo, en este trabajo se mantiene el termino original (“privileges”) empleado en Hohfeld y su traducción al español, privilegio, según Carrio (1991).

9. Hohfeld afirma que “cuando algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad” de una persona o grupo de personas, se puede decir que estas tienen la potestad de efectuar cambios en la situación jurídica de terceros (1991: 68).

Como se explicó antes, la interpretación vigente en Colombia en torno al derecho a la vida en relación con el no-nacido está constituida por las siguientes premisas: (a) la vida es un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido; (b) sólo los nacidos tienen el derecho fundamental a la vida; a los no-nacidos se les reconoce la vida sólo como un bien constitucionalmente protegido y no como un derecho fundamental; (c) el derecho a la vida inicia con el nacimiento; (d) la vida es un derecho y bien constitucionalmente protegido y por este motivo las autoridades están obligadas a adoptar medidas para su protección; y (e) el Estado no puede recurrir a normas penales para proteger la vida del no-nacido cuando con ello se limita de forma desproporcionada los derechos fundamentales de la mujer gestante.

Analizando la cuestión a partir de las de los operadores de Hohfeld se tiene que las mujeres tienen respecto del Estado una inmunidad frente a los efectos jurídicos de la penalización del aborto. Por lo tanto, no están sujetas a los efectos jurídicos de la penalización del aborto. Asimismo, entonces, el Estado es incompetente para sancionar penalmente en los casos de aborto.

Ahora bien, las reglas de decisión identificadas en el apartado anterior son la saga de la interpretación del derecho a la vida definida en la sentencia C-355/06. La *regla 1* puede reconstruirse como sigue: los sujetos involucrados en la práctica de un aborto (cuando existe riesgo para la salud de la mujer, cuando existan malformaciones del feto, y en los casos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas e incesto presentan frente al Estado una situación de inmunidad respecto de los efectos jurídicos de sanciones penales por el delito de aborto; y correlativamente, el Estado es incompetente para sancionar penalmente a dichos sujetos. Dicha inmunidad fue adicionada a la regla 6.1 en cuanto establece que la definición de la sanción penal no puede ser aplicada por las entidades de salud ni los jueces de tutela.

Las *reglas 2 y 3*, por su parte, pueden ser reconstruidas de conformidad con la primera correlatividad: una joven con discapacidad mental que fue víctima de acceso carnal abusivo tiene el derecho a que las entidades de salud le practiquen la interrupción del embarazo; y, correlativamente, las entidades de salud tiene el deber frente la joven de practicar la interrupción.

Como se observa, en las *reglas 2 y 3* la inmunidad de la regla 1 se transformó en pretensiones de acuerdo con la correlatividad 1. En la *regla 4* se adiciona el contenido de la pretensión agregando que el tiempo de la gestación no es relevante para determinar o afectar el contenido de tal derecho. Lo mismo ocurre con las *reglas 5 y 6* en cuanto establecen que una junta médica y una orden judicial para autorizar la intervención no pueden ser utilizadas como argumentos para limitar el derecho al aborto.

Regla	Correlatividad
1	Cuarta correlatividad
2	Primera correlatividad
3	Primera correlatividad
4	Primera correlatividad
4.1	Primera correlatividad
5	Primera correlatividad
6	Primera correlatividad
6.1	Primera correlatividad

4. Conclusiones

Uno de los aspectos más importantes de los operadores de los derechos desarrollado por Hohfeld es identificar las inconsistencias en el discurso jurídico. En particular se tiene que tener en cuenta que las correlatividades son formalmente independientes; es decir que no existen relaciones de implicación formal entre ellas. De conformidad con esto, lo primero que nos interesa resaltar es que del hecho de que –como es el caso de las decisiones en este trabajo estudiadas– se concluya en torno a la existencia de una relación jurídica identificable con la correlatividad cuarta (las mujeres tienen respecto del Estado una inmunidad frente a los efectos jurídicos de la penalización del aborto; por lo tanto, las mujeres no están sujetas a los efectos jurídicos de la penalización del aborto; y además, el Estado es incompetente para sancionar penalmente en los casos de aborto) no se puede concluir sin más la existencia de una relación jurídica identificable con la correlatividad primera (una mujer tiene el derecho a que las entidades de salud le practiquen la interrupción del embarazo; y, correlativamente, las entidades de salud tienen el deber frente la joven de practicar la interrupción). Lo anterior refleja una intuición muy simple que parece haber sido dejada de lado: la despenalización del aborto no implica la existencia de un derecho al aborto.

Por otra parte, los tribunales constitucionales tienen dos características relevantes en relación con lo que se ha mencionado en este trabajo: visibilidad pública y no-necesariedad institucional. En efecto, las decisiones de dichos tribunales (o por lo menos, varias de ellas) logran una notoriedad pública que no es típica de los demás jueces y órganos judiciales. Por otra parte, los tribunales constitucionales (e incluso la función de control judicial de constitucionalidad) no son un elemento o requisito necesario para la existencia de un sistema jurídico (Ferrerres Comella, 2005). Estas características implican que los tribunales constitucionales deben cumplir con deberes específicos. En particular, se debe tener en cuenta que a tales órganos les “pesan mucho sus argumentos y decisiones tomadas en el pasado, lo que les obliga a mostrarse ante la opinión pública como tribunales que pronuncian fallos coherentes” (Mora, 2009: 47). De esta manera, y como un desarrollo de lo explicado antes, en la adjudicación constitucional debe existir consistencia entre la asignación de significado y la formulación de estándares de implementación, pues la validez de estos últimos depende de los primeros. No defendemos que la validez de las normas jurídicas se limite al cumplimiento de cargas formales de argumentación, pero los problemas de estructura formal en la interpretación y construcción del derecho minan la objetividad de las decisiones judiciales y la solidez institucional de los tribunales. En particular, el salto argumentativo que existe entre la sentencia C-355-2006 y las posteriores, y evidenciado mediante los operadores de Hohfeld debe ser tenido en cuenta al momento de estudiar la legitimidad de la regulación normativa del aborto en Colombia y la fuerza vinculante de los precedentes judiciales involucrados.

Por último, y recordando los profundos problemas políticos y morales que trae aparejados, la interpretación del derecho a la vida que implícitamente fue desarrollada por la Corte Constitucional ha excluido de la relación jurídica a la situación del no-nacido. Debe recordarse que en la sentencia C-355-2006 se ponderó de alguna forma la situación jurídico-constitucional del no-nacido, mientras que en las decisiones posteriores, sin argumentaciones adicionales, dicha situación ha sido dejada de lado

Bibliografía

- Carrió, Genaro: “Nota preliminar”, en Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 1991.
- Ferreres Comella, Víctor: “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial”, en Roberto Saba (ed.), *Los límites a la democracia*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 305-326.
- Hills, Roderick M. Jr.: “The Pragmatist’s View of Constitutional Implementation and Constitutional Meaning”, en *Harvard Law Review*, N° 119, 2006.
- Hohfeld, Wesley Newcomb: *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 1991.
- Kanger, Stig y Kanger, Helle: “Rigth and parlamentarism”, en *Theoria*, N° 32, 1966, pp. 85-115.
- Mora Restrepo, Gabriel: *Justicia constitucional y arbitrariedad judicial*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- Pulido, Fabio: “Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional”, en *Novum Ius*, Vol. 2, N° 1, 2009, pp. 125-152.
- Solum, Lawrence B.: “The interpretation-construction distinction”, en *Constitutional Commentary*, Vol. 27, N° 1, 2010, pp. 95-118.
- Tucak, Ivana: “Rethinking the Hohfeld’s analysis of legal rights”, en *Pravni Vjesnik*, N° 25, 2009, pp. 31-41.
- Williams, Glanville. “The Concept of Legal Liberty”, en *Columbia Law Review*, Vol. 56 N° 8, 1956, pp. 1129-1150.

Jurisprudencia:

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-133/94, 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-013/97, 1997.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/06, 2006.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-988/07, 2007.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-988/07, 2007.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-946/08, 2008.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-299/08, 2008.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-209/08, 2008.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-946/08, 2008.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-388/09, 2009.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-388/09, 2009.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-636/11, 2011.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia, T-636/11, 2011.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ABORTO Y SUS ENCUADRES EN LAS ALTAS CORTES DE AMÉRICA LATINA*

*Paola Bergallo** y Agustina Ramón Michel****

Las estimaciones de aborto clandestino y las cifras de vidas perdidas de mujeres a causa del aborto inseguro en América Latina son desconcertantes (Ahman y Shah, 2011a). Y las normas penales son una de las causas de estas estadísticas vergonzosas que prevalecen en la región. Pese a tratarse de una práctica segura cuando se realiza en ámbitos donde es legal y en condiciones adecuadas, las legislaciones latinoamericanas aun limitan el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo mediante usos extendidos del derecho penal. No obstante, estas normas han experimentado algunas transformaciones importantes en las últimas décadas. Los cambios recientes, aunque tenues, pueden observarse tanto en la reescritura de algunos códigos penales como en el proceso de constitucionalización gradual que ha experimentado su interpretación a la luz de los compromisos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos. Este artículo ofrece una caracterización de ese proceso de constitucionalización a través del análisis de las decisiones más importantes de las altas cortes que han abordado la cuestión en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador y México.¹

En la última década en especial, los tribunales superiores y las cortes constitucionales de varios países de América Latina se han pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas penales que rigen el aborto. Se trata de un fenómeno inédito en la región que, como precisaremos, tiene rasgos distintivos respecto a otras olas de constitucionalización y liberalización del aborto en parte de Europa y en Estados Unidos.

* Una versión en inglés de este artículo fue publicada en Gargarella, Roberto y Juan Bertemeu (eds.): *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and Rights*, Farnham, Ashgate, 2016.

** Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Di Tella.

*** Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

1. Al momento de escribir este artículo la Suprema Corte de Brasil también había emitido una importante sentencia sobre la interrupción del embarazo frente a un reclamo por el diagnóstico de anencefalia en el año 2012. Sin embargo, como la Corte eludió considerar el tema como una cuestión comprendida en la regulación penal del aborto y resolvió considerar que la situación ameritaba la inducción de un parte, este trabajo no aborda el estudio de la sentencia emitida en Brasil (Barroso, 2014). Luego, a fines de 2016, el Supremo Tribunal de ese país consideró que era inconstitucional penalizar la interrupción del embarazo en el primer trimestre del embarazo, pero la decisión sólo tiene validez sólo para el caso decidido, uno ocurrido en Rio de Janeiro, aunque podría sentar precedente para una decisión más amplia en el futuro. También se encuentra pendiente, desde febrero de 2017, una causa de aborto frente a la Corte Suprema uruguaya, que, al igual que la brasilera más reciente, no incluimos en este artículo debido a que surgieron luego de que cerramos la investigación para este trabajo.

Estas nuevas decisiones judiciales reflejan una mutación gradual del encuadre de la discusión constitucional sobre los derechos reproductivos. Si bien los jueces latinoamericanos se han mostrado mucho más conservadores y temerosos que sus pares del Norte Global a la hora de enfrentar el debate, las nuevas decisiones sugieren una madurez creciente en el abordaje de una de las problemáticas más sensibles para las culturas católicas del continente y cierta sensibilidad al ambiente en que el derecho se implementa.

Este proceso incremental de constitucionalización se ha traducido sobre todo en una modulación de los rangos de uso del derecho penal habilitado al legislador democrático. Aunque la penalización continúa siendo la herramienta preferida en la política pública sobre aborto y los jueces no se han atrevido o no han querido cuestionar su uso si han apuntado, al menos, a fijar algunos límites otrora impensables. De hecho, en los países aquí examinados, la argumentación judicial ha dejado de entender la penalización categórica de la práctica como un mandato constitucional para exigir la definición de situaciones en las que se exceptúe el castigo o se prevean indicaciones específicas para el aborto. Para varios de los tribunales del continente además, los modelos de causales (o indicaciones), es decir, de previsión de situaciones en las que el aborto es legal, se convirtieron en el piso constitucional y convencional. En segundo lugar, otro rasgo de la constitucionalización del aborto en el discurso judicial de la región surge de las decisiones que, como en Argentina o Colombia, interpretaron que el mandato constitucional no se satisface con un mero modelo formal de causales sino que exige una serie de medidas que garanticen efectivamente la provisión y el acceso a servicios de aborto legal. En estas decisiones, las cortes desarrollaron sus aportes más originales sobre las dimensiones institucionales y los deberes individuales de profesionales de la salud y funcionarios públicos para garantizar el derecho a los abortos legales. Finalmente, la constitucionalización del tratamiento penal del aborto aparece también en la maduración experimentada por la argumentación judicial sobre el estatus de la protección constitucional de la vida prenatal y su ponderación frente a concepciones también gradualmente más elaboradas de la dignidad, la autonomía y la igualdad de género.

Para resaltar estos rasgos de la constitucionalización del aborto en América Latina, el resto del trabajo se organiza de la siguiente forma. La primera sección presenta una breve evolución de las pautas que los tribunales han marcado para delimitar los usos del derecho penal al regular el aborto. Esta sección ordena las sentencias de seis tribunales elegidos –Argentina,² Bolivia,³ Colombia,⁴ Costa Rica,⁵ El Salvador⁶ y México⁷– para mostrar el desarrollo de demandas crecientes de rediseño e implementación del modelo de causales vigente en la mayoría de los países de América Latina. La segunda sección se detiene en el tratamiento diverso que las cortes han dado a la caracterización de la protección de la vida intrauterina. La tercera parte se enfoca en las definiciones de la dignidad, la autonomía y la igualdad que las cortes han elaborado al aplicar

2. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, “F.A.L s/ Medida autosatisfactiva”, 12 de marzo de 2012.

3. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Sentencia* 0206/2014, 5 de febrero de 2014.

4. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006.

5. Corte Suprema de Costa Rica, *Sentencia* 2004-02792, 17 de marzo de 2004.

6. Corte Suprema de El Salvador, *Sentencia* 18/98, 20 de noviembre de 2007.

7. Corte Suprema de México, *Sentencias* 146/2007 y 147/2007, 28 de agosto de 2008.

al plano reproductivo las normas que protegían estos valores en el ideario constitucional clásico. Una breve conclusión cierra el trabajo.

1. De los usos categóricos del derecho penal a las ponderaciones sensibles a la dimensión institucional de los derechos

Hacia el 2004, diez años después de los acuerdos adoptados en La Conferencia de Población y Desarrollo en el Cairo, pocos tribunales constitucionales y supremos de América Latina se habían pronunciado sobre las normas penales que regían el aborto. En las escasas circunstancias en las que los jueces habían enfrentado casos sobre el tema, las decisiones mostraban una impronta muy restrictiva. Con frecuencia, las sentencias se limitaban a reflejar las coordenadas argumentativas del discurso público en el que sobresalían las interpretaciones más conservadoras, muchas propugnadas por sectores de la Iglesia Católica, y las intuiciones más elementales alimentadas por el estigma que genera el aborto y la propia penalización.

En México, por ejemplo, en la decisión emitida por la Suprema Corte en 2002, los magistrados no habían alcanzado los votos necesarios para consensuar si las indicaciones de aborto fijadas en el código penal del Distrito Federal en el 2000 podían considerarse causales de justificación, es decir, instancias en las que el aborto ya no era un acto antijurídico para convertirse en una práctica legal que exigía la oferta de servicios de salud (Pou Jiménez, 2009). En el marco de la legislación de Colombia donde en 1980 se habían eliminado las excepciones a la penalización, los magistrados de la Corte Constitucional habían rechazado incluso planteos sobre la constitucionalidad del aborto en caso de violación.⁸ En Argentina, la Corte Suprema había esquivado el debate sobre el permiso de aborto por anencefalia aprovechando que el proceso judicial se había dilatado tanto que su decisión consistía en autorizar “una inducción del parto” y no un aborto (Cook, Hevia, Erdman y Dickens, 2008). Finalmente, otro conjunto de tribunales, liderado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en el 2000, y luego acompañado por los superiores tribunales de Argentina y Ecuador, también se habían pronunciado sobre el tratamiento constitucional de prácticas que consideraban abortivas y, por tanto, prohibidas: la manipulación de embriones en las técnicas de reproducción humana asistida y la autorización de comercialización de la píldora de emergencia.⁹

En estas sentencias, como en los fallos que llegarían más tarde, los jueces latinoamericanos se obsesionaban en discutir los alcances del mandato constitucional de protección de la persona humana y la vida en su etapa gestacional. Los tribunales se enredaban una y otra vez en el debate sobre los parámetros para definir el comienzo de la vida. En los casos de Costa Rica y Argentina, luego de concluir la titularidad de un derecho a la vida en cabeza del embrión, derecho existente

8. Decisiones de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-133, 17 de marzo de 1994; Sentencia C-033, 30 de enero de 1997; y Sentencia C-647, 20 de junio de 2001 (Cabal, Roa y Lemaitre, 2001).

9. Con el correr de la década, los casos sobre anticoncepción de emergencia se fueron acumulando para incluir, entre los tribunales con abordajes restrictivos, también a Chile (2009) e incluso a Perú (2009), donde luego de una decisión permisiva de 2005, se retrocedió en 2009/10 con un pronunciamiento que limitaba la autorización de la AHE (Cardenas, 2009).

incluso antes de su implantación, las sentencias adoptaban un abordaje categórico que asumía un mandato de protección absoluta de la vida. En estos últimos países, además, las referencias a conocimientos científicos de fuente dudosa y la alusión a encíclicas papales formaban parte también del discurso judicial. Los magistrados argentinos y costarricenses consideraban que el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, y otras normas que implícita o implícitamente protegían el derecho a la vida en los textos constitucionales, exigían la protección de un derecho a la vida mediante normas con la estructura de una regla (Undurraga, 2014). De este modo, cualquier tipo de ponderación frente a otros derechos o intereses en conflicto quedaba excluida. Tampoco se incluía referencia alguna a los derechos sexuales y reproductivos, menos aun sobre las injusticias reproductivas basadas en el género y experimentadas especialmente por las mujeres.

A partir de 2004, este discurso categórico y simplón comenzó a experimentar mutaciones, en especial, en el marco de un nuevo conjunto de causas en las que se debatía la constitucionalidad de normas penales sobre el aborto. A partir de ese año, las altas cortes de Costa Rica, Colombia, El Salvador, México, Argentina, y Bolivia, en ese orden, fueron adoptando enfoques que reconocían la colisión de valores emergente del conflicto entre el interés o el derecho a la vida en gestación y los derechos de las mujeres. Hasta los jueces de la Corte Suprema de El Salvador, país reconocido por su extrema restricción del aborto, coincidían en el reconocimiento de esta colisión y la necesidad de una ponderación:

existe una clara voluntad del constituyente de extender la protección del Estado a la vida prenatal, voluntad manifiesta en el tenor literal del inc. 2º del art. 1 de la Constitución. Sin embargo, respecto al período del embarazo, el legislador tiene la obligación de regular además, otros intereses en juego, de los cuales es titular la mujer embarazada como son su salud e integridad física, moral y psíquica, además de su dignidad humana. Y es que, si bien es cierto, como se ha afirmado, la tesis de un “derecho al cuerpo”, o “derecho al vientre” de la madre es descartada por la reforma al art. 1 Cn., ello no implica la punición absoluta de todos los abortos, por la libertad de la mujer embarazada y los otros derechos que intervienen. Derechos que también están constitucionalmente reconocidos y que no pueden ser ignorados a la hora de decidir jurídicamente la solución a tan difícil conflicto.¹⁰

La apelación a la necesidad de un juicio de balanceo o proporcionalidad devino, entonces, el punto de partida del nuevo encuadre constitucional del aborto en varios países de la región. Desde las decisiones de países con normas más restrictivas como El Salvador hasta la progresista Corte Constitucional colombiana, que aplicó un test de proporcionalidad más riguroso, coincidieron en la necesidad del balanceo. Aunque hacía más de tres décadas los tribunales de América del Norte y Europa asumían este punto de descanso, recién en 2004 la colisión de derechos o intereses se convirtió en el trasfondo de la lectura constitucional sobre el aborto en el discurso de varios países de América Latina.

Sobre ese mínimo punto de partida, el nuevo encuadre constitucional mostró otras dos coincidencias básicas. Por un lado, los seis tribunales mencionados descontaron la utilidad de la

10. Corte Suprema de El Salvador, Sentencia 18/98, 20 de noviembre de 2007. Considerando 5, parr. 3.

regulación penal como mecanismo para proteger la vida en gestación y lo hicieron sin cuestionarse ni por un momento la *ultima ratio* de las herramientas penales. Por otra parte, los magistrados también coincidieron en que era el poder legislativo, dentro del margen de configuración que marcaba la Constitución, quien estaba facultado a definir la extensión del recurso al poder punitivo. Entonces, en las sentencias analizadas, los jueces se abocaron centralmente a definir, primero, el alcance del mandato de protección de la vida intrauterina para luego establecer el rango de arbitrio marcaba la Constitución para que el congreso optara entre alternativas al castigo penal.

A partir de aquí, los tribunales arribarían a conclusiones diferentes. Los casos resueltos después del 2004 objetaban normativas penales sobre aborto de distinto alcance. En Colombia y El Salvador, se habían eliminado las causales de aborto que contemplaban códigos penales anteriores, y litigantes progresistas reclamaban una liberalización de normas que, a su juicio, vulneraban el mandato de ponderación con restricciones amplias de la práctica.¹¹ En otros casos, como el de Argentina, Bolivia o Costa Rica, los magistrados analizaban normas de vieja data que establecían causales de no punibilidad que operaban ambiguamente, sea como excusas absolutorias sea como causales de justificación, y que en la práctica funcionaban como si el aborto estuviera en realidad totalmente prohibido (Bergallo, 2014). Finalmente, en México estaba en cuestión la constitucionalidad de la norma más liberal del continente que en 2007 había aprobado la legislatura del Distrito Federal al crear un sistema de plazos, excluyendo la penalización de los abortos realizados antes de la doceava semana.

Además de referirse a distintas regulaciones penales, los litigios se diferenciaban también porque habían sido planteados por actores que reivindicaban intereses opuestos. A veces, se trataba de grupos o mujeres que objetaban normas restrictivas, como en Colombia, El Salvador, Argentina o Bolivia. En otras ocasiones, actores enfurecidos por la adopción de normas liberalizadoras cuestionaban las nuevas regulaciones, como en México.

Los planteos reflejan la importante activación que ha adquirido la confrontación sobre los derechos reproductivos en el nuevo milenio. Ponen de manifiesto también el desarrollo de la sociedad civil y su nuevo interés por el litigio para reivindicar sus derechos o resistir los avances ya sean progresistas o conservadores (Gianella-Malca y Gloppen, 2014). Sin embargo, en ese contexto de reglas penales divergentes y demandas de actores con intereses tan contrastantes, el discurso judicial de cada tribunal alcanzó conclusiones diversas al ponderar los derechos e intereses en juego. En especial, las cortes ofrecieron respuestas variadas a la hora de definir dos cuestiones en particular. Primero, mostraron disidencias al escrutar los rangos exigidos o permitidos por cada Constitución para el uso de la sanción penal en el marco del margen de configuración legislativo. Segundo, arribaron a conclusiones disímiles también sobre los estilos regulatorios que mandaba la Constitución para reducir incertidumbres y garantizar acceso a los abortos previstos en las indicaciones.

En la variedad de respuestas judiciales en estos dos planos puede verse el trayecto de transformación en las implicancias de la visibilización de las mujeres y sus derechos en el abordaje constitucional del aborto. Esa transformación ha oscilado entre un extremo en el que los jueces

11. En Colombia, las causales de aborto se habían eliminado del código penal en 1979. En El Salvador, en 1997 se había reformado el Código Penal y la nueva norma ya no contemplaba las indicaciones previstas en el código anterior que databa de 1973.

sólo avanzaron hacia reconocer la mera presencia de la mujer en el conflicto, hacia comprender que la visibilización es sólo el primer paso en el camino para la garantía de derechos, la cual exige numerosos compromisos para alcanzar niveles mínimos de efectividad en la legalidad del aborto.

Veamos entonces el desarrollo de este proceso de visibilización hacia la garantía en el encuadre constitucional del aborto que ha ido tornándose más sensible a la necesidad de construir ciertas certezas frente a la ley, enfrentar barreras de acceso y garantizar servicios de aborto legal.

(a) Una demanda mínima: Las mujeres entran en escena pero la garantía de sus derechos puede esperar.

La Constitución exige contemplar excepciones al castigo penal pero no así reglas específicas que garanticen seguridad jurídica a las mujeres que buscan abortos ante esas excepciones. Con estas palabras podrían sintetizarse las opiniones de los tribunales supremos de Costa Rica y El Salvador que evaluaron la constitucionalidad de la legislación penal del aborto en fallos emitidos en 2004 y 2007, respectivamente. Estas sentencias muestran a un conjunto de jueces dispuestos a reconocer la necesidad de enfrentar un conflicto de derechos pero cautelosos a la hora de definir los límites constitucionales sobre la discrecionalidad legislativa en el empleo del derecho penal sobre el aborto.

En su fallo de 2004, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica llevó adelante una revisión abstracta de la constitucionalidad de las normas que definían la no punibilidad del aborto en caso de peligro para la salud de la mujer. El litigio fue planteado por un actor conservador que reclamaba como inconstitucional el trato diferenciado que dispendían las normas penales y civiles a las personas nacidas frente a las personas antes de su nacimiento. Con citas de una sentencia de la misma sala que en el 2000 había considerado inconstitucional la regulación de técnicas de reproducción asistida por vulnerar el derecho a la vida de los embriones, el demandante reclamaba la eliminación de la norma que definía como no punibles los abortos en caso de peligro para la vida o la salud de las mujeres o ante la violación.

Los jueces costarricenses rechazaron la solicitud, entendiendo que

en tal supuesto –cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes– no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud de la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida.¹²

Los magistrados aceptaban la constitucionalidad de la regulación del aborto no punible (régimen de causales) en el Código Penal. La alusión a los potenciales riesgos para la salud o la dignidad de las mujeres mostraba a un tribunal que advertía la presencia de las mujeres pero consideraba que discernir cuando se aplicarían las normas sobre aborto no punible era competencia judicial en cada caso particular.

12. Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia 2004-02792, 17 de marzo de 2004. Considerando VII.

Unos años más tarde, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador debió evaluar el pedido de revisión abstracta de dos litigantes que consideraban inconstitucional la omisión de las causales para el aborto en el nuevo código penal de 1997. En la decisión adoptada en noviembre de 2007, la Sala rechazó el planteo de los actores. Para los magistrados salvadoreños, “el legislador ha desechado el sistema de indicaciones porque considera que cada uno de los casos comprendidos en las mismas puede ser resuelto conforme a las eximentes completas del art. 27 del Código Penal”.¹³ La definición genérica de las circunstancias que autorizaban el estado de necesidad y las causales de exclusión de la pena eran suficiente para satisfacer la exigencia constitucional de ponderación entre el derecho a la vida de la persona antes del nacimiento y los derechos de las mujeres en las situaciones específicas que preocupaban a los litigantes.

La falta de previsión expresa de causales no constituía una omisión inconstitucional para el tribunal. El régimen del artículo 27 del Código Penal salvadoreño comprendía “tanto exenciones de carácter antijurídico de hecho (causas de justificación), como de la responsabilidad personal del autor (causas de inculpabilidad)”.¹⁴ El legislador no podía ni penalizar de modo absoluto ni despenalizar de forma absoluta, pero tampoco debía ofrecer precisiones sobre el estatus de los casos en los que se justificaba o eximía de pena el aborto. Es más, como la regulación a través del “sistema general de penalización” incluía causales de justificación y excusas absolutorias, los jueces también aceptaban convivir con la incertidumbre generada por el hecho de que no se definiera si las mujeres podían exigir la garantía de oferta de servicios de aborto legal o simplemente eximirse de castigo ante una acusación criminal.

Los jueces salvadoreños reconocían empero que existía una omisión parcial “en regular, con carácter previo y no como resultado de un proceso penal”¹⁵ cómo resolver la controversia de los derechos de la madre con el nasciturus. En este sentido, el tribunal consideró que

...el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a establecer dentro de la normativa jurídica, el ente estatal al que otorgará la competencia para conocer y decidir de la situación planteada, los requisitos que deban cumplirse así como las condiciones en las que ha de decidirse si determinada indicación procede o no, de manera previa a la judicialización penal del conflicto. *Utilizar únicamente como vía de solución el proceso penal es otra irresponsabilidad de un Estado que sólo atiende los efectos de los problemas sociales y no sus causas.*¹⁶

En su decisión de 2007, la Sala de lo Constitucional mostraba así una tímida preocupación por la necesidad de regular. Pero años más tarde también abandonaría esta exigencia mínima. En efecto, cuando en el 2013 esta sala volvió a pronunciarse sobre el aborto ante el pedido de B. que reclamaba acceso a un aborto por peligro para su vida y salud ante un diagnóstico de feto

13. Considerando 2, parr. 3.

14. Considerando 2, parr. 4.

15. Considerando 6, parr. 3.

16. Considerando 6, parr. 8. “Por ello es que el legislador tiene la libertad para “considerar la posibilidad de regular, dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad que un conflicto entre los derechos de la madre y los del nasciturus sea resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectará a uno o varios derechos se haya consumado” (Considerando 6, parr. 10).

anencefálico, los jueces directamente omitieron considerar las denuncias de las incertidumbres que provocaba la falta de regulaciones protocolares para actuar frente a casos como el de B y rechazaron la autorización del aborto.

(b) El camino hacia un modelo de causales sin autorización judicial.

La Constitución habilita establecer causales para el aborto legal. Estas causales funcionan como causas de justificación y, por tanto, los abortos permitidos se consideran autorizados por la ley y no requieren autorización judicial previa. A esta conclusión arribaron las cortes de Colombia, Argentina y Bolivia en una nueva generación de decisiones emitidas en la última década. Si bien, como veremos, se trata de un conjunto de pronunciamientos muy moderados y de estructura conservadora intensamente enfocados en la protección de la vida gestacional, los derechos de las mujeres comenzaron a ocupar un espacio del que hasta entonces habían carecido.

En 1979, Colombia se convirtió en el primer país latinoamericano en eliminar de su Código Penal las causales permitidas de aborto. Veinticinco años más tarde y a pesar de la extendida tolerancia a la práctica del aborto en el país (Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, 2008), la legislación colombiana “en los libros” continuaba sin prever un sistema de causales explícito que permitieran el aborto. Con ese trasfondo, y luego de haber rechazado otros litigios presentados a partir de los años noventa, la Corte Constitucional emitió su sentencia C-355 de 2006. En este renombrado fallo, el tribunal identificó un interés objetivo en la protección de la vida intrauterina previsto en la Constitución de 1991. Sin embargo, también reconoció la necesidad de un examen de proporcionalidad entre ese interés objetivo y diversos derechos de la mujer que podían colisionar con él y que los jueces fundaban en apelaciones a la igualdad, la libre determinación de la personalidad, y la dignidad. A diferencia de los jueces salvadoreños, el tribunal colombiano concluyó que el margen de atribución del legislador sobre la extensión del derecho penal para regular el aborto *exigía* prever como mínimo cuatro causales específicas para el aborto: en caso de peligro para la vida de la mujer, el peligro para su salud física o psíquica, el caso de violación y las malformaciones severas. Los magistrados aceptaban la necesidad de balanceo y aplicaban un test de proporcionalidad del que resultaba la obligación de prever causales de justificación para el aborto, es decir, situaciones en las que la conducta de la mujer y otros participantes no sería antijurídica y por tanto no sería necesario una autorización judicial previa. Asimismo, en la definición de las indicaciones, el tribunal preveía ciertos estándares mínimos de regulación que incluían la necesidad de que el peligro para la salud incorporara la salud física y la mental, y que fuera constatado por un solo médico en lugar de comités. También se definían pautas mínimas para el aborto por violación que demandaba la denuncia penal previa, y otras para el ejercicio de la objeción de conciencia.

La Corte reconocía la colisión entre un interés objetivo en proteger la vida fetal y varios derechos en cabeza de la mujer, aceptaba la necesidad de una ponderación, ponderaba, y excluía del margen de arbitrio legislativo un modelo de permisión del aborto que no contemplara un mínimo de causales de justificación que además debían regularse (Undurraga y Cook, 2009). La corte sentaba así las bases de un encuadre constitucional sobre el que ella misma se expandiría en sentencias posteriores y sobre el que construirían los jueces argentinos y bolivianos.

En Argentina, en marzo de 2012, en el caso “F., A.L.,” la Corte Suprema, se pronunció por primera vez sobre el régimen de causales previstas por el Código Penal desde 1922. El caso trataba de una adolescente violada por la pareja de su madre que había recurrido a los tribunales de la provincia de Chubut en búsqueda de autorización judicial para terminar el embarazo. El caso había sido resuelto a su favor por el Superior Tribunal de la provincia, pero el Asesor Tutelar General (una especie de defensor público de niños) apeló la decisión ante la Corte Suprema bajo el argumento que la sentencia violentaba el derecho a la vida que la Constitución y tratados de derechos humanos exigían proteger desde la concepción.

Tras un análisis pormenorizado de las normas constitucionales y convencionales en juego, la Corte argentina concluyó que la norma del Código Penal que permitía el aborto por violación era constitucional y convencional. Se trataba de una opción regulatoria que el legislador democrático había formulado dentro de los márgenes de su arbitrio definidos por la Constitución que no mandaba la penalización total del aborto. Y ante el debate suscitado en la doctrina y los tribunales argentinos por el alcance del permiso por violación, los jueces aclaraban también que se trataba de un permiso para cualquier víctima de violación, y no sólo las que padecían una incapacidad mental, como alegaban algunos.

A diferencia de los colombianos, los jueces argentinos no aludieron explícitamente a la interpretación de la norma penal que establecía el permiso de aborto por violación como una causa de justificación. Sin embargo, distintas referencias a través de la sentencia sugieren que así entendían la causal del artículo 86, inc. 2 del Código Penal. Por un lado, los magistrados insistieron en la improcedencia del requisito de autorización judicial para realizar esos abortos. Además, reconocieron un derecho al aborto no punible y exhortaron a regular y garantizar el acceso al mismo a las autoridades del sistema sanitario. En particular, sobre la exigencia de denuncia previa de la violación, que incluso los jueces colombianos habían demandando en el caso C-355, la Corte de Argentina aclaró que sólo podía solicitarse a la víctima de violación una declaración jurada sobre el hecho.

En un sentido parecido, se pronunciaría a comienzos de 2014 el Tribunal Constitucional de Bolivia. En 2008, la Constitución del Estado Plurinacional incorporó en su texto una serie de normas que reconocían los derechos reproductivos de las mujeres. Apelando a esas fuentes, la diputada Patricia Mansilla Martínez se presentó ante el Tribunal a solicitar la adaptación de diversos artículos del Código Penal que había precedido la adopción del nuevo orden constitucional. En su planteo, argumentaba, primero, que la nueva constitución y los tratados internacionales suscriptos por el Estado exigían un modelo de plazos que omitiera el castigo penal del aborto antes de la doceava semana, para lo cual también era necesario regular “las condiciones sanitarias y los establecimientos de salud en los que el aborto debe ocurrir”.¹⁷ En segundo lugar, la parlamentaria solicitaba eliminar algunos requisitos previstos como precondition para acceder a los abortos no punibles ya contemplados en el Código Penal. Se refería a la improcedencia de la exigencia de autorización judicial para acceder a los abortos impunes, la necesidad de haber iniciado el proceso contra el presunto autor en el caso de violación, o la previsión de castigos para los proveedores de los abortos legales.

17. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0206/2014, 5 de febrero de 2014. Considerando I.1.1, parr. 17.

En su extensa sentencia los magistrados plurinacionales entendieron que correspondía:

ponderar si la penalización del aborto constituye una medida idónea y necesaria para precautelar la vida y restituir el equilibrio y armonía que sustenta el nuevo paradigma del “vivir bien” (suma qamaña).¹⁸

Luego de rastrear las raíces de la protección de la vida gestacional y el tratamiento del aborto a través de los siglos, el tribunal llegó a la conclusión de que

si bien es cierto que la Norma Suprema garantiza los derechos sexuales y reproductivos de todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, el art. 66 de la CPE, no establece el derecho reproductivo como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo; por lo cual el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no implica el derecho al aborto.¹⁹

Por otra parte,

un aborto incondicional y en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado es una causa suficiente para que el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección, lo que alcanza de manera obligatoria al derecho penal en las fases más avanzadas del desarrollo del embrión.²⁰

El tribunal rechazó el reclamo de inconstitucionalidad porque la Constitución Plurinacional obligaba al legislador a proteger el feto mediante el derecho penal también antes de la doceava semana. No obstante, los jueces admitieron los planteos sobre las condiciones de acceso a los casos de aborto impune, concluyendo que no debía exigirse una autorización judicial del aborto ni demandarse más que la mera denuncia de la violación, con un estándar similar al fijado por la Corte argentina. En ese sentido, los magistrados plurinacionales entendieron que:

se considera que la frase “siempre que la acción penal hubiera sido iniciada” del primer párrafo del art. 266 del CP, así como la frase “autorización judicial en su caso” contenidas en el último párrafo de la citada norma, constituyen disposiciones incompatibles con los derechos a la integridad física, psicológica y sexual, a no ser torturada, ni sufrir tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillante, a la salud física y a la dignidad en sus componentes al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de las mujeres, consagrados en los arts. 15, 18 y 22 de la CPE.²¹

Para los magistrados de Bolivia, las exigencias de autorización judicial e inicio de la acción penal en caso de violación que restringían el acceso a los abortos impunes, eran interpretadas incluso como instancias de tortura y trato cruel. En esta sentencia, el caso F., A.L. y las decisiones pronunciadas por la Corte Constitucional colombiana a partir de 2007, el modelo de causales para el aborto comenzaba finalmente a implicar el reconocimiento de un derecho a interrumpir

18. Considerando III.8.7, parr. 6.

19. Considerando III.8.7, parr. 7.

20. Considerando III.8.7, parr. 21.

21. Considerando III.8.8, parr. 10.

el embarazo en ciertas indicaciones que los jueces no deberían evaluar como requisito previo para que el sistema de salud avanzara en la interrupción.

(c) Los deberes individuales e institucionales frente al derecho al aborto legal.

Las sentencias mencionadas en el punto anterior sentaron las bases para la fundamentación de la nueva interpretación del modelo de causales que las cortes entendieron regulaba el aborto en Argentina, Bolivia o Colombia. Las decisiones establecieron también acuerdos básicos respecto de la improcedencia de la judicialización o el requisito de denunciar penalmente la violación como condición para acceder al aborto. Pero tanto en el caso F., A.L. como en las decisiones emitidas por la Corte Constitucional colombiana en los litigios sobre aborto que siguieron a la decisión C-355,²² los magistrados de ambos países avanzaron una lectura constitucional del aborto que incorporaría una serie de innovaciones centrales para garantizar el funcionamiento práctico de la despenalización del aborto por causales. En este aspecto reside uno de los rasgos más interesantes y creativos de la jurisprudencia reciente sobre aborto. Una revisión exhaustiva de todas las innovaciones realizadas en este sentido excedería la extensión de este capítulo. Por lo tanto, sólo mencionaremos aquí tres contribuciones efectuadas por las cortes de Argentina y Colombia en apoyo a un modelo de causales para el aborto accesibles en la práctica.

En este sentido, un primer aporte relevante de la corte argentina consiste en la consideración del contexto en el que operaba el modelo de causales para el aborto. La Corte habló, así, de la imposición de procesos burocráticos dilatorios que generaban una “prohibición implícita” y, por tanto, una práctica *contra legem* de restricción de los abortos legales. También apuntó a los profesionales de la salud y a los distintos operadores de los poderes judiciales nacionales o provinciales y les recordó sus deberes profesionales. Asimismo, los magistrados reconocieron que imperaba en la cuestión “un importante grado de desinformación” por lo cual era necesario esclarecer la “confusión reinante” respecto de requisitos exigidos por el sistema de salud para obtener un aborto no punible, como la autorización judicial de los abortos que ninguna norma requería pero que la mayoría de los profesionales demandaba a las mujeres pacientes. Pero además de referirse a estos aspectos del contexto, la Corte reconoció que la práctica ilegal de denegar los abortos no punibles era “fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de lo poderes judiciales” que exigían requisitos no previstos en la normativa. Estas prácticas irregulares y su potencial para frustrar el derecho a acceder a los abortos autorizados, podía interpretarse, según los jueces, como un acto de violencia institucional en los términos de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.²³ En estos casos, el tribunal consideró que estaba en juego no sólo la responsabilidad internacional del país sino las responsabilidades individuales penales y de otra índole, consecuencia de las barreras de acceso a los servicios de salud.

Un segundo tipo de innovaciones surge de las exhortaciones y aclaraciones sobre los deberes institucionales de las distintas dependencias del Estado identificados por los jueces como

22. Entre las sentencias sobre aborto pronunciadas por la Corte Constitucional en casos concretos desde 2006 pueden verse las decisiones T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-388/09, T-585/10, T-636/11, T-841/11.

23. Ley de la República Argentina N° 26.485.

precondición para garantizar el acceso a los abortos autorizados por la legislación. En este sentido, los magistrados argentinos hicieron hincapié en los deberes institucionales que incluían, por ejemplo: (a) el deber de poner a disposición las condiciones médicas e higiénicas para la provisión de los abortos legales; (b) el deber de implementar protocolos hospitalarios sobre aborto no punible; (c) el deber de crear un sistema que permita el ejercicio de la objeción de conciencia; y (d) el deber de implementar campañas de información. En el caso de las sentencias colombianas, la especificación de estos deberes regulatorios puede observarse, por ejemplo, en las pautas más detalladas propuestas para reglar el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los efectores del sistema de salud. Según la Corte Constitucional:

- (i) La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (art. 1º y art. 7º constitucionales) no puede ejercerse de manera absoluta.
- (ii) El ejercicio del derecho constitucional fundamental a la objeción de conciencia recibe en la esfera privada por la vía de lo dispuesto en el artículo 18 superior una muy extensa protección que solo puede verse limitada en el evento en que su puesta en práctica interfiera con el ejercicio de derechos de terceras personas.²⁴

La objeción de conciencia es individual y no colectiva, ni institucional, ni judicial, ni de funcionarios públicos. En materia de Interrupción Voluntaria del Embarazo, sólo pueden ejercerla los profesionales de la salud directamente involucrados en el procedimiento.²⁵

Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; contrario sensu, ésta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente.²⁶

Finalmente, un tercer conjunto de innovaciones en el desarrollo de los esfuerzos judiciales por hacer accesibles los abortos previstos en el modelo de causales residió en la apelación a los distintos tipos de responsabilidad que puede involucrar la falta de oferta y acceso a los abortos en los casos indicados. En la sentencia argentina, la novedad radicaba en las alusiones a la responsabilidad internacional del Estado, por un lado, y en las advertencias sobre potenciales responsabilidades de tipo profesional, civil, administrativa y penal de los funcionarios y profesionales de la salud. En los litigios colombianos, la innovación en este sentido incluyó la aplicación de astreintes en casos de obstrucción del acceso a los abortos que había entendido constitucional la sentencia C-355.

24. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-388/09*, 28 de mayo de 2009.

25. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-355/06*, 10 de mayo de 2006; *Sentencia T-209/08*, 28 de febrero de 2008; y *Sentencia T-388/09*, 28 de mayo de 2009.

26. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-388/09*, 28 de mayo de 2009.

(d) El margen de maniobra legislativa no exige pero tampoco excluye un modelo de plazos.

Según hemos descrito, la constitucionalización de los debates sobre el aborto en el discurso judicial de la región ha girado principalmente en torno al modelo de causales en el que el aborto está penalizado durante todo el embarazo. En este plano, hemos visto un avance tenue desde el reconocimiento de la constitucionalidad de dicho modelo hasta la especificación de ciertos deberes regulatorios e institucionales que tendieron a garantizar un acceso incremental a los abortos permitidos. Aunque este ha sido el foco mayoritario de la argumentación judicial, al menos dos tribunales se expresaron sobre el margen de determinación que tendrían los legisladores para regular el aborto a través de un modelo de plazos que permita su práctica a demanda.

En la sentencia C-355, los magistrados colombianos se interrogaron sobre la obligatoriedad de un sistema de plazos o mixto (que combina plazos para los primeros meses de gestación y luego causales con o sin límite explícito de edad gestacional) concluyendo que el margen de configuración del legislador incluye la opción por la restricción del recurso punitivo mediante ese sistema aunque no lo obligaba. Optar por un plazo en el que se permita el aborto a demanda hace parte del margen de arbitrio del legislador democrático.

También en México los jueces enfrentaron este interrogante en un planteo abstracto de constitucionalidad contra la normativa del Distrito Federal. En el 2007, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México que reformó el Código Penal incorporó un sistema de trimestres que excluye la penalización hasta la doceava semana. La constitucionalidad de la nueva regulación penal fue inmediatamente objetada en dos litigios impulsados por el Procurador General de la República y el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para objetar las reformas. Los demandantes consideraban que los legisladores de la ciudad habían excedido el reparto constitucional de competencias aprobando normas que vulneraban el derecho a la vida del concebido, discriminaban al progenitor masculino y a embriones menores de tres meses, y violentaban el principio de legalidad.

En una sentencia cuestionada por su abordaje minimalista, los magistrados mexicanos al igual que todos sus pares de la región comenzaron por sentar las bases de la protección de la vida como bien jurídico en la tradición legal mexicana. Pasaron luego a escrutar los deberes, prohibiciones y facultades del legislador democrático para penalizar y despenalizar conductas y concluyeron que las normas impugnadas se encontraban dentro del ámbito de penalización facultativa, no obligatoria y por lo tanto no podían reprocharse constitucionalmente. Para los magistrados de la Suprema Corte,

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto.²⁷

27. Corte Suprema de México, Sentencias 146/2007 y 147/2007, 28 de agosto de 2008, p. 180.

Si bien como advierte Pou Joménez (2009), los magistrados desaprovecharon una oportunidad valiosa para desarrollar una lectura constitucional de los derechos de las mujeres y los derechos reproductivos contemplados en la Constitución, esta afirmación de un margen de configuración legislativa que incluye la opción por la limitación de la punición al embarazo avanzado constituye el desarrollo más permisivo en el encuadre constitucional del aborto adoptado jamás por un tribunal de América Latina.

2. El estatus constitucional de la vida gestacional

La cuestión del estatus jurídico de la vida prenatal ha estado presente en la mayoría de los debates contemporáneos sobre el aborto. Ha ocupado un espacio argumetal central en fallos pioneros y hoy históricos como “Roe vs. Wade” y los del Tribunal Supremo alemán. De modo similar, en América Latina, la definición del estatus jurídico de la vida prenatal ha provocado extensas discusiones legales en convenciones constituyentes y en la redacción de la Convención Americana de Derechos Humanos. También participaron en el debate sobre el tema los organismos del sistema interamericano a través de dos pronunciamientos específicos: la opinión de la Comisión en “Baby Boy”²⁸ y la decisión de la Corte Interamericana en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.²⁹

La definición del estatus jurídico de la vida gestacional ha monopolizado también los debates constitucionales en los ámbitos nacionales. A pesar del lugar que las cortes han venido reconociendo los derechos de las mujeres y el mandato de ponderación, el tema continúa siendo el eje de la actividad interpretativa de nuestros tribunales. La jurisprudencia constitucional examinada en este trabajo da cuenta de esta persistencia y ofrece un espectro de las distintas respuestas alcanzadas por los tribunales.

En un extremo de las conclusiones a las que arribaron los tribunales pueden ubicarse las de las altas cortes de Costa Rica y El Salvador que confirieron el carácter de persona a la vida en gestación. La Suprema Corte mexicana y la Corte Constitucional colombiana, por su parte, interpretaron se trataba de un bien constitucionalmente protegido o un valor constitucional, respectivamente. Los jueces plurinacionales de Bolivia reconocieron un derecho a la vida imperfecto de titularidad de los no nacidos. Finalmente, la Corte argentina eludió pronunciarse de forma expresa sobre el estatus de la vida prenatal pero concluyó que ni la Constitución ni los tratados de derechos humanos aprobados por el país exigían una penalización total como mecanismo para su protección.³⁰

Los tribunales de Costa Rica y El Salvador ofrecieron la lectura más conservadora al reconocer la personalidad del no nacido y un derecho a la vida de su titularidad. El tribunal costarricense llegó a esa conclusión ideando una interpretación poco elaborada de los instrumentos

28. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 2141 “Baby Boy”, Case 2141, 6 de marzo de 1981, 25/OEA/ser. L./II.54.

29. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*. 28 de noviembre de 2012, CDH-12.361/177. Ver también Zegers-Hochschild y Dughman-Manzur (2013).

30. Como se observa, la mayoría constitucionalismo latinoamericano no ha apelado a la fórmula de interés estatal en la vida intrauterina instaurada en “Roe vs. Wade” y confirmada en “Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs. Casey” y “Gonzales vs. Carhart”, como base para sus decisiones.

internacionales de derechos humanos y de la Constitución de ese país. Para estos magistrados, el ordenamiento jurídico no distinguía entre nacidos y no nacidos:

en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.³¹

Aunque con una dosis mayor de sofisticación, la corte salvadoreña se mantuvo en líneas similares a las de su par costaricense. En efecto, los jueces abrazaron una interpretación literal del texto constitucional, en el que los arts. 1 y 2 se refieren a la vida como un derecho fundamental garantizado a “toda persona” y concluyeron que se trataba de un derecho reconocido a “todo ser humano desde el instante de la concepción”. Para el tribunal “la posición del constituyente salvadoreño define que hay vida humana desde el momento de la concepción” y, por lo tanto, “el Estado y demás sujetos se encuentran obligados a garantizarle la vida desde ese mismo instante”.³² Esta determinación sobre el estatus de la vida prenatal, sin embargo, no impidió que la Corte de El Salvador aceptara la necesidad de una ponderación.

En el caso de Bolivia, el razonamiento sobre el estatus jurídico de la vida intrauterina se desarrolló en distintas dimensiones. En primer lugar, la Corte dedicó varios párrafos a la descripción de las variadas concepciones sobre la vida y la muerte de las naciones y pueblos campesinos indígenas, desde una perspectiva de pluralidad no sólo de culturas sino también de vidas (como lo expresa el Preámbulo de la Constitución). De forma milenaria, la vida ha sido concebida por la mayoría de los pueblos del país como parte del cosmos y la *pacha* (madre tierra); es decir, no como algo aislado sino como creación de la *pacha*. De allí que la humanidad esté conectada con otros seres vivos y deidades. Según la Corte, la mayoría de los pueblos indígenas y campesinos se identifican con una cultura de la vida, dinámica, en donde nada es irremediable y el aborto se concibe como parte del ciclo de la vida.

Luego, de estas consideraciones filosóficas y culturales, la Corte se enfocó en el derecho internacional de derechos humanos y en el derecho nacional. Fundó en ellos su posición sobre el estatus de la vida intrauterina, con referencias a varias citas de cláusulas de tratados que aluden al derecho a la vida y se prestó especial atención a la Convención Interamericana, en concreto, las afirmaciones básicas de la Comisión en el caso “Baby Boy”: el art. 4.1. de la Convención no puede leerse como un reconocimiento a un derecho absoluto a la vida desde la concepción. El fallo también recordó que la asamblea constituyente debatió dos propuestas referidas al derecho a la vida y que se resolvió optar por la que no especificaba “desde la concepción”.

Al llegar a este punto, sin embargo, el tribunal retrocedió y concluyó explícitamente que el mandato de protección de la protección de la vida humana es gradual: mientras más se aproxime a una célula su protección jurídica disminuirá, pero de ninguna manera desaparecerá. En la medida en que se desarrolle y se vaya asemejando a un ser humano la protección jurídica de la vida se incrementará. En otras palabras, el feto goza de protección constitucional y legal aunque en menor proporción que la que se otorga a la persona nacida (un derecho a la vida imperfecto).

31. Considerando V.

32. Considerando IV.1.C, parr. 2.

Esta determinación jurídica le permitió al Tribunal rechazar el pedido de inconstitucionalidad de las normas penales que castigaban al aborto de modo genérico, pero responder afirmativamente al pedido de mejorar las condiciones de acceso al aborto en caso de violación.

La Corte Constitucional de Colombia, en cambio, se apoyó en un menú amplio de argumentos que incluyeron referencias al derecho comparado, interpretaciones del derecho internacional de los derechos humanos, y desarrollos conceptuales en torno a la evolución de la vida intrauterina, para interpretar que la Constitución Política de 1991 le otorga a la vida el carácter de un valor y de derecho fundamental. Esta protección genérica de la vida supone que el Estado tiene la obligación de proteger la vida en un sentido tanto positivo como negativo. Distinguió la Corte entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental. En su lectura de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos –que constituyen el bloque de constitucionalidad colombiano–, el tribunal no encontró un derecho constitucional a la vida de titularidad del *nasciturus*. Esta conclusión, según la Corte, es compatible con reconocer que el Estado tiene una obligación de proteger la vida en gestación pues justamente la vida en el sistema constitucional colombiano es –además de un derecho– un valor fundamental. De este modo, la Corte alegó que la protección de la vida en gestación no tiene el mismo grado e intensidad que la protección a la persona humana, pero que ambos deben protegerse. Por otro lado, la Corte vio una obligación constitucional de ponderar y se preguntó, entonces, si la protección absoluta de la vida intrauterina (mediante la penalización absoluta del aborto) era constitucional teniendo en cuenta otros derechos (de las mujeres). Respondió que no se puede entender que “el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas de parte del Estado, sea de naturaleza absoluta” y concluyó que la Constitución exigía un modelo de indicaciones para regular el aborto.³³

Finalmente, la Suprema Corte de México consideró que la vida es un bien constitucionalmente protegido. Si bien esto implica un mandato de protección de la vida gestacional, esto no se traduce necesariamente, dijo la corte, en un mandato explícito que obligue a los gobiernos estatales a penalizar el aborto, sino que, por contrario, estos tienen un margen de discrecionalidad para definir el tipo y alcance de la regulación del aborto.

Las alusiones al derecho internacional de los derechos humanos ocuparon un lugar prominente del razonamiento judicial sobre la definición de la protección legal de la vida prenatal. Claro que no todas arribaron a la misma conclusión o hicieron la misma lectura de la norma central en disputa: el art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos. En noviembre de 2012, la CorteIDH se pronunció extensamente sobre la interpretación de este artículo en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, en el que un conjunto de parejas objetaba la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que en el 2000 había considerado inconstitucional el decreto que regulaba la fertilización in vitro en el país. En su fallo, los magistrados de la CorteIDH dedicaron extensos párrafos a ofrecer una interpretación sobre el alcance del art. 4.1 que probablemente impacten en decisiones futuras sobre el tema en los ámbitos domésticos.

Como hemos visto, los tribunales de la región llegaron a conclusiones diversas sobre el estatus concedido a la vida intrauterina por los textos constitucionales y los tratados de derechos

33. Debemos recordar que todos los fallos analizados son previos a “Artavia Murillo vs. Costa Rica”.

humanos. En la praxis, el reconocimiento del estatus de la personalidad prenatal que hicieron las cortes de Costa Rica y El Salvador ha resultado favorable a la aceptación de la legislación menos garantista de los derechos de las mujeres a un aborto legal.³⁴

El estatus de la vida intrauterina tiene una influencia determinante en la conformación de nuestra comprensión jurídica sobre el aborto. Como sugiere Madrazo cuando describe el conflicto en torno al aborto como una narrativa: “el estatus de la vida prenatal determina quién es el protagonista de esa narrativa y, al hacerlo, determina cuál es la situación, el conflicto, las soluciones aceptables y, sobre todo, los antagonistas de la narrativa. Básicamente: todos los elementos a partir de los cuales se construye una narrativa” (Madrazo Lajous, 2014). Sin embargo, es posible concebir que la determinación del estatus jurídico de la vida prenatal, incluso el reconocimiento a un derecho a la vida del no nacido, no sea el factor que defina fatalmente las respuestas constitucionales sobre el aborto.³⁵

3. La dignidad, la autonomía y la igualdad como instrumentos de contención de la herramienta penal

Las sentencias estudiadas exhiben un desarrollo incipiente e incremental en materia de derechos de las mujeres. Aunque este discurso aparece en las decisiones comentadas hasta aquí con distinta profundidad es una señal de progreso que las mujeres y sus derechos se hayan tornado visibles en la argumentación constitucional de la región. En esta sección nos interesa resaltarla presencia de tres principios o derechos, según el caso, que ocuparon un lugar de relevancia creciente en el discurso de las altas cortes sobre el aborto: la dignidad, la privacidad y la igualdad. Cabe destacar a modo de breve nota que, junto a la dignidad, la privacidad y la igualdad, los fallos también aludieron al derecho a la salud mientras con algunos avances trépidos en la articulación del concepto de derechos sexuales y reproductivos.

34. La Suprema Corte de Estados Unidos en “Roe” parece haber intuido esta dificultad, cuando frente a la pregunta sobre si el feto era una persona de acuerdo con la Decimocuarta Enmienda estimó que una respuesta afirmativa era incompatible con el derecho al aborto. Para la Corte estadounidense la personalidad prenatal era una cuestión de “todo o nada” que determinaba las otras cuestiones atinentes al aborto. La Corte, entonces, declaró que el término ‘persona’ de la Decimocuarta Enmienda no alcanza a los no nacidos pues “nunca han sido reconocidos en la ley como personas en todo el sentido de la palabra”. De este modo, el conflicto se configuró entre los derechos constitucionales de las mujeres y el interés del Estado.

35. En 1975 y luego en 1992, el Tribunal Constitucional alemán revisó la legislación que despenalizaba parcialmente el aborto, aprobada por el Parlamento Federal. En ambas ocasiones, la Corte entendió que el Estado tenía una obligación constitucional de protección hacia el feto frente a las pretensiones de la mujer embarazada. Se apoyaba en una tríada: el derecho a la vida intrauterina, la vida como valor supremo derivado de la dignidad humana y el deber (no solamente un interés) del Estado en protegerla. En la primera decisión (1975) la mayoría de los magistrados alemanes juzgaron que el Estado solo podía cumplir con esta obligación empleando el castigo penal. La disidencia, al revés, sostuvo que el derecho penal era un recurso innecesario e inapropiado para regular el aborto. En la segunda sentencia años después, la mayoría retomó la posición de la minoría de 1975, y concluyó que el Estado podía proteger válidamente la vida fetal mediante distintos mecanismos, y que algunos eran más eficientes que otros. Uno de los mecanismos para hacerlo consistía en asegurar a las mujeres suficiente apoyo social de parte del gobierno.

Las referencias a la dignidad tuvieron un lugar destacado en la argumentación constitucional reciente tanto respecto a los derechos de las mujeres como a la hora de proteger la vida intrauterina. La privacidad, en cambio, aun no ha sido recibida como parte sustancial del arsenal argumentativo constitucional pero ha aparecido en algunas referencias marginales. Los argumentos basados en la igualdad tampoco han desplegado aún todo su potencial pese a ser ésta uno de los valores más explotados en el constitucionalismo de la región. De todos modos, y con distintos grados de presencia, los tres ideales forman parte hoy del set de argumentos basados en derechos de la narrativa constitucional sobre el aborto en la región.

La *dignidad* ha sido un concepto ambivalente en el campo del derecho al aborto. Según lo adelantamos, se trata de una noción empleada desde distintas perspectivas, incluso en competencia (Siegel, 2012a). De hecho, en foros locales e internacionales de derechos humanos sobre derechos reproductivos, la dignidad ha sido invocada tanto para jerarquizar el estatus de la vida prenatal como para defender los derechos de las mujeres. Para algunas autoras, como Reva Siegel, es justamente esta textura abierta, esa permeabilidad a futuras construcciones de sentido, lo que la convierte en una noción interesante (Siegel, 2012b).

La dignidad goza de un peso abstracto importante en la mayoría de los sistemas constitucionales de tradición occidental. Al menos cuatro convenciones de derechos humanos contienen referencias explícitas a la dignidad humana.³⁶ Basándose en estos instrumentos, tanto el sistema universal de derechos humanos como el sistema interamericano, interpretaron la dignidad en su análisis jurídico sobre los derechos reproductivos y el aborto. También las cortes nacionales apelaron de forma recurrente al argumento de la dignidad.³⁷

Entre los fallos examinados, la decisión C-355 de Colombia es la que de un modo más contundente y denso acude a la idea de dignidad, dentro de un ámbito constitucional nacional donde este principio y derecho es fundamental tanto en el texto de la Constitución de 1991 como en la jurisprudencia generada a su alrededor (Siegel, 2012a). Es probable que en la jurisprudencia constitucional comparada contemporánea, esta sea la decisión sobre aborto que mejor desarrolla el análisis de este valor. Para este tribunal la dignidad debe entenderse como límite a los márgenes de configuración del legislador. La penalización absoluta del aborto vulnera la dignidad de las mujeres pues aun en las peores situaciones el legislador estaría imponiéndole a la mujer el rol de instrumento reproductivo. La idea de cargas supererogatorias, como implicancias conceptuales de la dignidad, aparecen en el análisis de proporcionalidad efectuado por el tribunal al considerar la posición de la mujer frente a determinados eventos (el peligro para la salud de la mujer embarazada o el caso de violación). Según la Corte, en esos casos “resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación”.³⁸

36. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”.

37. El constitucionalismo de Alemania en materia de aborto se destaca por el lugar central que le asignó a la dignidad, asociándola a la “vida”. Esto le permitió al Tribunal Constitucional extraer el sostén para, primero, oponerse a la liberalización del aborto, y luego, reconocer ciertos derechos de las mujeres y justificar restricciones (básicamente: consejería directiva y tiempo de espera obligatorio).

38. Considerando 10.1.

Esta lectura de la dignidad como principio anti-instrumentalización también puede vislumbrarse en el discurso de la Corte Suprema argentina:

de la dignidad de las personas (...), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente (...). En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo (...) resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado (...) que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de commensurar.³⁹

En los fallos de Colombia y Argentina el argumento de dignidad también aparece corporizado como el derecho a estar libre de torturas y malos tratos, que se fundamenta con referencias a la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en *K.L. vs. Perú* que encontró que la falta de regulación del aborto por anencefalia vulneraba varios artículos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁰

También los jueces plurinacionales de Bolivia apelaron a esta argumentación basada en la dignidad. Para declarar la inconstitucionalidad del requisito del inicio de la acción penal para el acceso al aborto por violación, el tribunal se apoyó especialmente en el derecho a no ser torturada, ni sufrir tratos crueles, inhumanos, degradantes, a la salud física y a la dignidad en sus componentes al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de las mujeres. Además de esta formulación clásica, la Corte boliviana también ha empleado la dignidad de un modo ligeramente distinto; este principio, combinado con el de pluralidad, impiden la imposición de “un determinado tipo de moralidad o una concepción de lo bueno y malo” pues eso debe resolverse en el fuero interno de cada persona.⁴¹

En un sentido similar, aunque más marginal en la fundamentación, la dignidad también ha sido empleada por la Corte Constitucional de Colombia asociada con el derecho a la autonomía entendida como libre desarrollo de la personalidad, que prohíbe “asignar a las mujeres roles de género estigmatizantes o infringirles sufrimientos morales en forma deliberada”.⁴²

Finalmente, la ambigüedad de los usos posibles de la dignidad aparece con claridad en las cortes de El Salvador y Costa Rica, que acudieron a la noción tanto como argumento conservador, para confirmar la constitucionalidad de regímenes restrictivos, como para justificar la existencia de causales de no punibilidad. La Corte salvadoreña remarcó la incidencia de la dignidad de la persona humana como valor constitucional y de la concepción personalista (expresadas en el preámbulo y el art. 1) en la controversia sobre el aborto. En efecto, el tribunal combinó una concepción centrada en la personalidad fetal con la dignidad para advertir que “la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad”.⁴³

39. Considerando 16.

40. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*K.N.L.H. vs. Perú*”, Comunicación nro. 1153/2003, 24 de octubre de 2005, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005).

41. Considerando III.8.7, párr. 11.

42. *Ibid.*, Consideraciones y Fundamentos de la Corte (VI), párr. 8.1.

43. Considerando IV.1.A, párr. 5.

Al mismo tiempo, el fallo esboza un uso de la dignidad cómo límite a la instrumentalización de la mujer. En esa misma sintonía, los magistrados consideraron que el:

derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho típico y antijurídico, antes que sacrificar su propia vida, su integridad física u otros derechos personalísimos.⁴⁴

En este caso, la apelación al argumento ha funcionado para justificar las indicaciones de aborto. Sin embargo, al igual que en la jurisprudencia alemana, el principio de dignidad parece traducirse también en obligaciones positivas del Estado, una especie de deber de cuidado a los más desprotegidos. Según el tribunal, la dignidad humana tiene la

capacidad para determinar la orientación de los objetivos o tareas del Estado hacia políticas institucionales (...) y *asegurar la ayuda de los poderes o entes públicos frente a ataques o conductas provenientes de entes de esa naturaleza o sujetos de derecho privado* (el énfasis nos pertenece).⁴⁵

Desde esta perspectiva, la Corte interpreta que en última instancia es constitucional recurrir a “la sanción penal de determinadas conductas” para garantizar la dignidad humana. Ahora bien, un paso más adelante el tribunal hace un esfuerzo de ponderación y afirma que si bien *existe una clara voluntad del constituyente de extender la protección del Estado a la vida prenatal*, el legislador tiene el deber “de regular además, otros intereses en juego, de los cuales es titular la mujer embarazada”.⁴⁶ Esta línea interpretativa permite al tribunal concluir que la regulación vigente que abarca la regla general de penalización y las indicaciones de aborto (como estado de necesidad disculpante o exculpante), es acorde con el deber del legislador de potenciar los derechos “tanto de la madre como los del nasciturus”.

Finalmente, el de Costa Rica es el fallo que más claramente hace un uso conservador del argumento de la dignidad, operando ante todo para justificar la penalización. De manera categórica, esta corte vincula la protección del derecho a la vida del no nato con la dignidad del ser humano, sintetizados en el principio de inviolabilidad de la vida. Una de las implicancias de este principio, sostiene este tribunal, es el reconocimiento del derecho a la vida *a favor de todos*, sin excepción: “cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

Tanto la sentencia costarricense como la salvadoreña asimilan la vida de las mujeres con la del feto y reconocen a ambos, de “igual manera,” dignidad. Estos usos ilustran ampliamente la elasticidad del argumento y las tensiones que, como sugiere Siegel, están profundamente asociadas a la definición de la dignidad cuando de cuestiones de género se trata (Siegel, 2012a).

De estas distintas aproximaciones jurisprudenciales, se puede advertir en primer lugar el esfuerzo que ha llevado a cabo la jurisprudencia de la región para incorporar la dignidad en la consideración de asuntos “de las mujeres”. Estos avances no se dan sin ambigüedades o resis-

44. Considerando V.2.A, parr. 7.

45. Punto IV.1.A. par. 12.

46. Pues el legislador salvadoreño se encuentra ante un mandato de “legislar y potenciar el contenido de los derechos que se establecen en la Constitución, tanto de la madre como los del *nasciturus*”.

tencias, como lo reflejan los fallos de Costa Rica y El Salvador. Sin embargo, parece haber una redefinición del encuadre dominante de dignidad, aunque más no sea un inicio, con incipiente riqueza conceptual y jurídica. Aparece asociado a la integridad física y psíquica, al derecho a estar libre de torturas y malos tratos, y al principio de no instrumentalización. Si bien en este último punto resta desplegar otras implicancias como principio antiinstrumentalización, se dieron algunos pasos. Podría criticarse, por supuesto, en qué medida y de qué formas un modelo de causales no instrumentaliza a las mujeres que, sin encuadrar en las indicaciones de aborto tal como se las define actualmente, no quieren continuar con sus embarazos. Mas aun, en qué medida persistir con el paradigma penal ya sea con un modelo de penalización absoluto a la salvadoreña o de despenalización parcial con causales, no supone tratar a las mujeres indignamente. Por otro lado, encontramos que las referencias a las dimensiones más tradicionales de la dignidad apelan a los aspectos más negativos y desatienden las consecuencias positivas (en términos de deberes frente a la protección de la salud integral y el bienestar de las mujeres y frente a obligaciones estatales de mejorar las condiciones de su vida) (Dixon y Nussbaum, 2011).

Los avances reseñados en el trato de la dignidad contrastan con la inercia observable, en cambio, en las apelaciones a la *autonomía*, o una de sus formulaciones, la *privacidad*. Las altas cortes, incluso las más progresistas, han sido poco propensas a involucrarse con esta cuestión, acaso el argumento clásico y temido en los reclamos por la liberalización del aborto. De los seis fallos analizados, sólo el colombiano y el mexicano hicieron algunas referencias a la autonomía o la privacidad, en el resto cundió el silencio.

En la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, aparece bajo la forma de autonomía reproductiva asociada a la maternidad y el libre desarrollo de la personalidad. El tribunal define a la autonomía individual como “la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo”, que “cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los que les está vedada cualquier injerencia”⁴⁷ pues, según la Corte, decidir por la persona supone arrebatarle su condición ética, reducirla a un objeto.

Por otro lado, el tribunal de México, que tenía la oportunidad de sentar las bases constitucionales de la norma más liberal de la región, se abstuvo de construir un argumento fuerte basado en la autonomía. En general, los votos emplearon el argumento de la privacidad para criticar la alternativa criminalizadora del aborto y no para hacer un punto positivo sobre su liberalización. Algunos votos individuales, sin embargo, merecen atención por su consideración de este valor. Uno de los salvamentos de voto, por ejemplo, ofrece una lectura amplia del derecho a la intimidad que abarca no sólo el espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad (intimidad) sino también las intromisiones en ese ámbito reservado de la vida privada (privacidad en sentido más amplio). Aunque no avanza en formulaciones sobre el plan de vida, conductas autorreferentes y demás nociones asociadas clásicamente a la autonomía, se trata de un voto valioso porque aborda lo que la mayoría ha esquivado. En ese sentido, el magistrado aplica la privacidad en varias cuestiones relacionadas al aborto y concluye:

el derecho a la intimidad de las mujeres es vulnerado cuando el Estado le impone a terceros denunciarla o exhibir su interrupción de embarazo, asimismo, la coloca en un estado de

47. Considerando 8.2.

desprotección ya que ante el temor de una acusación prefiere no acudir a servicios médicos seguros para que le atiendan cualquier complicación o efecto relacionado con un aborto ilegal. Los alcances del derecho a la intimidad de las mujeres también, obedecen a derechos ganados que reconocen la autonomía y control de su sexualidad, aun en los casos en que tengan una pareja.⁴⁸

Este abordaje conservador se repitió respecto al derecho al cuerpo, en las excepcionales ocasiones en las que los magistrados aludieron a él. La Corte de El Salvador descartó expresamente que existiera un derecho al cuerpo y argumentó que tal pretensión estaba constitucionalmente prohibida dado el reconocimiento de la persona humana. En el resto de los tribunales hubo silencio, y solo de modo marginal las Cortes colombiana y mexicana consideraron la libertad de las mujeres de decidir sobre su cuerpo.

A diferencia de la autonomía que ha sido un valor más esquivo a la jurisprudencia latinoamericana, la *igualdad*, en su sentido tradicional y en tanto equidad, es un ideal más arraigado en la tradición constitucional de la región. Quizás eso explique su rol incipiente pero más amplio en la argumentación de las sentencias examinadas. Si bien no gozaron de la misma atención que el derecho a la vida, hay unas modestas referencias a la igualdad.

La Corte constitucional colombiana hizo un racconto del camino de las mujeres hacia la igualdad jurídica. Para eso se apoyó en la Constitución de 1991 y las nuevas cláusulas sobre igualdad de oportunidades, prohibición de discriminación hacia las mujeres y acciones afirmativas. Fue una de las pocas Cortes que aludieron a la igualdad de género. Sin embargo, el tribunal no desarrolló el argumento mucho más, sino que se limitó a referirse a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) para enfatizar que las leyes que penalizan las intervenciones sanitarias que afectan especialmente a la mujer son discriminatorias y violan la obligación de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente.

La sentencia más original y abundante en su consideración de la igualdad fue la del Tribunal Plurinacional en Bolivia. Incorporó referencias contundentes sobre el machismo, el patriarcalismo y la colonización ausentes en el resto de la jurisprudencia regional. Estas ideas fueron reforzadas también con alusiones a los compromisos de la reforma constitucional en materia de igualdad de género, la justicia social, y el vivir bien. Es más, el Tribunal dedicó un apartado especial, “la reconstrucción del Estado sobre la base de paradigmas de igualdad: el género y la despatriarcalización”, en el que hace consideraciones sociológicas sobre la desigualdad entre varones y mujeres para luego señalar los compromisos constitucionales asumidos para desandar esas estructuras. Entre estos compromisos, la Corte enfatizó además que desde la reforma constitucional de 2008 la igualdad de género se constituyó en un valor constitucional (art. 8 Const.) y, por tanto, debe guiar los objetivos y la actuación estatal (art. 9 Const.). Resulta claro, entonces, que, pese a que el fallo rechaza varios de los pedidos de inconstitucionalidad, favoreciendo solamente el aborto ya permitido por la ley penal, el fallo se estructuró bajo un paradigma de la igualdad de género que incorpora la dimensión material e histórica de la desigualdad.

Por supuesto, teniendo en cuenta la potencia liberalizadora de los argumentos basados en la igualdad, el desarrollo alcanzado por el discurso constitucional de la región aún es limitado y

48. Considerando B.6.2, parr. 5.

desparejo. En este sentido las cortes más progresistas parecen haber tenido dificultades notorias para sostener que la penalización del aborto es una medida discriminatoria basada en el sexo, o dar cuenta de las cargas del embarazo no deseado en su dimensión corporal y social, o articular la idea de igualdad en la diferencia.

Asimismo, como con los argumentos basados en la dignidad, los de igualdad tuvieron una impronta también conservadora. Ese fue el caso en Costa Rica, dónde el demandante alegó una violación del deber de trato igualitario entre la protección de la vida intrauterina y la persona nacida. Y en México los demandantes alegaron un derecho de los varones a participar en la decisión de interrumpir el embarazo.

Es curiosa también la ausencia de argumentos que combinen sexo con posición socioeconómica, especialmente dado que el impacto del aborto inseguro recae con más fuerza en mujeres con menores recursos económicos. Posiblemente parte de estas inhibiciones argumentales estén asociadas más estructuralmente a las dificultades de fijar un derecho igual a la libertad de las mujeres, en relación al embarazo y la maternidad, en una tradición jurídica construida en base a la experiencia masculina.

El caso del Salvador posiblemente es el que mejor refleja las dificultades de los tribunales para lidiar con la idea de “iguales en la diferencia”. Aquí, los demandantes alegaban que la omisión de regular las indicaciones de aborto incluidas como una de las causas de exclusión de responsabilidad criminal constituía una violación a la igualdad de las mujeres pues se encontraban en una situación fáctica totalmente distinta a la de cualquier otra persona que se enfrenta a una de las causas de exclusión de responsabilidad penal contempladas por el régimen general. El Tribunal descartó este argumento de forma expeditiva y simplona. Los jueces entendieron que los demandantes no plantearon un *tertium comparationis* (término de comparación) con suficiente entidad para justificar una regulación *ad-hoc* o específica. Estimaron que:

un elemento factual, de hecho o puramente descriptivo es insuficiente si no se demuestra la relevancia jurídica de las distinciones o similitudes alegadas, sobre todo con relación a la finalidad y la perspectiva de comparación, para concluir que la diferenciación es arbitraria o, como en este caso, que la equiparación legislativa carece de fundamento objetivo y razonable.⁴⁹

También en el caso costarricense el demandante apoyó su reclamo con pretensiones conservadoras en el derecho a la igualdad. El actor alegaba que la diferencia de penas entre el homicidio y el aborto, entre otras normas, infringían el principio de igualdad al diferenciar entre nacidos y no nacidos. Esta distinción, argumentaba, se había transformado en inconstitucional desde el fallo de la Corte en el 2000 que reconocía la personalidad fetal.⁵⁰ La Corte no hizo lugar a esta argumentación pero tampoco avanzó en su consideración de la igualdad entre los sexos para rechazarla. La Corte rechazó que la sentencia del 2000 hubiera cambiado la situación jurídica de las personas en el ordenamiento de Costa Rica: el feto se consideraba persona antes de ese fallo, pues el tratamiento penal del aborto partía justamente de la consideración de que el delito de aborto lesionaba la vida humana. Segundo, la Corte consideró que el legislador podía tomar en cuenta otras circunstancias diferentes de la calidad de persona de quien sufre la acción, y

49. Considerando 5.3, parr. 3.

50. Sentencia 2306-2000.

establecer distintas sanciones, causas de exclusión de responsabilidad, etc. Tercero, y aquí la Corte parece desviarse de su libreto más conservador, el tribunal indicó que el legislador tenía la libertad de configuración en materia criminal siempre y cuando se respetara el sistema constitucional y de derechos humanos.⁵¹

Dos de las objeciones principales a la ley del Distrito Federal se plantearon también en base a la igualdad. Las objeciones se referían a la participación de los varones en la decisión de abortar de las mujeres (igualdad de género) y la falta de regulación específica para las adolescentes (la igualdad –o desigualdad– por razón de edad). La Corte mexicana estimó que se trataba de previsiones de la ley que era potestad del legislador definir. Entre otros argumentos, el tribunal apeló a las diferencias entre las mujeres y los varones para desechar el reclamo, ofreciéndonos uno de los pocos párrafos de todas las sentencias examinadas en que se lidió exitosamente con la diferencia en la igualdad. Expresa el Tribunal:

La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer (...) y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto (...) La afectación de la mujer y del hombre es distinta no solamente porque (...) hay consecuencias del embarazo no deseado que solo recaen en la mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta. En efecto, la posibilidad futura de abrir un proceso judicial orientado a que cierta persona sea reconocida como padre de un menor, o contribuya económicamente al sostenimiento de sus necesidades es una demasiado incierta e imperfecta para anular la asimetría original que existe entre la posición de la madre y el padre potencial (...).⁵²

51. No hubo un franqueo de esos límites por parte del legislador “*En primer lugar*, reconoce la Sala que aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social (...). *En segundo lugar*, se presenta en el caso de la persona no nacida una particular relación de absoluta dependencia con una segunda persona (...) esto acarrea una nueva circunstancia diferenciadora (...) deben tenerse en cuenta, los derechos fundamentales de la madre, cosa que no ocurre en el caso de los homicidios en donde falta esa específica relación con otras personas y sus derechos fundamentales. *En tercer lugar*, cabe agregar a favor de la validez de la diferenciación en la intensidad de la sanción, el hecho de que ella responde, como se indicó, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente no solo de nuestra sociedad sino, en todas aquellas que componen nuestro entorno cultural, como puede apreciarse de la simple revisión de la forma en que otros países latinoamericanos y europeos han legislado sobre el punto, siempre optando por una disminución en la reacción penal del Estado (...) cabe aclarar que, por su naturaleza relativista, resulta evidente que no podría nunca colocarse sobre otros argumentos ni desbancar otros principios que la Sala ha reconocido como fundamento de nuestro ordenamiento y –en particular– no podría privar por sobre el respeto y consideración a la dignidad humana por ejemplo”.

52. Página 188.

4. Conclusión

Los fallos estudiados en este trabajo son episodios de judicialización que integran una disputa más amplia en torno a la regulación del aborto en América Latina. En una región donde el aborto aun es un derecho marginal y antipático para las mayorías —o al menos para la mayoría de los hacedores de políticas—, las cortes han desempeñado en la última década, incluso un tiempo antes, un rol típicamente contramayoritario. Se trata de un proceso de constitucionalización esforzado y rudimentario, con algunos rasgos típicos de su adaptación al trasfondo en el que opera el derecho en la región.

Por un lado, al igual que varios tribunales europeos, las cortes latinoamericanas han efectuado una ponderación de lo que se ha planteado como intereses y derechos en competencia. Por otro lado, los fallos evidencian un abordaje basado en derechos que localiza los argumentos clásicos sobre el aborto en el derecho internacional de los derechos humanos, la obsesiones de la cultura jurídica y católica por la santidad de la vida embrionaria, y un menú cada vez más amplio de derechos.

En ese contexto, la ponderación ejercida por los tribunales de la región ha comenzado a ofrecer un camino para desdramatizar el conflicto jurídico sobre el aborto. Ha surgido así una promesa de moderación, negociación y conciliación ante posiciones que se escenificaban como profundamente antagónicas. Además de sus potenciales bondades y bases filosóficas, el balanceo ha sustituido las actitudes categóricas que antes se oponían a la apertura de espacios de permisión; ha dado lugar a un buen esfuerzo de argumentación en las decisiones judiciales; ha inspirado la búsqueda, al menos, de soluciones razonables que reconozcan y optimicen los derechos e intereses en juego, ofreciendo una alternativa al juego de todo o nada. Aunque algunas de estas expectativas parecen, en algún sentido, haberse cumplido en el desarrollo del discurso judicial de los fallos estudiados, también es cierto que los ejercicios de ponderación de los tribunales fueron bastante defectuosos e incompletos. Entre los déficits más importantes mostrados por la puesta en marcha de la ponderación cabe resaltar, en primer lugar, las dificultades de los jueces para examinar críticamente la idoneidad de la herramienta penal. Lejos de identificar la persistente ineficacia del recurso al derecho penal, los tribunales naturalizaron su presencia en la regulación del aborto. De hecho, la adjudicación constitucional ha sido planteada en términos del alcance de las causales/excepciones que justifican no aplicar el castigo penal pero no se ha discutido seriamente la opción por el abandono del recurso punitivo.

Un segundo déficit en la ponderación judicial en la región es la incapacidad manifiesta de las cortes para atender y juzgar la afectación que un embarazo no deseado puede provocar en las mujeres. Como se ilustró en la sección sobre los argumentos basados en derechos, aun hoy se hace extremadamente difícil que los jueces identifiquen, nombren, el impacto de un embarazo no querido en la autonomía de las mujeres y un daño a la obligación de igual trato en la diferencia por parte de los Estados. Esta incapacidad evaluativa también puede observarse en el discurso de otras cortes alrededor del mundo, y se conecta con los persistentes estereotipos acerca de la mujer-madre, la sacralización de la maternidad y la denigración de las experiencias de las mujeres.

Si bien los casos estudiados no representan la última palabra o un acuerdo definitivo en el debate constitucional sobre el aborto, constituyen aportes de envergadura para la definición de

políticas públicas sobre el tema que han ampliado las vías de acceso a situaciones de aborto legal. El impacto de cada una de las sentencias examinadas ha diferido según cuanto confirmaron o modificaron la regulación del aborto vigente al momento de la decisión. En los casos de Argentina y México, las decisiones contribuyeron a consolidar procesos de liberalización abiertos antes por la introducción de nueva legislación con plazos o el desarrollo de un giro procedimental hacia la garantía de servicios de aborto legal. En otros casos, es más claro que los fallos trajeron aparejado un cambio constitucional significativo, como en Colombia, donde al crear las indicaciones sirvieron para inaugurar una nueva política de aborto legal. En el contexto de Bolivia, en cambio, es más probable que el aporte fuera intermedio: si bien el tribunal no introdujo nuevas causales, eliminó requisitos onerosos para la obtención de abortos en situaciones de violencia sexual. Finalmente, en El Salvador y Costa Rica los tribunales contribuyeron más bien a reforzar un ambiente restrictivo, aunque moderando los discursos previos al reconocer el conflicto de derechos.

Bibliografía

- Ahman, Elisabeth y Shah, Iqbal H.: “New estimates and trends regarding unsafe abortion mortality”, en *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, N° 115, 2011a, pp. 121-126.
- *Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, Ginebra, World Health Organization, 2011b.
- Bergallo, Paola: “The Struggle Against Informal Rules on Abortion”, en Cook, Rebecca J.; Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M.: *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, Filadelfia, Penn University Press, 2014.
- Barroso, Luis Roberto: “Bringing Abortion into the Brazilian Legal Debate”, en Cook, Rebecca; Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M., *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, Filadelfia, Penn University Press, 2014.
- Cabal, Luisa; Roa, Mónica y Lemaitre, Julieta: *Cuerpo y Derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*, Bogotá, Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 2001.
- Cardenas, Maria Alejandra: “Banning Emergency Contraception in Latin America: Constitutional Courts Granting an Absolute Right to Life to the Zygote”, en *Humboldt American Comparative Law Review* 6/3, 2009.
- Cook, Rebecca J.; Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M.: *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, Filadelfia, Penn University Press, 2014.
- Cook, Rebecca J.; Hevia, Martin; Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M.: “Prenatal management of anencephaly”, en *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 102(3), 2008, pp. 304-308.

- Dixon, Rosalind y Nussbaum, Martha: “Abortion, Dignity and a Capabilities Approach”, en Baines, Beverly; Barak-Erez, Daphne y Kahana, Tsvi (eds), *Feminist Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Gianella-Malca, Camila y Gloppen, Siri: *Access denied. Abortion rights in Latin America*, 2014.
- Hoffman Williams, Susan: *Constituting equality: Gender equality and comparative constitutional rights*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- Jaramillo Sierra, Isabel y Alfonso Sierra, Tatiana: *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.
- Madrazo Lajous, Alejandro: “Narratives of Prenatal Personhood in Abortion Law”, en Cook, Rebecca J.; Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M.: *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, Filadelfia, Penn University Press, 2014.
- Pou Jiménez, Francisca: “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, 2009, pp. 137-152.
- Rosenfeld, Michel y Sajo, Andras (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Siegel, Reva: “Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates Over Abortion and Same-Sex Marriage”, en Yale Law School, *Public Law Working Paper*, N° 259, I•CON 10, 2012a, pp. 355-379.
- “The Constitutionalization of Abortion”, en Rosenfeld, Michel y Sajo, Andras (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012b.
- Undurraga, Verónica: “Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law”, en Cook, Rebecca J.; Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M.: *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, Filadelfia, Penn University Press, 2014.
- Zegers-Hochschild, Fernando; Dickens, Bernard y Dughman-Manzur, Sandra: “Human Rights to In Vitro Fertilization”, en *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, N° 123, 2013, pp. 86-89.

SOBRE LAS COMPILADORAS

Agustina Ramón Michel es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo e investigadora adjunta del Centro de Estudios de Estado y Sociedad. Egresada como abogada con medalla de plata de la Universidad Nacional de Tucumán, tiene una maestría en Derecho por la Universidad de Texas y un posgrado en Derechos de las mujeres por la Universidad de Chile. Ha sido becaria Fulbright y Conicet. En el CEDES desarrolla investigación aplicada en salud y género. En la Universidad de Palermo coedita la *Revista de Teoría de Derecho* y dirige la Colección de Ciencias Jurídicas. Enseña también en las facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Tucumán. Sus áreas de investigación son los derechos reproductivos, género y derecho y la autoridad del derecho, y ha participado en proyectos de investigación de la Organización Mundial de la Salud, New York University, entre otros.

Paola Bergallo es profesora asociada de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella e investigadora adjunta del Conicet. Es doctora en Derecho por la Universidad de Stanford, magíster en Leyes por la Universidad de Columbia y abogada con honores por la Universidad de Buenos Aires. Ha sido becaria de la Fundación Hewlett, del Consejo de Investigaciones de Noruega y del Programa de Derechos Humanos de Harvard. Sus áreas de investigación incluyen el género, la salud y los derechos humanos, temas que ha abordado desde la perspectiva del derecho constitucional y de los estudios sociojurídicos. Sus trabajos han sido publicados en prestigiosas revistas y editoriales universitarias. Ha liderado proyectos de investigación para el Fondo de Población de Naciones Unidas, el Fondo Nórdico del Banco Mundial y el Centro de Derechos Reproductivos. Integra el comité ejecutivo de la Red Alas y el directorio de Chequeado.com.

