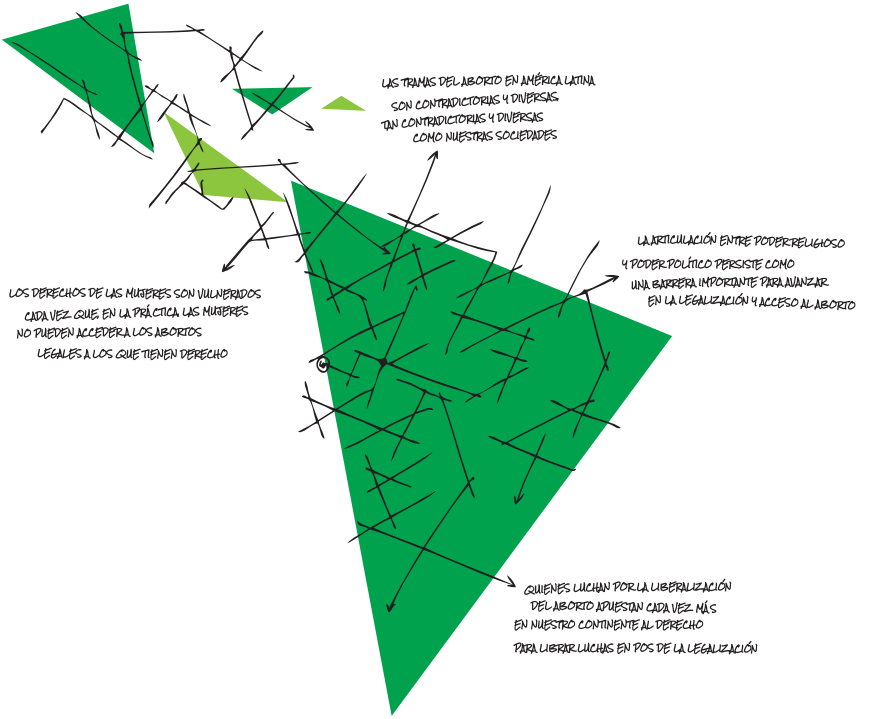
El aborto en América Latina

Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras

Paola Bergallo
Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Juan Marco Vaggione
compiladores



siglo veintiuno editores

colección
derecho y política

derecho y política

Dirigida por Roberto Gargarella
y Paola Bergallo

siglo veintiuno
editores

siglo veintiuno
editores

El aborto en América Latina

Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras

Paola Bergallo
Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Juan Marco Vaggione

compiladores

siglo veintiuno
editores

siglo veintiuno
editores

RED ALAS
Red Latinoamericana de académicos/as del Derecho

grupo editorial
siglo veintiuno

siglo xxi editores, méxico
CERRO DEL AGUA 248, ROMERO DE TERREROS, 04310 MÉXICO, DF
www.sigloxxieditores.com.mx

siglo xxi editores, argentina
GUATEMALA 4824, C1425BUP, BUENOS AIRES, ARGENTINA
www.sigloxxieditores.com.ar

anthropos
LEPANT 241, 243 08013 BARCELONA, ESPAÑA
www.anthropos-editorial.com

siglo veintiuno
editores

igualitaria
Centro de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo

Esta colección comparte con IGUALITARIA el objetivo de difundir y promover estudios críticos sobre las relaciones entre política, el derecho y los tribunales.
www.igualitaria.org

Bergallo, Paola
El aborto en América Latina / Paola Bergallo.- 1ª ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.
464 p.; 23x16 cm.- (Derecho y política / dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo)

ISBN 978-987-629-847-6

1. Derecho. 2. Aborto Legal. 3. América Latina. I. Título.
CDD 345

© 2018, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Diseño de cubierta: Eugenia Lardiés

ISBN 978-987-629-847-6

Impreso en Altuna Impresores // Doblas 1968, Buenos Aires,
en el mes de agosto de 2018

Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en Argentina // Made in Argentina

Índice

Presentación. Las tramas del aborto en América Latina 11
Paola Bergallo
Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Juan Marco Vaggione

PARTE I
Argumentos para la liberalización

Introducción 17
Isabel Cristina Jaramillo Sierra

1. **El principio de legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos** 31
Agustina Ramón Michel
Mercedes Cavallo

2. **La jurisprudencia constitucional sobre el aborto en México** 57
Alma Beltrán y Puga

3. **De la teoría a la práctica. La aplicabilidad del principio de no regresividad para proteger avances en la liberalización del aborto** 81
Oscar A. Cabrera
Rebecca B. Reingold

4. **El movimiento pro y antiaborto en el Supremo Tribunal brasileño. Marcos y estrategias argumentativas utilizados en la audiencia pública referente al feto anencefálico** 111
Marta Rodriguez de Assis Machado
Ana Carolina Bracarense

siglo veintiuno editores

5. ¿Liberalización total? Los retos del aborto en México **139**
Jimena Soria
Regina Tamés

PARTE II
Accesibilidad a los abortos legales

Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales **155**
Paola Bergallo

6. El uso estratégico de las causales para ampliar el acceso al aborto legal en América Latina. El desarrollo de la causal violencia **167**
Sabrina Cartabia Groba
Cecilia Marcela Hopp

7. Aborto y discapacidad en Colombia. La paradoja entre la autonomía reproductiva y el modelo social de la discapacidad **195**
Natalia Acevedo Guerrero

8. El requisito de denuncia para acceder al aborto. Una carga desproporcionada para las mujeres **225**
Nora Estefanía Picasso Uvalle

9. Niñas y adolescentes: su (in)capacidad para decidir sobre el aborto. Estudio comparado de Colombia y la Argentina **243**
Sonia Ariza Navarrete
Viviana Bohórquez Monsalve

10. Aborto farmacológico y libertad de información en Chile **271**
Eduardo Chia

11. La juridificación del campo de la salud sexual y reproductiva en Colombia **297**
Ana Cristina González Vélez
Diana Esther Guzmán

siglo veintiuno editores

PARTE III

Reacciones y contrarreacciones

(Re)acciones conservadoras 327
Juan Marco Vaggione

12. Reflexiones sobre el estigma social y la violencia institucional en procesos judiciales de mujeres y adolescentes "culpables" de aborto en el estado de Río de Janeiro 333
Beatriz Galli

13. Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina 351
Camila Gianella Malca

14. Radiografía de los argumentos conservadores contra el aborto en Colombia. Sugerencias para un movimiento pro liberalización 379
María Isabel Niño Contreras
Juan Carlos Rincón Escalante

15. La legalidad no es suficiente. El impacto del fundamentalismo y las políticas Trump sobre el acceso al aborto en Puerto Rico y otros países 407
Esther Vicente
Patricia Otón Olivieri

16. Movilización legal de mujeres y aborto. El caso de El Salvador 433
María Angélica Peñas Defago
Violeta Cánaves

Acerca de los autores 459

siglo veintiuno editores

siglo veintiuno
editores

ACLARACIÓN

En este libro se ha procurado evitar el lenguaje sexista. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura no se incluyen recursos como “@” o “-a/as”. En aquellos casos en los que no se ha podido evitar pluralizar en masculino deseamos que se tenga en cuenta esta aclaración.

Presentación
Las tramas del aborto en América Latina

Paola Bergallo
Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Juan Marco Vaggione

Las tramas del aborto en América Latina son complejas. Mientras en algunos países esas tramas avanzan hacia la liberalización con ritmos y éxitos dispares, como ocurrió en los últimos años en Uruguay o en Chile, en otras naciones tramas más oscuras refuerzan restricciones conservadoras, según sucede en El Salvador o en Nicaragua. Incluso allí donde la liberalización progresa lentamente, como en la Argentina, Bolivia, Colombia, México o Perú, las tramas del aborto suelen combinar en dosis variadas espacios de legalidad e ilegalidad, de oferta de servicios seguros y de ausencia absoluta de ellos. Las tramas del aborto en América Latina son pues contradictorias y diversas, tan contradictorias y diversas como nuestras sociedades.

Al mismo tiempo, las tramas del aborto en nuestra región ofrecen espacios para la deliberación y la abogacía transfronteriza que cada tanto logra algunas conquistas. Aunque esos logros no siempre se traducen en mejoras reales en la vida de las mujeres, quienes luchan por la liberalización del aborto apuestan cada vez más a través de nuestro continente al derecho. Y apelan a él para fundar demandas o librar luchas en pos de normas de legalización. Quienes resisten esas reivindicaciones también abrazan a menudo estrategias legalistas. De este modo, la confluencia de procesos de movilización y contramovilización legal genera cada vez más demandas de argumentación jurídica mientras también exige recursos para la comprensión de los usos políticos del derecho que sostienen quienes se oponen a la liberalización. Contribuir tanto a mejorar esa tarea argumental como comprender los despliegues conservadores de los grupos antiderechos desde una perspectiva jurídica son los objetivos que guiaron el proceso de elaboración de esta obra.

En 2016, gracias a la afanosa labor de Regina Tamés, su directora ejecutiva, la Red Alas obtuvo una donación para llevar adelante el proyecto "Las tramas del aborto en América Latina". Durante el año y medio siguiente trabajamos para producir una experiencia pedagógica innova-

siglo veintiuno editores

dora que nos permitiera aportar al avance de los debates legales sobre el aborto en diversos contextos de nuestra región mientras experimentábamos también en la promoción de la enseñanza de temas de género y sexualidad. Desde el punto de vista pedagógico, el proyecto se dividió en dos iniciativas: la primera centrada en la producción de esta obra y la segunda en la elaboración de un curso en línea dirigido a operadores jurídicos dedicados a las temáticas de derecho, sexualidad y reproducción, que pudiera basarse también en este volumen.

Un excelente equipo de profesionales, en su mayoría estudiantes de doctorado cuyos proyectos abordan cuestiones de género y derecho, aceptó con entusiasmo la invitación a participar del libro. Así, una nueva generación de juristas dedicada a la docencia, la investigación y la abogacía en la Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Perú, Puerto Rico, los Estados Unidos y Canadá elaboró los borradores iniciales de los capítulos que siguen. Los textos fueron discutidos en un encuentro realizado en marzo de 2017 en la Universidad Torcuato Di Tella en Buenos Aires. El debate de los borradores se benefició de los aportes y revisiones críticas de otros integrantes de la Red Alas como Mary Beloff, Julieta Di Corleto, Mariano Fernández Blanco y Laura Saldivia. Por último, cada uno de los capítulos fue sometido a la revisión de pares para la cual contamos con un equipo de docentes de la Red Alas y otras escuelas de Derecho de la región con quienes también estamos profundamente agradecidos (preservamos sus nombres para mantener la confidencialidad del trabajo). Al finalizar estas dos etapas de revisión, los autores elaboraron las versiones finales de los capítulos que conforman las siguientes tres secciones de este volumen introducidas por un texto breve de nuestra autoría en cada caso.

La invitación a participar del proyecto se organizó teniendo en cuenta las trayectorias de los invitados, pero nos propusimos también encuadrar sus contribuciones en el marco de tres metas concretas. En primer lugar, buscamos expandir los argumentos que justifican el abandono de la penalización del aborto de cara a los debates abiertos en algunos países de la región en los que se comienza a considerar seriamente seguir el camino de la Ciudad de México o Uruguay. Mientras el proceso de debate de normas de aborto a demanda avanza, la mayor parte de los regímenes jurídicos del aborto en nuestro continente sostienen regulaciones según el modelo de indicaciones que castigan el aborto con algunas excepciones. Este modelo de indicaciones, como se lo identifica en el derecho comparado, encuentra infinidad de problemas prácticos en su implementación y en muchos casos persisten las prácticas de incriminación de mujeres. En ese marco, definimos nuestra otra meta que guio la invita-

siglo veintiuno editores

ción a contribuir a la segunda sección del libro dedicada a la promoción de argumentos sobre el acceso al aborto cuando está permitido, es legal o se reconoce su derecho ante ciertas causales. Por último, como tercera meta nos propusimos rastrear las dinámicas de movilización conservadora que se expanden en algunos contextos. Los trabajos de la tercera sección respondieron a esa invitación y aportan a la comprensión de las dinámicas de resistencia conservadora.

Quedaron, sin embargo, algunos temas y enfoques sin poder ser problematizados en esta publicación. La perspectiva regional que prioriza el libro ha dificultado razonablemente el tratamiento exhaustivo de distintas dimensiones relevantes en el debate por la legalización del aborto. En particular, el tema de la raza/etnia como un aspecto central para comprender el pluralismo (sociológico y legal) en el debate, y el aborto de personas trans en un contexto de creciente reconocimiento a la identidad de género en varios países de la región. Este reconocimiento ha implicado visibilizar que, además de las mujeres cis (en quienes coinciden el sexo asignado al nacer y la identidad de género), acceden al aborto de forma legal o clandestina otras personas con capacidad de gestar (varones trans, por ejemplo).

Junto con el proceso de elaboración del libro iniciamos otro experimento colaborativo con el equipo de especialistas en pedagogía en línea dirigido por Gisela Schwartzman en el PENT (Proyecto Educación y Nuevas Tecnologías) de Flacso. Gracias a la experiencia y el apoyo de este equipo diseñamos un curso práctico que propone una introducción al empleo sofisticado de herramientas y recursos jurídicos para la abogacía de causas sobre aborto. El curso, dividido a su vez en tres secciones, se nutrió de la colaboración de los autores de capítulos de esta obra y otros profesionales, como Celeste Braga Beatove o José Manuel Faúndes, que aportaron sus saberes en temas complementarios como cuestiones de evidencia o estrategias de movilización conservadora. El curso desplegó también una variedad de herramientas audiovisuales y recursos tecnológicos que permitieron desarrollar ejercicios sobre materias de derecho comparado, técnicas de ponderación de valores y derechos, o estrategias de defensa para la liberalización de acusadas del delito de aborto. Durante el segundo semestre de 2017, el curso fue testeado en un formato piloto y luego de su evaluación será ajustado para su réplica en distintos países de la región.

Como todo proyecto ambicioso, este tampoco habría sido posible sin la colaboración de un grupo invaluable de colegas. Un sincero agradecimiento a quienes aportaron los capítulos que el lector encontrará a continuación. Otro agradecimiento muy especial para Regina Tamés,

siglo veintiuno editores

nuestra incansable directora que consiguió los recursos para que esta empresa fuera posible y gestionó infinidad de informes y trámites junto con Jimena Soria, a quien también damos las gracias. Para el desarrollo de este volumen y del curso contamos con la invaluable asistencia de Viviana Bohórquez Monsalve, que se dedicó principalmente al libro, y Sabrina Cartabia, quien asistió en especial con la preparación del curso en línea. La obra que presentamos aquí y la primera ejecución exitosa del curso en línea completado por dieciséis abogadas de la región no habría avanzado sin ellas. La iniciativa tampoco habría llegado a buen puerto sin la generosa colaboración de los equipos del Proyecto PENT de Flacso y la editorial Siglo XXI de Buenos Aires. Nuestro reconocimiento entonces a Gisela Schwartzman, Fabio Tarasow, Christian Milillo y Virginia Ithurburu del PENT, y a Carlos Díaz, Raquel San Martín y Ana Galdeano de Siglo XXI.

Hace catorce años nos embarcamos en la construcción de una red de académicos latinoamericanos comprometidos con la reforma de la enseñanza del Derecho y la inclusión de temas de género y sexualidad. En el camino, la Red Alas ha crecido, el Derecho y su pedagogía en nuestra región también. El proyecto "Las tramas del aborto en América Latina" se propuso mostrar algunas de las dimensiones de ese crecimiento sumando nuevas generaciones de jóvenes y señalando la complejización de sus discursos para transformar el derecho. Esperamos que los argumentos y las ideas que pueblan las siguientes páginas contribuyan también algún día a desanudar esas tramas, para simplificarlas y uniformarlas hacia la erradicación del derecho penal como estrategia de control de los cuerpos de las mujeres. Mientras ese día se acerca, esperamos además que los argumentos aporten a la realización del derecho a acceder a la interrupción del embarazo en los países en que ya es legal. En el camino ojalá hayamos contribuido a expandir saberes y forjar nuevas relaciones entre quienes participaron del libro, el encuentro en Buenos Aires, el curso en línea, y quienes abrirán las páginas que siguen.

siglo veintiuno editores

PARTE I

Argumentos para la liberalización

siglo veintiuno
editores

siglo veintiuno
editores

Introducción

Isabel Cristina Jaramillo Sierra

En los últimos veinte años, las Cortes latinoamericanas han hablado más sobre aborto que en los cien años anteriores (Bergallo, 2010). La discusión sobre cómo representar el reclamo feminista de la despenalización en la calle y en la legislación, que había ocupado el lugar central en los años setenta y ochenta, cedió terreno a la pregunta por las consecuencias implicadas en que las Cortes adoptaran uno u otro encuadre al hablar del aborto. Los capítulos de esta sección reflejan esfuerzos por teorizar los encuadres utilizados por las Cortes y sugieren nuevos argumentos para avanzar en el camino de la despenalización o al menos resistir intentos reaccionarios que cada vez son más fuertes en el continente. La presente introducción se propone proveer un contexto para los capítulos de esta primera parte en la forma de un resumen de las posiciones feministas sobre la importancia de la perspectiva que se adopte al hablar del aborto. Así, presentamos en primer lugar el debate sobre igualdad, autonomía y dignidad que ha sido el foco de la discusión en los Estados Unidos. Estos razonamientos fueron tan influyentes como para que cualquier persona interesada en entender el punto de vista feminista deba tenerlos en cuenta. A continuación, sin embargo, mostramos la relevancia que las premisas procesales han tenido y podrían tener en América Latina dadas las correlaciones de fuerzas existentes. Aquí explicamos que los principios de legalidad, no regresividad y competencias pueden servir cuando la batalla política se desplaza a los tribunales y ante los giros argumentativos de los opositores de la despenalización. Por último proponemos otros encuadres que han sido utilizados en el debate de derechos sexuales y reproductivos en el Sur Global a modo de caja de herramientas. Estos argumentos en muchos casos consiguen vincular encuadres procesales con valores sustantivos, que pueden así ser la base de las luchas por el cambio jurídico. Pero también el cambio sustantivo puede vincularse a la cuestión procesal. Asimismo mostramos cómo algunos abordajes típicamente conservadores –la vida o la dignidad– han sido utilizados para lograr cambios que benefician a las mujeres.

siglo veintiuno editores

AUTONOMÍA, IGUALDAD, DIGNIDAD: ANSIEDADES POST "ROE C. WADE"

En las dos décadas que siguieron a la adopción del fallo de "Roe c. Wade" por la Corte Suprema de los Estados Unidos, las feministas de ese país se involucraron en intensos debates sobre el significado y las consecuencias de que se hubiera adoptado la autonomía [*privacy*] como el principal derecho en juego para las mujeres en el caso del aborto. Si bien este marco resonaba con la propuesta feminista de defender el cuerpo como territorio y lugar de la ciudadanía –la propuesta de que el aborto tiene que ver con el control y el dominio sobre el cuerpo ("Mi cuerpo es mío" cantarán las latinoamericanas en esta época)–, y con el precedente legal que ubicaba las decisiones de la sexualidad y reproducción en la intimidad,[1] las feministas cuestionaron la manera en que el fallo afirmó una visión de la autonomía vinculada a la propiedad privada, reiteró la separación de lo público y lo privado y, en última instancia, puso toda la carga social de la reproducción en los hombros de las mujeres.

En efecto, como bien señala Rosalind Petchesky, la soberanía sobre el cuerpo ha sido importante en muchas luchas sociales y no solamente recibe su significado de la propiedad privada en el sentido lockeano (Petchesky, 1995). Para Locke, tener propiedad sobre el cuerpo quiere decir que podemos venderlo o comerciarlo y, por tanto, que alguien más puede beneficiarse de él (Locke, s.f.). Pero este no ha sido el significado que feministas y abolicionistas le han dado a la "propiedad del cuerpo", en concepto de la autora. Para muchas mujeres y esclavos, y mujeres descendientes de esclavos, la propiedad del cuerpo ha sido una manera de contestar a las intrusiones de las autoridades en las decisiones de las mujeres sobre su sexualidad y reproducción, así como un modo de desafiar los intentos de otros por tratarlos como menos que personas en cuanto incapaces siquiera de ser dueños de sí mismos. Desde este punto de vista, "Roe c. Wade" representó una gran contribución a los derechos de las mujeres, pues les permitió afirmar su punto de vista frente al de las autoridades que las obligaban a avanzar en su embarazo y utilizaban sus vientres como vehículos para el cumplimiento de objetivos estatales (Cornell, 2002).

Esta posición de Petchesky, sin embargo, ha sido cuestionada por muchas constitucionalistas. Reva Siegel, por ejemplo, ha mostrado cómo la visión de autonomía defendida por "Roe c. Wade" ha sido instrumental

1 Véase "Griswold c. Connecticut", 381 US 479, 1965 y "Eisenstadt c. Baird", 405 US 438, 1972.

siglo veintiuno editores

en asignar a las mujeres las cargas de la reproducción y, por tanto, ha profundizado la desigualdad (Siegel, 1995). La idea de que la reproducción es una decisión de las mujeres, íntima y separada de las preocupaciones por el futuro, las pone en la situación de ser responsables por todas las consecuencias de tener hijos y con ello, en el lugar de ser cuestionadas por ser o no madres, ser buenas o malas madres, querer ser otra cosa que madres, etc. (Siegel, 1995). Para la autora es particularmente significativa en este sentido la decisión en "Casey c. Planned Parenthood" de negar la inclusión del aborto dentro de las prestaciones en salud subsidiadas por el gobierno federal. Esta decisión estaría asentada sobre la idea de que la decisión es de la mujer y por eso ella debe financiarla (Siegel, 2008).

Catharine MacKinnon también ha criticado con dureza la idea de que puede pensarse en la autonomía de las mujeres antes de garantizar su igualdad (Mackinnon, 1987). La autora subraya la larga historia feminista de crítica a la separación de lo público y lo privado por las consecuencias que argumentar a favor de esta separación ha tenido para las mujeres: invisibilizar la violencia ejercida por los hombres y naturalizar la subordinación de las mujeres. Decir que el aborto es un asunto "privado" para Mackinnon es similar a indicar que todas las violencias involucradas en la sexualidad y la reproducción no nos importan. En su manera muy terrible de decir verdades, concluye que los únicos que pudieron ganar realmente con la decisión de la Corte Suprema de Justicia fueron los esposos y los padres, es decir, los hombres, al lograr sacar del escrutinio público la decisión de abortar.

El debate sobre autonomía e igualdad se ha enriquecido de manera más reciente con la introducción de la dignidad como límite y posibilidad de lo que el Estado puede hacer en relación con el aborto. La dignidad propone una síntesis entre igualdad y autonomía que nos obliga a abandonar el plano de lo deseable para entrar en el de lo posible; y plantea la pregunta acerca de cuál es el tratamiento que arrebataría la humanidad a las mujeres, que haría de ellas objetos y no sujetos de su propia corporalidad. Así, la dignidad nos devuelve al reclamo feminista del control sobre el cuerpo al tiempo que nos permite exigir la igualdad mínima que nos brinda el ser reconocidos como sujetos. En este sentido algunos comentaristas han señalado que, al utilizar el lenguaje de dignidad, las Cortes se acercaron más al argumento feminista de la igualdad como ciudadanía y responsabilidad compartida (Undurraga y Cook, 2009). Otros, sin embargo, nos recuerdan que la dignidad lleva el aborto al campo de la excepción: primero está la protección de la vida en gestación y sólo cuando esta imposición es demasiado gravosa para la mujer puede reclamar su corporalidad y ciudadanía (Jaramillo

siglo veintiuno editores

Sierra y Alfonso Sierra, 2008; Siegel, 2012). Así, aunque la dignidad lleve a ponderar los derechos de la mujer –su igualdad y autonomía– en última instancia, parte del supuesto de que estos derechos son secundarios o tienen menor valor que la vida en gestación. Esta es la manera en que el Tribunal Constitucional Alemán utilizó la dignidad en su famoso fallo del 28/5/1993, al igual que lo hizo la Corte Constitucional colombiana en 2006: para limitar las posibilidades de las mujeres y mantener la penalización de la conducta.

EL GIRO PROCESAL Y SISTÉMICO EN EL ABORTO

Proponemos leer los capítulos incluidos en esta sección como un llamado a tomarse en serio los argumentos de tres maneras:

1. para iluminar argumentos que no han sido considerados en nuestro contexto en relación con el aborto y que podrían llevar a resultados distintos de los que obtenemos;
2. para mostrar que los argumentos que sostenemos pueden "voltearse" y ser utilizados por los opositores para lograr objetivos contrarios a los que esperamos obtener con ellos;
3. para revelar que en cuanto los argumentos son parte de redes o sistemas más amplios se ven afectados en su capacidad para producir consecuencias por lo que ocurre en esos contextos extendidos.

siglo veintiuno editores

Los capítulos de Ramón y Cavallo y de Cabrera y Reingold, en efecto, participan en este debate al subrayar la importancia que pueden tener el principio de legalidad y el principio de no regresividad en la discusión acerca del aborto. Ramón y Cavallo proponen explotar la idea de que los particulares no están obligados a nada que no esté expresamente establecido por la ley y sólo deben abstenerse de aquello que la ley les prohíbe (es el principio de legalidad), para señalar que la ley no obliga a las mujeres a llevar a término su embarazo y únicamente les prohíbe interrumpirlo cuando intervienen profesionales de la salud. Según esta interpretación, las mujeres podrían terminar sus propios embarazos mediante las técnicas a su alcance: esta interpretación las liberaría del control médico sobre la decisión de terminar el embarazo y ampliaría las situaciones en que se realizan abortos. Cabrera y Reingold, por su parte, sugieren comprender el aborto como un derecho social y económico,

dada su dimensión como prestación de un servicio de salud, y plantean reclamar la aplicación del principio de no regresividad en relación con el acceso a este para frenar las tendencias reaccionarias de la región.

Los capítulos de Machado y de Beltrán y Puga evidencian la importancia que ha adquirido la técnica del balanceo en los debates de aborto en Brasil y México, y la manera en que dentro de esta técnica se tiende a producir el revés de cada argumento como parte de la batalla judicial. Así, Machado explica el modo en que se construyó el debate sobre el aborto de fetos anencefálicos en la Corte Suprema de Brasil a partir de la intuición de que en la argumentación ante los jueces las partes se ven afectadas por su contrincante e intentan imitarlo: el bando antiderechos enfatizó en los argumentos científicos y jurídicos que en general son monopolio de quienes promueven el aborto ante las Cortes, mientras estos últimos abordaron directamente el problema de la laicidad pero también se involucraron con la retórica católica para mostrar que ella misma autoriza casos como el propuesto para la despenalización. Machado también devela que el argumento de la dignidad humana, tanto como el de la igualdad, pueden ser usados por ambos bandos en esta batalla: si los antiderechos defienden la dignidad humana del feto contra cualquier intento por rebajar el valor de su vida, los que están a favor del aborto señalan que el sufrimiento que estos embarazos causa a las mujeres es indefendible; si los antiderechos reclaman ponderar la igualdad del feto y la madre, sus oponentes exigen que la situación a tener en cuenta sea la de hombres y mujeres en la sociedad. El trabajo de Beltrán y Puga sobre las sentencias de las Cortes mexicanas busca poner en evidencia las maneras en que se logró introducir el balanceo a partir del reconocimiento de las mujeres como sujetos de derecho y de la vida como un valor y no un derecho. Aunque este giro argumentativo no se identifica como sostenido, se señala que aparece en algunas sentencias para favorecer a las mujeres.

Por último, el capítulo de Soria y Tamés es revelador de los límites de los argumentos cuando se los considera de manera aislada. Las autoras se centran en la importancia que ha tenido la modificación de la legislación de aborto en la Ciudad de México y reconocen que, dado que establece la libertad de decisión en las primeras doce semanas, su impacto ha sido notable. No obstante, también reparan en que al no modificarse las condiciones de acceso al aborto después de las doce semanas y al no influir políticamente al Estado nacional, es decir, el contexto o periferia de la legislación, las personas que viven fuera de la Ciudad de México y quienes buscan terminar sus embarazos por razones de violencia sexual o salud, ahora son más perseguidas y encarceladas que antes. Las autoras

siglo veintiuno editores

hacen un llamado a intervenir en esta situación en nombre del derecho a la igualdad.

ARGUMENTOS PARA EL DEBATE TOMADOS DE UNA MUESTRA GLOBAL DE SENTENCIAS: MÁS ALLÁ DE "ROE C. WADE"

Si bien la sentencia del caso de los Estados Unidos ha estado en el corazón del debate sobre el aborto, entre otras razones por lo que ella significó para las feministas en todo el mundo, la igualdad, la autonomía y la dignidad han sido "habladas" de muchas maneras en relación con los derechos de las mujeres por las Cortes del Sur Global, y la vida y la salud de las mujeres se han sumado como posibles encuadres para protegerlas. En esta sección presentamos algunas de estas innovaciones locales con el ánimo de inspirar a quienes están en proceso de imaginar transformaciones de la legislación de aborto, entre otras, en sus países.

IGUALDAD COMO IGUAL SEGURIDAD EN LA PERSONA

Varias sentencias adoptadas por Cortes del Sur Global han utilizado la idea de la igualdad en la seguridad personal para exigir que se introduzcan –o justificar la existencia de– reglas procesales en apariencia contrarias a ideas liberales sobre el debido proceso. Así, en el caso de "Carmichele c. Sudáfrica", el Tribunal Constitucional de Sudáfrica estableció que el hecho de que el Estado fracasara con frecuencia en condenar a los violadores debía considerarse una violación del derecho a la igualdad de las mujeres.[2] En particular, consideró que se violaba el derecho a la igualdad de las mujeres cuando no se transmitía a los jueces toda la información disponible sobre conductas pasadas de los acusados y condenas existentes.

Este mismo Tribunal en el caso de "S. c. Baloyi y otros" declaró que la ineficiencia en la lucha contra la violencia doméstica violaba el derecho de las mujeres a la igualdad y concluyó que por esta razón era aceptable permitir que autoridades administrativas restringieran los derechos de los agresores, en contra de la noción liberal de que sólo los jueces pueden limitar derechos. El Tribunal explicó:

2 Tribunal Constitucional de Sudáfrica, "Alix Jean Carmichele c. Minister of Safety and Security y otros", CCT 48/00.

siglo veintiuno editores

> En mi opinión, la violencia doméstica importa al derecho constitucional en otro aspecto destacable. En la medida en que es sistemática, omnipresente y abrumadoramente específica de género, la violencia doméstica refleja y refuerza la dominación patriarcal y lo hace de una forma particularmente brutal. […]
> La sociedad no sexista prometida en las cláusulas fundamentales de la Constitución, y el derecho a la igualdad y la no discriminación garantizados por el art. 9, se socavan cuando los cónyuges-golpeadores disfrutan de impunidad. En palabras del Juez White en "Estados Unidos c. Dixon y otros": "[La] Comprensión del alcance de la violencia doméstica […] 'la principal causa de lesiones en las mujeres' […] ha venido con dificultad, y ha llegado tarde".
> La ineficacia del sistema de justicia penal al abordar la violencia familiar intensifica la subordinación y el desamparo de las víctimas. Esto también envía un mensaje inconfundible a toda la sociedad: que el trauma diario de un gran número de mujeres cuenta para poco. La terrorización de las víctimas individuales se ve agravada por la sensación de que la violencia doméstica es inevitable. Los patrones de comportamiento sexista sistémico son normalizados en lugar de combatidos. Sin embargo, precisamente, la función de la protección constitucional consiste en convertir la desgracia en una injusticia que hay que remediar.[3]

La Corte Suprema de Namibia, en relación con el delito de violación, señaló asimismo que la exigencia de corroboración del testimonio de la mujer requerida por muchos jueces aunque no ordenada en forma directa por la ley, vulneraba el derecho a la igualdad de las mujeres. La Corte enfatizó que dado que el 95% de los casos estudiados era de mujeres, esta exigencia y el fracaso en lograr condenas debían considerarse como un patrón más que como un hecho accidental.[4]

siglo veintiuno editores

3 "S. c. Baloyi y otros", CCT29/99 [1999] ZACC 19; 2000 (1) BCLR 86; 2000 (2) SA 425 (CC), 3/12/1999; traducción propia; se omiten las notas al pie.

4 La Corte también argumentó en este caso que la norma es inconstitucional porque es demasiado vaga, es decir, porque no está claro qué significa ser especialmente cuidadoso en el examen de pruebas en delitos sexuales. La Corte explica que muchos jueces terminan interpretando que esta regla significa lo mismo que la regla de corroboración (que determina que en los crímenes relacionados con el sexo, los testimonios deben ser corroborados con otra prueba). Véase "El Estado c. Katamba", SA/2/99, 7/12/1999.

En "Campo Algodonero c. México", la Corte Interamericana también adoptó la idea de que las deficiencias en la investigación de delitos cometidos contra las mujeres vulneran su derecho a la no discriminación. También identificó que estas falencias tienen relación con estereotipos que llevan a los funcionarios a no tomarse en serio las preocupaciones de las mujeres.[5] Para subsanar estas fallas obligó al Estado a iniciar procesos contra los funcionarios involucrados y a realizar capacitaciones sobre los derechos de las mujeres y las obligaciones que estos imponen en materia de investigación y sanción de los delitos que las involucran.

LA DIGNIDAD COMO HONOR

Varios tribunales han adoptado la idea de que ciertos actos que se cometen contra las mujeres atentan contra su dignidad entendida como honor, es decir, como lo contrario de la humillación y la degradación. Esta comprensión de la dignidad contribuyó a la construcción de la violación como una de las lesiones más graves a las mujeres, y uno de los obstáculos más importantes para su plena participación en las sociedades democráticas. Así, en el caso "Fanuel Sitakeni c. Director de Procesos Públicos" la Corte Constitucional de Sudáfrica argumentó que debido a que la penetración anal no consensual de las mujeres por los varones es tan perjudicial para la dignidad y la seguridad personal como la penetración vaginal no consensual, la definición de violación de derecho consuetudinario debería ampliarse para incluir estos casos. A este respecto declaró:

> Históricamente, la violación ha sido y sigue siendo un crimen del que las mujeres son su objetivo sistemático. Es la forma más reprensible de agresión sexual que constituye una violación humillante, degradante y brutal de la dignidad y la persona del sobreviviente. No es simplemente un acto de gratificación sexual, sino uno de dominación física. Es una forma extrema y flagrante de manifestar la supremacía masculina sobre las mujeres.[6]

siglo veintiuno editores

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso "González y otros c. México", 16/11/2009.

6 "Fanuel Sitakeni Masiya c. Director de Procesos Públicos", CCT 54/06 [2007] ZACC 9; notas omitidas. Al enfrentarse con una petición similar en un caso de litigio de interés público, la Corte Suprema de la India decidió no extender el significado de la violación mediante una decisión judicial, en razón de que: a) el derecho penal indio incluye la penetración anal con el pene u otros objetos, así como la penetración oral, como ofensas antinaturales que llevan un castigo similar a la violación; b) los abogados indios saben de

Esta idea de la dignidad también fue importante en la construcción de la violación como crimen contra la humanidad por el Tribunal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu.[7] En ese caso, la Sala estableció:

> La violación es una forma de agresión y los elementos centrales del crimen de violación no pueden ser capturados en una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. […] Al igual que la tortura, la violación se utiliza para fines tales como intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Al igual que la tortura, la violación es una violación de la dignidad personal, y constituye de hecho una tortura cuando es infligida por o en la instigación, por o con el consentimiento o aquiescencia del funcionario público, o por otra persona que actúe en calidad de funcionario.[8]

En consecuencia, se insiste en que la agresión que adopta una naturaleza sexual debe considerarse violación, incluso si no implica penetración o cualquier otra forma de contacto físico. Así, por ejemplo, la Corte encontró que obligar a una niña a hacer gimnasia desnuda y frente a una multitud era una conducta que podía ser calificada como violación.[9]

Igual significado de la violación ha sido utilizado por la Corte Constitucional de Colombia en relación con la protección de la maternidad. En la decisión SU-393 de 1997, por ejemplo, la Corte declaró que obligar a las adolescentes embarazadas a llevar uniformes distintivos en la escuela constituía una violación no sólo de su derecho a la igualdad, sino también de la dignidad de la maternidad. La Corte argumentó:

> Por otro lado, la maternidad no debe ser estigmatizada. Si el embarazo es prematuro, la niña que ha tenido relaciones sexuales precoces no debe ser señalada como una transgresora del orden social y educativo, sino que debe ser entendida en sus

siglo veintiuno editores

---

memoria la definición de violación como *penile*/penetración vaginal y sería demasiado difícil cambiar su entendimiento; c) es crucial distinguir la violación de otros tipos de delitos. Véase "Sashki c. Unión de la India y otros", 26/5/2004.

7 "El Procurador c. Jean-Paul Akayesu", ICTR-96-4-T [1998] ICTR 2 (2/9/1998).

8 Ibíd., párr. 597.

9 Ibíd., párr. 688.

> circunstancias personales y orientada por sus padres y maestros sobre el acto supremo de dar a luz y las responsabilidades que implica.[10]

EL DERECHO A LA VIDA COMO VIDA CON DIGNIDAD

En tres casos en apariencia muy diversos, Cortes del Sur Global han adoptado la idea de que la vida supone vivir con dignidad y han protegido derechos sexuales y reproductivos por esta vía. Así, en "Presidente del Ferrocarril y otros c. Sra. Chandrima Das y otros" decidido por el Tribunal Supremo de la India, se estableció que la violación sexual constituía una violación del derecho a vivir con dignidad.[11] En este caso, la víctima era una mujer de Bangladesh cuyo conocimiento limitado del sistema ferroviario indio fue explotado por quienes la violaron. Entender la violación como una violación del derecho a la vida permitió al tribunal enmarcar el caso como de derecho público y responsabilidad del Estado en lugar de uno de derecho privado y responsabilidad individual de los trabajadores ferroviarios que violaron a la víctima. Vale la pena citar a la Corte sobre este punto:

> La violación es un crimen no sólo contra la persona de una mujer, es un crimen contra toda la sociedad. Este destruye toda

siglo veintiuno editores

10 SU-393/1997, Corte Constitucional de Colombia. Esta misma Corte había sostenido que la dignidad de la mujer no se ve afectada cuando no se les permite interrumpir de manera voluntaria los embarazos resultantes de la inseminación artificial no consensual o por violación, ya que incluso si la inseminación artificial no consensual o violación viola la dignidad de la mujer, la maternidad nunca lo hace. En este sentido, señaló: "La Corte descarta también el argumento según el cual la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los hechos mencionados [la violación o la inseminación artificial no consensual] afecta o degrada la dignidad de la mujer. Esto confunde el acto de violación o inseminación abusiva con la maternidad. Mientras que la primera provoca lesiones muy graves que se proyectan a la vida futura de la víctima, a veces irreparablemente, y realmente daña la dignidad de la mujer, la segunda, ya que representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y exalta a la madre. Nadie puede decir que una mujer que, a pesar de estar embarazada como resultado de una violación, decida dar a luz, es indigna". C-013/1997, Corte Constitucional Colombiana. La Corte cambió de manera radical su entendimiento de la dignidad para permitir el aborto en casos de violación y FIV (fecundación *in vitro*) forzada en la decisión C-355/2006 citada anteriormente.

11 Tribunal Supremo de la India, "The Chairman, Railway Board y otros c. Mrs. Chandrima Das y otros", 28/1/2000.

> la psicología de la mujer y la empuja a una profunda crisis emocional. La violación es, por tanto, el crimen más odiado. Es un delito contra los derechos humanos básicos y viola el derecho más preciado de las víctimas, a saber, el derecho a la vida que incluye el derecho a vivir con dignidad humana contenido en el art. 21.[12]

En segundo lugar, el derecho a la vida se utiliza para defender ciertos derechos relacionados con la salud. Se establece que el derecho a la vida significa vida con dignidad y dignidad se entiende como la exigencia de que los individuos disfruten de un núcleo mínimo de bienes y servicios relacionados con los derechos sociales y económicos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina utilizó este sentido del derecho a la vida en el caso de "Núñez de Zanetti c. Famyl SA". La Corte decidió que una compañía de seguros de salud privada no podía excusarse de proporcionar los medicamentos y el tratamiento necesarios para preservar la vida de la demandante por considerar que su situación era el resultado de un aborto ilegal.[13]

siglo veintiuno editores

EL DERECHO A RECIBIR TRATAMIENTO MÉDICO Y/O MEDICAMENTOS

Aunque no es obvio en el derecho constitucional comparado que el derecho a la salud sea exigible en cuanto derecho social y económico, varias Cortes han mostrado que es posible argumentar a favor del derecho a recibir tratamiento médico o medicamentos cuando la razón para no proporcionarlos no es la ausencia de recursos sino la discriminación. En el caso de la Campaña de Acción para el Tratamiento, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, aunque no reconoció que la Constitución garantiza un núcleo mínimo que incluye la distribución de Nevirapina (un fármaco probado para ayudar a prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo), estudió con cuidado las razones proporcionadas por el Estado para restringir la distribución de este fármaco y el plan articulado para prevenir la transmisión materno-fetal del VIH.[14] La Corte argumentó que incluso si, de conformidad con la Constitución de Sudáfrica, el derecho a la salud no significaba que las personas tuvieran derecho a

12 Íd.
13 Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, "Núñez de Zanetti, Mónica c. Famyl Salud SA", N1289; L. XLIII.
14 Tribunal Constitucional de Sudáfrica, "Ministry of Health y otros c. Treatment Action Campaign y otros", CCT 8/02.

recibir un mínimo de servicios de salud del Estado, proporcionaba la garantía de que el gobierno haría todo lo posible para prestar tales servicios dados los recursos disponibles. Después de verificar que el plan en vigor no era justificable en términos de eficacia, conocimiento científico o costos, la Corte ordenó eliminar las restricciones para la distribución de Nevirapina en todos los hospitales públicos y exigió la creación de un plan más integral para el tratamiento y prevención de la transmisión del VIH de madre a hijo.[15]

En otro hecho, el Consejo de Estado de Colombia declaró al Estado colombiano culpable de la falta de prestación de servicios de salud en el caso de una joven que murió en un hospital estatal doce horas después del parto. El Tribunal declaró que, aunque no se pudiera presumir la responsabilidad del Estado en general, en los casos de mujeres jóvenes con embarazos normales, su muerte durante o inmediatamente después del parto debe considerarse indicativa de un posible fracaso en la prestación de servicios de salud. También afirmó que incluso si la condición que conduce a la muerte materna es rara y difícil de resolver, el establecimiento de salud tiene que demostrar que hizo todo lo que estaba a su alcance para prevenir la muerte.[16]

En el caso "Susana Chávez Alvarado y otros", el Tribunal Constitucional del Perú determinó que a pesar de que el Ministerio de Salud había promulgado reglamentos relativos a la distribución de anticonceptivos de emergencia en cumplimiento de la legislación pertinente, no proporcionaba los anticonceptivos ni impartía formación a los médicos o a otros trabajadores de salud sobre el uso de este tipo de anticonceptivos.[17] La Corte ordenó al Ministerio de Salud que tomara medidas para satisfacer las metas establecidas en la ley.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Bergallo, P. (2010), "Aborto y justicia reproductiva. Una mirada desde el derecho comparado", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 7.

15 Íd.

16 "Luis Hernando García Puertas y otros c. Hospital San Juan de Dios de Armenia", Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3, 1/10/2008, radicación 63001-023-31-000-1997-1904565-501 (16132).

17 La sentencia está disponible en: <www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.html>.

Cornell, D. (2002), "Dismembered Selves and Wandering Wombs", en J. Halley y W. Brown (comps.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham, Duke University Press, pp. 337-373.

Jaramillo Sierra, I. C. y T. Alfonso Sierra (2008), *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes.

Locke, J. (s.f.), *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, s.d.

Mackinnon, C. (1987), "Privacy vs. Equality: 'Beyond Roe c. Wade'", en *Feminism Unmodified*, Cambridge (MA), Harvard University Press, pp. 93-103 [ed. cast.: *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014].

Petchesky, R. (1995), "The Body as Property: Feminist Re-Visions", en F. Ginsburg y R. Rapp (comps.), *Conceiving the New World Order: The Global Politics of Reproduction*, Los Ángeles, University of California Press, pp. 387-403.

Siegel, R. (1995), "Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory", en M. Fineman e I. Karpin (comps.), *Mothers In Law: Feminist Theory And The Legal Regulation Of Motherhood*, Nueva York, Columbia University Press.

— (2008), *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, New Haven, Yale Law School.

— (2012), "Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-Sex Marriage", *International Journal of Constitutional Law*, 10(2): 355-637.

Undurraga, V. y R. Cook (2009), "Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006", en S. Williams (comp.), *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Solo Venta en Colombia

siglo veintiuno
editores

1. El principio de legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos

Agustina Ramón Michel
Mercedes Cavallo[*]

En 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Roe c. Wade" reconoció el derecho de las mujeres a interrumpir el embarazo en las primeras semanas de gestación, mantuvo la penalización para los embarazos más avanzados e instituyó a los médicos como encargados de dirigir el proceso. Otros fallos y leyes en el mundo han seguido esta tradición. El paradigma penal suele estar acompañado de regulaciones que completan el marco jurídico en cada país y que dan forma a las posibilidades de las mujeres de interrumpir su embarazo.

En el derecho comparado se habla de regímenes de penalización total del aborto, de despenalización por causales, por plazos o mixtos. Pero más allá del grado de permisibilidad contemplado en las normas o la accesibilidad en la práctica, un rasgo que comparten estos regímenes es su doble marco normativo. Por un lado, normas punitivas dirigidas a mujeres y médicos como potenciales transgresores; y a jueces y fuerzas de seguridad como ejecutores del cumplimiento de la ley penal. Por el otro, regulaciones procedimentales sobre aborto legal dirigidas a médicos, en su rol dual de guardianes del orden jurídico y garantes de la provisión de la práctica de salud. Estas reglas procedimentales pueden estar contenidas en la norma penal, o en reglamentaciones específicas y accesorias.[1]

Este doble rol concedido a los médicos tiene varias implicancias. La más elemental es que las evaluaciones que realizan los profesionales de la salud para decidir si una mujer podrá interrumpir su embarazo están marcadas por la combinación de penalización y permisión. El sistema jurídico espera, entonces, que los médicos garanticen la seguridad del aborto legal –como guardianes del derecho al aborto– y, al mismo

* Agradecemos los comentarios de Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Sonia Ariza y Alma Beltrán y Puga.

1 Dado que en el derecho comparado es bastante aleatorio si se incluyen en el Código Penal o no, nos referimos a ellas por su carácter (el rol que desempeñan en el acceso al aborto) y no por su categorización contingente.

siglo veintiuno editores

tiempo, aseguren que el aborto sólo se practique bajo las condiciones y supuestos permitidos –a modo de custodios del sistema penal–. Los médicos se convierten, de esta forma, en aliados y enemigos de las mujeres, en una dinámica equívoca que siempre trae consigo algún grado de inaccesibilidad; y que se traduce en sobrerregulación de los servicios de aborto, arbitrariedad en la certificación de una causal o determinación de tiempo de gestación, denuncia penal, quebrantamiento de la confidencialidad, abuso de la objeción de conciencia, resistencia a incorporar avances científicos que simplifiquen la práctica, concentración del poder en ginecólogos y obstetras en desmedro de otros profesionales de la salud, entre otras barreras.

Si bien estas regulaciones, que llamaremos "regulaciones basadas en los médicos", pueden sobrevivir al paradigma penal, lo cierto es que surgieron y se desarrollaron bajo su sombra. Y persisten incluso en los regímenes más liberales. En efecto, aunque son prototípicas del modelo de causales predominante en América Latina, estas normas imperan también en regímenes de aborto a demanda o en los mixtos, como sucede en buena parte de Europa y los Estados Unidos, o incluso en Canadá donde el aborto voluntario no está penalizado bajo ninguna de sus formas.

En este capítulo nos centramos en las regulaciones basadas en los médicos, es decir, normas legales o infralegales que les adjudican la competencia para determinar cuándo el caso de una mujer califica para un aborto permitido por ley y en qué condiciones se realizará la interrupción del embarazo. Argumentamos que estas regulaciones lesionan el principio de libertad, en su formulación de principio de legalidad y autonomía en relación con la igualdad y no discriminación de las mujeres. También, con base en el principio de legalidad y no discriminación, defendemos la despenalización total del aborto. Sostenemos que no hay una forma legítima o respetuosa del derecho constitucional para vigilar y aplicar una norma penal y, al mismo tiempo, hacer efectivo el derecho al aborto reconocido a las mujeres.

El capítulo se divide en tres secciones. En la primera, describimos los modelos de regulación jurídica del aborto en el derecho comparado, y destacamos el predominio del paradigma penal y el encuadre centrado en los médicos.

En la segunda sección, desarrollamos las regulaciones basadas en los médicos desde sus objetivos jurídico-penales y apuntamos a una de las justificaciones de estas regulaciones: la tarea concedida a los médicos de vigilar el cumplimiento de la penalización. En concreto, sostenemos que estas normas imponen requisitos como la verificación de la causal, que se traducen, indefectiblemente, en una violación del principio de lega-

siglo veintiuno editores

lidad en la medida en que obstruyen el franco ejercicio de una libertad (aborto permitido) concedida por el derecho. Nos servimos del precedente de la Corte Suprema de Canadá "R. c. Morgentaler" (1988) como paradigma alternativo al dominante de la penalización, para mostrar los problemas del uso del derecho penal. Afirmamos que una vez que se acepta que la prohibición absoluta del aborto viola los derechos de las mujeres, es factible utilizar el principio de legalidad para argumentar, como en "Morgentaler", que el Estado no puede implementar el acceso al aborto legal mediante regulaciones que operen como barreras y frustren las expectativas ofrecidas por el propio derecho. Dado que cualquier modalidad para asegurar la norma penal operará siempre como un obstáculo (porque su objetivo es impedir que se practiquen abortos ilegales), la despenalización del aborto es el resultado necesario de una aplicación honesta del principio de legalidad.

Por último, en la tercera sección, criticamos las regulaciones basadas en los médicos desde la perspectiva de sus objetivos sanitarios, es decir, desde la justificación de la salud de las mujeres. Nos enfocamos en la desconexión existente entre la forma en que estas regulaciones prescriben la "mejor" atención del aborto (usualmente aborto quirúrgico) y las prácticas actuales para interrumpir el embarazo preferidas por muchas mujeres (aborto con medicamentos/pastillas), pues perpetúa el legado de la penalización y desconoce la agencia de las mujeres.

siglo veintiuno editores

EL TRIUNFO DEL PARADIGMA PENAL EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación jurídica del aborto podría emplear o no el derecho penal, pero lo cierto es que la mayoría de las jurisdicciones aún lo utiliza. De manera habitual se habla de cuatro modelos: el "modelo de penalización total", que criminaliza el aborto sin excepción; el "modelo de causales" o "indicaciones", que despenaliza el aborto cuando concurren ciertos supuestos (por ejemplo, riesgo para la salud de la mujer); el "modelo de aborto a demanda", que despenaliza el aborto a demanda de la mujer según el criterio tiempo de gestación (por lo general durante el primer trimestre del embarazo); y el "modelo mixto", que combina el criterio temporal con el de causales. Fuera del paradigma penal, se recurre a normas sanitarias específicas o reglas de ética profesional de la medicina, entre otras.

Mientras que en la mayoría de países de América Latina, África, Medio Oriente y Sudeste Asiático rige el modelo de causales, en Europa, los

Estados Unidos, Oceanía y Asia Central prevalece el modelo mixto.[2] Sólo unos pocos países abandonaron el derecho penal: Canadá, China y, recientemente, dos jurisdicciones australianas, el Territorio de la Capital Australiana y Victoria.

Las regulaciones basadas en los médicos son un orden normativo complementario al derecho penal. En el modelo de causales su presencia es patente. Típicamente, cuando las leyes conceden la permisibilidad del aborto en caso de riesgo de vida o de la salud, otorgan una amplia discreción a los médicos para decidir si se cumple la "excepción de la criminalización". Como advierte Kristin Luker (1985), "no hay leyes que definan precisamente cuándo la vida de una mujer está en juego: por ejemplo, ¿la amenaza debe ser inmediata o puede ser a largo plazo?". La autora sugiere que la ambigüedad del término "vida" fue deliberada; "vida" podría significar vida física en sentido estricto (vida o muerte), o vida social, emocional e intelectual de una mujer (vida digna) (Luker, 1985). El problema es que la mayoría de los médicos desdeña la complejidad de las vidas de las mujeres y el impacto que tiene un embarazo no deseado en la vida de una mujer (Borgmann, 2009; Bergallo y Ramón Michel, 2016).

Algunas jurisdicciones conceden a los médicos el poder de verificar si las mujeres iniciaron una acción penal en los casos de violación, o demandan la denuncia penal para habilitar la práctica. Esta clase de requisitos sugiere que las regulaciones están diseñadas para proteger a los médicos de potenciales acciones penales en su contra, y no para garantizar el bienestar de las mujeres. Este es uno de los costos del paradigma penal: desfigura los objetivos de las regulaciones sanitarias.

Pero la delegación de poder a los médicos no es un rasgo exclusivo del modelo de causales. Los regímenes de aborto a demanda o mixtos (calificados como los más liberales) también contemplan regulaciones centradas en los médicos, sea en su legislación primaria (que define el estatus jurídico del aborto) o en las regulaciones (procedimentales) que determinan el acceso a la práctica.

Uruguay es un típico caso de modelo mixto con regulaciones basadas en los médicos. En 2012, se convirtió en el primer país de América del Sur en despenalizar el aborto hasta las doce semanas. De acuerdo con los términos de la Ley 18 987, "la interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada […] para el caso que la mujer cumpla con *los requisitos que se establecen en los artículos siguientes* y se realice durante las primeras

2 Véase Center for Reproductive Rights (CDR),World Abortion Laws, 2017, disponible en <worldabortionlaws.com/map>.

siglo veintiuno editores

doce semanas de gravidez" (art. 2). Pese a este avance, el marco jurídico acogió estrictas regulaciones basadas en los médicos. En primer lugar, el aborto está despenalizado en los plazos, supuestos y condiciones determinados, pero mantiene la criminalización cuando se realiza fuera de tales circunstancias, y son entonces aplicables las penas del Código Penal de 1938 (Correa y Pecheny, 2016). En segundo lugar, la presencia de los profesionales de la salud no se redujo, como queda de manifiesto en la exigencia de un equipo interdisciplinario. En tercer lugar, asigna un papel central al ginecólogo. En cuarto lugar, estipula que los abortos legales sólo podrán proveerse en las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud y, por tanto, quedan descartadas como opciones legales los servicios de organizaciones no gubernamentales o la autoadministración de un aborto con medicamentos. En quinto lugar, exige la consulta a un equipo de tres personas y un tiempo de espera obligatorio que "presupone y sugiere dudas en cuanto a la capacidad ética de las mujeres para decidir por sí solas sobre su vida reproductiva" (Correa y Pecheny, 2016: 60). Por último, tras un fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se reconoce un derecho a la objeción de conciencia a todos los profesionales de la salud.[3]

Lo que sugiere el caso uruguayo, a contrapelo de lo que en general se dice y proponen las clasificaciones del derecho comparado, es que con independencia del modelo de despenalización adoptado, hay marcos jurídicos centrados en las mujeres y otros basados en los médicos, según se coloque el poder de decisión en uno o en otro, según quién tenga la última palabra, según qué roles y en qué instancias participen los médicos y la densidad de los requisitos para que un aborto sea calificado como legal. Y esto no puede deducirse sin más de distinguir entre modelos de plazos, causales y mixtos. Naturalmente, según la combinación de regulaciones, el poder de decisión transferido a agentes externos (por lo general el médico, pero también puede ser un comité, un juez, tutores, curadores, etc.) puede volver a las mujeres pero siempre reconfigurado.

Sin duda hay regulaciones más deferentes a la decisión de cada mujer. Por ejemplo, en Suecia la capacidad de la mujer está protegida por una limitación del poder médico (Jones y Henshaw, 2002) mientras que en los países latinoamericanos una mujer debe someterse al escrutinio, más

3 Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), "Alonso, Justo y otros c. Poder Ejecutivo", acción de nulidad, nº 586, resuelto el 11/8/2015.

siglo veintiuno editores

o menos arbitrario, más o menos ético, de los médicos encargados de certificar el riesgo para la salud, una malformación fetal, etc.[4]

En Panamá, por ejemplo, según dicta el texto legal, es necesaria la intervención de un comité interdisciplinario que determine el riesgo de la vida y realice la instrucción sumarial para la causal violación (Ramón Michel, 2011). Pero también ocurre en otras regiones. En Albania, donde se contempla un modelo mixto, una comisión de salud formada por tres profesionales tiene la tarea de autorizar los abortos terapéuticos (Ley 8045, 1995). De modo similar, en Bosnia y Herzegovina los abortos después de las diez semanas deben autorizarse por una comisión multidisciplinaria.[5] En Dinamarca, la misma ley que establece un régimen de causales amplísimo dispone el funcionamiento de comités encargados de permitir los abortos en adolescentes y mujeres con discapacidad intelectual, así como los embarazos que superen las doce semanas.[6] Todas estas leyes son de mediados de 1990 en adelante; las de Bosnia y Herzegovina y Dinamarca en particular son de 2008.

Mientras tanto, en Inglaterra, el país donde posiblemente el régimen de causales se implementa de forma más amplia y efectiva, la normativa exige la certificación de la causal por dos médicos registrados. El requisito es que los profesionales formen su opinión de "buena fe". Estos pueden, así, negarse a certificar por falta de certeza acerca de lo que es "buena fe", o pueden excusarse alegando que no tienen suficientes pruebas para certificar de buena fe, ya que la justicia ha establecido, por ejemplo, que la sola opinión del primer profesional no es suficiente.

siglo veintiuno editores

LOS MÉDICOS COMO CUSTODIOS DE LA PENALIZACIÓN

El aborto desregulado penalmente es un derecho de las mujeres fundado en su derecho a la igualdad y no discriminación. Las mujeres son las únicas que pueden quedar embarazadas y, por ende, las únicas pasibles

4 Véanse GIRE (2016), Bohórquez Monsalve y Castro González (2016), Bergallo (2010, 2016), Cartabia (2014), Galli (2012), CIDH (178/15), Campoverde Vera (2016), Peña de Fago y Cárdenas (2011), Garay Zarraga (2016), Ramón Michel (2012). Véase además "Comunicado de prensa sobre caso Mainumby", *Amnistía Internacional*, 22 de octubre de 2015, disponible en <amnesty.org.py>.

5 "Law on the Conditions and Procedures for Abortion", 20/3/2008, que reemplaza a la Ley de 1977 de la ex Yugoslavia.

6 Ley 350 (1973). Reformada por Ley 389 (1995) y LBK 95 (2008).

de sanción penal. Este no es un aspecto trivial ni pude salvarse con la asunción contrafáctica de que si fueran los varones los que se embarazaran, la norma penalizadora regiría igual; eso equivaldría a ignorar que el objetivo de la norma no es la protección del feto, sino el control coactivo de un tipo de sexualidad femenina "desviada" que contraría uno de los elementos tradicionales de la categoría de mujer: ser y querer ser madre (Cavallo y Keller, 2018).

Como mostramos, prácticamente todos los países recurren a la ley penal para lidiar con el aborto, lo que afecta su carácter de derecho de las mujeres, también reconocido por la ley. La penalización pasa a ser la perspectiva desde la cual se piensan, se regulan y se resuelven de manera institucional los abortos. En esta sección desarrollamos un argumento liberal sencillo pero poco explorado, inspirado en el precedente canadiense "R. c. Morgentaler", que sostiene que el aborto permitido por ley es una libertad basada en el principio de legalidad.

El principio de legalidad es una garantía fundante del Estado de derecho, que atraviesa todas las áreas porque representa los límites del poder público sobre los habitantes de un país. Si bien puede tomar diferentes formulaciones, en el ámbito penal es conocida en su acepción de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Es decir, la idea de que sólo puede aplicarse una pena (o iniciarse una investigación) fundada en una ley anterior al hecho del proceso. Esto equivale a declarar que todas aquellas conductas que el sistema jurídico no prohíbe (o que, de hecho, expresamente autoriza, como el aborto no punible) están permitidas. De modo que, desde el momento en que una conducta está permitida, al menos en términos generales, surge una libertad como garantía de protección para su ejercicio. Este razonamiento, aplicado al caso del aborto permitido (al margen de si se trata de un sistema de causales, a requerimiento o mixto) lo convierte en una libertad. Esta libertad, a su vez, activa el marco clásico de protección de derechos contra la interferencia ilegítima del Estado o de terceros. Aquí argumentamos que toda regulación dirigida a hacer cumplir la ley penal es una regulación obstructora del ejercicio de una libertad. Es decir, es ilegítima, porque viola el principio de legalidad.

siglo veintiuno editores

"R. C. MORGENTALER"

Canadá no regula el aborto penalmente, sino a través del Código de Salud. Pero esto no fue siempre así. Antes de 1988, la sección 251 del Código Penal lo despenalizaba sólo de manera parcial en caso de riesgo para la vida o la salud de la mujer, y preveía un complejo procedimiento

administrativo en hospitales acreditados y una certificación escrita de un comité de aborto terapéutico.

En 1988, el Dr. Henry Morgentaler y dos colegas más, quienes tenían una clínica de abortos en Toronto, solicitaron que se declarase inconstitucional la sección 251 del Código Penal, pues violaba la sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (en adelante "la Carta"). En un fallo dividido, cinco votos contra dos, la Corte Suprema de Canadá dictó sentencia en "R. c. Morgentaler".[7] Allí, la mayoría afirmó que la sección 251 del Código Penal vulneraba el derecho a la "seguridad de la persona" (sección 7 de la Carta) ya que limitaba el efectivo acceso de las mujeres al aborto cuando su salud o vida estaban en riesgo; y sostuvo que esa vulneración no podía justificarse en la sección 1 de la Carta que permite el balance de derechos de acuerdo con los "principios fundamentales de justicia".

Concretamente, el tribunal argumentó que la evidencia ofrecida sugería que el procedimiento para acceder al certificado expedido por los comités de aborto terapéutico se implementaba de forma desigual a lo largo del país, situación problemática dado que el certificado no sólo acreditaba la presencia de la causal, sino que, principalmente, constituía una defensa penal para las mujeres y los médicos en caso de que recayera sobre ellos un intento de persecución penal por aborto ilegal. En otras palabras, tener el certificado era prueba de que el aborto se había practicado en condiciones de legalidad. También la Corte opinó que el procedimiento fijado en el Código Penal causaba demoras en la provisión del servicio, y lo convertía básicamente en injusto, por exigir a las mujeres que arriesgaran su salud o su vida para cumplir con la ley.

Los jueces Dickson y Lamer fallaron de manera concurrente y sostuvieron que el derecho a la "seguridad de la persona" de la sección 7 abarcaba la protección contra la interferencia indebida del Estado en la integridad física y psicológica. En su opinión, la sección 251 del Código vulneraba este derecho por dos motivos: por un lado, porque la exigencia de continuar un embarazo, con excepción de que cumpla con criterios ajenos a las propias necesidades de cada mujer, constituía un interferencia grave e indebida en sus cuerpos; por otro lado, porque las demoras causadas por los procedimientos requeridos por esa norma aumentaban el riesgo de daños físicos y/o psicológicos. Dickson y Lamer fueron más allá y estimaron que esto no podía salvarse con la aplicación de los principios de justicia fundamental, porque la defensa penal que

siglo veintuno editores

7 "R. c. Morgentaler", [1988] 1 SCR 30.

implicaba el certificado otorgado por el comité de aborto era tan difícil de obtener que se volvía ilusoria. Asimismo, argumentaron que el criterio para determinar el riesgo para la salud era vago, lo que alimentaba la arbitrariedad por parte de los comités de aborto terapéutico encargados de certificar tal peligro. Por lo tanto, las mujeres no podían predecir si el comité aprobaría su solicitud, lo cual les provocaba estrés y daño psicológico. Además, Dickson y Lamer indicaron que la sección 251 era "manifiestamente injusta", pues imponía demasiadas barreras potenciales para el acceso al aborto, como, por ejemplo, la imposibilidad de que efectores sanitarios de menor escala pudieran ofrecer el servicio.

Los jueces Beetz y Estey también votaron de forma concurrente y resolvieron que la norma era inválida. Estimaron que la "seguridad de la persona" incluye la protección contra la interferencia estatal cuando la vida o la salud están en riesgo, lo que en el ámbito del derecho penal se traduce a la amenaza de sanción penal. En este sentido, la seguridad de la persona se vulneraba cuando la ley forzaba a las mujeres a elegir entre cometer un crimen o recibir un servicio de salud inadecuado. Para estos jueces, los requerimientos procedimentales del Código Penal eran "manifiestamente injustos", pues generaban una demora significativa en el acceso al aborto. Lo peculiar es que los jueces no argumentaron que la seguridad se veía afectada por la criminalización del aborto, o porque se requiriera una segunda opinión, o porque la concepción de "salud" fuera vaga, sino porque el procedimiento para certificar el aborto permitido (que en última instancia constituía una defensa penal) era de imposible cumplimiento y, por tanto, inaccesible de forma equitativa. Es decir, se violaba el principio de legalidad y el derecho de defensa.

La jueza Wilson también se decidió por la inconstitucionalidad de la sección 251. Estimó que la ley penal no sólo violaba la seguridad de la persona, sino también la libertad y la libertad de conciencia. En relación con la libertad, sostuvo que abarcaba el ejercicio de la autonomía personal respecto de determinaciones que afectan la vida privada, y consideró que la decisión de interrumpir un embarazo tiene profundos efectos psicológicos, económicos y sociales para las mujeres. El Código Penal no reconocía a las mujeres la capacidad de tomar una determinación personal y privada, como es la de abortar, sino que transfería esa facultad a los comités que disponían según criterios ajenos a las prioridades o aspiraciones de las mujeres embarazadas. En lo que concierne a la seguridad de la persona, consideró que la libertad de las mujeres para reproducirse terminaba, bajo esta norma penal, sujeta al control del Estado; se trataba de una interferencia en la integridad física de las mujeres, quienes se convertían en un medio para un fin, lo que frustra-

siglo veintiuno editores

basu dignidad, circunstancia injustificable bajo los principios de justicia fundamental establecidos en la Carta.

NUESTRO ARGUMENTO INSPIRADO EN "R. C. MORGENTALER"

El argumento de "R. c. Morgentaler" puede modelizarse de la siguiente forma:

1. una vez que el aborto está permitido por ley, se convierte en una libertad de las mujeres derivada del principio de legalidad;
2. la fijación de instancias procedimentales para verificar que el aborto se realice sólo en los supuestos permitidos por ley implica, en la práctica, una barrera fulminante al ejercicio de esta libertad;
3. la obstrucción estatal al ejercicio de una libertad es ilegal;
4. dado que no existe otro mecanismo legítimo y respetuoso de los derechos de las mujeres para verificar la existencia de las condiciones prescriptas por ley, el aborto debe despenalizarse de forma total.

siglo veintiuno editores

La originalidad de "Morgentaler" radica en que buena parte de los argumentos de inconstitucionalidad de la norma penal están basados en los problemas generados por su implementación, y en el impacto negativo que produce en el ejercicio de la libertad reconocida por la ley a las mujeres. Pese a sus ya casi tres décadas, este fallo continúa siendo novedoso. Se trata del único precedente que decidió la despenalización total del aborto sin cuestionarla de manera directa, sino apuntando a las regulaciones administrativas para hacerla efectiva. Según la opinión de la Corte canadiense, el poder legislativo podía limitar la autonomía de las mujeres para interrumpir su embarazo en algunos casos, pero lo que no podía hacer era instrumentar dicha regla de forma tal que impidiera el ejercicio de una libertad otorgada por ley. En otras palabras, si existe un permiso para abortar, la regulación no puede ser tal que imposibilite ejercer ese permiso dado el principio de legalidad (o "la seguridad jurídico-penal").

Lo que se desprende de "Morgentaler" es que la penalización o despenalización parcial del aborto, ya sea a través de un modelo de indicaciones o mixto, indefectiblemente requerirá de procedimientos administrativos o penales para verificar su permisibilidad. Esa instancia previa, en el mejor de los casos, involucrará a un solo médico y, en el peor de los

casos, comités interdisciplinarios, incluso revisión judicial. En todos los casos, estas circunstancias provocarán una o varias interferencias ilegítimas del Estado en el ejercicio de una libertad.

No obstante, como advierte Erdman (2007: 1094) "la despenalización del aborto [en Canadá] no ha garantizado ni su disponibilidad ni su accesibilidad como un servicio de salud integrado y financiado públicamente", pues las restricciones pueden perdurar en distintos frentes, incluso cuando se abandona la penalización. De ahí la importancia de prestar atención a las regulaciones procedimentales, que por largo tiempo han seguido un patrón: están centradas en los médicos y no en las mujeres.

LOS MÉDICOS COMO GUARDIANES SANITARIOS DEL DERECHO AL ABORTO

siglo veintiuno editores

En todos los países donde se amenaza penalmente a las mujeres por aborto, las regulaciones basadas en los médicos tienen un doble objetivo: hacer cumplir la ley penal y asegurar un determinado estándar sanitario para los casos permitidos.

La regulación de la reproducción de las mujeres está conectada a tres tradiciones: las políticas pro natalistas, la desconfianza hacia la capacidad moral de las mujeres para tomar decisiones, y la percepción como "servidoras", que se redimen social y religiosamente al entregarse como esposas y madres devotas (Abrams, 1995). Estas tradiciones han fomentado una ambivalencia hacia las mujeres que impactó en las formas en que el derecho y las políticas les han reconocido autonomía reproductiva. Y son las mismas que legitiman la centralidad de los médicos en el contexto del aborto.

Las regulaciones basadas en los médicos pretenden justificarse por razones de salud: son los médicos los que garantizan que el aborto sea seguro y efectivo. No obstante, varios rasgos de estas normas, y por tanto su justificación sanitaria, están desfasados respecto de los avances en tecnologías reproductivas, generan restricciones innecesarias en el acceso al aborto seguro, dificultan la participación de profesionales de la salud no médicos, entre otros problemas. En este trabajo, nos concentraremos en la brecha que existe entre las regulaciones sobre aborto y las opciones ofrecidas por las tecnologías reproductivas; concretamente, el aborto con medicamentos.

EL ABORTO CON MEDICAMENTOS: DEJAR ATRÁS EL QUIRÓFANO

El aborto con medicamentos consiste en el uso de un fármaco o una combinación de fármacos (misoprostol y mifepristona) para terminar el embarazo. Se trata de un método alternativo o combinable al quirúrgico. Cuando el misoprostol se utiliza desde el momento en que una mujer pierde su período, hasta sesenta y tres días desde el primer día del último período menstrual, es seguro y hasta un 98% efectivo (Organización Mundial de la Salud –OMS–, 2012). El misoprostol es un medicamento esencial desde hace más de veinte años (OMS, 2012). También la mifepristona está incluida en la lista de medicamentos esenciales de la OMS y desde su descubrimiento en los años ochenta se ha confirmado una altísima efectividad para la interrupción del embarazo (Trussell y Ellertson, 1999; Fjerstad y otros, 2009). La mifepristona seguida de misoprostol es el régimen más eficaz, el "estándar de oro", aunque ambos son eficaces de modo individual según dosis y tiempo de gestación, etc.

El método con medicamentos se expandió y ha cambiado la práctica del aborto así como la experiencia y posibilidades de muchas mujeres (Ramón Michel y Ariza, 2017). En lugares donde el aborto es legal, amplió las opciones. Allí donde el aborto es ilegal o está restringido, ofrece a muchas mujeres un medio seguro, privado y efectivo para la terminación temprana de un embarazo. Además, en los sitios donde está disponible, para las mujeres redujo la dependencia de los sistemas médicos, lo que les proporciona una mayor autonomía y control sobre sus decisiones reproductivas.[8]

Desde la década de 1980, las mujeres en América Latina han recurrido al misoprostol para abortar de manera segura pese a la falta de aprobación de este medicamento (Zamberlin y otros, 2012; Espinoza y otros, 2002; Barbosa y Arilha, 1993). Junto con la difusión de boca en boca, en los últimos años las mujeres de la región obtuvieron información de Internet, a través de materiales impresos, encuentros cara a cara, telemedicina y líneas telefónicas directas, la mayoría sostenida por colectivos feministas (Ramón Michel y Ariza, 2017).

Pero el aborto con medicamentos no sólo ha significado una estupenda opción para las mujeres (Lafaurie y otros, 2005; Ho, 2006; Teal y otros, 2009); los profesionales de salud también han encontrado ventajas en este método. Pueden brindar información para ayudar a las mujeres

8 B. Winikoff y W. Sheldon, "Uses of Medicine Changing the Face of Abortion", *Guttmacher Institute*, 6 de septiembre de 2012, disponible en <www.guttmacher.org>.

siglo veintiuno editores

a abortar de modo seguro en contextos restrictivos, pueden, en la provisión de abortos legales, recetar o proveer la medicación, y eventualmente colocarla por vía vaginal si una mujer así lo prefiere (Dzuba y otros, 2013).[9]

Estas ventajas explican la aparición de consejerías de aborto en servicios de salud a lo largo de América Latina, y la incipiente atención en centros de salud de primer nivel. Las consejerías de aborto tienen sus orígenes en contextos criminalizados y están a cargo de organizaciones de mujeres y el movimiento por el derecho al aborto. Las surgidas en América Latina, de modo similar a las estadounidenses, responden a, por lo menos, dos enfoques y objetivos diferentes. Joffe (2013) explica que durante la década del setenta en los Estados Unidos emergieron dos modelos de asesoramiento. Uno, el de incidencia y militancia, liderado por activistas feministas, que entendían su trabajo como fundamentalmente político e inseparable del movimiento de liberación de las mujeres. El otro, el modelo sanitarista, dirigido por profesionales de la salud, que enfatizaba las técnicas de asesoramiento y colocaba los sentimientos de la paciente y el deber de información en el centro de la experiencia del aborto.

Si bien comparten un núcleo de valores y objetivos –en particular la autonomía de las mujeres y el acceso a información– estos dos enfoques tienen ideologías diferentes. En América Latina, la consejería profesional paradigmática se conoce como "estrategia de reducción de daños", se implementa en contextos restrictivos y se basa en los principios de neutralidad, humanismo y pragmatismo (Erdman, 2011). Fue sembrada por Uruguay a través de la organización Iniciativas Sanitarias –lanzada en 2004 por un grupo de profesionales de la salud con el objetivo de reducir los daños causados por abortos inseguros (Briozzo y otros, 2006)– y ha sido replicada en otros países, aunque sin el apoyo gubernamental que caracterizó al proyecto uruguayo (Fiol y otros, 2012; Zamberlin y otros, 2012). Mientras tanto, las líneas telefónicas y los acompañamientos a mujeres para abortar, por parte de colectivos feministas, consideran el acceso a la información y a las pastillas una estrategia política que busca que las mujeres tengan el control de sus vidas, sus cuerpos e incluso de la práctica del aborto. En esa medida, constituyen un desafío al monopolio de los profesionales de la salud y a la regulación estatal.[10]

siglo veintiuno editores

9 Véase M. Berer, "Medical Abortion in Britain and Ireland: Let's Join the 21st Century!", *Rewire.News,* 16 de febrero de 2011, disponible en <rewire.news >.

10 Perú (por ejemplo, Colectiva por la Libre Información para las Mujeres); Ecuador (por ejemplo, Jóvenes por Despenalización del Aborto); Argentina

TRABAS LEGALES EN EL ABORTO CON MEDICAMENTOS

Al decir de Winikoff y Sheldon,[11] el aborto con medicamentos es el avance más importante en tecnología reproductiva desde el descubrimiento de la píldora anticonceptiva. Sin embargo, su disponibilidad y accesibilidad no han estado exentas de inconvenientes. En efecto, desde su aparición, el aborto con medicamentos estuvo marcado por turbulencias políticas y administrativas, lo que dificultó que se enfatizara en el uso por parte de las mujeres (o quizás esta posibilidad fue lo que generó algunas de las turbulencias) (Clarke y Montini, 1993; Berer, 1992; Hogan, 2010).

Noventa países tienen registrado el misoprostol para al menos uno de sus usos obstétricos. La situación es distinta en América Latina, donde en la mayoría de los países no está autorizado para usos obstétricos, o su aprobación y utilización están restringidas: distribución intrahospitalaria exclusiva, presentaciones institucionales exclusivas, venta con receta especial o archivada, entre otras (Ramón Michel y Ariza, 2017). Algo parecido sucede con la mifepristona. A pesar de importantes resistencias, cada vez más agencias de medicamentos la han registrado; América Latina y África continúan siendo las regiones con menor proporción de aprobaciones (Gynuity Health Projects, 2015).

Además de la falta de registro, una de las mayores dificultades son los condicionamientos que las regulaciones fijan al uso de este método. Si bien existe abundante y confiable evidencia que indica que las mujeres pueden emplearlo con seguridad fuera de los servicios de salud, gran parte de los protocolos exige que la mifepristona sea suministrada y administrada en los consultorios médicos o servicios de salud (Gold y Chong, 2015; Swica y otros, 2013). Hasta donde pudimos conocer, sólo Francia, Armenia, Georgia, Azerbaiyán, Escocia, Vietnam, Suecia y Noruega permiten a las mujeres obtener la mifepristona en los centros de salud y autoadministrársela fuera del consultorio (Memorandum 24, 2007; Gold y Chong, 2015).[12] Por su parte, Australia permite la distribu-

siglo veintiuno editores

(por ejemplo, Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto; Socorristas); Chile (por ejemplo, Red de Lesbianas y Feministas por el Derecho a la Información); Uruguay (por ejemplo, Mujeres en el Horno); México (por ejemplo, Las Libres); Venezuela (por ejemplo, Línea Aborto: Información Segura) son algunos de los países donde la organización de mujeres ha establecido líneas telefónicas, acompañamientos a mujeres para abortar, y ha producido y difundido información sobre aborto con medicamentos.

11 B. Winikoff y W. Sheldon, "Uses of Medicine Changing the Face of Abortion", cit.

12 Véanse también M. Berer, "Medical Abortion in Britain and Ireland: Let's Join the 21st Century!", cit.; y A. Furedi, "Let's make it easier to take the

ción de la mifepristona en las farmacias, lo que resulta en autorización para uso fuera del consultorio (Grossman y Goldstone, 2015).

Mientras tanto, en el resto del mundo el aborto con medicamentos es entorpecido por requisitos innecesarios. En Kazajistán, por ejemplo, a pesar de que está disponible el aborto con medicamentos, se registra un bajo empleo de tal método. Esto responde a la exigencia de que las mujeres permanezcan en el hospital hasta que termine el procedimiento, se sometan a una prueba de infecciones de transmisión sexual (ITS) y regresen para una visita de seguimiento.[13]

Los beneficios de permitir que las mujeres usen la mifepristona por fuera de los servicios de salud son varios. Como explican Gold y Chong (2015), facilitar la mifepristona en el consultorio para uso posterior (si esa es la opción que prefiere la mujer) le permitiría programar mejor su sangrado y cólicos, así como gestionar sus responsabilidades. La autoadministración de mifepristona concede mayor autonomía y privacidad. Por último, eliminar el requisito de tomar la mifepristona en el servicio de salud o consultorio médico ayuda a combatir la idea de que hay algo peligroso sobre esta droga que justifica que se utilice en presencia de un proveedor. Si existen estos beneficios, ¿por qué es tan frecuente esta falsa noción sobre el aborto con medicamentos? Según Gold y Chong (2015), son varios los factores intervinientes. Primero, muchos proveedores (incluso mujeres) siguen creyendo que el aborto es riesgoso, y, por lo tanto, que las mujeres deben ser supervisadas durante el proceso, pues "no podrán manejarlo" por su cuenta. Además, varios todavía consideran que el aborto con medicamentos es un "procedimiento" que debe ser "hecho" por un proveedor, cuando en realidad es un tratamiento con medicación. En tercer lugar, una gran cantidad de profesionales están desactualizados, y hay guías clínicas y asociaciones profesionales que se mantienen en silencio o demoran en adaptar recomendaciones según las nuevas evidencias.[14] Por último, los mecanismos de distribución y dispensación de la mifepristona que generan confusión sobre lo que es y no es permisible, sumado al ambiente contencioso en que se realiza el aborto, ocasiona que muchos profesionales se muestren reacios a hacer

siglo veintiuno editores

abortion pill", *Spiked*, 13 de enero de 2011, disponible en <www.spiked-online.com>.

13 B. Winikoff y W. Sheldon, "Uses of Medicine Changing the Face of Abortion", cit.

14 Véanse la American College of Obstetricians y la National Abortion Federation's Clinical Policy Guidelines; la International Planned Parenthood Federation y su First Trimester Abortion Guidelines and Protocols.

algo fuera de lo establecido, incluso cuando en otras prácticas suelen seguir indicaciones *off label*.

Las resistencias a que la práctica del aborto se simplifique (incluso el espanto moral de que el aborto sea una práctica relativamente sencilla) y las restricciones contenidas en las regulaciones que insisten en el aborto institucional quedan ilustradas en la telemedicina. La telemedicina para aborto fue popularizada por Women on Web, que desde 2006 ofrece sus servicios a miles de mujeres de al menos ochenta y ocho países (Gomperts y otros, 2008; Larrea y otros, 2015). En Brasil (Gomperts y otros, 2014), Canadá (Willow Women's Clinic) y los Estados Unidos se avanzó con esta tecnología para acompañar a mujeres en zonas rurales, suburbanas, o donde el acceso a las clínicas está restringido, y se registró un 93% de efectividad entre las mujeres que la emplearon (Grossman y otros, 2011; Chong y otros, 2015; Gomperts y otros, 2008).

Estas iniciativas de telemedicina también se encontraron con barreras. En los Estados Unidos, diecinueve estados impiden de manera legal la telemedicina porque se exige que los médicos estén en presencia física de la paciente cuando prescriben medicamentos que inducen el aborto.[15] Algunos estados incluso desafiaron los lineamientos desactualizados de la Food and Drug Administration (FDA) que exigen que los médicos administren la mifepristona en el consultorio, y que las mujeres regresen luego para que se les aplique el misoprostol (Gold y Chong, 2015; Nash y otros, 2015).

Estas resistencias no se limitan a los Estados Unidos. En Gran Bretaña, por ejemplo, el aborto es legal bajo el modelo de causales y está ampliamente disponible desde la ley de 1967. La ley prescribe que un "médico registrado […] debe llevar adelante cualquier método de terminación del embarazo". En febrero de 2011, un juez rechazó una demanda planteada por el British Pregnancy Advisory Service (BPAS) contra la autoridad sanitaria nacional ("BPAS c. Secretary of State for Health", 2011). La demandante argumentaba que la exigencia de la ley de 1967, que establece que el aborto se realice en el hospital, debía modificarse para permitir que las mujeres administren la dosis final de la píldora para el aborto en sus casas. El juez denegó la solicitud pero, sobre la base de la evidencia proporcionada por BPAS, sugirió al gobierno que actualizara la regulación que databa de cuando todos los abortos seguros debían ser quirúrgicos.

15 Guttmacher Institute, "State Facts About Abortion: Utah: National Background Context", disponible en <www.guttmacher.org>.

siglo veintiuno editores

Según la ley inglesa, el tratamiento para embarazos de hasta nueve semanas requiere que la mujer tome mifepristona delante del profesional, y regrese veinticuatro o cuarenta y ocho horas después para el misoprostol, que se inserta en la vagina o bucalmente. Luego, deberá esperar unas cinco horas para que el aborto ocurra en la clínica (si tiene las instalaciones) o regresar a su casa; en ocasiones, según las distancias, sangrará en el camino.[16] Como Ann Furedi de BPAS explicó, el cambio habría permitido a los médicos entregar la medicación a la mujer para que la utilizara en su casa: "En nuestra experiencia esto es lo que la mayoría de las mujeres quieren. Sólo excepcionalmente las mujeres desean quedarse en la clínica durante un número impredecible de horas hasta que el aborto se complete". Y añadió: "Es incorrecto comprometer el cuidado de las mujeres debido a restricciones innecesarias impuestas por funcionarios que temen las críticas de quienes se oponen al aborto en sí mismo".[17]

Las restricciones al uso de medicamentos no terminan ahí. Existen protocolos sanitarios y registros que limitan el uso del misoprostol y la mifepristona a determinada edad gestacional, sin actualización conforme las nuevas investigaciones. Este es el caso de los Estados Unidos, donde la etiqueta actual aprobada por la FDA para la mifepristona limita su uso hasta los cuarenta y nueve días de gestación, indica una dosis de 600 mg (más alta que la recomendada según la mejor y más actualizada evidencia), prohíbe su venta en las farmacias y requiere que las pacientes realicen al menos tres visitas al consultorio para recibir los medicamentos y completar un seguimiento extenso (Gold y Chong, 2015). Pese a que la seguridad y la eficacia de los regímenes actualizados para el aborto con medicamentos son claras, algunos estados exigen que los proveedores sigan este protocolo de la FDA, lo que restringe el acceso al aborto seguro (Cleland y Smith, 2015). Algunos de estos casos llegaron a los tribunales y arrojaron resultados disímiles. Por ejemplo, en Oklahoma se promulgó una medida que manda a seguir el desactualizado lineamiento de la FDA, pero una acción judicial suspendió su aplicación. Otro caso similar en Arizona está aguardando decisión de la Corte Suprema. Del otro lado, un tribunal federal de apelaciones confirmó una ley afín en Texas y lo mismo hizo la Corte Suprema de Dakota del Norte (Nash y

XXI siglo veintiuno editores

16 M. Berer, "Medical Abortion in Britain and Ireland: Let's Join the 21st Century!", cit.

17 A. Furedi, "Let's make it easier to take the abortion pill", cit.

otros, 2015). En 2016, la FDA actualizó el protocolo de mifepristona que incorpora un régimen que parece ofrecer ventajas a las mujeres.[18]

Otras restricciones, como la distribución exclusiva dentro de los servicios de salud y exigencias de visitas médicas postuso, ponen de relieve lo complejo del ambiente regulatorio necesario para expandir el acceso al aborto seguro y sugieren las resistencias gubernamentales para alinear las medidas a la evidencia disponible (Gold y Chong, 2015; Dzuba y otros, 2013; Cleland y Smith, 2015; Grossman y Goldstone, 2015).

Muchas de las leyes que despenalizaron de manera parcial el aborto surgieron entre 1920 y 1970, años en que el método más seguro para interrumpir un embarazo era el quirúrgico practicado por un profesional entrenado y con la infraestructura e insumos adecuados. Esto explicaría, al menos en parte, las exigencias "basadas en los médicos" para etiquetar como legal la práctica. Pero es una explicación incompleta. Hay leyes y otras regulaciones sancionadas recientemente (por ejemplo la ley uruguaya, el protocolo peruano, o las normas ya mencionadas de Dinamarca y Bosnia y Herzegovina) que insisten en esta sobrerrepresentación médica. Además, la mayoría de las regulaciones de aborto son, a diferencia de las leyes penales, administrativas, y por tanto modificables de un modo más dinámico y atento a la actualización de las novedades y transformaciones en la práctica. El cambio no es algo ajeno a las normativas sanitarias, sino todo lo contrario. Sin embargo, las regulaciones sobre aborto han corrido otra suerte, la de la necia perdurabilidad.

Estos desfases tecnológicos, prácticos y de organización de servicios de salud generan no sólo restricciones a una praxis que podría ser mucho más sencilla, sino problemas penales concretos. El caso de Jennie Linn McCormack es un testimonio de algunos de estos problemas.

A finales de 2010, McCormack, una mujer desempleada de Idaho a cargo de tres hijos, quedó embarazada y decidió usar la mifepristona que su hermana compró por Internet.[19] Afirmó que "no tenía tiempo ni recursos para buscar un aborto en una de las clínicas legalmente autorizadas de Idaho" (en el 97% de los condados de Idaho no hay clínicas que provean abortos).[20] Tras una denuncia anónima, en enero de 2011, la policía encontró restos fetales en una caja y McCormack fue acusada

siglo veintiuno editores

18 Guttmacher Institute, "State Facts About Abortion: Utah: National Background Context", cit.

19 N. Hass, "The Next Roe v. Wade?: Jennie McCormack's Abortion Battle", *Newsweek*, 12 de diciembre de 2011, disponible en <www.newsweek.com>.

20 M. Jewitt, "The case we need", *Duke Chronicle*, 16 de septiembre de 2016, disponible en <www.dukechronicle.com>.

penalmente. El caso planteó algunas preguntas incómodas y fundamentales: ¿tiene derecho una mujer a un aborto autoinducido? ¿Cuándo es viable el feto y cuándo puede sentir dolor? ¿Debe la píldora abortiva ser prescripta por los médicos para que las mujeres induzcan su aborto? Más aún, ¿deberían poder comprarlas por Internet y usarlas?

McCormack fue acusada por terminar su embarazo con píldoras de aborto. A pesar de que la mifepristona está aprobada por la FDA y el feto aún no era viable, Idaho conserva una ley de 1972 –nunca antes aplicada– que castiga el aborto inducido fuera de una clínica con cinco años de prisión y una multa de 5000 dólares. El caso finalmente fue desestimado por falta de pruebas, pero se dejó abierta la posibilidad de retomar la investigación fiscal en cualquier momento.[21]

A pesar de esquivar, por ahora, las consecuencias penales, Jennie Linn McCormack tuvo que enfrentar otros costos:

> Cuando camina por las calles de Pocatello, ciudad en el sur de Idaho, donde nació, se crió y aún vive, intenta disimular su rostro cubriéndolo con una gruesa bufanda de lana. La verdad es que no funciona. En el supermercado, la gente se detiene y la señala. En los restaurantes de comida rápida, susurran: "Es ella". En la iglesia local, ese supuesto refugio de perdón, los predicadores de fuego y azufre dedican sermones enteros a acusarla de pecado mortal.[22]

En una entrevista, McCormack expresó: "Nunca quise ser alguien público […] Esto no es una causa para mí. Simplemente no sabía qué hacer. Hice lo que pensé que era correcto para mis hijos, eso es todo".[23] El caso de McCormack no es el único en los Estados Unidos; al menos seis mujeres en los últimos años fueron procesadas penalmente por haber recurrido a un aborto autoinducido con fármacos que compraron por su cuenta (Rowan, 2015).

En Uruguay existe un caso similar. En 2012, luego de la reforma, tres mujeres y dos varones fueron procesados

siglo veintiuno editores

21 N. Hass, "The Next Roe v. Wade?: Jennie McCormack's Abortion Battle", Newsweek, 12 de diciembre de 2011, disponible en <www.newsweek.com>.
22 G. Adams, "How an Abortion Divided America", *The Independent*, 16 de febrero de 2012, disponible en <www.independent.co.uk>.
23 N. Hass, "The Next Roe v. Wade?: Jennie McCormack's Abortion Battle", cit.

> por haber practicado el aborto fuera de las condiciones habilitadas o, como en el caso del marido de la joven fallecida, por desconocer que al denunciar al médico que había realizado las maniobras abortivas se implicaba en el delito (Correa y Pecheny, 2016: 20).

El caso de las tres mujeres procesadas por el delito de aborto involucraba a una mujer de 21 años, trabajadora sexual en Maldonado, quien, con ayuda de su mamá y otra mujer, interrumpió su embarazo de forma segura. El procesamiento fue solicitado por una fiscal que argumentó que se trataba de un embarazo de cinco meses y que el aborto había sido realizado en "la clandestinidad y sin higiene".[24]

DE LAS REGULACIONES BASADAS EN LOS MÉDICOS A LAS CENTRADAS EN LAS MUJERES

Como se apuntó más arriba, el derecho comparado sugiere que tanto la ley penal como las regulaciones continúan entregando a los médicos "la autoridad", no sólo técnica sino moral; incluso cuando reconocen "el derecho al aborto a las mujeres". Este monopolio es desafiado de manera cotidiana y con fuerza creciente por grupos de mujeres que acompañan a otras a abortar con medicamentos, así como por aquellas mujeres anónimas que recurren a él en sus casas porque, como declaró McCormack, es lo que pueden hacer y lo que creen correcto.

Destacar la sobrerrepresentación de los médicos en las normas no es lo mismo que rechazar su involucramiento. Lo que defendemos es una reubicación de sus roles que atienda a la autonomía de las mujeres, su capacidad moral para decidir, las nuevas tecnologías para abortar, y la necesidad de que los servicios de aborto se concentren sobre todo en los abortos de segundo trimestre avanzado y tercer trimestre (que necesitan, en esos casos sí, de profesionales, técnicas e insumos adecuados para la seguridad de la práctica, y que hoy son un tema vacante y con graves problemas de accesibilidad, en que a menudo está en juego la vida de las mujeres). En otras palabras, los abortos autoinducidos y los abortos ambulatorios no significan negar el papel que los proveedores de salud tienen en el aborto seguro; médicos y también otros profesionales de la salud, trabajadores sociales y enfermeros son clave para mejorar las con-

24 Véase "Maldonado: dos mujeres a prisión por aborto ilegal", *El País*, 17 de marzo de 2015, disponible en <www.elpais.com.uy>.

siglo veintiuno editores

diciones de interrupción del embarazo. Nuestra posición enfatiza que la participación directa de los médicos no debería ser un requisito para la legalidad del aborto en los primeros meses del embarazo.

Entonces, el desafío es reemplazar las regulaciones basadas en los médicos por regulaciones basadas en las mujeres. Estas no sólo exigen abandonar la herramienta penal sino algo bastante razonable: que el Estado y los profesionales de la salud traten a las mujeres como agentes con capacidad moral de tomar decisiones (legítimas moralmente) y de hacerse responsables del curso de acción elegido, que incluye la interrupción de un embarazo.

REFLEXIONES FINALES

Las regulaciones del aborto aún muestran, por cada uno de sus costados, la desconfianza hacia la capacidad moral de las mujeres para tomar decisiones, la percepción que se tiene de ellas como "servidoras" y la creencia de que la falta de deseo, intención, decisión de reproducirse es una desviación femenina que pone el orden del mundo de cabeza.

La ambivalencia de considerar a las mujeres como criminales en potencia y como sujetos capaces de tomar decisiones sobre su reproducción se manifiesta también en otra ambigüedad fundamental: la de concebir el aborto como un crimen y a su vez como una práctica sanitaria. Y se traduce en la persistencia del uso del derecho penal y en lo que hemos llamado "regulaciones basadas en los médicos".

Como señalan Jaramillo Sierra y Alfonso, "el derecho es un factor que interviene en la distribución de recursos y poder y, al mismo tiempo, es un discurso que impide modificar sustancialmente dicha distribución" (2008: 198). Lo que se observa en el mundo es que en materia de aborto el derecho no se ha portado muy bien con las mujeres; incluso cuando las ha ungido con algún reconocimiento bajo un modelo de despenalización parcial, la distribución de las competencias, las restricciones y grados de autonomía han colocado a las mujeres en el rol de suplicantes o desafiantes. En efecto, la legislación penal y las regulaciones situaron a los médicos como custodios del sistema jurídico (en su faz criminal y permisiva), y contribuyeron así a definir el aborto como una "práctica que debe ser autorizada" y a generar un sinfín de dinámicas que han afectado el acceso al aborto seguro.

En este capítulo argumentamos que las regulaciones basadas en los médicos no encuentran justificación en un sistema jurídico que recono-

siglo veintiuno editores

ce la libertad, ya sea en su forma del principio de legalidad en el plano penal, o en su forma de autonomía.

Por un lado, sostuvimos que las regulaciones basadas en los médicos cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento del derecho penal son ilegítimas e inconstitucionales porque implican una intervención del Estado en el ejercicio de una libertad concedida por la ley. Así, terminan por obstruir el acceso a un servicio de salud, lo que vulnera la libertad de hacer aquello que la ley no prohíbe (y, de hecho, permite).

Por otro lado, las regulaciones basadas en los médicos, cuyo objetivo alegado es garantizar la salud de las mujeres, resultan ilegítimas y discriminatorias dado que desconocen su autonomía, degradan su capacidad para tomar decisiones sobre su salud, y muestran desidia para emplear los avances del desarrollo científico y realizar los arreglos regulatorios correspondientes.

La primera conclusión que aquí se desprende es que, ya sea por su fundamento jurídico-penal, ya sea por su fundamento sanitario, las regulaciones basadas en los médicos son inconstitucionales e ilegítimas en una sociedad democrática que respeta los principios de libertad, igualdad y no discriminación. La segunda conclusión, inspirada en el precedente canadiense "Morgentaler" (olvidado y marginado por "Roe c. Wade"), es que la imposibilidad de instrumentar regulaciones basadas en los médicos vuelve obsoleta la norma penal. Es decir, ante la falta de una forma legítima de vigilar y asegurar el cumplimiento de la ley penal, la única opción respetuosa de garantías constitucionales es la despenalización total del aborto. La tercera conclusión, y quizá la menos atendida en las clasificaciones conocidas sobre derecho comparado, es que la despenalización (parcial) del aborto no asegura por sí sola una regulación respetuosa de la autonomía de las mujeres que facilite, y no restrinja, el acceso al aborto. Se hace necesario desplazar del centro de la escena a los profesionales de la salud y poner, en su lugar, a las mujeres, las titulares, al final de cuentas, del derecho al aborto, o al menos de los cuerpos y vidas en juego. Esto implica, aunque no exclusivamente, la previsión, por parte de las regulaciones, de métodos para abortar que respondan a sus preferencias, necesidades y los adelantos tecnológicos.

Creemos que explorar esos rasgos de las regulaciones (roles asignados a médicos y mujeres, condiciones impuestas para que el aborto sea legal, etc.) y la insistencia en el paradigma penal, incluso de las leyes más flexibles, puede contribuir a redefinir las estrategias de movilización legal en América Latina, a enfocar cómo las regulaciones redistribuyen las competencias entre médicos y mujeres, e, incluso, a renovar las clasificaciones sobre derecho comparado que superen o complementen la

siglo veintiuno editores

tipología clásica de modelos de penalización absoluta, a requerimiento, de causales o mixtos.

REFERENCIAS

Abrams, P. (1995), "The Tradition of Reproduction", *Arizona Law Review*, 37: 453.

Barbosa, R. y M. Arilha (1993), "The Brazilian Experience with Cytotec", *Stud Fam Plann*, 24: 236-240.

Berer, M. (1992), "Inducing a Miscarriage: Women Centered Perspectives on RU486/Prostaglandin as an Early Abortion Method", presentado en American Society for Law and Medicine Conference, Arlington, 6-7 de diciembre, disponible en <journals.sagepub.com>.

Bergallo, P. (2010), "Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, 7: 1139-1166.

— (2016), "Litigio estratégico y derecho al aborto", en R. Cook, J. Erdman y B. Dickens, *El aborto en el derecho transnacional*, México, FCE-CIDE.

Bergallo, P. y A. Ramón Michel (2016), "Abortion", en R. Gargarella y J. Bertemeu (comps.), *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and Rights*, Farnham, Ashgate.

Bohórquez Monsalve, V. y L. Castro González (2016), "De los derechos a los hechos: diez años continuos de acompañamiento a las mujeres", en A. C. González (comp.), *Las Causales de la Ley y la Causa de las Mujeres. La implementación del aborto legal en Colombia: Diez años profundizando la democracia*, Bogotá, Mesa por la vida y salud de las mujeres.

Borgmann, C. (2009), "The Meaning of 'Life': Belief and Reason in the Abortion Debate", *Columbia Journal of Gender and Law*, 18(2): 551-608.

Briozzo, L., G. Vidiella, F. Rodríguez y M. Gorgoroso (2006), "A Risk Reduction Strategy to Prevent Maternal Deaths Associated with Unsafe Abortion", *IJGO*, 95: 221-226.

Campoverde Vera, L. (2016), "Situación de la provisión de abortos legales en los servicios públicos de salud del Ecuador", disponible en <www.clacaidigital.info>.

Cartabia, S. (2014), "El derecho a la salud y al aborto: el punto ciego", *Revista Derechos Humanos*, 3(8): 31.

Cavallo, M. y V. Keller (2018), "La criminalización del aborto o el control sobre el cuerpo de las mujeres en un Estado de derecho", en A. Ramón Michel y P. Bergallo (comps.), *La reproducción en cuestión: argumentos e investigaciones jurídicas sobre el aborto*, Buenos Aires, Eudeba.

Chong, E., L. J. Frye, J. Castle, G. Dean, L. Kuehl y B. Winikoff (2015), "A Prospective, Non-Randomized Study of Home-Use of Mifepristone for Medical Abortion in the US", *Contraception*, 92(3): 215-219.

Clarke, A. y T. Montini (1993), "The Many Faces of RU486: Tales of Situated Knowledges and Technological Contestations", *SAGE Journals*.

Siglo veintiuno editores

Cleland, K. y N. Smith (2015), "Aligning Mifepristone Regulation with Evidence: Driving Policy Change Using 15 Years of Excellent Safety Data", *Contraception*, 92(3): 179-181.

Correa, S. y M. Pecheny (2016), "Abortus interruptus: política y reforma legal del aborto en Uruguay" , Montevideo, MYSU.

Dzuba, I. G., B. Winikoff y M. Peña (2013), "Medical Abortion: A Path to Safe, High-Quality Abortion Care in Latin America and the Caribbean", *Eur J Contracept Reprod Health Care*, 18: 441-450.

Erdman, J. (2007), "In the Back Alleys of Health Care: Abortion, Equality, and Community in Canada", *Emory Law Journal*, 56: 1093-1156.

— (2011), "Access to Information on Safe Abortion: A Harm Reduction and Human Rights Approach", *Journal of Law and Gender*, 34(2): 413-462.

Espinoza, H., C. Ellertson, S. García, R. Schiavon y A. Langer (2002), "Medicamentos para la interrupción de la gestación: una revisión de la literatura y sus posibles implicaciones para México y América Latina", *Gac Med Mex*, 138: 347-356.

Faúndes, A. (2007), "Introducción", en *Uso de misoprostol en obstetricia y ginecología*, Flasog, disponible en <www.despenalizacion.org.ar>.

Fiol, V., L. Briozzo, A. Labandera, V. Recchi y M. Pineyro (2012), "Improving Care of Women at Risk of Unsafe Abortion: Implementing a Risk-Reduction Model at the Uruguayan-Brazilian Border", *IJGO*, 118: 21-27 (supl.).

Fjerstad, M., J. Trussell, I. Sivins, S. Lichtenberg y V. Cullins (2009), "Rates of Serious Infection After Changes in Regimens for Medical Abortion", *New England Journal of Medicine*, 361(2): 145-151.

Galli, B. (2012), "Los efectos de las restricciones jurídicas relacionadas a la penalización del aborto y otras barreras jurídicas al acceso de las mujeres a la salud sexual y reproductiva", IPAS.

Garay Zarraga, A. (2016), *El derecho al aborto ante la reacción patriarcal. Casos emblemáticos de la violación de los derechos humanos de las mujeres en relación al aborto en América Latina*, Mundubat, disponible en <clacaidigital.info>.

GIRE (2016), *Violencia sin interrupción*, México, GIRE.

Gold, M. y E. Chong (2015), "If We Can Do it for Misoprostol, Why Not for Mifepristone? The Case for Taking Mifepristone Out of the Office in Medical Abortion", *Contraception*, 92: 194-196.

Gomperts, R. (2012), "Regional Differences in Surgical Intervention Following Medical Termination of Pregnancy Provided by Telemedicine", *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, 91(2): 226-231.

Gomperts, R., G. Kleiverda y K. Gemzell (2008), "Using Telemedicine for Termination of Pregnancy with Mifepristone and Misoprostol in Settings Where There Is No Access to Safe Services", *BJOG*, 115: 1171-1178.

Gomperts, R., K. Van der Vleuten, K. Jelinska, C. V. Da Costa, K. Gemzell-Danielsson y G. Kleiverda (2014), "Provision of Medical Abortion Using Telemedicine in Brazil", *Contraception*, 89: 129-133.

Grossman, D. y P. Goldstone (2015), "Mifepristone by Prescription: a Dream in the United States but Reality in Australia", *Contraception*, 92(3): 186-189.

Documento editorial

Grossman, D., K. Grindlay, T. Buchacker (2011), "Effectiveness and Acceptability of Medical Abortion Provided Through Telemedicine", *Obstet Gynecol*, 118: 296-303.

Gynuity Health Proyects (2015), *Mifepristone Approved*, disponible en <gynuity.org/downloads/resources/mapmife_en.pdf>.

Ho, P. C. (2006), "Women's Perceptions on Medical Abortion", *Contraception*, 74(1): 11-15.

Hogan, J. (2010), "The Life of the Abortion Pill in the United States" , disponible en <dash.harvard.edu>.

Jaramillo Sierra, I. C. y T. Alfonso (2008), *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre.

Joffe, C. (2013), "The Politicization of Abortion and Evolution of Abortion Counceling", National Center for Biotechnology.

Jones, R. y S. Henshaw (2002), "Mifepristone for Early Medical Abortion: Experiences in France, Great Britain and Sweden", *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 34(3): 154-161.

Lafaurie, M. M., D. Grossman, E. Troncoso, D. Billings y S. Chávez (2005), "Women's Perspectives on Medical Abortion in Mexico, Colombia, Ecuador and Peru: A Qualitative Study", *Reproductive Health Matters*, 13(26): 75-83.

Larrea, S., L. Palencia, y G. Pérez (2015), "Aborto farmacológico dispensado a través de un servicio de telemedicina a mujeres de América Latina: complicaciones y su tratamiento", *Gac Sanit*, 29(3): 198-204.

Luker, K. (1985), *Abortion and the Politics of Motherhood*, California, University of California Press.

Memorandum 24 (2007), "Select Committee on Science and Technology Written Evidence: Submission from Reproductive Health Matters", UK Parliament, disponible en<www.publications.parliament.uk>

Moss, S. y D. Raines (2008), "The Intriguing Federalist Future of Reproductive Rights", *B.U. L. Rev.*, 88: 175.

Nash, E., R. B. Gold, G. Rathbum e Y. Vierboom (2015), "Laws Affecting Reproductive Health and Rights: 2014", *State Policy Review*, Guttmacher Institute.

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2012), *Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems* (2ª ed.), Génova.

Peña de Fago, A. y E. Cárdenas (2011), "Barreras judiciales al acceso al aborto legal: la intervención ilegitima de la justicia en casos de Aborto No Punible en Argentina", Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Gino Germani.

Ramón Michel, A. (2011), "Entre la acción y la espera: el acceso al aborto legal en América Latina", en O. Cabrera y X. Casas (comps.), *Los derechos reproductivos: un debate necesario: I Congreso Jurídico Latinoamericano sobre Derechos Reproductivos*, Washington, Planned Parenthood Federation of America y Promsex.

— (2012), "El fenómeno de inaccesibilidad al aborto no punible", en P. Bergallo (ed.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Del Puerto.

siglo veintuno editores

Ramón Michel, A. y S. Ariza (2017), *Entre la indolencia y el sesgo: el derecho de las mujeres a beneficiarse de los avances científicos en materia reproductiva*, Lima, Clacai.

Rowan, A. (2015), "Prosecuting Women for Self-Inducing Abortion: Counterproductive and Lacking Compassion", *Guttmacher Policy Review*, 18(3), verano.

Sheldon, S. (2016), "The Decriminalisation of Abortion: An Argument for Modernisation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 36(2): 334-365.

Swica, Y., E. Chong, T. Middleton, L. Prine, M. Gold y C. A. Schreiber (2013), "Acceptability of Home Use of Mifepristone for Medical Abortion", *Contraception*, 88: 122-127.

Teal, S., T. Harken, J. Sheeder, C. Westhoff (2009), "Efficacy, Acceptability and Safety of Medication Abortion in Low-Income, Urban Latina Women", *Contraception*, 80(5): 479-483.

Trussell, J. y C. Ellertson (1999), "Estimating the Efficacy of Medical Abortion", *Contraception*, 60(3): 119-135.

Zamberlin, N., M. Romero y S. Ramos (2012), "Latin American Women's Experiences with Medical Abortion in Settings Where Abortion is Legally Restricted", *Reproductive Health*, 21(30): S32-S36.

siglo veintiuno editores

2. La jurisprudencia constitucional sobre el aborto en México

*Alma Beltrán y Puga**

En las últimas dos décadas, las controversias sobre el aborto en México han estado en el centro de los debates constitucionales de forma directa e indirecta. En 2002 y 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó la constitucionalidad de la despenalización del aborto por razones de malformación fetal y por voluntad de la mujer hasta la decimosegunda semana del embarazo. Estas sentencias comprenden dos momentos jurídicos clave para entender la constitucionalización del aborto no sólo a nivel nacional sino también regional, pues la SCJN de México ha sido de los pocos tribunales constitucionales en América Latina que se ha pronunciado respecto de la despenalización del aborto por voluntad de las mujeres durante el primer trimestre del embarazo, en atención a la reforma penal en la Ciudad de México en 2007. La mayoría de las cortes constitucionales de América Latina lo ha hecho sobre un sistema de causales o indicaciones, en virtud de que el aborto se considera en general un delito en la región. Su nivel de permisibilidad legal varía de país en país, según condiciones establecidas en la ley penal ya sea por sistemas de plazos o mixtos, que combinan criterio temporal y/o causales legales (Bergallo y Ramón Michel, 2018; Abad Suárez Ávila, 2015).

En el contexto jurídico regional, el fallo de la SCJN de 2008 adquiere especial relevancia ya que avala los derechos reproductivos de las mujeres para interrumpir el embarazo hasta la duodécima semana de gestación mediante una argumentación basada en la libertad que tienen las legislaturas en las sociedades democráticas para despenalizar conductas. Por lo tanto, la sentencia mexicana es un precedente regional a favor de la despenalización del aborto, dictado en un país federal

* Agradezco a Paola Bergallo, Viviana Bohórquez Monsalve, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Agustina Ramón Michel por sus comentarios a este ensayo que ayudaron a mejorar la claridad de la argumentación y la organización de los planteamientos.

siglo veintiuno editores

en donde concurren una serie de legislaciones estatales que varían en las causales permitidas para interrumpir el embarazo, entre las que se encuentran: la causal salud, establecida en catorce entidades federativas; la causal de peligro de muerte, en veinticuatro; aborto imprudencial o culposo, en veintinueve; inseminación artificial no consentida, en trece; alteraciones congénitas o genéticas graves del producto, en dieciséis; causas económicas, en dos y por voluntad de las mujeres hasta la semana doce de la gestación, en una (Grupo de Información en Reproducción Elegida –GIRE–, 2015). Existe entonces una entidad, la Ciudad de México, con la legislación más progresista, donde se ha liberalizado el acceso a la interrupción del embarazo hasta la semana doce de gestación, en condiciones gratuitas y por personal de salud capacitado, y también existen estados en los que las legislaciones son muy conservadoras y sólo se permite interrumpir el embarazo por violación o grave riesgo de vida de la mujer, lo cual implica que las mujeres deban enfrentar serios obstáculos para acceder a los servicios públicos de salud en dichos supuestos (GIRE, 2015).

El objetivo de este ensayo es analizar los argumentos de la jurisprudencia constitucional mexicana en materia de aborto favorables para la defensa de los derechos humanos de las mujeres, y su articulación con la protección de la vida prenatal. Se presta particular atención a las sentencias de 2002 y 2008 de la SCJN que avalaron la despenalización del aborto por malformaciones fetales y por voluntad de las mujeres en las primeras doce semanas del embarazo y que argumentan a partir de los derechos humanos de las mujeres constitucionalmente protegidos. Con el propósito de rescatar los argumentos de la SCJN a favor de la libertad reproductiva, se analizan también el proyecto de sentencia y las discusiones de la SCJN de 2009 al resolver las acciones de inconstitucionalidad que impugnaron las reformas estatales de protección a la vida prenatal. Como veremos más adelante, las sentencias sobre el aborto de la SCJN reflejan el "cambio de encuadre" que se ha realizado en las cortes constitucionales latinoamericanas a partir de 2004. Si bien prevalece un cierto conservadurismo constitucional en el análisis de la despenalización del aborto en la región, "las nuevas decisiones sugieren una madurez creciente en el abordaje de una de las problemáticas más sensibles para las culturas católicas del continente" (Bergallo y Ramón Michel, 2018: 2).

Este nuevo encuadre propone un tránsito de la argumentación judicial que miraba la cuestión del aborto desde "la penalización categórica de la práctica como un mandato constitucional" hacia una dimensión más "institucional de los derechos", que requiere de análisis primigenios

siglo veintiuno editores

de balance o ponderación constitucional y exámenes de proporcionalidad normativa (Bergallo y Ramón Michel, 2018). Las cortes constitucionales en América Latina que han abordado la problemática –incluso las menos progresistas– han considerado necesario no sólo examinar el alcance de la protección de la vida prenatal, sino los otros intereses en juego: los derechos humanos de las mujeres. Para este análisis, las cortes constitucionales recogen el marco internacional de derechos humanos (Bergallo y Ramón Michel, 2018).

La jurisprudencia constitucional sobre el aborto en México retrata este cambio de encuadre, pues la SCJN modificó su narrativa constitucional, que personificaba a las mujeres como "delincuentes" y pasó a tratarlas como "sujetos de derecho". Esto significó una innovación importante en el abordaje constitucional sobre la penalización de la práctica del aborto y su relación con la vida prenatal hacia el reconocimiento de los derechos de las mujeres. En este sentido, el presente ensayo analiza los argumentos y las herramientas interpretativas que permitieron a la Corte validar en las dos sentencias la despenalización del aborto, a pesar de realizar consideraciones sustantivas sobre la protección de la vida prenatal en el orden jurídico mexicano. Si bien la libertad y autonomía reproductiva juegan un papel un tanto marginal en la primera sentencia de la SCJN (2002), la Suprema Corte aporta herramientas de interpretación constitucional más sofisticadas en la segunda sentencia (2008), aunque todavía incompletas para realizar un examen de proporcionalidad normativa integral o de ponderación de derechos en conflicto. Sin embargo, el hecho de que la SCJN no se haya comprometido con alguna metodología interpretativa en particular representa una ventaja para futuros análisis de normas que despenalicen el aborto y al mismo tiempo protejan la vida en gestación.

En virtud de que la protección de la vida prenatal ha sido un tema ineludible para las cortes constitucionales de la región, en el debate constitucional del aborto en México hay que tomar en cuenta otros momentos importantes después de la sentencia de 2008, tales como las acciones de inconstitucionalidad que impugnaron las reformas estatales de protección de la vida prenatal en 2009.

Estas reformas fueron promovidas, como una reacción al fallo de la Corte de 2008, por grupos conservadores (parlamentarios y antiderechos de las mujeres) en conjunto con la Iglesia católica, para proteger "la vida desde la concepción" como un derecho fundamental en diecisiete estados de la República Mexicana. Estas reformas constitucionales tuvieron la clara intención de impedir que se ampliaran las causales legales de aborto en los demás estados del país, "blindando" los códigos penales

siglo veintiuno editores

estatales de una despenalización por voluntad de las mujeres como la de la Ciudad de México.[1]

El panorama del litigio constitucional en materia de aborto en México demuestra que las batallas constitucionales entre los grupos *a favor* y *en contra* de la despenalización del aborto están lejos de verse zanjadas y constituyen un vaivén continuo de argumentos jurídicos que influyen en las narrativas sociales. Así, en el debate constitucional abstracto sobre las leyes del aborto y sus némesis (las que protegen la vida prenatal) se evidencia una relación dialéctica. Por más que se ha intentado separar en el debate público las reformas constitucionales estatales de protección a la vida prenatal de la legislación penal sobre el aborto, la prensa mexicana las ha caracterizado como "leyes antiaborto"[2] y se ha entendido que las discusiones de la Suprema Corte al respecto versan sobre su "legalidad".

En este contexto, el debate constitucional sobre el aborto en México no puede entenderse sin tomar en cuenta al menos tres factores:

1. la lucha por la despenalización del aborto en el país ha sido impulsada por varias organizaciones civiles del movimiento feminista en México, en alianzas estratégicas con legislaturas sensibles al tema, personal de salud a favor de la libertad reproductiva, así como con juristas, periodistas, jueces liberales y un sector de la academia comprometido con esta causa;
2. las reformas de protección de la vida en las constituciones de los estados y las acciones interpuestas ante la SCJN para frenar los avances legislativos respecto de la despenalización del aborto han sido promovidas por minorías parlamentarias y grupos conservadores con fuertes vínculos con la Iglesia católica, así como con un sector judicial y académico también conservador;
3. el litigio constitucional de ambos grupos ha sido *reactivo* a las reformas penales o constitucionales que han querido restringir o ampliar los derechos reproductivos de las mujeres.

siglo veintiuno editores

1 Véanse E. Ávila, "Avalan ley antiaborto, ya suman 18 estados", *El Universal*, 29 de julio de 2016, disponible en <www.eluniversal.com.mx>; y "Repudia ONU la reforma antiaborto aprobada en Veracruz," *El Proceso*, 29 de julio de 2016, disponible en <www.proceso.com.mx>.

2 Véanse J. Aranda, "La Suprema Corte da su aval también a la reforma antiaborto en San Luis Potosí", *La Jornada*, 30 de septiembre de 2011, disponible en <www.jornada.unam.mx>; y "Suprema Corte debate sobre leyes antiaborto en los estados", *Excélsior*, 26 de septiembre de 2011, disponible en <www.excelsior.com.mx>.

En este sentido, a diferencia de los litigios promovidos por organizaciones civiles o actores políticos a favor de los derechos de las mujeres en las cortes constitucionales de Colombia, El Salvador, la Argentina o Bolivia, en México, actores conservadores en contra de la liberalización del aborto impugnaron las reformas penales.[3] Lo anterior es importante, pues *quién* impugna las leyes determina el enfoque de la *litis* planteada y pone a las cortes constitucionales, en general, ante el dilema de abordar los alcances del derecho a la vida prenatal. Para contrarrestar esta situación, actores progresistas, asesorados en algunos casos por el movimiento feminista, impugnaron las reformas estatales de protección de la vida prenatal, en un intento de replantear la *litis* de los grupos conservadores ante la SCJN e invalidar esas reformas.

Recientemente, se aprecia más un litigio individual de casos que pretenden ir dejando huella en la jurisprudencia de la SCJN a través del amparo (GIRE, 2016). Este es un cambio de estrategia sustantivo en la historia de la discusión sobre el aborto en el país, pues se ha pasado de las batallas constitucionales abstractas a cuestionar las fallas de la legislación penal para acceder a un aborto legal. Esto no significa que el debate constitucional abstracto entre el aborto y la protección de la vida prenatal haya concluido, sólo significa que se ha optado también por impactar la jurisprudencia por medio de amparos en los tribunales constitucionales. Asimismo, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la protección gradual de la vida prenatal[4] y el cambio constitucional en México, a partir de la reforma de 2011 que incluyó la interpretación conforme a la Constitución y los tratados internacionales, así como el principio *pro personae*, traen nuevas oportunidades para la defensa y garantía de los derechos reproductivos de las mujeres en México. Si bien estos nuevos escenarios son importantes para la constitucionalización del aborto en el país, este ensayo se enfocará en analizar la teoría constitucional de la SCJN sobre el aborto y la protección de la vida prenatal al rescatar sus argumentos a favor de la autonomía, la igualdad y la libertad reproductiva de las mujeres, y al alegar que mientras el aborto se retrate como una cuestión armonizable con la protección de la vida prenatal, habrá más posibilidades de tener éxito en el litigio constitucional a favor de los derechos humanos de las mujeres.

siglo veintiuno editores

3 Agradezco a Viviana Bohórquez Monsalve este señalamiento.
4 Corte IDH, "Artavia Murillo ('fecundación *in vitro*') y otras c. Costa Rica", 28/11/2012.

LAS MUJERES Y EL ABORTO: DE DELINCUENTES A SUJETOS DE DERECHO

La judicialización del aborto ha implicado la decisión en los tribunales de una disputa cultural permanente entre los movimientos sociales que están a favor de la libertad reproductiva de las mujeres y los que están en contra (Ansolaberre, 2009). Lejos de estar zanjada la batalla, ambos movimientos reclaman la protección del texto constitucional y el respaldo de su interpretación autorizada: las cortes constitucionales (Madrazo Lajous y Vela Barba, 2013). En este sentido, los movimientos sociales enmarcan sus reclamos en narrativas (Poletta y Gharrity Gardner, 2015) que las sentencias recogen y traducen a un lenguaje legal, formando así su propio relato judicial del caso. En México, las mujeres han pasado de considerarse "delincuentes" a ser "sujetos de derecho" en la narrativa constitucional del aborto.

Las sentencias de la SCJN de 2002 y 2008 retratan este cambio narrativo y argumentativo fundamental del debate constitucional. En la primera sentencia, las mujeres se encontraban ante la trágica disyuntiva de aceptar una maternidad no deseada o el mandato de la penalización si decidían interrumpirlo. La Corte concluye que la sintaxis de la norma penal las excluye del castigo legal cuando están gestando un producto con malformaciones fetales, pues el aborto se considera un delito contra la vida prenatal que se debe proteger. Es decir, la norma penal las estima delincuentes, pero les perdona la cárcel. En la segunda sentencia, la historia cambia. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal había despenalizado el aborto por voluntad de la mujer en el primer trimestre del embarazo. La Corte entonces considera que la Constitución no obliga a los legisladores a penalizar el aborto y que las mujeres son las que deben decidir si interrumpir un embarazo, pues este afecta de manera asimétrica su cuerpo y su vida debido a las cargas sociales que la maternidad supone. Por lo tanto, las mujeres dejan de ser delincuentes para convertirse en personas con capacidad de decisión, agentes morales.

El protagonismo del feto en la segunda sentencia de la Corte disminuye y aumenta el de las mujeres. ¿Cómo realizó la SCJN este cambio en su narrativa? A través de un giro de encuadre constitucional: la transición de un abordaje sobre la penalización de la práctica y su relación con la vida prenatal al reconocimiento de los derechos de las mujeres. A continuación se analizan las dos sentencias en que la Corte validó la despenalización del aborto.

En el primer caso estudiado por la SCJN, un tercio de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal promovió la demanda de acción de in-

siglo veintiuno editores

constitucionalidad en contra de la reforma al Código Penal del Distrito Federal de 2000. En dicha demanda se alegaba que la ampliación de la causal de malformaciones fetales violaba la protección de la vida desde la concepción y discriminaba a los fetos de manera injustificada. Asimismo, se argumentó un quebrantamiento de las competencias constitucionales por parte del Ministerio Público al permitir autorizar la interrupción del embarazo en casos de violación sexual. En su primera sentencia, la SCJN logró conciliar la protección de la vida prenatal en el ordenamiento constitucional e internacional con la despenalización del aborto por causales (SCJN, 2002).

Sin embargo, la Corte recurrió a un enfoque textualista de la Constitución y minimalista (Pou Jiménez, 2009), al hacer uso de las diferencias en las categorías penales para armonizar la despenalización del aborto por malformaciones fetales con su conclusión de que la vida prenatal está protegida en el ordenamiento jurídico mexicano. Aun así, no adoptó ninguna técnica interpretativa de derechos fundamentales (ponderación o examen de proporcionalidad normativa), sino que analizó de manera descriptiva las normas secundarias. Al revisar el texto del art. 334 del Código Penal del Distrito Federal reformado en el año 2000 que afirmaba que "no se sancionará" el aborto en las causales establecidas, la Corte distinguió entre las *excusas absolutorias* y las *excluyentes de responsabilidad penal*, para concluir que las causales penales de aborto son excusas y no excluyentes, por lo tanto el aborto se sigue considerando un delito aunque en ciertos casos su comisión no se sanciona. Este argumento tiene el problema de que considera a las mujeres y a los médicos que practican un aborto como *delincuentes*, aunque los exime de la cárcel o la multa cuando lo cometen en los supuestos permitidos por la norma penal. En palabras de la SCJN:

> Resulta trascendente precisar que las excusas absolutorias son aquellas causas que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, no obstante configurarse el tipo penal, impiden la sanción del sujeto activo en casos específicos […]. Ahora, a diferencia de lo anterior, es característica de las excluyentes de responsabilidad el impedir que esta surja; no se trata de que una responsabilidad que existe originalmente, sino que la conducta tipificada en la ley no es incriminable desde el inicio, siendo ello precisamente lo que determina la diferencia con las excusas absolutorias, pues en estas la conducta es incriminable, sin embargo no es sancionable. Por lo tanto, las excu-

siglo veintiuno editores

> sas absolutorias, propiamente dichas, no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunibilidad.

Por otra parte, los argumentos para considerar que la vida prenatal está protegida en la Constitución y en los tratados internacionales también son problemáticos porque no se tienen en cuenta en conjunto con los derechos humanos de las mujeres. De la lectura de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la SCJN desprende que la vida es un derecho inherente a la persona humana, y así la vida prenatal está protegida por dichos tratados. Sin embargo, la SCJN no complementa esta interpretación con otros tratados internacionales sobre derechos humanos de las mujeres, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que instituye la obligación de los Estados de erradicar la discriminación en ámbitos como la salud, las relaciones familiares y la planificación familiar.

Con base principal en la lectura de los arts. 14 y 22 de la Constitución mexicana que establecían las garantías de seguridad procesal y la prohibición de la pena de muerte en ciertos casos, la SCJN

> desprende válidamente que la Constitución Federal sí protege la vida humana y de igual forma protege al producto de la concepción en tanto que este es una manifestación de la vida humana independientemente del proceso biológico en el que se encuentre (SCJN, 2002).

La Corte complementó su análisis textualista con la interpretación del art. 4 constitucional en el cual están protegidos la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho a la salud, el derecho de toda persona a decidir de forma libre y responsable el número y espaciamiento de los hijos (libertad reproductiva), y el art. 123 que establece los derechos de seguridad social para las mujeres embarazadas.

Vale señalar el análisis del art. 4 constitucional de la Corte, aunque no desarrolló el contenido y alcance del derecho a la libertad reproductiva incluido en el párrafo tercero de dicho artículo, que vincula la protección de la vida prenatal con el derecho a la salud y con las garantías de seguridad social de las mujeres embarazadas. Sobre las protecciones a la maternidad que el art. 123 de la Constitución otorga a las mujeres, la SCJN consideró que

siglo veintiuno editores

> este precepto protege la salud de la madre, pero dada la vinculación que tiene con el producto de la concepción, también atiende a la protección de la vida de dicho producto. Esta protección se confirma con lo señalado en el estudio relativo al art. 4 constitucional (SCJN, 2002).

De igual manera, de la lectura de la Convención de los Derechos Niños, la Corte desprendió que se protege la vida antes y después del nacimiento. Sin embargo, la SCJN consideró que la vida prenatal no constituye un derecho, sino un "bien constitucionalmente protegido", sin definir el significado de esta categoría jurídica y su relación o diferencia con los derechos fundamentales de las mujeres protegidos en la Constitución.

Los derechos humanos de las mujeres no tuvieron un papel sustancial en esta primera sentencia de la SCJN. Si bien la Corte reconoció que las mujeres se encuentran en una situación dramática y de difícil decisión, no analizó los derechos en juego (libertad reproductiva, igualdad y no discriminación, autonomía, vida, salud, privacidad, etc.), como se aprecia en sus consideraciones finales:

> Además, debe considerarse que la situación descripta por el precepto, coloca a una mujer embarazada ante una situación de muy difícil decisión: la heroica de aceptar continuar con el embarazo y la de aceptar la interrupción del mismo con la consecuencia de que es un delito y las consecuencias que de ello pueden seguirse (SCJN, 2002).

siglo veintiuno editores

Por tanto, este primer fallo de la SCJN fue ambiguo ya que, más allá de declarar que la vida está protegida en la Constitución y en los tratados internacionales suscriptos por México, no explicó las implicaciones de considerar a la vida prenatal un "bien constitucionalmente protegido", tampoco estableció cuáles serían las obligaciones estatales de protección de la vida prenatal de conformidad con esa categoría, ni realizó un balance, ponderación o test de proporcionalidad de ese bien con los derechos humanos de las mujeres.

La SCJN sólo atinó a decir que la situación para las mujeres que gestan fetos con malformaciones es difícil, y las sometió al heroísmo de aceptar esa maternidad o a la comisión de un delito, del cual lo único que se dispensa es la sanción. Esta narrativa constitucional desdibuja los derechos humanos de las mujeres, pues los argumentos no están puestos en la libertad reproductiva, sino en el rol social de la maternidad. Los derechos reproductivos de las mujeres pasaron desapercibidos a la SCJN, salvo por

el voto de minoría de cinco ministros que consideraron que el Ministerio Público sí contaba con facultades constitucionales para autorizar la interrupción del embarazo en casos de violación sexual o inseminación artificial no consentida. Esta minoría consideró que la norma procesal penal impugnada reconocía una realidad social y un problema de salud pública en México, y respetaba así "tres garantías individuales esenciales: el derecho a una maternidad libre y consciente, el derecho a la salud y los derechos de la víctima del delito de violación" (SCJN, 2002).[5]

Asimismo, se argumentó que el art. 4 constitucional "otorga el derecho a una paternidad y a una maternidad libre" no sólo al contener un derecho a la planificación familiar, sino también al reconocer y garantizar el derecho a decidir libre y conscientemente ser progenitor. Por tanto,

> el derecho a la libre decisión sobre la maternidad es ultrajado en el caso de que esta sea impuesta, bien a través de la violación o bien a través de la inseminación artificial no consentida, y esta situación subyace en la finalidad de la norma sustantiva penal, que considera no punible el aborto practicado en esas circunstancias (SCJN, 2002).[6]

Estas consideraciones no formaron parte de la sentencia, pero son los argumentos más rescatables sobre derechos humanos de las mujeres de las discusiones de la SCJN de 2002.

Por otro lado, en la segunda sentencia de 2008, la impugnación de la norma que despenalizaba el aborto en el primer trimestre del embarazo en el Distrito Federal obligó de nuevo a la SCJN a preguntarse si la vida se encuentra protegida en la Constitución y si a la legislatura local le está constitucionalmente permitido penalizarlo o no. Para responder estas preguntas, la Corte realizó un cambio de encuadre importante, pues consideró otros derechos en juego y realizó un incipiente análisis de proporcionalidad de las normas penales. Así, debido a los relevos de ministros, una SCJN de corte más liberal y mediatizada discutió con nuevos bríos el tema en 2008, resolviendo el asunto en televisión nacional después de una cascada de *amicus curiae* y audiencias públicas, con lo cual se generó un gran debate público del tema. Las reformas fueron impugnadas por el ombudsman federal y el procurador general de la

5 La cita corresponde al voto de minoría de los señores ministros Juan Silva Meza, Genaro David Góngora Pimentel, Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro y José de Jesús Gudiño Pelayo.

6 La cita corresponde al mismo voto de minoría.

siglo veintiuno editores

República, con argumentos similares a la acción anterior: en primer lugar, la violación del derecho a la vida desde la concepción por parte de la Legislatura del Distrito Federal, al considerar que tal ente no tenía competencia constitucional para despenalizar el aborto ni para establecer una definición de embarazo en una norma penal; en segundo lugar, la violación al principio de igualdad y no discriminación en dos vías: al permitir privar de la vida a los productos de la concepción de hasta doce semanas de gestación, y al discriminar los derechos humanos del padre potencial. Asimismo, se alegó que la norma violaba las garantías de seguridad jurídica y certeza penal por no prever un procedimiento especial para las mujeres menores de edad que interrumpieran el embarazo (SCJN, 2008).

En contraste con el primer fallo, en 2008 los derechos de las mujeres sí aparecieron en el retrato constitucional del aborto, aunque no dibujados de manera amplia. Si bien la Suprema Corte continuó con la línea argumentativa de que la vida prenatal es un bien constitucionalmente protegido, reconoció que hay *otros derechos* en juego, como la libertad y autonomía reproductiva de las mujeres. Además, la SCJN matizó su afirmación sobre la vida prenatal, al reconocer que el derecho a la vida *no* se encuentra protegido de forma explícita en la Constitución, y en caso de que lo estuviera, *no* se lo podría considerar un derecho absoluto, sino uno relativo, con capacidad de modulación y "armonizable con otro conjunto de derechos", como son todos los derechos constitucionales. Con base en el derecho internacional humanitario, la SCJN argumentó que en casos de conflicto armado el derecho internacional permite privar de la vida en determinadas situaciones, aunque "la afectación a ese derecho se debe hacer sin cometer excesos o sufrimientos innecesarios, pues eso derivaría en una privación arbitraria de la vida" (SCJN, 2008). Sumado a ello, la Corte consideró que la protección de la vida establecida en los tratados internacionales consagra una garantía genérica de no privación arbitraria de la vida y otras más específicas que "restringen la aplicación de la pena de muerte al cumplimiento de algunos requisitos y supuestos, así como que buscan la abolición gradual y no reincorporación de esta" (SCJN, 2008).

Con base en la Constitución y los tratados internacionales –que sí establecen expresamente la protección de la vida pero no le dan un tratamiento de derecho absoluto–, la Corte analizó el alegato de los demandantes de que "el derecho a la vida" es requisito *sine qua non* para la existencia y ejercicio de los demás derechos fundamentales, para concluir que la protección de la vida no tiene un valor o rango superior ante otros derechos constitucionales (SCJN, 2008: 156). Aunque la SCJN consideró

siglo veintiuno editores

que no hay un derecho a la vida "en sentido normativo" reconocido en la Constitución,

> una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello (SCJN, 2008: 175).

Este razonamiento llevó a la SCJN a concluir lo siguiente:

> De este modo, aceptando la existencia de un bien constitucional e internacionalmente protegido en los términos hasta ahora expuestos: expresado en la prohibición del Estado de establecer sanciones penales de privación de la vida o de ejecutar sanciones que tuvieran ese efecto de manera arbitraria, y como derecho en un sentido relativo e interdependiente con los demás derechos, 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 (SCJN, 2008: 176).

siglo veintiuno editores

En virtud de que en la Constitución mexicana existen mandatos expresos de penalización de conductas (arts. 19 y 20 de la Constitución que obligan a castigar penalmente las detenciones arbitrarias, la incomunicación, la intimidación y la tortura), y dado que el aborto no se encuentra en este "catálogo penal" constitucional, la SCJN desprendió que no hay mandato constitucional explícito (ni implícito) para que la legislatura criminalice el aborto. Por lo tanto, la facultad de penalizar dicha conducta es *discrecional*, siempre y cuando los legisladores respeten el marco y los límites establecidos por el derecho constitucional. De acuerdo con la SCJN, eso no significa que "el legislador sea absolutamente libre para despenalizar conductas", ya que

> existen claros límites constitucionales, como el establecimiento de una descriminalización discriminatoria en términos del art. 1 de la Constitución Federal o que la criminalización de la conducta se haga mediante ley privativa; además debe satisfacer los requisitos procedimentales y orgánicos y obedeciendo a un facultamiento previo (SCJN, 2008: 179).

Asimismo, la aseveración de la SCJN de la que vida es un *bien jurídico*, no un derecho, le sirve para realizar un segundo argumento de que aun siendo un bien jurídico *constitucionalmente* protegido, esto no implica que dichos bienes "deban tener obligatoriamente una expresión penal para su protección" (SCJN, 2008: 176). En este sentido, la SCJN valoró de manera positiva las razones dadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para despenalizar el aborto: la problemática de salud pública que representan los abortos clandestinos; el promover un trato igualitario hacia las mujeres, en especial las de menos recursos; así como el reconocimiento de su libertad sexual y su función reproductiva; y los inconvenientes de la maternidad forzada que les impiden desarrollar su proyecto de vida (SCJN, 2008: 182).

La Corte también validó que la despenalización se haya justificado dentro de las primeras doce semanas de gestación, por haber un menor desarrollo fetal, al considerar que la ponderación de bienes realizada por el legislador se ajusta a las tendencias legislativas modernas de las sociedades democráticas de utilizar el derecho penal como *ultima ratio*. El núcleo argumentativo de la sentencia más favorable para la defensa de los derechos humanos de las mujeres es que la SCJN, sin realizar un examen completo de proporcionalidad de las normas, avaló las razones que tuvo la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para despenalizar el aborto, al considerar la medida constitucionalmente *idónea*:

> Este Tribunal considera que la medida utilizada por el legislador resulta de este modo 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, pues no podemos desconocer que aun en la actualidad, como lo refiere claramente el legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna (SCJN, 2008: 183-184).

Más aún, la SCJN concluye que dada la realidad social del país, el reproche por la vía penal "no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación", sino que por el contrario "se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las mujeres" (SCJN, 2008: 184). Aunque se extraña en la sentencia una interpretación sustantiva de los derechos de las mujeres en juego, al menos quedan nombrados como razones válidas a invocar por la Legislatura para justificar la despenalización temprana del aborto. La SCJN es en extremo tímida y cauta de no realizar una pon-

siglo veintiuno editores

deración de los derechos y bienes jurídicos en conflicto, sino que utiliza el recurso de validar la ponderación legislativa.

Cabe destacar que en un Estado federal como el mexicano, los argumentos de competencia legislativa son de gran peso para los tribunales constitucionales, los cuales siempre se muestran muy deferentes para no invadir ese ámbito. Sin embargo, sustentar así un fallo de constitucionalidad abstracta genera sentencias minimalistas en la interpretación constitucional de derechos. Sin duda, la SCJN podría haber hecho un análisis más parecido al del Tribunal Constitucional de Portugal (Rubio Marín, 2014), en vez de quedarse en una mera validación de las razones dadas por la Legislatura a favor de la despenalización. Seguirá como una gran ausencia de esta sentencia la interpretación integral del derecho a la libertad reproductiva de las personas establecido de manera expresa en el art. 4 de la Constitución mexicana en relación con otros derechos de las mujeres que la SCJN señala: la vida y la salud (Vela Barba, 2017).

El otro planteamiento de fondo de la SCJN respondió a los alegatos de la demanda sobre la violación a la igualdad en tres vías:

1. la discriminación a los hombres por impedirles ejercer su derecho a la paternidad;
2. la discriminación a los fetos menores de doce semanas; y
3. a las madres y padres de niñas y adolescentes quienes, según los accionantes, no gozan de capacidad legal para decidir y consentir la interrupción de su embarazo.

Aunque la SCJN no realizó un test exhaustivo de proporcionalidad, como ella misma reconoció, respecto de la igualdad de género y la edad supuestamente violadas por las normas, declaró infundados los alegatos con base en las siguientes razones. En primer lugar, distinguió entre la libertad sexual y reproductiva comprendida en el art. 4 constitucional, al considerar que el derecho a ser padre o madre es un derecho individual, antes que colectivo. En este sentido, la SCJN no abundó en cuáles son las diferencias sustanciales entre estas dos libertades, señalando que el argumento de la demanda sobre si

> el derecho del art. 4 se ejerce antes de la procreación parece subsumir la primera en la segunda y por tanto ignora que la protección de los derechos básicos de las personas incluye dimensiones de la sexualidad que nada tienen que ver con las que están destinadas a proteger un ámbito de decisión respecto de la cuestión de tener o no tener descendencia (SCJN, 2008: 188).

siglo veintiuno editores

En segundo lugar, la Corte consideró que la continuación de un embarazo no deseado tiene una afectación asimétrica en el plan de vida de las mujeres, debido a las cargas sociales que la maternidad supone. Aquí hay dos argumentos interesantes que descartan que exista discriminación hacia los hombres:

> a) el ordenamiento jurídico es imperfecto para garantizar que los hombres asuman las cargas sociales y económicas que tener hijos supone;
> a) antes de las doce semanas es muy difícil establecer de forma legal que una persona en particular es en efecto el padre potencial, lo cual hace difícil que se le consulte o se recabe su consentimiento (SCJN, 2008: 189-190).

En tercer lugar, la Corte estimó que la falta de un régimen especial en el caso de las menores de edad para interrumpir el embarazo no discrimina en el ejercicio de algún derecho, pues

> no hay motivos para pensar que las reglas sobre consentimiento informado aplicables a la generalidad de los casos no son adecuadas para los casos destacados en los conceptos de invalidez. Los servicios de consejería previstos en las normas de la Ley de Salud del Distrito Federal son extensos y detallados, suficientes a nuestro juicio para cubrir adecuadamente las necesidades que plantea un aborto de menores, quienes, además, están en su contexto mencionadas como sujetos de especial atención (SCJN, 2008: 190-191).

De una lectura integral de las dos sentencias, se concluye que la SCJN comulgaría con una interpretación similar a la que realizó la Corte IDH en el caso "Artavia", en el que determinó que la protección a la vida no es un derecho absoluto, sino que atiende a una protección gradual según el avance del embarazo y debe armonizarse con los derechos humanos de las mujeres, pues es imposible proteger la vida en gestación sin proteger los derechos de las mujeres embarazadas.[7] Asimismo, la Corte IDH consideró que los Estados tienen obligaciones positivas para proteger la vida, una vez que la existencia se ha materializado, es decir, una vez que el

7 Corte IDH, "Artavia Murillo ('fedundación *in vitro*') y otras c. Costa Rica", cit.

siglo veintiuno editores

producto de la gestación ha nacido. Aunque la SCJN no lo estableció en sus consideraciones, las razones que ofreció podrían llevar a concluir (en una siguiente sentencia) que la protección de la vida como bien constitucionalmente protegido no implica la personalidad jurídica del producto de la concepción, embrión o feto, es decir, que sea reconocido por la Constitución y los tratados internacionales como una *persona* titular de derechos y obligaciones. Mientras no se actualice su nacimiento, o su "condición material de vida", no se puede concluir que efectivamente se está en presencia de una persona jurídica con derechos y obligaciones.

De igual manera, el fallo de 2008 sentó las bases para precisar y establecer las obligaciones del Estado mexicano que, en armonía con los derechos humanos de las mujeres, protegen de manera adecuada la vida prenatal. Por otra parte, esta sentencia abordó importantes alegatos de discriminación hacia los hombres, y refrendó que la decisión de interrumpir un embarazo es, primero que nada, un derecho individual de las mujeres que por las afectaciones asimétricas que tienen en su vida les corresponde ejercer. Además, la despenalización del aborto es una medida legislativa idónea para proteger sus derechos fundamentales a la vida y la salud. Se aprecia también que los argumentos de la Legislatura como la utilización del derecho penal como *ultima ratio* en las sociedades democráticas contemporáneas, la proporcionalidad de las penas de acuerdo con los bienes jurídicos tutelados por las normas y la ponderación legislativa de los bienes y derechos en conflictos son razones de peso que los tribunales constitucionales, en especial en Estados federales, toman en cuenta y son herramientas argumentativas para realizar análisis de constitucionalidad basados en ejercicios de balance y proporcionalidad.

siglo veintiuno editores

LA SCJN Y LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRENATAL: ¿UNA AFRENTA A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS?

El retrato constitucional del aborto quedaría incompleto sin un análisis de las acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas que protegen la vida desde la concepción en los estados de San Luis Potosí y Baja California que discutió la SCJN en 2011. Si bien no se logró la mayoría calificada del Pleno de la SCJN para declarar las normas inconstitucionales, el proyecto presentado por el ministro Franco para su discusión en la Corte aporta valiosos argumentos a favor de los derechos reproductivos de las mujeres. Si se hubiera alcanzado la mayoría calificada, la SCJN tenía dos posibilidades al resolver estas acciones:

a) invalidar las normas estatales de protección de la vida prenatal por violar los derechos constitucionales de las mujeres, o
b) validarlas realizando una interpretación conforme de las normas para armonizarlas con los derechos de las mujeres.

No se tomó ninguno de estos caminos porque las acciones se desestimaron y no se entró al estudio de fondo, dada la falta de consenso respecto del proyecto del ministro Franco y la regla procesal de la mayoría calificada, que implica ocho votos de los once integrantes de la Suprema Corte.

Estas acciones fueron promovidas en 2009 por el presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Baja California y una minoría parlamentaria del Congreso Estatal de San Luis Potosí en contra de las reformas constitucionales de sus estados que reconocieron la vida desde la concepción como fundamento de todos los derechos de los seres humanos. El art. 7 de la Constitución del estado de San Luis Potosí además consideraba "que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida". En las acciones se alegaba que las normas violaban la Constitución Federal y su reparto de competencias entre la federación y los estados, al establecer que el derecho a la vida prenatal era "el fundamento de todos los derechos" al considerarse al embrión persona jurídica, sin valorar los derechos humanos de las mujeres en juego, y al violar sus derechos reproductivos a la anticoncepción, en especial de métodos que actuaban para impedir la implantación del cigoto en el útero como el DIU y la anticoncepción de emergencia, así como la investigación en embriones no implantados y ciertas técnicas de reproducción asistida como la fertilización *in vitro*.

Se alegaron también violaciones al Estado laico por imposición de creencias religiosas mediante normas estatales (SCJN, 2011). El proyecto del ministro Franco proponía declarar inconstitucionales las normas estatales principalmente porque establecían una protección *absoluta e incondicionada* de la vida prenatal que afectaba de manera indebida y significativa los derechos reproductivos de las mujeres comprendidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos (SCJN, 2011: 41). Se argumentó que las normas impugnadas violaban la dignidad de las mujeres al reducirlas a un instrumento reproductivo, que implicaba "un estereotipo negativo de género" y les imponía el rol social de la maternidad (SCJN, 2011: 43).

El proyecto consideraba que las normas eran innecesarias, no idóneas y desproporcionadas para cumplir con su objetivo de protección de la

siglo veintiuno editores

vida prenatal al restringir la dignidad y la libertad reproductiva de las mujeres y generar efectos negativos para su ejercicio. Se alegó también la existencia de medidas menos gravosas para proteger la vida prenatal, como la promoción de políticas públicas de salud sexual y reproductiva, incluidas medidas de educación y capacitación en estos ámbitos, y de maternidad y paternidad responsables (SCJN, 2011: 46-47). Entre los efectos negativos de las normas se contaban: incertidumbre jurídica de su aplicación en relación con la legislación penal de aborto en el estado e interpretaciones restrictivas para la interrupción del embarazo al considerar al "producto de la concepción" una persona, lo cual restringía el uso de métodos anticonceptivos como la anticoncepción de emergencia y el DIU. En suma, la caracterización de la protección de la vida prenatal por las constituciones estatales como un derecho absoluto, incondicionado e *inderrotable*, que dotan además de personalidad jurídica al embrión, hacía dichas normas inconstitucionales al violar la dignidad y la libertad reproductiva de las mujeres, en particular sus derechos a la salud sexual y reproductiva.

Debido a que el proyecto realizaba un ejercicio de ponderación constitucional entre la protección de la vida prenatal y los derechos reproductivos de las mujeres, cuestión que las sentencias previas sobre la despenalización del aborto habían evadido, no generó consenso al interior de la SCJN. Sin embargo, de la discusión del Pleno se aprecia que había una mayoría favorable de ministros que estimaban que dichas normas eran inconstitucionales, si bien se evidenciaba una pluralidad de posturas. Las dos posiciones de la mayoría, es decir, de los siete ministros a favor de la inconstitucionalidad de las normas eran:

a) la contravención a la Constitución Federal por restringir los derechos humanos de las mujeres, en especial sus derechos a la libertad y autonomía reproductiva, y
b) la incompetencia de los Congresos estatales para otorgar esta protección a la vida en gestación de forma incondicionada.

Sólo cuatro de los once ministros consideraron que las normas respetaban la Constitución, entre otros argumentos, por otorgar una protección a la vida en gestación desde el momento de la concepción (SCJN, 2011).

Con mayores y menores matices respecto de estas dos posturas, tres ministros se pronunciaron completamente a favor de los derechos humanos de las mujeres, y consideraron inconstitucional la intención de los legisladores estatales de restringir los derechos de las mujeres a acceder a la interrupción del embarazo, los anticonceptivos y la reproducción

siglo veintiuno editores

asistida. Otros tres consideraron que los Congresos de los estados se extralimitaron en sus facultades legislativas al establecer una protección absoluta de la vida en gestación que excluía la posibilidad de ponderar los derechos humanos de las mujeres en juego, sobrepasando así los límites de la Constitución Federal permitidos a las legislaturas locales y el propio precedente de la Corte que consideró que los derechos no son absolutos. Por último, un solo ministro estimó que la competencia para legislar sobre la protección a la vida es del Congreso Federal (SCJN, 2011).

Los ministros de la minoría, que encontraron constitucionales las normas, sostuvieron también posturas distintas: uno estuvo a favor de la protección absoluta de la vida en gestación al considerar que no había una afectación a los derechos humanos de las mujeres; otros argumentaron que las normas no contravenían la Constitución por otorgar una protección a la vida prenatal mientras una ministra sostuvo la libertad del legislador estatal para establecer dicha protección. Asimismo, la minoría sostuvo que en el caso de San Luis Potosí las reformas no debían interpretarse de forma que restringieran las causales de interrupción del embarazo o impidieran al legislador ampliar los supuestos de despenalización (SCJN, 2011).

De manera contraria a como se retrató en los medios, la SCJN no discutió si la despenalización del aborto era o no constitucional. Los medios de comunicación presentaron el asunto como el examen constitucional de las "leyes antiaborto", es decir, si los estados tenían o no facultades para emitir leyes que penalizaran el aborto.[8] Cabe destacar que las reformas que protegen la vida en gestación –a pesar de que tuvieron una clara intención de desconocer los derechos reproductivos de las mujeres– no pueden entenderse, dentro del orden constitucional mexicano, como normas que criminalizan a las mujeres por abortar porque no son leyes penales ni tienen por efecto sancionar a las mujeres que interrumpen un embarazo, ni tampoco criminalizan el uso de anticonceptivos o de técnicas de reproducción asistida. Las reformas sólo reconocen la protección de la vida en gestación desde "la concepción" en el ámbito estatal, un término científicamente inapropiado,[9] y deben interpretarse de forma

siglo veintiuno editores

8 Véanse J. Aranda, "La Suprema Corte da su aval también a la reforma antiaborto en San Luis Potosí", cit.; y "Suprema Corte debate sobre leyes antiaborto en los estados", cit.

9 Los términos avalados por las ciencias biológicas son "fecundación" e "implantación". "Concepción" es un término religioso que alude a la doctrina católica de la concepción de Jesús por la Virgen María.

compatible con los derechos humanos de las mujeres establecidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales.

Sin embargo, la desestimación de las acciones por parte de la SCJN fue problemática porque dejó las normas de protección a la vida prenatal vigentes, después de un debate público que las había retratado como "antiaborto". Y también porque dejó sin resolver la cuestión de fondo: ¿cuál es el significado y alcance de la protección de la vida prenatal en el orden jurídico mexicano y cuáles serían las obligaciones del Estado para resguardar esa vida? En sus precedentes, la SCJN ha considerado la vida prenatal un bien constitucionalmente protegido, por lo que tiene como tarea pendiente aclarar qué significa de forma exacta esta protección por parte del Estado y su compatibilidad con los derechos humanos de las mujeres comprendidos en la Constitución mexicana y los tratados internacionales (GIRE, 2011).

XXI siglo veintiuno editores

CONCLUSIONES

Las sentencias de aborto de la SCJN ponen en evidencia un cambio de encuadre importante y sientan un precedente regional favorable para la constitucionalización del aborto en América Latina. De un escrutinio meramente penal se ha transitado hacia una interpretación más cercana a la ponderación de derechos o los exámenes constitucionales de proporcionalidad normativa. Aunque en el caso de la SCJN, su test de proporcionalidad resulta incompleto, esto representa una ventana de oportunidad para la construcción de una jurisprudencia más sólida que amplíe los derechos humanos de las mujeres, que la Corte ya reconoció que juegan un papel importante ante la protección de la vida prenatal. El futuro análisis constitucional de leyes penales que protejan los derechos reproductivos, o que pretendan restringirlos, puede contribuir a promover interpretaciones sustantivas de los derechos humanos de las mujeres.

En una región con una fuerte tradición católica y una constitucionalización creciente de los derechos humanos, la jurisprudencia de la SCJN da argumentos jurídicos importantes para validar la despenalización del aborto por causales legales o sistemas de plazos en los Estados federales y abre nuevos canales de acción para las mujeres cuando sus derechos humanos se vean violentados. Por ejemplo, la promoción de amparos por afectaciones y restricciones a sus derechos reproductivos que tengan en cuenta las obligaciones de las autoridades de promover, proteger, res-

petar y garantizan los derechos humanos establecidas en la Constitución; la emisión en los estados de normas y políticas públicas que garanticen el acceso a la interrupción legal del embarazo y a métodos anticonceptivos, en especial el DIU y la anticoncepción de emergencia, para todas las mujeres sin discriminación.

Asimismo, de las resoluciones de la SCJN y las discusiones de las acciones sobre protección de la vida prenatal se desprenden algunos argumentos que tienen mayor posibilidad de éxito en el litigio constitucional de casos de aborto. Entre los más importantes:

a) reconocer la protección de la vida como un "bien constitucional e internacionalmente protegido", argumentando por qué no es un derecho, sino un valor constitucional que puede protegerse de forma incremental y en estrecha relación con los derechos humanos de las mujeres establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales;
b) promover la interpretación de las obligaciones negativas y positivas estatales para proteger la vida prenatal en armonía con los derechos humanos de las mujeres en juego: la igualdad, la libertad reproductiva, la vida, la salud y el libre desarrollo de la personalidad;
c) aplicar un test de proporcionalidad a las reformas que despenalicen el aborto por causales o por plazos en la legislación penal o de salud, explicando por qué estas reformas son idóneas, necesarias y proporcionales para proteger los derechos humanos de las mujeres;
d) aplicar el mismo test de proporcionalidad a las reformas que protejan la vida prenatal en la ley o en la Constitución, explicando por qué estas reformas *no son* idóneas, necesarias y proporcionales para proteger los derechos humanos de las mujeres o incluso la vida en gestación, cuando pretendan protegerla de manera absoluta e inderrotable.

XXI Siglo veintuno editores

En la defensa de regulaciones que liberalicen las leyes de aborto, es conveniente resaltar el ejercicio de ponderación de la Legislatura entre los bienes y derechos en conflicto cuando se establezcan causales legales o sistemas de plazos, al considerar argumentos de salud pública, cifras y datos de mortalidad materna por aborto, y la discriminación a las mujeres de escasos recursos en el acceso a servicios médicos. Asimismo, el argumento sobre la libertad de configuración del legislador para tipificar conductas, dentro de los límites constitucionales existentes, si

se considera que el derecho penal debe ser visto como la *ultima ratio* en sociedades democráticas contemporáneas, es también un alegato poderoso ante los tribunales constitucionales. En casos en que se liberalice el aborto por voluntad de las mujeres, es mejor promover despenalizaciones en etapas tempranas de la gestación (doce a catorce semanas), pues es más fácil argumentar ante los tribunales constitucionales la proporcionalidad del plazo.

La jurisprudencia constitucional mexicana muestra que la protección de la vida prenatal puede coexistir con la despenalización del aborto por voluntad de las mujeres dentro de ciertos plazos o con un sistema de indicaciones (causales penales legales). Sin duda el argumento sobre derecho penal mínimo, es decir que la herramienta penal debe ser la última vía para desincentivar conductas, es una razón de peso en los tribunales constitucionales, sobre todo en cuestiones tan sensibles y controvertidas como la despenalización del aborto. Al considerar la vida prenatal como un "bien constitucionalmente protegido", las medidas legislativas y de política pública deben armonizar este bien jurídico con los derechos humanos de las mujeres, a través de mandatos estatales adecuados, tales como: garantizar los servicios de salud y la atención médica apropiados para las mujeres respecto de las complicaciones durante el embarazo, parto y puerperio; mejorar la nutrición de las mujeres durante el embarazo; disminuir las tasas de aborto inseguro y de embarazos no deseados/no planeados; reducir los índices de morbilidad infantil y las tasas de mortalidad materna, así como prevenir y sancionar la violencia doméstica contra mujeres embarazadas (GIRE, 2011). En conclusión, los argumentos ante las cortes constitucionales serán más exitosos a medida que retraten el aborto no como un juego de "suma cero", sino como una cuestión armonizable con la protección de la vida en gestación.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Abad Suárez Ávila, A. (2015), "El aborto en la jurisprudencia constitucional latinoamericana", en *Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, México, UNAM, disponible en <biblio.juridicas.unam.mx>.

Ansolaberre, K. (2009), "Oportunidades y decisiones. La judicialización del aborto en perspectiva comparada", Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) Papers, paper 77.

Bergallo, P. y A. Ramón Michel (2018), "La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina", en A. Ramón

Michel y P. Bergallo (comps.), *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto*, Buenos Aires, Eudeba.

Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) (2011), *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*, disponible en <gire.org.mx>.

— (2015), *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México, 2015*, disponible en <informe2015.gire.org.mx>.

— (2016), *Violencia sin interrupción*, disponible en <gire.org.mx>.

Madrazo Lajous, A. y E. Vela Barba (2013), "Conservando esencias. El uso conservador del lenguaje de los derechos fundamentales (dos estudios de caso)", en J. M. Vaggione y J. Mujica (comps.), *Conservadurismos, religión y política. Perspectivas de investigación en América Latina*, Córdoba, Conicet.

Poletta, F. y B. Gharrity Gardner (2015), "Narrative and Social Movements", en D. Della Porta y M. Diani (comps.), *The Oxford Handbook of Social Movements*, Oxford, Oxford University Press.

Pou Jiménez, F. (2009), "El aborto en México. El debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, pp. 137-152.

Rubio Marín, R. (2014), "El aborto en Portugal", en R. J. Cook, J. Erdman y B. Dickens (eds.), *El aborto en el derecho transnacional*, México, FCE, pp. 59-81.

SCJN (2002), *Acción de inconstitucionalidad 10/2000*, ponencia de la ministra Olga María Sánchez Cordero.

— (2008), *Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*, ministro ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz.

— (2011), Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de septiembre.

Vela Barba, E. (2017), "Los derechos sexuales y reproductivos", disponible en <archivos.juridicas.unam.mx>.

Siglo veintiuno editores

siglo veintiuno
editores

3. De la teoría a la práctica
La aplicabilidad del principio de no regresividad para proteger avances en la liberalización del aborto

Oscar A. Cabrera
*Rebecca B. Reingold**

Los cambios de gobierno pueden provocar el desmantelamiento radical de leyes o políticas establecidas por el gobierno anterior. Esto ha ocurrido recientemente en América Latina, en particular respecto de políticas progresistas que tienden a garantizar la protección efectiva de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, "DESC"), las cuales son atacadas, y muchas veces revertidas por gobiernos conservadores –o totalitarios, como en el caso de Nicaragua–. A pesar de haber permitido el aborto en ciertas circunstancias,[1] los cambios de gobierno en El Salvador y Nicaragua, por ejemplo, han traído consigo la penalización absoluta del aborto en 1990 y 2000, respectivamente, con consecuencias devastadoras para la salud de las mujeres.

Sin embargo, las leyes y políticas que contribuyen al cumplimiento del derecho a la salud tienen una protección normativa bajo el derecho internacional de los derechos humanos. El principio de no regresividad, correlativo al principio de progresividad, entraña la prohibición de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los DESC. El principio de no regresividad reconoce fuentes diversas, tanto de la normativa internacional y regional de derechos humanos, como de la jurisprudencia a nivel nacional (Courtis, 2006: 1).

Si bien este principio puede servir para proteger los DESC ante la volatilidad política, los argumentos necesarios para su aplicación en el contexto de la liberalización del aborto no han sido analizados en pro-

* Expresamos nuestro profundo agradecimiento a las diferentes personas que colaboraron en la realización de esta publicación, en particular a Javier Zúñiga y Andrés Constantin.

1 Hasta noviembre de 2006, el Código Penal de Nicaragua, en vigor desde 1893, penalizaba todo aborto salvo el que se realizase por razones "terapéuticas". Del mismo modo, en El Salvador, el Código Penal de 1974 (anterior a la reforma de 1998 que prohibió de forma absoluta el aborto) permitía el aborto terapéutico y en aquellos casos en los cuales el embarazo fuera consecuencia de un delito de violación o de estupro.

XXI siglo veintiuno editores

fundidad. Con tal fin, este capítulo proporciona consideraciones y herramientas para contribuir al debate académico y ayudar a quienes se desempeñan en el ámbito de la justicia. Analizaremos la articulación del principio de no regresividad a nivel internacional y su aplicación a nivel nacional en respuesta a la derogación de leyes o la sanción de nuevas normas o políticas regresivas.

La primera sección de este capítulo presenta la base teórica del principio de no regresividad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, con énfasis en el derecho a la salud y, en particular, la salud sexual y reproductiva. La segunda sección estudia los diferentes marcos analíticos utilizados por tribunales y órganos de derechos humanos para determinar si una medida es regresiva y, de serlo, si dicha regresividad es o no admisible. La tercera sección aplica el análisis de regresividad a dos casos particulares: la impugnación de la penalización absoluta del aborto en El Salvador y Nicaragua. Para concluir, este capítulo reflexiona sobre la importancia de realizar este tipo de exámenes para proteger los DESC en contextos de cambio de gobierno.

siglo veintiuno editores

LA BASE TEÓRICA DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD

El principio de cumplimiento progresivo exige que los Estados adopten las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los DESC (Pidesc, 1966: art. 2.1). De manera correlativa, el principio de no regresividad prohíbe adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los DESC (Fabre, 2000: 53-55; Pisarello, 2006: 317).[2]

EL PRINCIPIO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO O DE PROGRESIVIDAD

El principio de cumplimiento progresivo se encuentra expresamente previsto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc). Según el art. 2.1, los Estados parte

2 Cdhnu (1987: párr. 72): "Un Estado parte incurre en una violación del Pacto, *inter alia*, si: […] retrasa o interrumpe intencionalmente la realización progresiva de un derecho, a menos que se actúe dentro del contexto de una limitación admitida por el Pacto o por razones de la falta de recursos disponibles o de fuerza mayor".

> se compromete[n] a adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga[n], para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha reconocido:

> El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo [...]. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo [...] la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general [...] que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente con miras a lograr ese objetivo (Comité DESC, 1990: párr. 9).

siglo veintiuno editores

Entonces, por ejemplo, los Estados parte tienen la obligación de cumplir de manera progresiva "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (Pidesc, 1966: art. 12.1). Según el Comité DESC, el derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud, y "los Estados parte deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la salud sexual y reproductiva" (Comité DESC, 2016a: párr. 33).

Para asegurar la actualización de este derecho, los Estados parte deben crear condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos (Pidesc, 1966: art. 12.2.d). Estos últimos incluyen "toda una serie de servicios de atención de la salud sexual y reproductiva de buena calidad", tal como la atención para el aborto seguro (Comité DESC, 2016a: párr. 45). Las obligaciones inmediatas para el cumplimiento progresivo del derecho a la salud implican garantizar su ejercicio sin discriminación alguna y adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a su plena realización (Comité DESC, 2000: párr. 30).

El principio de cumplimiento progresivo también se encuentra previsto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bajo el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

> Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura […], en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (CADH, 1969: art. 26).

Además, interpretar este artículo a la luz del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo Adicional) permite determinar el alcance de la obligación estatal en materia de cumplimiento progresivo (CIDH, 2009b: párr. 134). El art. 1 del Protocolo Adicional establece que los Estados parte

> se comprometen a adoptar las medidas necesarias […] hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de cumplimiento, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo (OEA, 1999: art. 1), entre ellos, el derecho a la salud (art. 10).

siglo veintiuno editores

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD

El principio de no regresividad puede entenderse como un límite a las decisiones de los órganos de gobierno (Hesse, 1978: 86-87) y, a su vez, como una garantía a favor del individuo ya que protege el contenido de los derechos de los que aquel goza (Diez Picazo, 2013: 180).

El principio de no regresividad implica una obligación del Estado a abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas y se encuentra sustentado en los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (Courtis, 2006: 18). Existe una presunción fuerte de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud (Acnudh, 2017: 3; Comité DESC, 2000: párr. 32). De hecho, el Comité DESC ha dicho:

> La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud […] constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud (Comité DESC, 2000: párr. 48).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, "Sistema IDH") ha desarrollado una fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas fuera de los tratados acordados. Así, la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hace referencia a la fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas establecida por el Comité DESC (CIDH, 2009b: párr. 137):

> La naturaleza de las obligaciones derivadas del art. 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención (CIDH, 2009b: párr. 139).

siglo veintiuno editores

En este caso, la semejanza entre el art. 26 de la CADH, el art. 1 del Protocolo Adicional, y el art. 2.1 del Pidesc ha permitido que la interpretación de estas normas regionales se realizara con atención a lo establecido por el Comité DESC.[3] La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha reiterado que "las medidas regresi-

3 "En línea con la costumbre interpretativa tanto de la Comisión Interamericana, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la interpretación de estas cláusulas requiere acudir a los estándares fijados por sus pares de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que ya han avanzado de asignación de contenido a disposiciones similares –en el caso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–" (Courtis, 2006: 17).

vas, en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo" (Comisión de Asuntos Jurídicos OEA, 2005: párr. 11).

EL ANÁLISIS DE REGRESIVIDAD

En la práctica, determinar si una ley o política constituye una medida regresiva impermisible requiere un análisis detallado y complejo. Aunque existe una fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas en el marco de los derechos humanos, bajo ciertas circunstancias, la adopción de medidas regresivas puede ser legítima siempre que operen bajo causas de justificación. Los órganos de derechos humanos, así como las Cortes nacionales, regionales e internacionales, han desarrollado pruebas de razonabilidad y proporcionalidad para determinar cuándo estas medidas regresivas se justifican y cuándo resultan en violaciones a los derechos humanos.

En este punto, resulta útil distinguir entre dos nociones de la regresividad: la regresividad de resultados y la regresividad normativa (Courtis, 2006). La regresividad de resultados refiere a una política pública desarrollada por el Estado cuyos resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida anterior en el tiempo elegido como parámetro (2006: 3-4). En general, para determinar este tipo de regresividad es necesario tener datos empíricos, y se entiende que puede ser aplicado tanto a un indicador como a una política pública completa (2009: 156). La regresividad normativa refiere a una norma jurídica que limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la norma anterior, antes de que se modificara (2006: 4). En este caso, la comparación entre la norma previa y la nueva es fundamental para saber si limita, suprime o restringe derechos (2009: 156). Tales criterios dan una pauta de comparación para determinar la regresividad.

Esta sección explora el contenido del principio de no regresividad en mayor detalle, e identifica y analiza los pasos involucrados a la hora de definir si una determinada medida es regresiva y, de serlo, si es admisible o válida. Para ello, se consideran las siguientes preguntas:

a) antes de la adopción de la medida nueva, ¿el statu quo, una ley o política afectada por la medida contribuyó al cumplimiento de un derecho económico, social o cultural?;
b) ¿es la nueva medida regresiva?; y
c) de todas formas, ¿es admisible?

siglo veintiuno editores

ANTES DE LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA NUEVA, ¿EL STATU QUO, UNA LEY O POLÍTICA AFECTADA POR LA MEDIDA CONTRIBUYÓ AL CUMPLIMIENTO DE UN DERECHO ECONÓMICO, SOCIAL O CULTURAL?

El primer paso del análisis de regresividad consiste en evaluar el statu quo anterior a la adopción de la nueva medida para determinar si, antes de que cambiara, contribuyó de hecho al cumplimiento de un DESC.

Si entendemos que las medidas que contribuyen al cumplimiento progresivo son aquellas que fomentan derechos como derechos "plenos" y, a su vez, asumimos que los derechos plenos son aquellos que son "justiciables", entonces, las medidas que contribuyen al cumplimiento progresivo son aquellas que fomentan el cumplimiento de derechos justiciables. Por lo tanto, para saber si antes de la adopción de la nueva medida se promovía el cumplimiento progresivo de cierto DESC, es necesario determinar, en primera instancia, si este derecho es reconocido como un derecho justiciable.

Para lograr la plenitud de los DESC resulta necesario garantizar la eliminación de "los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*" (Abramovich y Courtis, 2002: 37). Es decir, debe existir "la posibilidad de reclamar ante un juez [...] el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho violado".[4] La justiciabilidad implica el reconocimiento de las obligaciones mínimas que los Estados tienen respecto de cualquier DESC (Abramovich y Courtis, 2002: 38). Esta base mínima está compuesta por acciones positivas y negativas que los Estados tendrán que respetar a fin de evitar incurrir en violaciones (2002: 42). En síntesis, implica la posibilidad de reclamar ante la falta de cumplimiento de un derecho, lo cual supone que el Estado tiene obligaciones mínimas respecto de dichos derechos.

En lo que sigue, utilizaremos el derecho a la salud como ejemplo para determinar si es un derecho pleno en el sentido antes descripto. Analizaremos primero cuáles son las obligaciones mínimas que tiene el Estado en relación con el derecho a la salud. Luego, examinaremos la conducta del Estado para determinar si incumplió con sus obligaciones

siglo veintiuno editores

4 Kelsen (1994: 142-143): "Tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja". Ferrajoli (2001: 917): "Para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión".

mínimas, lo cual fijará el statu quo de ese derecho anterior a la adopción de una nueva medida.

El Comité DESC (2000: párr. 8) ha reconocido que "el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos" que, a su vez, abarcan elementos esenciales e interrelacionados como su disponibilidad, su accesibilidad, su aceptabilidad y su calidad. Este reconocimiento impone a los Estados obligaciones específicas de cumplimiento inmediato, tales como: la obligación de *respetar*, *proteger* y *cumplir*. Así, la obligación de *cumplir* con el derecho a la salud requiere que los Estados "adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud" (Comité DESC, 2000: párr. 33).

Con respecto a la justiciabilidad de los DESC, resulta útil recurrir a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH" o "la Corte"), la cual si bien no ha establecido un test específico para determinar la regresividad del derecho a la salud,[5] sí ha analizado la cuestión. La Corte ha reconocido que los DESC tienen una dimensión individual y colectiva (Corte IDH, 2003: párr. 147), y esta dualidad permite su justiciabilidad. En sus votos concurrentes, el juez en retiro Sergio García Ramírez mencionó que los individuos no son considerados "simples testigos" que se encuentran a la expectativa del cumplimiento del Estado (2003: voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, p. 3). Por el contrario, estos tienen un interés jurídico y un derecho correspondiente que les permite hacer reclamos ante sus violaciones. Así, cuando hablamos de DESC no se trata de "expresiones programáticas que induzcan políticas públicas, sino de fórmulas normativas que determinan el sentido y el contenido de esas políticas, de las disposiciones en las que estas se expresan y de los actos en que unas y otras se concretan" (Corte IDH, 2009: párr. 109).

La jurisprudencia de la Corte IDH ha analizado el derecho a la salud en conexión con otros derechos, como la vida y la integridad personal

Siglo veintiuno editores

5 El juez Sergio García Ramírez refiere, en el año 2009, a las limitaciones que ha tenido la Corte para hablar sobre la justiciabilidad de los DESC. Véase "Acevedo Buendía y otros ('cesantes y jubilados de la contraloría') c. Perú", sentencia de 1º de julio de 2009, serie C nº 198, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 16. Además, dentro de la Comisión se propuso un test por parte del comisionado Paolo Carozza, sin embargo, no es un criterio establecido. En el mismo sentido, véase Informe 38/09, caso 12 670, admisibilidad y fondo, "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras c. Perú", 27 de marzo de 2009.

(Corte IDH, 2015). En el caso de la "Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay", la Corte IDH declaró la violación al derecho a la salud por la relación con el derecho a una vida digna. Mencionó que "las precarias condiciones materiales y de pobreza" impiden que disfruten derechos como el de la salud, cuya afectación, a su vez, impide a la comunidad acceder a "condiciones de vida digna" (Corte IDH, 2005: párrs. 161-163, 166 y 167, 176-178). Así, el derecho a la salud no funciona como un derecho exigible por sí mismo, sino que se puede reclamar en la medida en que las acciones que van en contra del derecho a la salud violen el derecho a la vida (véase también Corte IDH, 2010: párrs. 227-234).

En "Suárez Peralta c. Ecuador", la Corte declaró la violación del derecho a la integridad personal en el marco del derecho a la salud (Corte IDH, 2013: párrs. 130, 131, 154 y 160). La Corte mencionó el cumplimiento de elementos concretos en relación con la salud de las personas, como el acceso a medicamentos, el enfoque integral que implica una "secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo" para las personas con VIH/sida, el acceso a información en salud, entre otros (2013: párrs. 193-197).

Por último, una vez determinado el carácter de derecho justiciable, hay que analizar si la adopción de una nueva medida afectó el statu quo de ese derecho "pleno". Así, por ejemplo, en "Jorge Odir Miranda Cortez y otros c. El Salvador" la CIDH analizó las disposiciones adoptadas por El Salvador luego de la solicitud de medidas precautorias por parte de los recurrentes sobre la entrega de medicinas y tratamiento a personas infectadas con VIH/sida y consideró que las medidas aplicadas por el Estado fueron "suficientemente expeditas", además de que el Estado salvadoreño fue ampliando su cobertura "en forma gratuita a otras personas infectadas con el VIH/sida, previo análisis médico" (CIDH, 2009a: párr. 108). Aunque los recurrentes argumentaron que la actuación del Estado era regresiva, la Comisión consideró que se trataba de un avance en comparación con el statu quo anterior a la solicitud de medidas precautorias.

siglo veintiuno editores

¿ES LA NUEVA MEDIDA REGRESIVA?

El segundo paso del análisis de regresividad consiste en determinar si la nueva medida adoptada por el gobierno es regresiva. Una norma es regresiva "cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que ya se había alcanzado" (Abramovich y Courtis, 2002: 111-112) o, en otras palabras, cuando se reduzcan los niveles de protección de los derechos vigentes o se deroguen derechos ya existentes (Fabre, 2000: 53-55). A continuación, uti-

lizaremos los criterios de regresividad de resultados y de regresividad normativa como pauta de comparación para determinar la ocurrencia de la regresividad en una serie de casos.

La regresividad de resultados

Los casos que tienen una relación con la reasignación de recursos sobre algún tipo de derecho del Sistema IDH ilustran la regresividad de resultados. Estos casos tratan principalmente sobre el derecho a la seguridad social y, en particular, la disminución de elementos de las pensiones.

En "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras c. Perú", la CIDH analizó la regresividad de la medida impugnada y determinó que más que un elemento del derecho a la seguridad social, se trataba de un "privilegio", ya que "la mayoría de los pensionistas del sector público no gozaban de ese beneficio" (CIDH, 2009b: párr. 142). Así, al comparar los resultados de la nueva medida, la CIDH estableció que una medida que se ve afectada, pero que desde un principio no aportaba algo significativo al cumplimiento del derecho afectado, no puede considerarse como regresiva. De manera similar, en "'Cinco Pensionistas' c. Perú" y "Acevedo Buendía y otros ('cesantes y jubilados de la contraloría') c. Perú", los recurrentes gozaron del sistema de pensiones, pero de una manera "diluida" por las políticas del Estado peruano. El análisis de la CIDH y la Corte IDH buscó determinar si esta "disminución parcial" derivaba en una afectación al ejercicio total de su derecho.

Así, la Corte IDH estableció que los DESC tienen una dimensión individual y colectiva, por lo cual el estándar para determinar la regresividad deberá hacerse con base en la cobertura que tenga la "población en general" y "no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente" (Corte IDH, 2003: párr. 147). Esto, además de analizar la contribución de la medida al derecho de seguridad social, también refleja que una restricción o "dilución" del derecho de ciertas personas no se traduce de manera directa en una regresión en los términos del art. 26 de la CADH.

Julieta Rossi y Víctor Abramovich criticaron esta decisión de la Corte, principalmente respecto del parámetro utilizado en el análisis de regresividad. Según ellos, la Corte no es clara, ya que los términos "representativos de la situación prevaleciente" son ambiguos y no dan pautas suficientes para saber en qué contextos se puede o no aplicar la norma (Rossi y Abramovich, 2007: 44). Esta interpretación limita la afectación a personas individuales o a grupos determinados, pues el criterio está

siglo veintiuno editores

subordinado a toda la población. Así, la regresividad debería medirse por circunstancias particulares, en las cuales algunas veces los afectados serán un grupo determinado y, en otras, podría llegar a ser toda la población (2007: 45). Además, los Estados podrían adoptar medidas dentro de este estándar que no serían regresivas para la población, pero que podrían afectar a individuos o grupos particulares (2007: 45).

De manera similar, Christian Courtis menciona dos críticas a la resolución. La primera, relacionada con la crítica de Rossi y Abramovich: la dimensión grupal de los DESC. Los litigios en DESC, de acuerdo con Courtis, tienen la característica de no enfocarse en situaciones individuales o de la población en general, sino de grupos determinados (Courtis, 2009: 220). La segunda crítica es el análisis de toda una política pública –el sistema de pensiones– sin los datos necesarios, lo cual pudo haber llevado a que se tomara una decisión sin la información suficiente (2009: 222-223). Para analizar la regresividad en este tipo de medidas es necesario contar con datos empíricos y la Corte no contaba con estos a la hora de llegar a una conclusión (2009: 222-223).

En "Acevedo Buendía y otros c. Perú", la Corte IDH decidió que la falta de pago de pensiones no era una "providencia adoptada por el Estado que [hubiere] impedido el cumplimiento progresivo del derecho a una pensión, sino el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos" (Corte IDH, 2009: párr. 106). Es decir, la Corte reconoció que existía un cambio en la forma en que se ejercía el derecho, pero no implicaba necesariamente una regresión.

siglo veintiuno editores

La regresividad normativa

Los órganos de tratados de derechos humanos, por su parte, se han enfocado en la regresividad normativa. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante "Comité de Cedaw", por sus siglas en inglés) ofrece ejemplos de cómo la promulgación de legislación puede constituir una medida regresiva. Por ejemplo, cuando la República Dominicana estaba en proceso de reformar su Constitución para proteger la vida desde la concepción, el Comité de Cedaw le recomendó que "se asegure de que se aprobara el actual proceso de examen de la legislación penal sobre derechos reproductivos y de que este marco legislativo respete plenamente la Convención y no traiga una regresión con su aplicación" (Comité de Cedaw, 2013: párr. 11[c]). El Comité de Cedaw también calificó como "un grave retroceso" un cambio en la regulación de la práctica de la mutilación genital femenina que reemplazó la prohibición absoluta por una regla que la autoriza por ciertos proveedores médicos (2012: párr. 21).

A nivel nacional, las Cortes de Colombia y Perú han abordado este tema. En Colombia, la Corte Constitucional consideró la regresividad de la Ley 1719 de 2014 que convirtió el Protocolo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual de obligatorio a facultativo sin justificación alguna (Corte Constitucional de Colombia, 2015). En su análisis, la Corte reconoció de manera explícita que la atención integral de la salud de las mujeres víctimas de violencia sexual incluye la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva (2015: párr. 49). Es más, "precisamente la garantía del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual en condiciones de igualdad comprende una garantía mínima en el acceso al derecho a la salud de una población vulnerable que no se cumple con la expresión acusada de la norma" (2015: párr. 52). La Corte concluyó que la ley constituía una medida regresiva, y generaba "una disminución en el acceso al derecho a la salud que viola el principio de progresividad y no regresividad" (2015: párr. 46).

En Perú, el Tribunal Constitucional en el caso "5000 ciudadanos c. el art. 3 de la Ley 28 705" consideró la constitucionalidad del art. 3 de la Ley 28 705 que prohibió el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país. En la sentencia, el Tribunal notó que, bajo el art. 3 del Convenio Marco para el Control del Tabaco, la reducción del consumo de tabaco debe ser alcanzada de manera "continua", lo que fue interpretado por el Tribunal como "la imposibilidad de retroceder en los pasos dados orientados a su consecución" (Tribunal Constitucional de Perú, 2011: párr. 147). Si se toma en cuenta que el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud en su máximo nivel posible, que el tabaquismo es una epidemia y que los derechos deben ser protegidos progresivamente, las medidas legales adoptadas para resguardar la salud "marcan un punto de no retorno" (2011: párr. 148). El Tribunal concluyó que está constitucionalmente "prohibido que en el futuro se adopten medidas legislativas o de otra índole que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera como lo hace la legislación actual" (2011: párr. 148).

siglo veintiuno editores

¿ES LA MEDIDA REGRESIVA ADMISIBLE?

El tercer paso del análisis de regresividad consiste en determinar si una medida regresiva es admisible. Bajo ciertas circunstancias, la adopción de medidas regresivas no resulta en una violación del derecho internacional de los derechos humanos. Si el Estado parte adopta medidas deliberadamente regresivas en relación con el derecho a la salud, según el Comité DESC,

> corresponde al Estado parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles (Comité DESC, 2000: párr. 32).

Para determinar si cualquier medida regresiva es permisible, el Comité DESC aplica una serie de criterios (1990: párr. 9; 1999: párr. 45; 2000: párr. 45). En el contexto del derecho a la seguridad social, el Comité DESC examinó en detalle:

> a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional (Comité DESC, 2008: párr. 42).

siglo veintuno editores

Estos criterios se ven reflejados en los parámetros establecidos por el Comité DESC luego de la adopción de medidas de austeridad tras la recesión económica. El presidente del Comité DESC sostuvo que las medidas de austeridad que resultan en pasos regresivos relacionados con la realización de derechos humanos tienen que cumplir con ciertos requisitos:

> En primer lugar, la política debe ser una medida provisional que abarque solamente el período de crisis. En segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afecta-

> dos los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social, […] y velar por que ese contenido mínimo básico siempre esté protegido (Comité DESC, 2012).[6]

Es decir, si bien la aplicación adecuada del principio de no regresividad no debe circunscribir de manera indebida la flexibilidad del Estado de responder a una crisis económica, señala la primacía de los derechos humanos, obliga a los gobiernos a justificar las reducciones de derechos y establece el requisito de que nadie puede caer bajo cierto estándar (Salomon, 2015).

Existen dos criterios que permiten aceptar medidas regresivas de derechos sociales y que deben ser probados por los Estados para justificar su adopción: que esas medidas sean proporcionales y razonables (Uprimny y Guarnizo, 2008: 58). La razonabilidad implica que, dentro del espectro de posibilidades, los tomadores de decisión hayan elegido la posición más conveniente entre las medidas propuestas. Además, en el caso de la regresividad se tiene que agregar no sólo la posición más razonable, sino aquella que no "pueda empeorar la situación del derecho vigente" (Abramovich y Courtis, 2002: 96-97). Es decir, debe analizarse hasta qué punto las medidas regresivas son idóneas para alcanzar un fin admisible sin sacrificar de manera excesiva otros bienes constitucionales. Así, un primer elemento de la razonabilidad es que la "especie legal" no contradiga al "género constitucional". El segundo es que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por sus fines lícitos. Por último, es necesario saber si hay una determinación adecuada de proporcionalidad entre las restricciones, los antecedentes y los fines de la medida (2002: 99-101).

Para ello, se debe establecer una inversión de la carga probatoria en contra de los Estados. La prueba de que una norma es regresiva acarrea una presunción de invalidez o inconstitucionalidad. Esto implica que es el Estado el que tiene que probar la razonabilidad "agravada" de la nor-

siglo veintiuno editores

6 Véase también *Informe de la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. Magdalena Sepúlveda Carmona*, 19 de mayo de 2009, Doc. ONU A/HRC/11/9/Add.1 (su abordaje basado en derechos humanos a recuperación enfatizó los siguientes principios: utilizar al máximo los recursos disponibles; asegurar niveles mínimos indispensables de derechos económicos, sociales y culturales; evitar las medidas de carácter deliberadamente regresivo; asegurar la no discriminación y la igualdad; e incorporar la participación, la transparencia y la rendición de cuentas).

ma. Así, se tienen efectos similares a los de la discriminación: existe una presunción de invalidez, por lo cual, es necesario un escrutinio estricto o un control severo de la razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, de lo cual, el Estado tiene la carga de la prueba (Abramovich y Courtis, 2002: 103-106).

En el Sistema IDH, a pesar de la fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas, la adopción de este tipo de determinaciones es admisible bajo ciertas circunstancias. Según la CIDH, la restricción de un DESC no es sinónimo de regresividad (CIDH, 2009b: párr. 140). Según el art. 5 del Protocolo Adicional, los Estados sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo Adicional bajo ciertas circunstancias, específicamente "mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos" (OEA, 1999: 17).

En 2009, la CIDH y la Corte IDH establecieron estándares para evaluar la permisibilidad de una medida regresiva (CIDH, 2009b). En línea con el Pidesc, se deberá determinar si una medida regresiva se encuentra "justificada por razones de suficiente peso" (Corte IDH, 2009: párr. 103; CIDH, 2009b: párr. 141). En "Jorge Odir Miranda Cortez y otros c. El Salvador", citando al Comité DESC, la CIDH declaró que si el gobierno adopta "cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles" (CIDH, 2009a: párr. 105).

En "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras c. Perú", la CIDH desarrolló los límites de las medidas regresivas permisibles y estableció que "la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida" (CIDH, 2009b: párr. 140). La CIDH consideró tres elementos para analizar si la reforma constitucional que modificó el régimen pensionario constituía una regresividad impermisible: nivelación, tope máximo y ajuste periódico (CIDH, 2009b). Concluyó que la reforma constitucional era regresiva, pero admisible.

La CIDH menciona que se podría hablar de una medida regresiva si, por ejemplo, el tope máximo fuera incompatible con el ejercicio del derecho. En ese momento cabría la pregunta: es una medida regresiva, ¿pero es incompatible? Previo a llegar a este razonamiento, la CIDH admite que, en caso de que las medidas fueran regresivas, ella tendría que analizar si es incompatible con el art. 26 de la CADH. Esta necesidad de analizar la incompatibilidad de la medida con la esencia del

siglo veintiuno editores

derecho, la CIDH la hace explícita al admitir que "no cuenta con elementos específicos que permitan considerar que este nuevo mecanismo no es idóneo para mantener el valor adquisitivo de la pensión" (CIDH, 2009b: párr. 144).

Según la CIDH, no toda restricción de un derecho conlleva a una regresividad por dos razones (CIDH, 2009b: párr. 140): la primera es la concepción de esta medida como un privilegio más que como parte del derecho a la seguridad social, pero además, un segundo motivo es que la creación de topes máximos a las pensiones es compatible con el contenido esencial del derecho (CIDH, 2009b: párr. 143).

En "Acevedo Buendía y otros c. Perú", la Corte retorna a los elementos que ayudan a cumplir con el ejercicio de un derecho y el concepto de regresividad: analiza si una medida es regresiva per se o lo es porque impide el cumplimiento progresivo de este derecho, lo cual tiene una relación mucho más íntima con la concepción de los DESC como normas programáticas.

Aunque la Corte y la CIDH carezcan de un test específico para analizar la regresividad, se pueden detectar elementos de los tres pasos involucrados para determinar si una medida es regresiva. El Sistema IDH ha empezado a construir un marco de análisis sobre la regresividad basado más en la experiencia y oportunidad, que en un sistema complejo y detallado.

siglo veintiuno editores

REPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL SALVADOR Y NICARAGUA COMO MEDIDAS REGRESIVAS

Recientemente, los cambios de gobierno en algunos países de América Latina han generado la derogación de leyes o de políticas sobre salud reproductiva. En las últimas dos décadas, por ejemplo, El Salvador y Nicaragua, que anteriormente habían considerado el aborto como un procedimiento legal bajo ciertas circunstancias, han repenalizado por completo esta práctica. Así, el aborto puede resultar en el procesamiento penal y encarcelamiento de las mujeres que lo realicen.[7] En este contexto, el principio de no regresividad puede servir como un escudo para proteger el derecho a la salud de mujeres y niñas.

7 Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997, Código Penal, Decreto 1030, D.O. nº 105, t. 335, art. 133; y Asamblea Nacional de Nicaragua, 2007, Código Penal, Ley 641, art. 143.

Aunque en esta sección se aplica el análisis de regresividad a dos casos particulares enfocados en la salud reproductiva, es importante resaltar la utilidad que pueden tener los argumentos basados en tal principio en contra de acciones perjudiciales a otros DESC, sobre todo en contextos de volatilidad política.

LA REPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL SALVADOR Y NICARAGUA

Hasta 1956, el Código Penal de El Salvador no estableció excepciones explícitas a la prohibición del aborto.[8] Sin embargo, bajo ciertos principios generales del derecho penal, una persona podía establecer la excepción a esta prohibición en caso de riesgo hacia la salud de la mujer embarazada (arts. 364-367). El Código Penal de 1973 incluyó excepciones terapéuticas a la prohibición, que las consideraba como eximentes de pena. El art. 169 permitía el aborto cuando era el único medio para salvar la vida de la mujer, cuando el embarazo era consecuencia de una violación y cuando el feto sufría deformidades graves.[9] Hasta abril de 1998, el Código Penal de 1973 de El Salvador no penalizó el aborto terapéutico, y permitía a las mujeres realizar el procedimiento en casos de violación o de anomalías fetales (Centro de Derechos Reproductivos, 2014: 10).

No obstante, tras la guerra civil y la firma de los Acuerdos de Paz en 1992, comenzaron a debatirse las propuestas para un nuevo Código Penal, en las cuales se incluían las disposiciones relacionadas con el aborto (Amnistía Internacional, 2014a: 10), pero luego de una campaña dirigida por la Iglesia católica y otros actores se estableció la prohibición absoluta del aborto (Amnistía Internacional, 2014a: 10). Esta se consolidó a principios de 1999, cuando entró en vigor una enmienda al art. 1

siglo veintiuno editores

8 Asamblea Legislativa de El Salvador, 1904, Código Penal, arts. 364-367.

9 Asamblea Legislativa de El Salvador, 1973, Código Penal, art. 169: este artículo establecía que el aborto no sería punible en las siguientes circunstancias limitadas: "1) el aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de esta para causar su aborto; 2) el aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiere otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico. Si la mujer fuere menor, incapaz o estuviera imposibilitada de dar el consentimiento, será necesario el de su cónyuge, el de su representante legal, o el de un pariente cercano; 3) el realizado por facultativo, cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer; y 4) el practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción".

de la Constitución que confiere estatus constitucional a la noción de que la vida empieza desde la concepción, el embarazo, y reconoció "como persona humana a todo ser humano" desde ese momento.

Así, bajo la actual ley de aborto de El Salvador, las mujeres acusadas de haberse sometido a un aborto son pasibles de condenas de entre dos a ocho años de prisión. Esta misma pena se puede imponer a las personas declaradas culpables de ayudar a una mujer a interrumpir el embarazo con su consentimiento (art. 136). Además, los profesionales de la salud que ayuden a la mujer en el procedimiento pueden ser condenados a una pena de entre seis y doce años (art. 135).

Por su parte, en Nicaragua el proceso tomó tan sólo unos años. Desde noviembre de 2006 hasta julio de 2008, el Código Penal de Nicaragua sufrió una serie de reformas que culminó en la criminalización de todo tipo de prácticas de aborto, incluyendo los terapéuticos (Human Rights Watch, 2007). En noviembre de 2006, se aprobó un proyecto de ley que prohibió todos los abortos, y que entró en vigor en 2008. Antes de estas reformas, había una excepción para aquellos abortos practicados por razones terapéuticas, ya que existía una interpretación de la ley en la práctica para permitir aborto cuando se encontraba en riesgo la vida o la salud de la mujer embarazada y en casos de embarazos resultantes de violación (Amnistía Internacional, 2009).

Así, en 2008, Nicaragua se convirtió en uno de los pocos países del mundo, al igual que El Salvador, en castigar penalmente a las mujeres que abortasen (Pérez Izaguirre y Pérez Sevilla, 2013). En semejanza a lo ocurrido en El Salvador, la derogación de la disposición que establecía el derecho al aborto terapéutico como una excepción para salvar la vida de las mujeres en caso de embarazos con riesgos (Fauné, 2014) se dio luego de cierta presión pública por parte de la Iglesia católica y otros grupos de la Iglesia evangélica de Nicaragua, así como de mujeres de las familias más ricas del país, quienes emprendieron fuertes campañas de "amplio alcance" contra el aborto en televisión, mediante folletos y periódicos (Amnistía Internacional, 2009).

Actualmente, en Nicaragua cualquier persona que practique un aborto es pasible de una pena de prisión de uno a tres años. Si es una mujer embarazada quien lo hace, será de uno a dos años. También se le impone una pena de prisión a los profesionales que realicen dichas prácticas y una inhabilitación de hasta cinco años.[10]

siglo veintiuno editores

10 Asamblea Nacional de Nicaragua, 2007, Código Penal, Ley 641, arts. 143 y 145.

ANTES DE LA ADOPCIÓN DE LA PROHIBICIÓN TOTAL, ¿LA LEY DEL ABORTO CONTRIBUYÓ AL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD?

Como un primer punto, es importante denotar el carácter *justiciable* de las causales, es decir, si las personas a quienes se les impedía ejercer este derecho podrían haberlo reclamado o no. En este caso, el hecho de que se establecieran como causales de un delito permitía a las mujeres afectadas la oportunidad de reclamar su aplicación. Esto implica que las causales no eran simples normativas o directrices de políticas públicas, sino obligaciones que los Estados de El Salvador y Nicaragua debían cumplir con sus ciudadanas. Así, la concepción de las causales como una norma exigible no sólo era una obligación del Estado de proveer el servicio de salud, sino que también se traducía en un derecho que podía ser ejercido por cualquier mujer que se encontrara en los supuestos del aborto terapéutico.

Antes de 1998, El Salvador no penalizó el aborto terapéutico, y permitía el procedimiento para salvar la vida de la mujer embarazada y en casos de violación o de anomalías fetales. Permitir el aborto terapéutico tuvo el efecto de hacer avanzar el derecho a la salud de las mujeres salvadoreñas a un grado mayor al que se tenía en ese momento y puede considerarse como parte de un cumplimiento progresivo del derecho a la salud. El caso de Nicaragua es distinto. Desde 1893 y hasta antes de las reformas de 2008, se permitía el aborto terapéutico. Así, aunque de manera limitada, una parte del derecho de las mujeres a su salud y, derechos sexuales y reproductivos se encontraba protegida por la legislación. Además, la ley permitía el aborto terapéutico si tres médicos coincidían en el dictamen de necesidad y si su cónyuge o un pariente cercano daba su consentimiento.

La obligación de cumplir el derecho a la salud "requiere que los Estados adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y de otro tipo apropiadas para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva" (Comité DESC, 2016a: párr. 45). Como parte de estas medidas se incluye el acceso universal y sin discriminación a "la atención para el aborto sin riesgo" (2016a: párr. 45).

En los países de América Latina, el modelo más común para regular la práctica del aborto es el modelo de permisos o causales, en el que las leyes, su reglamentación y la jurisprudencia, incorporan una serie de causales bajo las cuales el aborto está justificado y es permitido (Bergallo y González Vélez, 2012). Así, la despenalización del aborto justificado con base en una serie de causales en El Salvador y con base en el aborto

siglo veintiuno editores

terapéutico en Nicaragua era una medida para dar efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva.

El acceso a abortos seguros es considerado una práctica para la realización del derecho a la salud, entre otros derechos humanos (Comité DESC, 2016a: párr. 27). Cada una de las causales contribuía a la realización del derecho a la salud, ya que, al permitirse la interrupción del embarazo cuando estaba en riesgo la vida de la mujer, se evitaba que quienes decidían abortar accedieran al procedimiento en condiciones inseguras. Estos procedimientos inseguros podían provocar complicaciones como abortos incompletos, infecciones, perforación uterina, hemorragia u otras lesiones de los órganos internos, las cuales llegaban a causar la muerte, una lesión permanente o la infertilidad (OMS, 2015a).

Asimismo, permitir un aborto cuando el embarazo es el resultado de una violación es también un avance en el derecho a la salud, pues una respuesta integral a las necesidades de las víctimas supervivientes de una violación incluye la provisión de información sobre abortos y sus procedimientos, en caso de que lo solicitasen (OPS, 2013a). Los Estados deben garantizar la atención de la salud física y mental a las víctimas de la violencia sexual en todas las situaciones, en particular el acceso a servicios de aborto sin riesgo (Comité DESC, 2016a: párr. 45).

De la misma manera, permitir que las mujeres puedan interrumpir un embarazo en caso de malformaciones del feto incompatibles con la vida extrauterina puede prevenir un impacto negativo en la salud física y mental de la mujer. Por un lado, en casos de embarazos anencefálicos, las consecuencias físicas para la salud de la mujer embarazada incluyen polihidramnios, hipotensión postural, hipotensión, rompimiento prematuro de membranas, parto de nalgas u otras formas de distocia, y embolias amnióticas (Human Rights Watch, 2008). Por otro lado, las potenciales consecuencias para la salud mental de la mujer embarazada obligada a llevar a término un embarazo con una malformación fetal incompatible con la vida incluyen la angustia, la depresión grave y el estrés postraumático (Human Rights Watch, 2008). Estas consecuencias negativas para la salud podían ser evitadas mediante las causales del aborto terapéutico contempladas con anterioridad a las reformas en El Salvador y Nicaragua.

Finalmente, aunque las normas de El Salvador no permitían el aborto para todas las mujeres embarazadas que quisieran realizarlo, en cierta medida estas causales implicaban un acceso menos discriminatorio que aquellas que tenían que ser invocadas por principios generales. El cambio de legislación entre 1956 y 1974 es una eliminación, restringida, pero importante, de leyes que no permitían a las mujeres ejercer sus derechos

siglo veintiuno editores

humanos y que las exponían a la necesidad de recurrir a abortos inseguros (Comité DESC, 2016a: párr. 28). Este tipo de medidas adoptadas por los Estados contribuye a anular barreras de discriminación, las cuales, cabe decir, todavía pueden ser perfectibles.

Esta es otra manera de cumplir con el derecho a la salud: "Reformar las leyes que impidan el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva" (Comité DESC, 2016a: párr. 40). El Comité DESC menciona de manera explícita las leyes por las que se penaliza el aborto como ejemplo (2016a: párr. 40).

¿ES LA PROHIBICIÓN TOTAL REGRESIVA?

En ambos casos, las reformas de El Salvador y Nicaragua tienen fuertes elementos que hacen presumir su regresividad. Para afirmar este punto, se analizarán las normas bajo los criterios que el Comité DESC ha establecido, así como el análisis del Sistema IDH.

La definición de "medida regresiva" brindada por el Comité DESC evoca a la regresividad normativa explicada anteriormente. La prohibición absoluta del aborto tanto en El Salvador como en Nicaragua satisface cualquiera de los dos tipos de legislación referenciados por el Comité DESC. Por un lado, en El Salvador la legislación que permitía el aborto para salvar la vida de la mujer embarazada y en los casos de violación o de anomalías fetales era necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud. En el caso de Nicaragua, la legislación garantizaba el derecho a la salud y las interpretaciones sobre las normas del Ministerio de Salud ayudaban al cumplimiento del derecho a la vida y la salud de las mujeres. El Comité DESC, así como otros órganos de tratados de derechos humanos, ha expresado profunda preocupación por la prohibición total del aborto y la falta de excepciones particulares, y ha pedido a los Estados parte en múltiples ocasiones legalizar y despenalizar el aborto bajo ciertas circunstancias.[11] El relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha articulado estas circunstancias: casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuan-

siglo veintiuno editores

11 Sobre instancias en las cuales el Comité DESC ha instado a los Estados parte a legalizar y despenalizar el aborto bajo ciertas circunstancias, véanse por ejemplo, Comité DESC, Costa Rica, Doc. ONU E/C/12/CR/CO/4 (2008), párrs. 25, 46; Nepal, Doc. ONU E/C.12/1/Add.66 (2001), párr. 55; Chile, Doc. ONU E/C.12/1/Add.105 (2004), párr. 53; Kuwait, Doc. ONU E/C.12/1/Add.98 (2005), párr. 43; Malta, Doc. ONU E/C.12/1/Add.101 (2004), párr. 41.

do está en riesgo la vida o la salud de la mujer embarazada (Consejo de Derechos Humanos, 2016: párr. 43).

Por otro lado, el Comité DESC ha reconocido la incompatibilidad entre la prohibición absoluta del aborto y el ejercicio del derecho a la salud por parte de las mujeres, y ha expresado su preocupación por la relación entre las altas tasas de mortalidad materna y los abortos ilegales, inseguros y clandestinos.[12] El Comité de Cedaw ha señalado con frecuencia las leyes restrictivas de aborto como una violación del derecho a la salud,[13] confirmando, también, que fuerzan a las mujeres a buscar abortos ilegales e inseguros.[14] Cuando las mujeres se someten a abortos en condiciones de riesgo y cuando se ven obligadas a llevar el embarazo a término contra su voluntad, aparecen consecuencias físicas y psicológicas a corto y largo plazo (Consejo de Derechos Humanos, 2016: párr. 72.b). Por eso, "la promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud" (Consejo de Derechos Humanos, 2011: párr. 21).

En los casos que nos ocupan, el Comité DESC ha expresado su preocupación por el ordenamiento jurídico actual de El Salvador y ha reconocido las graves consecuencias para la salud que tiene el elevado número de abortos inseguros e ilegales en ese país.[15] El mismo Comité

siglo veintiuno editores

12 Sobre la relación entre las altas tasas de mortalidad materna y los abortos ilegales, inseguros y clandestinos, véanse, por ejemplo, Comité DESC, Benín, Doc. ONU E/C.12/1/Add.78 (2002), párr. 23; Brasil, Doc. ONU E/C.12/1/Add.87 (2003), párr. 27; Camerún, Doc. ONU E/C.12/1/Add.40 (1999), párr. 25; China, Doc. ONU E/C.12/1/Add.107 (2005), párr. 36; Mauritas, Doc. ONU E/C.12/1994/8 (1994), párr. 15; México, Doc. ONU E/C.12/1/Add.41 (1999), párr. 29; México, Doc. ONU E/C.12/MEX/CO/4 (2006), párr. 25; Nepal, Doc. ONU E/C.12/1/Add.66 (2001), párr. 32; Panamá, Doc. ONU E/C.12/1/Add.64 (2001), párr. 20; Paraguay, Doc. ONU E/C.12/PRY/CO/3 (2008), párr. 21; Polonia, Doc. ONU E/C.12/1/Add.26 (1998), párr. 12; Rusia, Doc. ONU E/C.12/1/Add.94 (2003), párr. 35; Senegal, Doc. ONU E/C.12/1/Add.62 (2001), párr. 26.

13 Véanse, por ejemplo, Comité de Cedaw, Belice, Doc. ONU A/54/38 (1999), párr. 56; Chile, Doc. ONU A/54/38 (1999), párr. 228; Colombia, ONU Doc. A/54/38 (1999), párr. 393; República Dominicana, ONU Doc. A/53/38 (1998), párr. 337; Paraguay, Doc. ONU A/51/38 (1996), párr. 131.

14 Véanse, por ejemplo, Comité de Cedaw, Antigua y Barbuda, Doc. ONU A/52/38/Rev.1, Parte II (1997), párr. 258; Chile, Doc. ONU Cedaw/C/CHI/CO/4 (2006), párr. 19.

15 "El Comité expresa su preocupación por la vigencia de disposiciones del Código Penal que criminalizan el aborto en todas sus formas, dada la circunstancia de que los abortos ilegales tienen consecuencias negativas graves para la vida, la salud y el bienestar de la mujer" (Comité de Derechos Humanos, 2010).

enfatizó su inquietud por la prohibición total para el caso de Nicaragua (Comité DESC, 2008). También, a propósito de Nicaragua, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas se refirió al impacto negativo que este tipo de medidas tiene en las sobrevivientes de una violación (Comité de Derechos Humanos, 2008: párr. 13).

Independientemente de que se clasifique esta reforma como una regresión normativa y de que se encuentre dentro de los estándares del Comité DESC sobre regresividad, es claro que se trata de medidas regresivas. En los casos de "'Cinco Pensionistas' c. Perú" y "Acevedo Buendía y otros ('cesantes y jubilados de la contraloría') c. Perú", la Corte IDH determinó la regresividad de las medidas por su "dimensión colectiva", es decir, por el nivel de afectación a la población (Corte IDH, 2003: párr. 145). En el caso del aborto, las mujeres son el grupo afectado y, si bien no son el total de la población, existe una fuerte presunción de que podrían caber en el criterio de la Corte. Entonces, si analizamos las causales derogadas de ambos países, estas podrían ser ejercidas por cualquier mujer que se encontrara en la necesidad de un aborto terapéutico. Así, el estándar de la Corte para la determinación de la regresividad sería completamente aplicable a los casos de El Salvador y Nicaragua.

Como se explicó más arriba, para determinar la regresividad de resultados es importante contar con datos empíricos (Courtis, 2009: 156). En el caso de Nicaragua, las estadísticas de 2014 demuestran que la mayoría de las víctimas de violencia sexual son menores de 17 años, mayoritariamente niñas de entre 10 y 14 años, que quedan embarazadas a causa de una violación y tienen que llevar a término el embarazo o someterse a un aborto ilegal y no seguro, y corren el riesgo de ser encarceladas si las descubren (Amnistía Internacional, 2014b). El Ministerio de Salud de Nicaragua según su base de datos de estadísticas vitales, servicios y recursos, publicó en 2010 que durante el período 2000-2009 se registraron 996 defunciones relacionadas con el embarazo, el parto y el puerperio. Las principales causas de mortalidad materna fueron: hemorragias 395 (39%), síndrome hipertensivo gestacional 195 (20%), sepsis puerperal 86 (19%) y aborto 39 (4%). En 2010 se registraron 89 defunciones maternas; la tasa de mortalidad materna disminuyó de 90 por 100 000 nacidos vivos en 2006 a 64,7 por 100 000 en 2010 (OPS, 2013b).

Según la base de datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Nicaragua es el quinto país del continente americano con mayores muertes maternas en 2015 con un estimativo de 159 muertes cada 100 000 nacidos vivos (OMS, 2015b). La mayoría de las muertes obstétricas (58,5%) ocurrió en mujeres de entre 20 y 34 años, y un 22,4%, en mujeres de 35 a 54 años (OPS, 2011). El sistema de salud nicaragüense registró en el

siglo veintiuno editores

período de 1999-2005, un promedio de 397 embarazos ectópicos, 232 embarazos con mola hidatiforme, 284 embarazos con embriones y fetos con malformaciones congénitas, y más de 5500 abortos espontáneos (OPS, 2008). Muchas de estas intervenciones obstétricas de emergencia habrían sido imposibles bajo la nueva legislación, cuyo resultado habría sido la criminalización de las pacientes. Este dato es importante para estimar las potenciales víctimas que padecen violaciones a sus derechos humanos después de la nueva legislación.

En El Salvador hay evidencia del impacto que la prohibición absoluta del aborto tiene sobre la salud de las mujeres. Mientras que el gobierno reportó una tasa de mortalidad materna de 50,8 muertes por cada 100 000 nacimientos vivos en 2010, la cifra ajustada –y bastante contrastante–[16] para El Salvador para este año era 110 muertes por cada 100 000 nacimientos vivos en 2008 (OPS, 2010). En 2008, las principales causas de mortalidad materna en hospitales incluyeron complicaciones durante el parto (29,41%) y aborto séptico (2,94%) (Ministerio de Salud de El Salvador, 2008). Entre 2005 y 2008 hubo en El Salvador 19 290 abortos, entre los cuales más de una cuarta parte (27,6%) de las mujeres que abortaron eran adolescentes (Ministerio de Salud de El Salvador, 2008). Cifras anteriores indican que el 11% de los abortos resultó en la muerte de la embarazada (Daulaire y otros, 2002: 43), sin embargo, es probable que el porcentaje sea bastante mayor (Amnistía Internacional, 2014a: 21).

La tasa alarmante de prosecución de mujeres por delitos relacionados con el aborto también tiene consecuencias para la salud de las mujeres salvadoreñas. Sólo en 2013, la Policía Nacional Civil de El Salvador registró un total de dieciséis mujeres y niñas acusadas del delito de aborto, de las cuales seis tenían 17 años o menos al momento de la comisión del presunto delito (Amnistía Internacional, 2014a).[17] Otras ocho mujeres y niñas fueron acusadas por someterse a un aborto entre enero y marzo de 2014 (Amnistía Internacional, 2014a).

Estos datos refuerzan los argumentos de regresividad para ambos casos. No sólo la comparación de normas demuestra la restricción del

siglo veintuno editores

16 Periódicamente, Unicef, la OMS, el Unfpa y el Banco Mundial evalúan los datos que facilitan los gobiernos nacionales y hacen ajustes para tener en cuenta el déficit de informes y la clasificación errónea de las muertes maternas.

17 Información sobre el número de mujeres y niñas acusadas en 2013 y 2014 facilitada a Amnistía Internacional por la Policía Nacional Civil, 11 de abril de 2014.

cumplimiento del derecho a la salud de las mujeres, de acuerdo con los parámetros internacionales, sino que además existen elementos fácticos que corroboran la regresividad de la norma en términos de resultados.

¿ES LA PROHIBICIÓN TOTAL ADMISIBLE?

Una vez que se ha establecido la regresividad es necesario determinar si es admisible o no. Tanto la penalización absoluta del aborto en El Salvador como en Nicaragua no son admisibles cuando se aplica la prueba del Comité DESC, los criterios de Abramovich y Courtis, o los elementos de la Corte IDH. En el contexto del derecho a la salud, el Comité DESC ha dicho que

> corresponde al Estado parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles (Comité DESC, 2000: párr. 32).

Este elemento de análisis se podría comparar a la proporcionalidad y razonabilidad/ "inversión de la carga probatoria" del Estado que describen Abramovich y Courtis.

En el caso de la reforma del Código Penal en 1998 y la enmienda a la Constitución en 1999, no existe evidencia de que la legislatura salvadoreña haya considerado todas las alternativas posibles antes de una prohibición absoluta. Además, la razonabilidad implica no sólo que la medida sea la mejor entre las propuestas, sino que no empeore la situación del derecho vigente. Como se demuestra en el apartado anterior, la prohibición total del aborto en El Salvador ha afectado a un sector de la población que antes no estaba afectado: todas las mujeres y menores encarceladas por cometer abortos terapéuticos. En este sentido, las reformas tampoco superan el criterio de razonabilidad. La Corte IDH, en "Acevedo Buendía y otros c. Perú", mencionó que una medida puede ser regresiva si impide el cumplimiento progresivo de un derecho. Anteriormente se explicó cómo el proceso histórico de la despenalización entre el Código de 1956 y 1973 implicaba un avance limitado, pero progresivo. Si consideramos esto, existe un argumento fuerte para denotar la regresividad de las reformas por impedir el cumplimiento progresivo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como su derecho a la salud.

siglo veintiuno editores

Queda clara en este caso la ausencia de criterios de razonabilidad. La falta de oposición en la discusión de las reformas al Código Penal pone en evidencia que no existió un análisis de diferentes normas que pudieran ser la mejor opción en términos de protección de derechos. En el mismo sentido, los datos estadísticos muestran a un sector de la población que se vio afectado por la implementación de las nuevas medidas. En ningún momento se consideraron otras posibles reformas que fueran menos restrictivas.

Tampoco hay evidencia de que otros DESC, o la transferencia de recursos necesarios para realizarlos, justificaran este tipo de medida. De hecho, la prohibición del aborto en los tres casos mencionados no tenía un impacto presupuestario ni en El Salvador, ni en Nicaragua. La despenalización del aborto terapéutico no implicaba la afectación de algún otro derecho, al contrario y como se demuestra con las recomendaciones del Comité DESC, el acceso a sistemas seguros de aborto contribuye al cumplimiento de otros derechos, como el de la salud o la información. Recordemos que, bajo los estándares sobre la carga probatoria mencionados por el Comité DESC, los académicos citados y la Corte IDH, el Estado podría tener razones de peso para justificar las reformas contra el aborto. Además, incluso aunque cualquiera de los Estados pudiera justificar que existe una falta de recursos para seguir realizando los abortos terapéuticos, sería imposible que justificara la criminalización de las mujeres como una medida regresiva admisible por falta de presupuesto.

No es sorprendente que la penalización absoluta tampoco sobreviva la prueba más exigente que el Comité DESC ha aplicado a medidas regresivas relacionadas con otros DESC. En el contexto del derecho a la seguridad social, el Comité DESC examina de manera detenida, además de una justificación razonable de las medidas y un estudio extensivo de las posibles alternativas, si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las propuestas, si se hizo un análisis independiente de las medidas a nivel nacional, si las decisiones tuvieron una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se privó a alguna persona o a algún grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias (Comité DESC, 2008: párr. 42). Al contrario, en Nicaragua existe evidencia contundente de la participación de grupos opositores al aborto terapéutico que tuvieron un impacto importante en la resolución de la Asamblea Legislativa, resultado de un tenso ambiente político (Amnistía Internacional, 2009).

siglo veintiuno editores

Como se demostró antes, la prohibición absoluta tuvo una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres y se las privó del acceso al nivel mínimo indispensable de salud. Incluso, además de discriminar sobre la base de género, la prohibición también es discriminatoria contra mujeres que viven en la pobreza, contra aquellas que viven en áreas rurales y también en razón de su juventud, entre otras. En 2014, el Comité DESC destacó que la prohibición total del aborto "afecta particularmente a mujeres pobres" (Comité DESC, 2014: párr. 22). Asimismo, la OMS ha advertido que en entornos legales restrictivos, las mujeres y niñas que viven en la pobreza, y las que viven en zonas rurales y más aisladas, podrían correr un riesgo especial de sufrir abortos inseguros (OMS, 2012).

CONCLUSIÓN

Este capítulo ha analizado los orígenes del principio de no regresividad a partir del concepto de cumplimiento progresivo de los DESC, en particular del derecho a la salud. Luego, a través de un análisis jurisprudencial y legislativo del derecho comparado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, hemos proporcionado herramientas y argumentos que podrán ser utilizados a la hora de realizar un análisis de regresividad de una ley o política. Además, hemos aplicado, a modo de ejemplo, el análisis de regresividad a casos de aborto en El Salvador y Nicaragua para demostrar que constituyen medidas regresivas no admisibles y violatorias del derecho a la salud.

Este estudio resalta la utilidad del principio de no regresividad en el contexto del desmantelamiento de leyes que amplían el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, tales como los servicios de aborto, desmantelamiento que resulta en violaciones considerables del derecho a la salud. Sin embargo, este principio puede servir como un mecanismo de protección no sólo del derecho a la salud en otros contextos donde las leyes contribuyen al adelanto de la salud pública (por ejemplo, leyes y políticas de control del tabaco), sino también del cumplimiento progresivo de otros DESC (por ejemplo, derecho a la educación, derecho al trabajo, etc.). En un mundo determinado cada vez más por la volatilidad política, nuestra esperanza es que estos argumentos sirvan como una herramienta en la práctica para quienes se desempeñan en el ámbito de la justicia, como una respuesta a la derogación de leyes o la sanción de nuevas normas o políticas regresivas.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Abramovich, V. y C. Courtis (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.

Amnistía Internacional (2009), *La prohibición total del aborto en Nicaragua. La vida y la salud de las mujeres, en peligro; los profesionales de la medicina, criminalizados*, Madrid, Amnistía Internacional.

— (2014a), *Al borde de la muerte. Violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en El Salvador*, Madrid, Centro de Lenguas de Amnistía Internacional.

— (2014b), *América Latina y Caribe navegan a contracorriente en la despenalización del aborto*, disponible en <www.es.amnesty.org>.

Bergallo, P. y A. C. González Vélez (2012), *Interrupción legal del embarazo por la causal violación. Enfoques de salud y jurídico*, Bogotá, La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, Gliphos.

Centro de Derechos Reproductivos (CDR) (2014), *Marginalized, Persecuted, and Imprisoned. The Effects of El Salvador's Total Criminalization of Abortion*, Nueva York, Center for Reproductive Rights.

Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (2005), *Proyectos de resolución. Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el protocolo de San Salvador*, CP/CAJP-2275/05 rev. 2.

Comisión de Derechos Humanos (Cdhnu) (1987), *Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. ONU E/CN.4/1987/17.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009a), Informe 27/09, caso 12 249, fondo, "Jorge Odir Miranda Cortez y otros c. El Salvador", 20 de marzo.

— (2009b), Informe 38/09, caso 12 670, admisibilidad y fondo, "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras c. Perú", 27 de marzo.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (DESC) (1990), *Observación general 3*, Doc. ONU E/1991/23.

— (1999), *Observación general 13*, Doc. ONU E/C.12/1999/10.

— (2000), *Observación general 14*, Doc. ONU E/C.12/2000/4.

— (2008a), *Observación general 19*, Doc. ONU E/C.12/GC/19.

— (2008b), *Observaciones finales: Nicaragua*, Doc. ONU E/C.12/NIC/CO/4.

— (2012), *Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. ONU HRC/NONE/2012/76, disponible en <www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf>.

— (2014), *Observaciones finales: El Salvador*, Doc. ONU E/C.12/SLV/CO/3-5.

— (2015); *Observaciones finales: Irlanda*, Doc. ONU E/C.12/IRL/CO/3.

— (2016a), *Observación general 22*, Doc. ONU E/C.12/GC/22.

— (2016b), *Observaciones finales: Canadá*, Doc. ONU E/C.12/CAN/CO/6.

Comité de Derechos Humanos (2008), *Observaciones Finales: Nicaragua*, Doc. ONU CCPR/C/NIC/CO/3.

— (2010), *Observaciones finales: El Salvador*, Doc. ONU. CCPR/C/SLV/CO/6.

Siglo veintiuno editores

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw) (2012), *Observaciones finales: Indonesia*, Doc. ONU Cedaw/C/IDN/CO/6-7.
— (2013), *Observaciones finales: República Dominicana*, Doc. ONU Cedaw/C/DOM/CO/6-7.

Consejo de Derechos Humanos (2011), *Informe provisional del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Doc. ONU A/66/254.
— (2016), *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Doc. ONU A/HRC/31/57.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969), OEA/Ser.K/XVI/1.2, entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

Corte Constitucional de Colombia (2015), sentencia C-754/15, 10 de diciembre.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2003), sentencia, "Cinco Pensionistas c. Perú", 28 de febrero, serie C nº 98.
— (2005), sentencia, "Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay", 17 de junio, serie C nº 125.
— (2009), sentencia, "Acevedo Buendía y otros ("cesantes y jubilados de la contraloría") c. Perú", 1º de julio, serie C nº 198.
— (2010), sentencia, "Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay", 24 de agosto, serie C nº 214.
— (2013), sentencia, "Suárez Peralta c. Ecuador", 21 de mayo, serie C nº 261.
— (2015), sentencia, "Gonzales Lluy y otros c. Ecuador", 1º de septiembre, serie C nº 298.

Courtis, C. (2006), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto.
— (2009), *Ecos cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia*, Bogotá, Siglo del Hombre.

Daulaire, N., P. Leidl, L. Mackin, C. Murphy y L. Stark (2002), *Promises to Keep. The Toll of Unintended Pregnancies on Women's Lives in the Developing World*, Washington DC, Global Health Council.

Diez Picazo, L. (2013), *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas.

Fabre, C. (2000), *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford, Clarendon Press.

Fauné, Y. N. (2014), "De la despenalización a la penalización del aborto en Nicaragua (1837-2006). Razones del retroceso en pleno siglo XXI e implicancias para la vida de las mujeres y la vigencia de un Estado laico", *Psicología Jurídica y Forense*, disponible en <psicologiajuridica.org>.

Ferrajoli, L. (2001), *Derecho y razón*, Madrid, Trotta.

Hesse, K. (1978), *Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller.

Human Rights Watch (2007), *Nicaragua. Prohibición general del aborto daña a las mujeres*, disponible en <www.hrw.org>.
— (2008), *Tengo derechos, y tengo derecho a saber. La falta de acceso al aborto terapéutico en el Perú*, Nueva York, Human Rights Watch.

Kelsen, H. (1994), *Teoría general de las normas*, México, Trillas.

siglo veintuno editores

Ministerio de Salud de El Salvador (2008), "Cinco grupos de causas por mortalidad materna hospitalaria: El Salvador", disponible en <www.salud.gob.sv>.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh) (2017), "Mandate of the Special Rapporteur on the Right to health of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health", UA USA 1/2017.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (1999), *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, OEA/Ser.L.V/II82 Doc. 6 rev. 1.

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2012), *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud.

— (2015a), "Fact Sheet nº 388: Preventing unsafe abortion", disponible en <www.who.int>.

— (2015b), *Global Health Observatory (GHO) data, Maternal and Reproductive Health*, disponible en <gamapserver.who.int>.

Organización Panamericana de la Salud (OPS) (2008), *Derogación del aborto terapéutico en Nicaragua. Impacto en salud*, Nicaragua, Salud de la Familia y la Comunidad OPS/OMS Nicaragua, disponible en <www.paho.org>.

— (2010), "ODM 5: El Salvador. Situación de la salud materna, retos y desafíos para el 2015", disponible en <www.paho.org>.

— (2011), *Tendencia de la razón de mortalidad materna registrada en Nicaragua, según quinquenios*, disponible en <www.paho.org>.

— (2013a), "Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual", Washington DC, disponible en <apps.who.int>.

— (2013b), *Salud de las Américas. Nicaragua: Condiciones de salud y sus tendencias, problemas de salud de grupos específicos de población, salud materna y reproductiva*, disponible en <www.paho.org>.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) (1966), AG, Res. 2200A (XXI), Doc. ONU A/6316, 993 U.N.T.S. 3.

Pérez Izaguirre, J. H. y D. N. Pérez Sevilla (2013), *El aborto. Posturas y argumentos*, León, Universidad Nacional Autónoma De Nicaragua, UNAN-LEON.

Pisarello, G. (2006), "Derechos sociales y principio de no regresividad en España", en C. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 307-328.

Rossi, J. y V. Abramovich (2007), "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Estudios Socio-Jurídicos*, 9, número especial.

Salomon, M. E. (2015), "Of Austerity, Human Rights and International Institutions", *LSE Law Society Economy Working Papers*.

Tribunal Constitucional de Perú (2011), sentencia, "5000 ciudadanos c. el art. 3 de la Ley 28 705", expte. 00 032-2010-PI/TC.

Uprimny, R. y D. Guarnizo (2008), "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana", *Direitos Fundamentais o Justiça*, 3: 37-64.

Siglo XXI editores

4. El movimiento pro y antiaborto en el Supremo Tribunal brasileño
Marcos y estrategias argumentativas utilizados en la audiencia pública referente al feto anencefálico*

Marta Rodriguez de Assis Machado
Ana Carolina Bracarense

En 2004, la lucha por la ampliación del derecho de la mujer a elegir sobre la maternidad inaugura el frente del litigio estratégico en Brasil. En aquel momento, en que las hipótesis de aborto legal se restringían a dos –embarazo resultado de una violación y embarazo riesgoso para la vida de la gestante–, las mujeres embarazadas de fetos diagnosticados anencefálicos que no deseaban llevar adelante el embarazo tenían ante sí un gran desafío jurídico: recurrir de manera individual al Poder Judicial para obtener un permiso que las habilitara a interrumpir el embarazo. Se trataba de un juego de suerte o azar: que el caso fuese asignado a un fiscal y/o juez favorables a la solicitud, o en su defecto ver que la solicitud "perdiera su objeto" por la demora en el procesamiento de los recursos en las instancias superiores (ya que invariablemente el embarazo llegaba a su fin antes del pronunciamiento de las Cortes) (Diniz, 2003; Diniz y otros, 2009).

En la ausencia de un instrumento jurídico capaz de apaciguar el entendimiento de la cuestión y brindar seguridad jurídica sobre los límites de lo lícito y lo ilícito, la Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS, por sus siglas en portugués), junto con el Instituto de

siglo veintiuno editores

* Este capítulo es el resultado parcial de la investigación *Abortion Rights Lawfare*, coordinada por Rachel Sieder, en el marco del Center for Law and Social Transformation/Christian Michelsen Institute (CMI) y financiada por el Norway Research Council. La autora coordina el estudio de caso brasileño y agradece la colaboración del equipo de investigación conformado por Débora Maciel, Fabiola Fanti, Patricia Jiménez, Ana Luiza Bandeira, Natalia Sellani, Bruno Paschoal y Jessica da Mata. Agradece especialmente a Olivia Landi Guaranha, por la recopilación de los datos referentes a la audiencia pública analizada. Una versión en portugués se publicó en la revista *Direito e Praxis*, vol. 7, nº 3, 2016, disponible en <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25165/18216>.

Bioética, Derechos Humanos y Género, Anis, una importante organización del campo pro aborto, presentó ante el Supremo Tribunal Federal (STF) una Demanda de Incumplimiento de Precepto Fundamental 54 (ADPF 54, por sus siglas en portugués) en la que requería que el STF procediera a la interpretación de los artículos del Código Penal que criminalizan el aborto (arts. 124, 126 y 128) conforme a la Constitución, a fin de reconocer la inconstitucionalidad de la aplicación de tales normas penales a la hipótesis fáctica de la mujer gestante de un feto anencefálico. En julio de 2004, el ministro relator concedió una medida cautelar que autorizaba el procedimiento, que fue casada por el plenario de la Corte en poco más de tres meses.

La acción fue finalmente juzgada procedente por el Supremo Tribunal Federal en 2012, lo que significó la alteración más significativa en el campo de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer desde el establecimiento del paradigma de prohibición en el Código Penal de 1940, es decir, la criminalidad del aborto salvo en caso de violación y riesgo de vida para la madre. La ampliación de los derechos de la mujer en este caso particular, si bien fue objeto de muchos intentos de alteración legislativa, fue fruto de un proceso sofisticado de construcción de marcos, estrategias y negociación argumentativa ante la Corte, durante el cual se trató de diferenciar el caso del feto anencefálico del debate jurídico y moral más amplio relativo a la interrupción voluntaria del embarazo.

El objetivo de este texto es analizar cómo la disputa en torno al anencéfalo tomó forma argumentativa, observando la estrategia narrativa de la petición inicial y los argumentos llevados a la Corte por organizaciones de la sociedad civil, tanto a favor como en contra de concesión del pedido, en las cuatro sesiones de la audiencia pública.

Utilizamos la perspectiva que se centra en el análisis de los encuadres [*frames*, *framing processes*] como elementos clave para la organización del campo discursivo de la confrontación (Snow y otros, 1986) –introducimos esta idea en la primera sección–. A partir de la identificación de los marcos utilizados por los actores en la disputa, buscamos también observar cómo ellos se distribuyen en el campo, cómo se relacionan –compiten entre sí, se complementan o se contradicen; a qué tipo de solución de política pública están más asociados– y qué tipo de argumentos sostienen. Pretendemos así, reconstruir el debate que se desarrolló entre organizaciones pro y antiaborto en la esfera de la ADPF 54. Utilizamos las expresiones "pro" y "anti" aborto para describir de modo genérico las posiciones en el escenario, según Ferree y otros (2004). Tratamos la construcción del caso jurídico y los marcos de la petición inicial en la segunda sección, y los debates de la audiencia pública en la tercera sección.

siglo veintiuno editores

Al final del texto –en la cuarta sección– indicamos algunas relaciones entre marcos y estructuras de oportunidades políticas, así como algunas dimensiones causales del uso de los marcos para el campo de disputa.

FRAMINGS, DISPUTA POR INTERPRETACIÓN Y LITIGIO ESTRATÉGICO

A mediados de los años ochenta, la literatura americana sobre movimientos sociales comienza a dar importancia a los procesos discursivos empleados en las estrategias de alineamiento de la movilización. Es decir, en los procesos que explican la adhesión de participantes y simpatizantes a determinadas causas, así como la creación y la desmovilización de antagonistas. Estos autores sostienen que para comprender los factores que determinan el éxito de la movilización colectiva es necesario observar, además de la perspectiva de la movilización de los recursos y de la estructura de oportunidades políticas, la capacidad de un movimiento social para obtener adhesión a su forma de interpretar y de calificar una determinada situación como injusta, y movilizar conceptos en torno a su causa.

A partir de la idea goffmaniana de "esquemas de interpretación" como aquello que permite a los individuos localizar, percibir, identificar y nombrar determinados eventos en sus vidas y en el mundo, Snow y otros pasa a conceptualizar la construcción de *encuadres de alineación* [*frame aligment*] como la conexión entre individuos y orientaciones interpretativas del movimiento social. Los movimientos sociales no sólo actúan sobre el mundo –protestando y exigiendo cambios–, sino que también encuadran el mundo sobre el que se desarrollan. Y tal trabajo interpretativo es crucial para entender sus acciones estratégicas, su capacidad de movilización y sus conquistas. En este proceso, conjuntos de intereses, valores y creencias individuales se muestran congruentes y complementarios con actividades, objetivos e ideologías de organizaciones del movimiento social (Snow y otros, 1986: 464 y 466).

Los estudios empíricos que se dieron a partir de esta idea siguen una perspectiva interactiva y no estática, al observar las variaciones de los marcos no sólo en diferentes campos de movilización, sino en diferentes momentos, eventos, situaciones o participantes. De esta forma, desde esta perspectiva, analizar la esfera de la disputa por el aborto es también observar la variación de sus marcos a lo largo del tiempo, en razón del tipo de organización que actúa, de los interlocutores o de las características del evento que se considera. Así, el estudio que haremos de los dis-

siglo veintiuno editores

cursos de la audiencia pública servirá para una comprensión más amplia de la movilización en el campo del aborto, aunque no pueda retratarlo.

Para los fines de este estudio, podemos imaginar que el marco presentado ante una Corte tiene características propias, no sólo porque debe rendirse ante los requisitos del discurso jurídico, sino en función de sus metas, es decir, el deseo de convencer. Además, veremos que los marcos varían en los diferentes tipos de organizaciones y pueden ser articulados de manera estratégica en función de los interlocutores que quieren alcanzar un objetivo y los oponentes que pretenden neutralizarlo.

La idea de encuadre permite observar la relación entre conceptos (y no sólo forma) y movilización, resaltando la importancia de los procesos de interpretación. Existe, por lo tanto, una afinidad con el razonamiento típicamente jurídico-dogmático, que implica la conjugación y la interpretación de los textos de ley y que busca persuadir al juzgador. No es algo extraño a los procesos interpretativos en el derecho un tipo de argumentación que intente amplificar, extender o transformar conceptos. Equiparar y diferenciar casos. Construir puentes con casos similares. Desafiar y reinterpretar conceptos. Argumentar frente al Tribunal Supremo Federal, por ejemplo, invariablemente implicará *encuadres de amplificación*, que activen la conexión entre un determinado encuadre y un cuadro interpretativo mayor (Snow y otros, 1986: 469-470), ya que se trata de localizar la cuestión en el marco de los valores constitucionales.

En ese sentido, creemos que son pocas las intervenciones necesarias para utilizar esa categoría en el análisis sociológico de un caso de litigio estratégico. Hay que considerar que aquí los discursos se dan en un ambiente institucional y siguen un ritual propio. Así, algunas reglas de lenguaje y estilo pueden ser consideradas específicas del ambiente jurídico, pues existe la necesidad de incorporar en los discursos aquello que es propio de la técnica jurídica. En la disputa judicial, el uso del *encuadre* está también condicionado a la posibilidad de que un determinado encuadre se adecue a una forma de reconstrucción de las leyes existentes en el ordenamiento jurídico y a las formas de argumentación jurídica. Esta peculiaridad de la disputa jurídica pone límites a las posibilidades de encuadre, pero no elimina variaciones e innovaciones. En una visión no formalista del derecho, existe en el proceso de aplicación del derecho un espacio para las disputas interpretativas y la creación (Rodriguez y otros, 2012).

Seleccionamos para nuestro análisis la argumentación de la petición inicial y el voto de algunos ministros. Mientras que los primeros documentos están totalmente condicionados por la forma jurídica, los discursos en la audiencia pública son más libres. En una de sus intervencio-

siglo veintiuno editores

nes, el ministro Marco Aurélio describe el carácter mixto de ese espacio: aunque sea una audiencia pública, es una audiencia judicial. Esto tiene repercusiones de diversa índole. Una se refiere, como mencionamos, a la forma. Como veremos, los discursos allí no siguen la forma jurídica, y se permiten diversos cursos de actuación, así como diferentes modos de argumentar. Además, esta característica coloca a los interlocutores ante un doble objetivo: convencer a los jueces, pero también conquistar la opinión pública. Estos objetivos se entrelazan en vista del carácter político de la Corte –en general, cuanto mayor es la aceptación de la opinión pública de un determinado tema, mayor es el interés de los ministros del STF para pronunciarse en un determinado sentido–. En este texto, apenas mencionaremos esta característica de la arena del debate que vamos a describir. No trataremos la relación entre el STF y la opinión pública, y sus repercusiones en el caso del anencéfalo –una cuestión de investigación para el campo de los estudios sobre el comportamiento del STF–.

siglo veintiuno editores

ADPF 54: EL CASO DEL ANENCÉFALO EN EL STF

En esta sección analizamos:

1. la petición inicial, por tratarse de la pieza que inaugura el litigio estratégico y delimita los términos de la discusión llevada al Poder Judicial; y
2. las palabras de los representantes de las organizaciones ligadas a los movimientos sociales que se manifestaron en la audiencia pública.

No hicimos un estudio de caso del proceso integral: no accedimos al movimiento procesal, ni a todas las manifestaciones de las partes. Tampoco pretendemos describir minuciosamente todos los argumentos desarrollados por todos los actores. Las intervenciones se describen de forma sintética a fin de ilustrar la categorización del encuadre que nosotros realizamos. Tampoco estudiamos a todos los actores que se manifestaron en el caso, ya que nuestro foco está puesto en observar cómo el debate entre las organizaciones de los movimientos sociales pro y antiaborto se dio en este caso y en esta esfera.

Una cuestión a señalar antes de pasar al análisis de estos dos momentos –construcción del litigio y audiencia pública– es que los términos del enfrentamiento político al que ahora vamos a acceder son moldeados

por los participantes de la disputa. Y en el caso de la confrontación judicial hay limitaciones específicas a la participación: no todos pueden exponer y eso depende de las reglas que definen la legitimidad activa para proponer acciones, las decisiones de aceptación de *amicus curiae* o, como ocurrió en el caso, la autorización para participar de la audiencia pública.

El caso del anencéfalo suscitó disputa ya en el momento de definir a los participantes del enfrentamiento. Si bien no tendremos espacio para profundizar sobre esto aquí, no podemos dejar de indicar esta dimensión del conflicto. El primer recorte sobre los participantes de la estrategia judicial se da en la definición de los legitimados para proponer determinada acción ante el STF. En el caso de la ADPF 54, están legitimados a accionar el STF, el presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados y de la Asamblea Legislativa, el gobernador del Estado, el procurador general de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso nacional, y las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional. El acuerdo de la petición inicial, sin embargo, mencionaba a la CNTS, órgano de clase como exige la ley, pero también al Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género, Anis, como "ayuda técnica", una posición que no existe de manera formal en el proceso constitucional. Es decir, ya que el Anis no satisfacía los requisitos formales de la legitimidad activa, pero es una entidad central en la articulación de esa demanda, ese acuerdo procesalmente inhabitual permitía que la demanda fuera asociada de inmediato a una entidad identificada por su actuación en la defensa de los derechos sexuales y reproductivos.

La aceptación o no de *amicus curiae* en la causa, como también la selección de aquellos que podrían participar de la audiencia pública fue asimismo objeto de disputa. Diversas organizaciones de movimientos sociales y miembros de la sociedad civil requirieron participación en el proceso. En un primer momento, el ministro relator Marco Aurélio negó las solicitudes de participación. Sin embargo, visto el significativo número de solicitudes, a finales de agosto y principios de septiembre de 2008, el STF decidió promover una audiencia pública para que la sociedad civil se pronunciarse sobre el tema. Después de esa decisión, otras entidades manifestaron interés en participar en ese ámbito, lo cual fue negado por el relator en distintas ocasiones con el argumento de que ya estaban participando en el proceso "los más diversos segmentos de la sociedad" o de que la entidad solicitante no proveería información suplementaria a los elementos ya expuestos. Por cierto, esas decisiones impactaron en

siglo veintuno editores

la conformación de la disputa argumentativa que se desenvolvió en la audiencia pública. Con esto queremos señalar que los filtros ejercidos por las reglas procesales y por la decisión que acepta a los agentes del proceso son cruciales para diseñar la confrontación cuando esta se da en el ámbito del Poder Judicial.

LA ANENCEFALIA Y LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO JURÍDICO: LA PETICIÓN INICIAL

La anencefalia, tal como se define en la petición inicial, es la malformación fetal congénita por defecto del cierre del tubo neural durante la gestación, de modo que el feto no desarrolla los hemisferios cerebrales y el córtex, y tiene únicamente el residuo del tronco encefálico.

El desarrollo de los exámenes de ecografía capaces de detectar la malformación del feto aún en el útero trajo un problema nuevo para las mujeres: el sufrimiento de convivir con ese diagnóstico fatal durante toda la gestación. El diagnóstico de anencefalia no se encuentra entre los casos en que la legislación brasileña de manera expresa autoriza la interrupción de la gestación, lo que significa que, en principio, las mujeres que recibían tal diagnóstico estaban obligadas a llevar a cabo la gestación ante el riesgo de incurrir en las penas previstas para el crimen de aborto.

En la época en que se propuso la acción (y hasta su juicio en 2012), la única vía legal existente para huir de esa prohibición era recurrir al Poder Judicial, caso por caso, para obtener un permiso que autorizara la interrupción del embarazo. En ese momento, había ya intentos de reglamentar la cuestión tanto a través de normas administrativas, como a través de la legislación. La primera y principal propuesta de ley en ese sentido es de 1996 y fue redactada por la senadora Marta Suplicy. El proyecto de ley 1956/1996 buscaba

> autorizar la interrupción del embarazo cuando el producto de la concepción no presentaba condiciones de sobrevida como consecuencia de malformación incompatible con la vida o de enfermedad degenerativa incurable, precedida de indicación médica, o cuando por medio científico se constatara la imposibilidad de vida extrauterina.

Este proyecto nunca se convirtió en ley, al igual que los demás que tenían igual objetivo, dados los obstáculos que el tema enfrenta en el Poder Legislativo brasileño.

XXI siglo veintiuno editores

Los especialistas en esta cuestión identifican que el recurso de la judicialización comenzó a ser utilizado en los años noventa en Brasil (Diniz y otros, 2009: 1620). También identifican que la prohibición afecta en especial a las mujeres que utilizan el sistema público de salud, en el cual el control de los procedimientos realizados es mucho mayor y hay menos espacio para el secreto profesional de los médicos. Estos especialistas son partidarios de la hipótesis de que en el ámbito de la medicina privada existe un margen mayor para "un pacto de solidaridad entre el equipo de salud y las mujeres" de no condicionar el procedimiento a la autorización judicial (Diniz y otros, 2009: 1623).

Se puede decir entonces que el derecho de la mujer de elegir sobre interrumpir el sufrimiento de gestar un feto anencefálico estaba, en ese contexto, condicionado a las posibilidades de negociación con los controles legales, al acceso a un abogado o defensor (en esos dos casos, con variaciones determinantes de clase y raza) y al entendimiento del juez y del fiscal a quienes el caso hubiera sido adjudicado.

Sobre la falta de uniformidad de la jurisprudencia, se verificó que las justificaciones dadas por los jueces de primera instancia en esas decisiones eran demasiado variadas, sin seguir ningún tipo de patrón, lo que constituía, por lo tanto, un juego de azar para las mujeres que se encontraban en la condición descripta anteriormente. Una forma de comprender esta variación se relaciona con el hecho de que una posición sobre este tema en general moviliza cuestiones morales y religiosas, las cuales no eran debidamente neutralizadas por los jueces (Diniz y otros, 2009).

Este escenario de incertidumbre se describe en el inicio de la acción, y relata que la jurisprudencia que se había formado a favor de la concesión de permisos habría sido desequilibrada por decisiones que prohibieron el procedimiento (ADPF 54, Petición Inicial: 20).

Si en el campo del debate legislativo, la discusión estaba planteada en términos de creación –o no– de otra hipótesis legal de aborto permitido, el encuadre jurídico-penal desarrollado en la acción era distinto: la petición inicial trató de cuestionar el juicio de tipicidad de la hipótesis fáctica. El argumento central del pedido fue que por tratarse de un "feto inviable" –y habría certeza científica de que el feto no tiene potencialidad de vida extrauterina– no calificaría el aborto, sino la *anticipación del parto*. El crimen de aborto sería definido como la interrupción del embarazo con la consiguiente muerte del feto. La muerte del feto sería, por lo tanto, resultado del medio abortivo, a diferencia del caso de anencefalia en que la muerte del feto resultaría de la malformación congénita (ADPF 54, Petición Inicial: 6). Faltaría, por lo tanto, el soporte fático exigido para la caracterización del crimen de aborto. Según los peticio-

siglo veintuno editores

narios, la anticipación terapéutica del parto sería una "hipótesis mucho más simple", que se sitúa "en el dominio de la medicina y del sentido común, sin suscitar ninguna de las elecciones morales involucradas en la interrupción del embarazo viable" (ADPF 54, Petición Inicial: 4).

La estrategia que fundamenta el litigio es, por lo tanto, diferenciar el caso del feto anencefálico de la hipótesis de aborto. Según Débora Diniz, representante de Anis, una de las articuladoras centrales de esa estrategia, el concepto de anticipación terapéutica del parto permitiría dar un "giro jurídico, ético, médico y moral" a los términos del debate sobre el aborto. La interrupción del embarazo de un feto viable implicaría la ponderación de bienes supuestamente en tensión: por un lado, la potencialidad de vida del no nacido y, por otro, la libertad y autonomía individual de la gestante. Este conflicto no estaría presente en el caso en discusión (ADPF 54, Petición Inicial: 13).

En el caso del feto anencefálico, el foco de atención debería estar puesto únicamente sobre el estado de la gestante: "El reconocimiento de sus derechos fundamentales [...] no es la causa de lesión al bien o derecho de otro" (ADPF 54, Petición Inicial: 13). La solución del conflicto no demandaría la ponderación de bienes o valores, sino que sería un caso de no subsunción del hecho dentro de la norma incriminatoria.

El litigio ante el STF requiere el encuadre del tema en el ámbito constitucional, lo que exige de forma invariable que se proceda a encuadres de amplificación, al situar el caso concreto en el campo de los principios y garantías constitucionales. Eso es lo que hacen los autores de la acción al identificar los "preceptos fundamentales violados". En primer lugar, obligar a la gestante a mantenerse embarazada de un feto "que se sabe, con plena certeza, que no sobrevivirá, causándole dolor, angustia y frustración" (ADPF 54, Petición Inicial: 16), violaría el principio de la *dignidad de la persona humana* en sus dos vertientes: su integridad física y su integridad moral y psicológica. Los autores equipararon esa circunstancia a la tortura, definida como una situación de intenso sufrimiento físico y mental, y prohibida por la Constitución Federal (CF) (art. 5, III). Se puede decir que la equiparación a la tortura se aproxima a un *encuadre de puente* (*frame bridging*, según Snow y otros, 1986: 467), que moviliza hacia la causa del anencéfalo valores tradicionales de otro campo de los derechos humanos.

Además, se argumenta que en estas condiciones se violaría también el principio de legalidad y en consecuencia la idea general de *libertad y autonomía de la voluntad*. A partir de lo dispuesto en el art. 5, II de la CF que establece que "nadie estará obligado a hacer o dejar de hacer algo más que en virtud de la ley", los peticionarios explican que impedir la realiza-

siglo veintiuno editores

ción de la anticipación terapéutica del parto, hipótesis no abarcada por la prohibición legal, sería una restricción a la libertad de elección injustificable por el derecho positivo. La autonomía de la voluntad individual sólo debería ceder ante los límites impuestos por la legalidad (ADPF 54, Petición Inicial: 16-17).

Por último, la petición defiende que impedir la anticipación del parto sería una injustificable *violación del derecho constitucional a la salud* (arts. 196 a 200 de la CF). La prohibición del procedimiento *terapéutico* capaz de "obviar el riesgo y el dolor de la gestante" violaría su derecho a la salud, reconocido como derecho humano y entendido, en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud (OMS), como bienestar físico, mental y social (ADPF 54, Petición Inicial: 18).

Además de buscar desviar el caso del anencéfalo de las cuestiones relativas al debate sobre el aborto –"la argumentación desarrollada, por lo tanto, no cuestiona el tratamiento dado al aborto por el derecho positivo brasileño en vigor" (ADPF 54, Petición Inicial: 3)–, la petición inicial también trató de diferenciarlo del *aborto eugenésico*, con el cual no existiría "ninguna proximidad". En el caso del aborto eugenésico del feto portador de deficiencia grave "se presupone la viabilidad de la vida extrauterina del ser nacido, lo cual no es el caso en relación con la anencefalia" (ADPF 54, Petición Inicial: 4).

siglo veintiuno editores

LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO: LA AUDIENCIA PÚBLICA EN EL STF

Según el ministro presidente Gilmar Mendes, el propósito de la convocatoria de la audiencia pública sería la interlocución del STF con la comunidad científica y con la sociedad como un todo, con el objetivo de subsanar dudas sensibles de la Corte en cuanto a controversias desde el punto de vista científico, ético y religioso sobre el tema. El ministro relator Marco Aurélio de Mello –presidente de los trabajos de la audiencia– destacó que los ministros del STF, agentes que personifican al Estado-juez, debían generar el convencimiento respecto del tema en cuestión al enfrentarse con determinado conjunto de elementos, y esa audiencia pública tendría la función de proveer tales datos de convicción.

La audiencia pública tuvo lugar en cuatro sesiones, los días 26 y 28 de agosto, y 4 y 16 de septiembre de 2008. Entre organizaciones, entidades de clase, representantes del gobierno y actores individuales (como médicos y parlamentarios) contó con la presencia de veintisiete participantes para defender puntos de vista favorables o contrarios a la concesión del pedido. Cada interventor tuvo quince minutos para manifestarse y

debía dar la palabra enseguida al abogado Luís Roberto Barroso, representante de la entidad autora de la acción, para realizarle preguntas de esclarecimiento.

En las páginas que siguen buscaremos retratar el tipo de argumento presente en las alegaciones de los movimientos sociales pro y anti interrupción de la gestación. Hemos optado por analizar únicamente las intervenciones de las organizaciones de la sociedad civil que integran el campo pro y antiaborto y que involucran a actores individuales (como médicos y diputados), organizaciones gubernamentales y asociaciones de clase, mayoritariamente médico-científicas, dejando para otra oportunidad una evaluación de las estrategias de alianzas. Una de las organizaciones estudiadas, la Escola de Gente, no tiene actuación principal en el campo en cuestión, pero fue llamada a la causa por medio del argumento de puente con la eugenesia. Por esa razón también la incluimos en el análisis.

Así, los discursos analizados en el presente capítulo fueron aquellos pronunciados por las siguientes organizaciones: i. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); ii. Igreja Universal do Reino de Deus; iii. Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família; iv. Católicas pelo Direito de Decidir; v. Associação Médico-Espírita do Brasil (AME); vi. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis); vii. Associação de Desenvolvimento da Família (ADEF); viii. Escola de Gente, ix. Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; x. Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (Conectas); xi. Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida - Brasil Sem Aborto.

Hicimos el análisis de los discursos a partir de la observación de los videos encontrados en la plataforma pública YouTube, que pone a disposición las tres primeras sesiones de la audiencia pública.[1] Asimismo, algunas de las versiones taquigráficas de las intervenciones estaban también disponibles como documentos del proceso. La siguiente descripción es una simplificación y sistematización de las palabras, que pretende dar una idea de la dinámica argumentativa de la audiencia pública, a fin de servir de base para nuestro análisis sobre los encuadres elegidos por cada actor para intentar influenciar el convencimiento de los ministros del STF.

siglo veintiuno editores

1 Las grabaciones de las audiencias públicas están disponibles en <www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2>.

LAS POSICIONES DEFENDIDAS POR LAS ORGANIZACIONES DEL MOVIMIENTO Y DEL CONTRAMOVIMIENTO

Las organizaciones que se posicionaron contra la interrupción terapéutica del parto fueron la CNBB, la AME, la Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família y la ADEF. Todas ellas alinearon su intervención en defensa del valor de la vida, que reconocieron en el feto anencefálico. La CNBB defendió la humanidad del ser en gestación, aun con malformación, e invocó el respeto a la *dignidad de la persona humana*. La vida sería un valor inviolable que no podría ser considerado inferior a cualquier otro –incluso la dignidad de la madre, quien tendrá que encontrar los medios para superar el sufrimiento y continuar con el embarazo–. En el mismo sentido argumentó la AME: "Nosotros estamos hablando de vida. Oigo hablar de derechos de la mujer. No hay derecho de la mujer cuando estamos hablando de un derecho que lo superpone, que es el derecho a la vida". Sobre este argumento es importante notar la semejanza en su forma al modo de argumentación típicamente jurídico en cuestiones constitucionales, la ponderación y el sopesamiento de valores.

También en la defensa de la vida, la médica que representó a la ADEF mencionó el juramento de Hipócrates: "Mantendré el más alto respeto por la vida humana". Todas estas organizaciones estuvieron representadas por médicos o científicos. En el caso de la CNBB se trató de un sacerdote que es también doctor en bioética.

La única de esas entidades que sostuvo abiertamente su posición en defensa de la vida desde la concepción, con referencias apasionantes a la Biblia y posicionamientos de líderes católicos, fue la CNBB, que no obstante, citó también el posicionamiento de médicos para argumentar la existencia de una "conciencia primitiva" en el feto anencefálico. Las demás entidades buscaron desvincularse de los valores religiosos y justificaron su posición en defensa de la vida con base en la ciencia. Lenise García, presidenta del Movimento Brasil Sem Aborto y profesora del departamento de biología celular de la Universidad de Brasilia, afirmó que "el respeto hacia esa vida humana fragilizada no es sólo el ejercicio de una posición religiosa o humanística; es también una posición de prudencia científica ante la inexistencia de profundidad en los estudios sobre esta materia". La Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, representada por el médico Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, realizó una intervención íntegramente de cuño científico, distinguió anencefalia de muerte encefálica y mencionó datos sobre la expectativa de vida del anencéfalo. El "niño" estaría respirando dentro del útero, dijo. Argumentó también a favor de indicios de existencia de "un cierto grado de una conciencia primitiva" del feto anencefálico. En la misma línea, la oradora de la ADEF

siglo veintiuno editores

destacó la "característica más técnica de [su] presentación" basada en estudios endocrinológicos.

Una de las médicas que habló en nombre de la AME inició su discurso afirmando que haría su argumentación "basada en la neurociencia", y defendió la idea de que el encéfalo no era sinónimo de cerebro, de modo que partes profundas del cerebro del anencéfalo estarían preservadas.

El disenso en torno a la existencia de vida resultó un punto importante del debate entre las posiciones a favor y en contra de la concesión de la solicitud. Para la Rede Feminista de Saúde, la anencefalia "implica la certeza de la muerte cerebral ya ocurrida y una corta supervivencia vegetativa". La vida inviable fue también el centro del argumento defendido por Débora Diniz, representante del Instituto Anis. En la misma línea de la estrategia adoptada en la petición inicial, Débora Diniz afirmó: "No era un aborto, en el sentido penal del acto, lo que ella cometía; ella simplemente anticipaba el parto de un feto que no sobreviviría".

La imagen de la tragedia –traída por la representante de la Rede Feminista de Saúde– entró en escena para diferenciar la situación de la anencefalia del aborto voluntario. En el caso de la anencefalia, el hijo deseado y "amado antes de ser generado" fue fatalmente alcanzado por el diagnóstico irreversible. Una película presentada al final de su discurso mencionó el testimonio de dos parejas que vivieron la gestación anencefálica, realizaron la interrupción y luego tuvieron hijos. Una de las parejas compareció en la audiencia pública con sus dos hijas y fueron invitados al púlpito por el ministro Marco Aurélio para expresarse.

Esta distinción entre aborto voluntario y anencefalia también fue abordada por Débora Diniz:

> El aborto presupone el silencio sobre el embarazo, no llevando a las mujeres a un cambio de identidad social, no son futuras madres que abortan, sino mujeres que no desean un embarazo en un determinado momento de sus vidas. Para las situaciones tradicionales de aborto voluntario no hay esa cercanía simbólica y social entre la decisión por el aborto y el deseo por la maternidad.

En el cuadro antropológico que Débora Diniz hizo de las mujeres embarazadas de fetos anencefálicos, la diferencia también se sustentaría: "Ninguna de ellas lo describe [al procedimiento] como aborto". El concepto de anticipación terapéutica del parto sería también "confortante para las mujeres, ya que es una expresión sensible a su experiencia de vida, su dolor y su luto".

siglo veintiuno editores

La única entidad a favor de la concesión de la petición que no hizo esa diferencia fue la Igreja Universal do Reino de Deus. Según el obispo que la representó, "la interrupción del embarazo en caso de feto portador de anencefalia vuelve a encender la discusión sobre ese tema [el aborto, que es] extremadamente polémico". Él enfatizó la importancia de la libertad de elección de la mujer, ya que es la principal afectada, y del respeto a sus derechos y a su salud. Lo fundamentó en la premisa de que "Dios da a todo ser humano el libre albedrío".

Se posicionó de forma favorable al aborto a partir de un pasaje de la Biblia:

> La Biblia Sagrada hace mención, en el libro de Eclesiastés: "Si alguien genera cien hijos y vive muchos años, hasta avanzada edad, y si su alma no se sacia de bien, y además no tiene sepultura, digo que un aborto es más feliz que él". Recordando que la definición de "bien", entre otras cosas, es todo aquello que pueda satisfacer una necesidad. Vean que ese pasaje bíblico nos remite a la triste realidad en la que muchas personas esparcidas por todo Brasil y por todo el mundo se encuentran. Esta exclusión ya es una tipificación de la práctica abortiva.[2]

siglo veintuno editores

Al final de la defensa oral de la Igreja Universal, el abogado de los peticionarios hizo hincapié en que no consideraba la anticipación del parto de anencéfalo como aborto. Reiteró, así, la distinción que era fundamental para su estrategia. Tal diferenciación, a su vez, fue desafiada de manera frontal por voceros del movimiento antiaborto. Lenise García, representante del Movimento Brasil Sem Aborto, cuestionó explícitamente esa distinción: "Tenemos que tener cuidado con esos eufemismos".

Dos de las entidades religiosas se manifestaron por la concesión del pedido: la Igreja Universal do Reino de Deus y las Católicas pelo el Direito de Decidir. Ambas organizaciones reiteraron la importancia de la laicidad del juicio, aunque hicieron referencia a valores religiosos en el curso de sus argumentaciones.[3]

Sobre la autonomía de la mujer, la representante de las Católicas pelo el Direito de Decidir afirmó que en términos religiosos y católicos se trataba de un principio irrenunciable de la doctrina cristiana al recurso

2 Transcripción disponible en <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_26808.pdf>, p. 20.
3 Ibíd., pp. 40-41.

íntimo de la propia conciencia. Sostuvo además que la autorización de la interrupción terapéutica del parto sería una medida de compasión (actitud típicamente evangélica) frente al sufrimiento de esas mujeres y de toda la familia.[4]

La autonomía de la mujer, que apareció de forma contundente en el discurso de la Igreja Universal, se hizo presente también en las consideraciones de las organizaciones feministas. Para las Católicas pelo el Direito de Decidir la mujer no vería respetado su derecho a la autodeterminación y por lo tanto tampoco su dignidad. Pero en general esta argumentación se combinó con la cuestión del sufrimiento de la mujer.

Las estrategias desarrolladas para abordar la cuestión del sufrimiento fueron dos: la aproximación de los jueces a la experiencia de la mujer gestante de feto anencefálico y su equiparación a la tortura.

Lia Zanotta, de la Rede Feminista de Saúde, construyó su discurso a partir de las "voces" de algunas de las mujeres que decidieron interrumpir el embarazo del feto anencefálico durante la vigencia de la liminar. A partir de los testimonios de las mujeres, describió tres momentos: el momento "del encuentro con lo trágico, del encuentro con la tortura, y del encuentro con la supresión de la tortura".

Tanto la Rede Feminista de Saúde como el Instituto Anis apostaron a la estrategia de presentar el punto de vista de las mujeres, sus dilemas y sus sentimientos. Los sentimientos de la mujer que recibe el diagnóstico de anencefalia fueron descriptos por el Anis a partir del "binomio de la cuna/ataúd", metáfora que sería capaz de reproducir la "experiencia de todas las mujeres cuyos futuros hijos no podrán sobrevivir al parto".[5]

El Anis retrató también la lucha contra el propio cuerpo de las mujeres que "dejaron de comer, otras de dormir, otras pasaron días en la cama a la espera de la decisión para que el feto no creciera". Asimismo, Débora Diniz hizo uso del recurso audiovisual para contar la historia de Severina, una mujer a quien se le impidió realizar la interrupción ya que la casación de la liminar tuvo lugar el día en que estaba programado su procedimiento.

La equiparación del sufrimiento de la mujer con la tortura fue un tema bastante presente en las argumentaciones que defendieron la concesión de la demanda. "La tortura no está en el azar de un embarazo de un feto con anencefalia, sino en el deber de mantenerse embarazada para

siglo veintuno editores

4 Ibíd., p. 44.

5 Audiencia Pública ADPF 54, 28 de agosto de 2008. Transcripción disponible en <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf>, p. 104.

enterrar al hijo después del parto […] Es un acto de tortura del Estado contra ellas", afirma Débora Diniz. Este encuadre apareció en la argumentación de las Católicas pelo el Direito de Decidir, la Rede Feminista de Saúde, el Anis y Conectas. Esta última organización hizo un abordaje jurídico de la cuestión y la encuadró en la serie de graves violaciones de derechos humanos.

> Impacto sobre la vida de la mujer: alteración en la relación conyugal; alteraciones de la conducta como en cualquier otra gestación, sobre todo las de riesgo: el sueño, la indisposición, la relación interpersonal, el cambio en el rendimiento profesional, el comprometimiento psicológico con aumento del riesgo de la depresión posparto, el aumento del riesgo de complicaciones clínicas-maternas. La imposibilidad de ejercer la elección de interrumpir el embarazo constituye una grave violación a los derechos humanos de las mujeres, tanto en lo que se refiere a su derecho a la salud reproductiva como en cuanto a su derecho a ser libre de toda forma de tortura o de trato inhumano o degradante.[6]

Por momentos se abordaron los riesgos para la salud de la mujer. La propia representante de Conectas, Eleonora Menicucci, afirmó que obligar a la mujer a mantener la gestación de un feto anencefálico, además de exponerla a un proceso de tortura, de sufrimiento y de miedo, "la coloca, también, ante algunos riesgos de muerte".

La Constitución Federal fue mencionada dos veces por la representante del Movimento Brasil Sem Aborto, tanto para evocar la dignidad humana como la igualdad:

> Lo que nuestra Constitución dice es que son todos iguales ante la ley. Abrir brechas para decir que la vida fragilizada no puede ser vivida es una ética utilitarista, en lugar de la ética de la dignidad humana que es la ética que fundamenta nuestra Constitución.

siglo veintiuno editores

6 Audiencia Pública ADPF 54, 16 de septiembre de 2008. Transcripción disponible en <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_16908.pdf>, p. 27.

La idea de igualdad fue movilizada, en sentido inverso, por las Católicas pelo el Direito de Decidir. La obligación de que la mujer se mantenga embarazada de un feto anencefálico vulneraría la igualdad ante la ley, ya que se respetaría la autonomía únicamente de quien quisiera llevar adelante el embarazo.

La personificación –bastante utilizada para retratar a las mujeres– fue también un recurso aplicado por los contrarios a la causa, en especial a partir del "caso Marcela". Marcela habría sido un caso excepcional de feto anencefálico con larga sobrevida fuera del útero –un año y dos meses–. Ella fue presentada en fotos y citada en diversos discursos durante la audiencia pública. Tanto el médico de la Associação Nacional Pró-Vida, como Lenise García se refirieron a las reacciones de Marcela y al vínculo creado por ella con sus familiares: "Tenía un vínculo con la madre; tenía un aparato auditivo y reconocía la voz de la madre [...] no sé si Marcela tuvo capacidad de amar, pero sin duda fue una niña muy amada".

La equiparación del aborto del anencéfalo a la eugenesia fue una estrategia utilizada tanto por la CNBB como por la ADEF. El padre Luiz Antônio Bento afirmó que se trataría de un aborto eugenésico, "una acción discriminatoria y racista". En referencia directa al nazismo, manifestó el temor "por la instalación de campos de exterminio", ya que "no respetar la vida desde el principio abre el espacio para no respetarla en otras fases". La médica oradora de ADEF también se refirió al "riesgo de evaluar a un ser humano sólo por su eficiencia" y de no tolerar imperfecciones. En este punto afirmó: "Quiero vivir en un mundo sin eugenesia".[7]

La participación de la Escola de Gente, entidad que actúa en la esfera de los derechos de las personas con discapacidad, se había dado justamente para contraargumentar ese punto: "No reconocemos nuestra causa en las críticas que se han hecho a la anticipación terapéutica del parto a partir del enfoque de la discapacidad". Su representante trató de diferenciar el feto anencefálico de personas o fetos con discapacidad: no hay expectativa de vida para fetos con anencefalia, por lo que no sería un acto de discriminación por motivos de discapacidad. A partir del concepto de discapacidad de la ONU, argumentó que la vida fuera del útero sería esencial para definir a una persona con discapacidad.

La misma convención de la ONU fue utilizada por la representante del Movimento Brasil Sem Aborto para afirmar lo opuesto –que todo

7 Audiencia Pública ADPF 54, 4 de septiembre de 2008. Transcripción disponible en <www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_4908.pdf>, p. 39.

siglo veintiuno editores

ser humano tiene el inherente derecho a la vida–: "El anencéfalo es un deficiente, no es un muerto vivo".

El argumento de la eugenesia fue rebatido de manera frontal por todas las entidades que defendieron la concesión de la solicitud. Para la representante del Anis: "No hay confusión entre anencefalia y otras malformaciones. La anencefalia no es deficiencia. No hay niños con anencefalia en el mundo". La representante de las Católicas pelo el Direito de Decidir también diferenció lo mal formado de lo inviable. Utilizó como recurso de personificación la carta de una madre que tiene un hijo con hidrocefalia y tuvo una gestación de feto anencefálico –esa madre diferenció ambas situaciones claramente–. La idea de racismo fue también contrariada: "Vivimos en un Estado democrático, que reconoce y protege las libertades individuales, la diversidad y protege la vulnerabilidad", afirmó Débora Diniz.

Por último, el impacto intersectorial de la cuestión con otros marcadores sociales fue mencionado –aunque poco enfatizado– por Lia Zanotta al describir a las 58 mujeres que pudieron interrumpir el embarazo durante la liminar: "Todas pobres, casadas o solteras, con o sin hijos". Para las Católicas pelo el Direito de Decidir se trató de una cuestión de "justicia social", al atender a "mujeres pobres para quienes la autorización es condición de posibilidad" para la realización del procedimiento. Este, sin embargo, no fue un punto muy explorado.

Otras cuestiones importantes a considerar en el análisis de estos discursos son las disputas por la forma de nombrar el procedimiento. En el caso de la denominación del objeto de la demanda se llegó a las siguientes posibilidades: "aborto del feto con anencefalia"; "anticipación terapéutica del parto en caso de embarazo de feto anencefálico"; "aborto"; "anticipación de la muerte, aún en el vientre materno"; "interrumpir un proceso gestacional en caso comprobado de anencefalia", "anticipación terapéutica del parto para los casos comprobados de anencefalia"; "anticipación del parto"; "interrumpir el embarazo" e "interrumpir la gestación de fetos anencefálicos". En un caso –el del Movimento Brasil Sem Aborto– se utilizó directamente el verbo "matar". Estas denominaciones tienen distintas consecuencias jurídicas y simbólicas.

La misma variación se encuentra presente en los discursos de los actores al referirse al "feto", "embrión", "conceptos", "persona por nacer", "ser humano", "bebé", "niña", "hijo" y "niño". Se ve aquí una progresión que busca aproximar el feto a la idea de un ser humano formado y consciente, y aumentar así la adhesión al argumento de la tutela de la vida.

siglo veintiuno editores

FRAMINGS, ESTRATEGIAS ARGUMENTATIVAS Y POSICIONES DE POLÍTICA PÚBLICA: LA RECONSTRUCCIÓN DE LA CONTROVERSIA PÚBLICA EN TORNO AL ANENCÉFALO

A partir de lo expuesto hasta aquí podemos identificar que a lo largo de la audiencia pública se pronunciaron sobre el tema un conjunto de actores que defendían distintas posiciones de política pública a partir de diferentes combinaciones de encuadres y estrategias de argumentación.

Como hemos visto, los encuadres son ideas que organizan el proceso de construcción de sentido. Notamos aquí que un determinado encuadre puede ser sostenido de diferentes formas –en este texto las denominamos *estrategias argumentativas*–. Los discursos políticos planteados en un mismo campo pueden combinar de distintas maneras encuadres entre sí, y encuadres y estrategias argumentativas. El mismo encuadre puede ser abordado para defender posiciones distintas, así como actores que defienden igual posición pueden utilizar encuadres diferentes y combinarlos también de formas variables. El uso de un determinado encuadre no lo vincula a un tipo de combinación, ni a una estrategia utilizada para sostenerlo, si bien algunos de ellos guardan cierta afinidad. Es decir, la elección de un encuadre en particular facilita ciertas combinaciones de encuadres y puede indicar tendencias tanto para el uso de determinadas estrategias argumentativas como para el sustento de determinadas posiciones. Veremos, además, que algunos encuadres compiten entre sí, mientras que otros son más neutros, y pueden ser empleados por actores con posiciones distintas.

El análisis del debate entre organizaciones de movimientos sociales en la audiencia pública del anencéfalo nos permitió distinguir *encuadres centrales*, *encuadres complementarios* a estos y *encuadres secundarios*.

Dos son los encuadres centrales traídos a la discusión por los movimientos sociales en el caso de la anencefalia: el de la *vida del feto / dignidad de la vida* y el del *sufrimiento de la mujer / salud y dignidad de la mujer*. Estos funcionaron como dos grandes ejes que organizaron el debate, cada uno como líder de la estrategia persuasiva para cada lado de la disputa. El argumento de la *vida del feto* es central para todos aquellos que abogan por la desestimación del pedido, mientras que el *sufrimiento de la mujer* ocupa un lugar destacado en casi todos los discursos que defienden su concesión.

De forma paralela, estos dos encuadres centrales tienen un correspondiente *encuadre complementario*. Partidarios de la defensa de la *vida del feto / dignidad de la vida* construyeron una relación de puente [*bridging frame*] con el encuadre de la *eugenesia*. Defienden la comparación entre el anencéfalo y las personas portadoras de deficiencia y, por consiguiente, equi-

siglo veintiuno editores

paran la autorización de la interrupción del embarazo al aborto eugenésico, lo que dañaría la dignidad de todas las formas de vida. El encuadre central del *sufrimiento de la mujer / salud y dignidad de la mujer* se vio complementado por el encuadre de puente con la *tortura*. Se equiparó así la obligación de la mujer de mantenerse embarazada a la *tortura*.

La estrategia de establecer puentes está en general orientada al objetivo de movilizar valores ligados a otras causas y otras posiciones. De esa manera se puede sensibilizar y obtener la adhesión de grupos que están involucrados en otros temas y que no necesariamente habían manifestado interés por la causa de la anencefalia. En el caso de la comparación con la eugenesia, sin embargo, lo que ocurrió en la audiencia pública ante el STF fue un ejemplo de estrategia de puente que fracasó. La comparación del argumento por el movimiento antiaborto movilizó al grupo que actúa en la defensa de las personas con discapacidad, no para expresar adherencia a la causa, sino para afirmar públicamente la desvinculación de las dos cuestiones.

Identificamos también lo que llamamos *encuadres secundarios*, que se utilizan en combinación –y en menor grado de importancia– con los encuadres centrales. Estos son: *autonomía de la mujer*, *justicia social*, *igualdad ante la ley* y *laicidad del Estado*.

Los argumentos de la *autonomía de la mujer* y la *laicidad del Estado* fueron utilizados por los actores favorables a la concesión de la solicitud. El primero aparece algunas veces asociado al encuadre del *sufrimiento*, y este ultimo es el prioritario. La *autonomía de la mujer* es el encuadre central únicamente del discurso de la Igreja Universal do Reino de Deus. Se trata de un aliado sorprendente de la causa pro aborto, por ser una Iglesia evangélica con posición pro aborto y que utiliza el argumento de la autonomía de la mujer con fundamento bíblico.

La *laicidad del Estado*, como encuadre de amplificación, entra en el debate para neutralizar estrategias argumentativas que defienden la *vida del feto* sobre la base de dogmas religiosos. Es interesante notar que este argumento es articulado sólo por las dos entidades que utilizan en sus respectivos discursos fundamentos religiosos para defender la concesión de la petición –las Católicas pelo el Direito de Decidir y la Igreja Universal–. Se puede comprender la falta de centralidad de ese encuadre en la disputa del anencéfalo a partir de la propia estrategia de las organizaciones pro vida que buscaron en su mayoría fundamentar su posición con argumentos científicos y no religiosos.

Los demás encuadres secundarios, que son también encuadres de amplificación –*justicia social e igualdad ante la ley*–, se utilizan de forma distinta para fundamentar posiciones opuestas. La *justicia social*, como vimos,

siglo veintiuno editores

entra en el discurso de los defensores de la demanda para destacar la posición de la mujer pobre, más afectada con la prohibición. Pero entra también en la argumentación de la CNBB, que defiende la protección de la vida como medio para "construir una sociedad libre, justa y solidaria" y concretar el art. 3, I de la CF.

Asimismo, el encuadre de la *igualdad ante la ley* sirve a ambos lados: vulneraría la igualdad ante la ley el hecho de que sólo la mujer que desease llevar adelante el embarazo tuviera su derecho de elección respetado; pero, en otro sentido, también sería una cuestión de igualdad ante la ley el igual respeto a todas las formas de vida, incluso la del anencéfalo.

Es interesante observar las posibilidades de combinación entre encuadres. Como vimos, hay complementariedad entre los encuadres de la *vida del feto* y la *eugenesia*, por un lado, y el *sufrimiento de la mujer* y la *tortura*, por el otro. La *eugenesia* y la *tortura* dependen de su respectivo encuadre central; sin embargo inversamente eso no sucede. Vimos que el encuadre de la *autonomía* puede ser movilizado de manera secundaria junto con del *sufrimiento de la mujer*, aunque no dependa de él, ya que fue el encuadre central defendido por la Igreja Universal. Como encuadre central, la *autonomía* torna indiferente la distinción entre anticipación del parto y aborto, lo que de hecho llevó a que la Igreja Universal fuera el único interlocutor defensor del aborto en todos los casos, posición que suscitó una contrariedad expresa por parte del abogado de la causa.

Identificamos que cada uno de estos encuadres puede ser defendido a partir de diferentes estrategias argumentativas: *fundamentación científica, fundamentación religiosa, fundamentación jurídica, sopesamiento y empatía.*

La mayoría de los defensores de la *vida del feto* respaldaron ese encuadre a partir de argumentos científicos. Sólo la CNBB utilizó el argumento religioso, combinado con el científico. La estrategia argumentativa basada en la ciencia es eficiente para neutralizar la objeción basada en la *laicidad del Estado* y es especialmente importante en el contexto del caso judicial, ya que es un valor importante a la hora de orientar la actuación de los jueces. Mientras que el movimiento antiaborto utilizó mayoritariamente argumentos científicos y jurídicos, es interesante notar el empleo de argumentos religiosos por parte de los actores pro aborto. Como dijimos, la Igreja Universal defendió con énfasis la posición más radical en el debate –la de la *autonomía de la mujer*– con base en argumentación religiosa exclusivamente.

La posición del *sufrimiento de la mujer* vino justificada por el fundamento religioso, en el caso de las Católicas pelo el Direito de Decidir, y en especial por el recurso a la empatía en el caso del Anis y la Rede Feminista

siglo veintuno editores

de Saúde, que trajeron a la escena testimonios de mujeres y micronarrativas sobre sus experiencias. La empatía también fue una estrategia usada por los defensores de la *vida del feto*, a partir del caso Marcela.

La comparación con la tortura ganó investidura jurídica en el discurso de Conectas. La Constitución Federal fue evocada por la CNBB para hablar de *justicia social*, por la Igreja Universal para hablar de *laicidad* y libertad de culto, y por la Associação Nacional Pró-Vida para hablar de la *dignidad* de la persona humana.

El mismo texto normativo –la Convención de la ONU sobre personas con discapacidad– formó parte de la estrategia de argumentación jurídica de quienes, por un lado, buscaron apartar la idea de que el anencéfalo tiene vida; y de quienes, por otro lado, quisieron fundamentar la comparación con la eugenesia.

En general, durante la audiencia pública se utilizó poco la fundamentación jurídica. De hecho, la audiencia pública no fue percibida por las organizaciones como un *locus* de disputa jurídica tradicional, sino como un espacio que podría proporcionar elementos extrajurídicos para fortalecer las posiciones jurídicas de los ministros. Sintomático de la mayor utilización de argumentos científicos –que pueden fácilmente ser incorporados en la fundamentación de posiciones– en detrimento del fundamento religioso.

El sopesamiento fue una forma utilizada en reiteradas ocasiones por las entidades pro vida para defender el encuadre de la *vida del feto* y neutralizar el encuadre de la *salud / dignidad de la mujer*. En el uso de esta estrategia, afirma el representante de la CNBB:

> El sufrimiento de la gestante y de la familia a todos sensibiliza y no podemos ser indiferentes a ese dolor y angustia. Pero ese sufrimiento no justifica, ni autoriza, el sacrificio de la vida del hijo que se carga en el vientre. Son dos los pacientes, la madre y el hijo, que necesitan ser acogidos.

Este pasaje revela algo importante sobre la dinámica dialógica del enfrentamiento en torno al tema. Las organizaciones pro vida no se dedicaron a apartar el encuadre del *sufrimiento de la mujer*, sino a reconocerlo y someterlo a la estrategia del sopesamiento. Dado que las entidades a favor de la autorización del procedimiento atacaron directamente la premisa de que el feto anencefálico vive, tuvieron en ese sentido una carga argumentativa mayor, ya que no se trataba sólo de afirmar su encuadre como prioritario, sino también de negar el supuesto del argumento de su oponente.

siglo veintiuno editores

Consecuentemente, la estrategia del sopesamiento no fue utilizada por los defensores de la aprobación de la práctica. Esta maniobra no es ajena a los defensores de los derechos de elección de la mujer en el debate general sobre el aborto –se trata aquí de priorizar el derecho de elección y la autonomía de la mujer o salud y dignidad de la mujer sobre los derechos del feto–. Tal estrategia no fue accionada aquí ya que esas organizaciones optaron por afirmar que no había nada que sopesar, toda vez que no había vida, sólo el sufrimiento de la gestante.

Si miramos el grado de alineamiento entre los actores, es posible identificar consenso en cuanto al encuadre central entre quienes defendían la denegación de la solicitud. Todos adhieren al encuadre de la *vida del feto* y en su gran mayoría compartieron la fundamentación científica. En el caso de los defensores de la acción, se puede decir también que hubo una apuesta mayoritaria –aunque no consensual– en la utilización del encuadre del *sufrimiento* como central. Sólo un aliado heterodoxo del movimiento feminista, la Igreja Universal do Reino de Deus, eligió como estrategia central defender la *autonomía de la mujer*, lo que incluso fue objeto de manifestación de divergencia por el abogado de la acción.

En ninguna de las partes hubo consenso en la utilización de los encuadres secundarios. Entre los que defendían la misma posición, vimos que algunos de estos encuadres fueron accionados por unos y no por otros. Además, dos encuadres secundarios se aplicaron para defender posiciones opuestas.

En la confrontación de los argumentos, las entidades pro aborto vieron la necesidad de refutar el encuadre de puente con la *eugenesia*. Lo que no se dio en igual medida con la equiparación a la *tortura*. Los oponentes a la autorización se refieren al *sufrimiento de la mujer* –buscando neutralizar ese encuadre y no refutándolo– pero no se refieren, ni contraargumentan directamente la pertinencia de la idea de *tortura*.

Por último, también podemos identificar diferentes estilos de presentación: uso de citas y argumentos de autoridad, uso del discurso de las víctimas, tono emotivo o técnico, uso de fotografías y/o películas, etc. Nos limitamos por ahora a mencionar tal variación, y dejamos para otro momento la exploración de las relaciones entre estética y movilización política presentes en las correspondencias entre estilos, categorías de interlocutores, posiciones defendidas, estrategias y encuadres.

siglo veintiuno editores

CÓMO ACCEDER A LOS EFECTOS DEL DEBATE: LA VICTORIA DEL MOVIMIENTO PRO ABORTO Y EL EFECTO DE RESONANCIA

En la confrontación política, las elecciones por encuadres y estrategias de argumentación están con frecuencia ligadas al contexto social, político, institucional y mediático que impactan –cada uno a su modo– en la fuerza y la permeabilidad de las posturas. De esta manera, al decidir priorizar determinados encuadres en detrimento de otros, se consideran elementos externos a la disputa en la medida que indican aberturas y posibilidades que un cierto tema tiene, bajo un encuadre en particular, de alcanzar los efectos pretendidos por el movimiento social. Esas características de la arena en que se plantean los discursos pueden ser discutidas bajo la idea de estructura de oportunidad discursiva (Ferree y otros, 2004: 62).

Si consideramos el escenario institucional del STF a principios de los años 2000, resulta más fácil comprender la estrategia poco audaz de los autores de la demanda. En 2004, se trataba de la primera iniciativa por parte de uno de los lados de la disputa de llevar el caso a la arena del STF. La falta de aliados declarados y de cualquier histórico de disputas en ese terreno, más los riesgos de la reacción conservadora, impusieron cautela. El montaje del caso jurídico en la petición inicial de la acción es expresión de ello. Se trató de desviar del debate sobre el aborto, invocando la intervención de la Corte para actuar en un simple juicio de subsunción (o de atipicidad), para cesar la violación ilegal de derechos. Se pidió poco al STF en ese momento.

Argumentar que se trataba de un problema de mera subsunción y no de la creación de una nueva hipótesis de aborto legal facilitaba el camino del STF para la concesión de la demanda. La elección de la petición inicial de desvincularse de esa operación no planteaba problemas desde el punto de vista de la separación tradicional de poderes en un momento en que el STF aún no había consolidado su actuación política como legislador constitucional en el escenario político brasileño. En consideración asimismo de la oportunidad institucional, el camino de los peticionarios exploraba también una vía de más fácil acceso para la intervención del Poder Judicial: la de interceder para hacer cesar una violación de derechos humanos. Una actuación de la Corte en ese sentido requería menos esfuerzo de fundamentación y encontraba menos resistencias que la vía del sopesamiento entre valores igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico.

El argumento de la atipicidad del aborto en este caso también obedeció a la estrategia de desviarse de las dificultades y obstáculos mora-

siglo veintiuno editores

les, políticos y jurídicos que enfrentaba el debate general del aborto. En 2012, cuando la demanda del anencéfalo resultó vencedora, el escenario general de la movilización en torno al aborto era bastante desfavorable a la movilización pro aborto –habían perdido al Ejecutivo como aliado, enfrentaban la resistencia de un Congreso mayoritariamente conservador y la ofensiva del movimiento pro vida–. En el momento en que se decidió sobre el anencéfalo, el STF figuraba como el único canal todavía posiblemente abierto al tema del aborto. Y aun así, algunos de los ministros favorables a la autorización se dedicaron a reforzar en sus votos que no estaban decidiendo sobre una hipótesis de aborto general.

El énfasis en el encuadre del *sufrimiento de la mujer* y no en su *autonomía* refleja también esta apuesta de desviarse de la posición más radical sobre el aborto. Fundamentar la autorización del procedimiento del anencéfalo sobre la base de la *autonomía de la mujer* no justificaría negar el ejercicio de esa autonomía en otros casos. Sería entonces más difícil dejar de aprovechar ese encuadre para defender una posición pro aborto en cualquier caso. Por otro lado, el encuadre de la mujer víctima de *sufrimiento* y *tortura* tiene más convocación y se alinea con el encuadre más amplio de la *violencia contra la mujer*. En Brasil, el encuadre de combate hacia la *violencia contra la mujer* conquistó un campo de adhesión mucho mayor que el de la *autonomía* en los últimos años. De esta forma, enmarcar la cuestión del anencéfalo en el encuadre de la *violencia contra la mujer* tiene el potencial de traer al campo de los defensores de la demanda el activo conquistado en los últimos años por las campañas en torno a la violencia.

En otras palabras, esta negociación en términos de encuadre permitió que el movimiento pro aborto usara el contexto institucional y moral a su favor, y fue probablemente la operación que garantizó la victoria en la batalla del anencéfalo. Esa victoria no fue trivial. Aunque ha movilizado poco los argumentos abiertamente pro aborto, puede ser considerada la mayor ampliación de los derechos de las mujeres en el campo de los derechos reproductivos de los últimos tiempos.

El contramovimiento pudo utilizar el espacio de la audiencia pública para afirmar la posición y los valores que con frecuencia moviliza en la disputa sobre el aborto. El rechazo al aborto del feto anencefálico comparte el argumento general que combate también el aborto en cualquier caso –incluso en la defensa de la prohibición de las hipótesis de autorización legal, lo que está hoy presente entre las pautas del contramovimiento y en las pautas legislativas (véase en Proyecto de Ley sobre el Estatuto del Nonato)–.

Aun si los encuadres a favor de la elección fueron en cierta forma sacrificados para alcanzar el avance en el caso del anencéfalo, todavía

siglo veintiuno editores

es posible identificar una victoria de otro orden –menos evidente– en la disputa: la visibilidad y la centralidad de la voz de las mujeres en la audiencia pública. El recurso a la empatía fue utilizado de modo central por dos organizaciones que se posicionaron a favor del pedido –la Rede Feminista de Saúde y el Anis–. Ambas utilizaron el espacio otorgado en la audiencia pública principalmente para relatar los sentimientos de las mujeres, sus historias, sus expectativas y angustias en primera persona. Fueron esas voces las que bloquearon la oposición de las citas médicas y el saber científico del otro lado. Una de las conclusiones que dejó la controversia pública en torno al anencéfalo es que la historia y la perspectiva de las mujeres importa y ellas deben ser escuchadas por las instituciones.

En esta línea, creemos que los efectos de la audiencia pública no se restringen a su grado de influencia en la decisión, como defiende Fragale (2015), o a la formación de precedentes. Por el contrario, tiene efectos que trascienden la institución judicial. Consideramos esta arena abierta por la justicia como un *locus* de visibilidad importante utilizado por el movimiento social para hacer resonar sus posiciones en el debate público (Kirchheimer, 1961; Barkan, 2007: 183). De esta forma, el tribunal puede funcionar como escenario –*staging area*, en la expresión de Kirchheimer (1961: 4)– para el enfrentamiento entre distintas posiciones. Se trata de una oportunidad para conquistar adeptos y ampliar la adhesión a la causa.

En el caso del anencéfalo, el alto voltaje del conflicto ético-moral y la propia movilización en torno a la cuestión atrajo tanto la cobertura de los medios, como el interés del público. La amplitud del debate ocurrido trasciende los efectos concretos de la decisión a que llegó el STF en 2012 y todavía está por ser evaluada.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), disponible en <redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>.

Barkan, S. E. (2007), "Criminal Persecution and the Legal Control of Protest", *Mobilization International Journal*, 11(1): 181-195.

Barroso, L. R. (2007), "Gestacão de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição", *Panóptica*, 1(7).

Diniz, D. (1997), "Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais", *Bioética*, 5(1).

— (2003), "Quem Autoriza o Aborto Seletivo no Brasil? Médicos, Promotores e Juízes em Cena", *Physis: Rev. Saúde Coletiva*, 13(2): 13-34.

Diniz, D. y A. C. González Vélez (2008), "Aborto na Suprema Corte: O caso da anencefalia no Brasil", *Estudos Feministas*, 16(2): 440.

Diniz, D., J. Penalva, A. Faúndes y C. Rosas (2009), "A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com medicos", *Ciência & Saúde Coletiva*, 14(1): 1619-1624.

Ferree, M. M., W. A. Gamson, J. Gerhards y D. Rucht (2004), *Shaping Abortion Discourse. Democracy and the Public Sphere in Germany and the United States*, Cambridge, Cambridge University Press.

Foltran, P. (2006), "Anencefalia e Supremo Tribunal Federal", *Revista de Ciências Humanas*, 39: 237-241.

Fragale Filho, R. (2015), "Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso", *Direito e Praxis*, 6(12).

Kirchheimer, O. (1961), *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, Princeton University Press.

Rodriguez, J. R., F. P. Püschel y M. Rodriguez de Assis Machado (2012), "O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do poder judiciário", en *Dogmática é Conflito: Uma Visão Crítica da Racionalidade Jurídica*, San Pablo, Saraiva, pp. 33-54.

Snow, D., S. A. Soule y H. Kriesi (2004), *The Blackwell Companion to Social Movements*, Maden, Oxford y Victoria, Blackwell.

Snow, D., E. B. Rochford Jr., S. K. Worden y R. D. Benford (1986), "Frame Alignment Processes, Micromobilization, and Movement Participation", *American Sociological Review*, 51(4): 464-481.

siglo veintiuno editores

siglo veintiuno
editores

5. ¿Liberalización total? Los retos del aborto en México

Jimena Soria
Regina Tamés

Desde el 26 de abril de 2007, el aborto es legal en la Ciudad de México (CDMX) durante las primeras doce semanas de gestación por voluntad de la mujer. Además, se excluyeron de responsabilidad las interrupciones en los casos de violación, de malformaciones congénitas o genéticas graves o por grave riesgo a la salud de la mujer. Esta reforma sin precedentes en el país recorrió un largo camino desde 1976, cuando la Coalición Feminista presentó la primera iniciativa de ley sobre aborto. Pero no fue sino hasta la década de 1990 que la despenalización del aborto se convirtió en una demanda colectiva que inició un debate público en la Ciudad de México, al que se sumaron académicos, periodistas, abogados, organizaciones de la sociedad civil, líderes de opinión, médicos y funcionarios públicos. En ese momento, la Ciudad de México tenía la legislación más restrictiva del país, ya que sólo se podía acceder a un aborto legal si la mujer había sufrido una violación, si el embarazo ponía en riesgo su vida o si se trataba de un aborto imprudencial, es decir, sin intención de la gestante (Lamas y Bissell, 2000).

En 1997, sin embargo, el Partido de la Revolución Democrática (PRD) llegó al poder en la CDMX con una plataforma que contemplaba el tema de la maternidad voluntaria e incluía la despenalización del aborto. Al mismo tiempo, los legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), órgano legislativo de la ciudad, se encontraban en un proceso de reforma al Código Penal. Este contexto motivó a cuarenta organizaciones de la sociedad civil, entre las que estuvo el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), a agruparse en la campaña "Acceso a la justicia para las mujeres" y presentar en 1999 una iniciativa de ley para añadir causales y que se permitiera el aborto cuando la salud de la mujer estuviera en riesgo, cuando existieran malformaciones congénitas o genéticas graves y por razones socioeconómicas (GIRE, 2008). Lamentablemente, esta iniciativa no prosperó y generó mucha frustración entre los grupos involucrados.

En el año 2000, la historia de Paulina, una adolescente de 13 años que vivía en Mexicali, Baja California, y que quedó embarazada como resulta-

siglo veintiuno editores

do de una violación, reabrió el debate nacional sobre el tema. Además de la violación que sufrió, la vida de Paulina se vio afectada por el fanatismo religioso y la violencia institucional. A pesar de contar con una autorización para que se le practicara el aborto, las autoridades obstaculizaron este proceso y presionaron a su madre con información falsa, al punto que acabó por desistir del procedimiento. Los medios nacionales e internacionales siguieron muy de cerca este caso y la sociedad y organizaciones de la sociedad civil expresaron su rechazo ante la clara violación de los derechos humanos de Paulina (GIRE, 2008).

A pesar de la indignación que se produjo por el caso de Paulina, un grupo de legisladores del Partido Acción Nacional (PAN) en Guanajuato, uno de los estados más conservadores de México, eliminó del Código Penal el artículo que despenalizaba el aborto en casos de violación. Ante esta medida, crecieron el descontento y el rechazo de la ciudadanía (GIRE, 2000).

En este contexto ocurrió también uno de los antecedentes más importantes para la despenalización del aborto en la Ciudad de México. En ese año, Rosario Robles, jefa de gobierno interina de la CDMX, presentó la llamada Ley Robles en la que se proponía aumentar las causales legales de aborto y establecer mecanismos claros para acceder al aborto por violación y por inseminación artificial no consentida. El 18 de agosto del 2000, la Ley Robles fue aprobada en la Asamblea Legislativa. Así, se agregaron tres causales por las que las mujeres podían acceder al aborto: cuando existieran malformaciones congénitas o genéticas graves en el producto, cuando la mujer corriese peligro grave de afectación a su salud y cuando el embarazo fuese resultado de una inseminación artificial no consentida. Asimismo, se estableció que el Ministerio Público sería la instancia encargada de autorizar el aborto en los casos de violación e inseminación artificial no consentida. Como sostiene M. Lamas, esta reforma enfatizó la obligación que tenían las instituciones sanitarias de la Ciudad de México de proporcionar información objetiva, veraz y suficiente sobre el aborto para que las mujeres pudieran tomar una decisión de manera libre e informada.

Un mes después de la publicación de la reforma, un grupo de asambleístas presentó una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En enero de 2002, la Suprema Corte resolvió esta acción de inconstitucionalidad y ratificó la reforma del año 2000. Concluyó que, si bien la Constitución protegía el derecho a la vida, esta garantía no era absoluta y existían excepciones bajo las cuales el aborto no era punible (GIRE, 2008). Tras esta resolución de la Corte, la Ley Robles empezó a ponerse en práctica y se establecieron

siglo veintiuno editores

lineamientos generales de organización y operación de los servicios de acceso al aborto.

En 2003, se presentó una nueva iniciativa por parte de la diputada Norma Gutiérrez de la Torre, del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que planteaba la despenalización del aborto hasta la semana doce de gestación, pero que también contenía retrocesos y contradicciones. Con esta reforma, se aumentó el castigo para quien realizara un aborto sin el consentimiento de la mujer; se estableció un plazo de cinco días para que las instituciones de salud de la Ciudad de México practicaran una interrupción del embarazo gratuita y de calidad; se reguló la objeción de conciencia de los médicos, respetando su derecho individual, pero exigiendo a la Secretaría de Salud siempre contar con personal no objetor; y se eliminó el carácter de delito al aborto, al establecer que las causales eran excluyentes de responsabilidad penal. La iniciativa, que contemplaba reformas al Código Penal y a la Ley de Salud del Distrito Federal, fue aprobada el 26 de diciembre de 2003 y publicada en enero de 2004. Aunque en su momento esta reforma fue considerada moderada, tuvo fuertes implicaciones ya que sentó las bases para la despenalización del aborto en 2007 (GIRE, 2008).

De manera impredecible, el 23 de noviembre de 2006 Armando Tonatiuh González, diputado del PRI, presentó un proyecto de ley para despenalizar el aborto en la Ciudad de México. La CDMX seguía gobernada por la izquierda, que mantenía una mayoría de votos gracias a una coalición progresista en la Asamblea Legislativa. Así, después de cuatro meses de debate y con el apoyo del jefe de gobierno, Marcelo Ebrard, el proyecto de ley fue aprobado el 24 de abril de 2007. Las organizaciones de la sociedad civil de derechos reproductivos, en especial la Alianza Nacional por el Derecho a Decidir (ANDAR), jugaron un papel importante en el proceso de reforma de ley.

Con ello se reformaron los arts. 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, que quedaron redactados de la siguiente forma:

> Art. 144. 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. 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En

siglo veintiuno editores

> este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado. Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de esta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.
> Art. 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada. Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.
> Art. 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.[1]

Asimismo, se adicionó un tercer párrafo al art. 16 bis 6, y se añadió el art. 16 bis 8 a la Ley de Salud del Distrito Federal, para quedar como sigue:

> Art. 16 bis 6. Las instituciones públicas de salud del gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aun cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado.
> Art. 16 bis 8. La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.[2]

Finalmente, después de más de treinta años de lucha, el 26 de abril de 2007 se publicó la reforma que convirtió a la legislación de la Ciudad de México en una de las más progresistas de América Latina y el Caribe respecto del aborto.

Sin embargo, la reforma sólo quedó en firme después de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunciara sobre la deman-

1 Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal, Ciudad de México, México, 26 de abril de 2007, décima séptima época.
2 Íd.

siglo veintiuno editores

da de inconstitucionalidad que presentaron la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y la Procuraduría General de la República (PGR), argumentando que la ley violaba los derechos del producto. Tras meses de discusión, el 28 de agosto de 2008, la mayoría de los ministros votó a favor de la constitucionalidad de la reforma al sostener que las legislaturas locales tenían las facultades para despenalizar la interrupción legal del embarazo considerando los derechos de las mujeres a la libertad reproductiva y la salud.[3]

EL PROGRAMA DE ABORTO LEGAL EN LA CIUDAD DE MÉXICO

La reforma de 2007 también estableció que la Secretaría de Salud debía publicar nuevos lineamientos sobre la prestación de servicios para el aborto legal en un plazo de sesenta días a partir de la aprobación de la iniciativa. El 4 de mayo de ese año quedaron establecidos tanto el Programa de Interrupción Legal del Embarazo (ILE), como los lineamientos técnicos para la realización de las intervenciones.[4] El programa empezó sus operaciones en catorce de los veinte hospitales generales y materno-infantiles, tras un análisis y una capacitación internos. En 2017, el servicio de ILE se brinda en trece unidades médicas entre las que se incluyen cuatro centros de salud especializados en servicios integrales de salud sexual y reproductiva: Beatriz Velasco de Alemán, Santa Catarina, Dr. Juan Duque de Estrada y la Clínica México-España. Estas clínicas especializadas concentran 55% del total de las interrupciones legales del embarazo realizadas en la Ciudad de México y ofrecen el servicio de manera legal, segura, confidencial y gratuita.

De acuerdo con las cifras oficiales de la Secretaría de Salud de la Ciudad de México, de abril de 2007 al 15 de junio de 2017, se habían realizado 179 214 interrupciones legales del embarazo. Entre 2008 y 2013, el número de ILE incrementó en 54,9%. A partir de 2014 y hasta 2016 el número de ILE disminuyó en 12%. Estas cifras dan cuenta de que, si bien en un inicio las modificaciones legales hicieron que las mujeres

siglo veintiuno editores

3 Sobre la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la liberalización del aborto en México, véase el capítulo de Alma Beltrán y Puga en este volumen.

4 Véase Secretaría de Salud del Distrito Federal (2014), *El programa de interrupción legal del embarazo en la Ciudad de México. Una isla de libertades*, México.

acudieran al servicio en mayor medida, después de un tiempo el número se ha estabilizado.

De los métodos que ofrece la Secretaría de Salud, el más usado es la ILE con medicamentos. En 2008, se aplicaba en 46% de los casos, en tanto que en 2017, se empleaba en 75%. Respecto del perfil de las mujeres usuarias, en diez años el rango de edad de las mujeres que acceden a la ILE ha permanecido estable: entre 6 y 7% de las interrupciones se realizan a menores de 18 años, mientras que el grupo de edad más alto es el de mujeres de 18 a 24 años con un porcentaje de 45 a 47%. Entre los factores que se han modificado, se encuentra el perfil religioso de las mujeres. En 2008, 85% de las mujeres que accedieron a la ILE declaró ser católico, mientras que 11% no profesaba ninguna religión. En 2017, las mujeres católicas representaban 41,5% y las que no profesaban religión alguna, 53%. Esto significa que, en esta década, entre las usuarias de la ILE el porcentaje de mujeres católicas disminuyó en 51% y el de mujeres sin religión aumentó en 80%.

En relación con la residencia de las mujeres, en este período ha disminuido en 8% el número de mujeres residentes de la Ciudad de México que acceden a la ILE. En esa misma proporción ha aumentado el acceso al servicio por parte de residentes de otras localidades. El estado de México mantiene números estables. En estos diez años, 71% de las usuarias reside en la Ciudad de México, 25,3% vive en el estado de México y 3,6% en otros estados. Los estados desde donde acuden más mujeres para solicitar acceso al Programa ILE, fuera de la Ciudad de México y el Estado de México, son Puebla, Hidalgo, Morelos, Jalisco, Querétaro y Michoacán.

Por último, de 2007 a 2017 disminuyó en 50% el porcentaje de mujeres que desisten de realizarse una interrupción legal del embarazo una vez programada la cita al pasar de 30% del total de procedimientos realizados en 2008 a 15% en 2017.

Contrario a los mitos que existen, de abril de 2007 a diciembre de 2016, sólo 0,68% de las mujeres tuvo complicaciones posteriores a la realización de una ILE en el sistema hospitalario de la Ciudad de México. Asimismo, el número de abortos realizados bajo este programa se ha mantenido estable en el tiempo a partir de 2009, con entre 16 500 y 20 500 procedimientos anuales. En estos diez años la tasa de reincidencia ha sido de 2%.

Dentro del asesoramiento que se brinda a las usuarias de los servicios del Programa ILE, se encuentra el uso de métodos anticonceptivos como una manera de prevenir embarazos no deseados. Las mujeres reciben información sobre los distintos métodos y pueden decidir si quieren uti-

siglo veintiuno editores

lizar alguno después de la interrupción del embarazo. En promedio, los métodos anticonceptivos más empleados durante la última década son: condón (45%), implantes (31%), pastillas (10%), DIU (9%) e inyectables (5%).

EL CONTEXTO FEDERAL

Si bien los cambios en la CDMX son un gran logro para las mujeres, el Estado mexicano sigue en deuda con sus ciudadanas, ya que el resto del país tiene una legislación restrictiva. Cada estado incluye en su normativa penal distintas situaciones en las que la mujer podría, o no, ser perseguida si se practicara un aborto. Estas circunstancias generan discriminación toda vez que, según dónde vivan las mujeres, tienen más o menos posibilidades de acceder a un aborto. La migración masiva para obtener abortos en la CDMX no se ha materializado como algunos lo esperaban: sólo el 3,6% de las mujeres que acceden a abortos legales en la CDMX provienen de otros estados.

En efecto, la causal violación es la única contemplada en todos los códigos penales del país. Otras causales que se tienen en cuenta de manera dispar en las legislaciones estatales son: aborto imprudencial en veintinueve estados; peligro de muerte en veinticuatro; alteraciones congénitas o genéticas graves en el producto en dieciséis; graves daños a la salud de la mujer en catorce; inseminación artificial no consentida en trece; causas económicas en dos, y voluntad de la mujer en las primeras doce semanas de gestación en una (GIRE, 2015). La brecha entre lo consignado en la ley y el acceso al aborto por causales, sin embargo, es enorme (GIRE, 2015).

En el caso del aborto por violación, que es legal en todo el país, aunque en la Ley General de Víctimas, en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica y en la Norma Oficial Mexicana (NOM) 046[5] está previsto el acceso al aborto en casos de violación sin necesidad de autorización judicial o ministerial, o de presentación de denuncia, la falta de armonización de las legislaciones penales locales suele traducirse en la negación de sus derechos para

5 Véase Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 24 de marzo de 2016.

siglo veintiuno editores

niñas y mujeres. En doce estados de la República se establece de manera expresa un tiempo para llevar a cabo el aborto por esta causa, mientras que en los veinte restantes no se establecen plazos para la interrupción, lo cual protege los derechos humanos de las mujeres, pues permite a aquellas que enfrentan situaciones que ponen en peligro su salud o su vida, decidir no continuar con el embarazo sin presión de tiempos. En doce estados se establece la denuncia como requisito previo mientras que ocho requieren una autorización (GIRE, 2016).

Más allá de esta resistencia al cambio materializada en problemas de implementación, en varios estados se han presentado movilizaciones tendientes a consagrar el derecho a la vida desde la concepción y ha aumentado la criminalización de las mujeres que terminan de manera voluntaria sus embarazos. A partir de 2008, en respuesta a la despenalización del aborto en el Distrito Federal, ha existido una importante oleada de reformas en las constituciones locales de algunas entidades federativas para proteger la vida desde el momento de la "concepción". Estas reformas tienen la intención de limitar los derechos reproductivos de las mujeres y evitar el acceso al aborto legal y seguro, además de servir como obstáculo para futuros intentos de ampliar causales o despenalizar el aborto.

En la actualidad, dieciocho estados de la República Mexicana han aprobado reformas a sus constituciones con el fin de "proteger la vida desde el momento de la concepción" o fecundación. Estos estados son: Baja California, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas, Yucatán y, recientemente, Veracruz (GIRE, 2015).

En septiembre de 2011, la SCJN discutió dos acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas de San Luis Potosí y Baja California, que protegen de manera absoluta al producto de la concepción. Los ministros reconocieron que la protección a la vida prenatal es importante, pero que está necesariamente vinculada con los derechos de las mujeres. Así, determinaron que la protección de la vida en gestación es compatible con las causales de aborto, incluso por voluntad de la mujer durante las doce primeras semanas de gestación.

Las reformas que protegen la vida desde la concepción han contribuido a promover un clima de confusión e incertidumbre jurídica entre el personal de servicios de salud, de procuración de justicia y las propias mujeres sobre la legalidad del aborto en los supuestos establecidos por la ley. Una de las mayores preocupaciones en cuanto a los derechos humanos de las mujeres es que dicha modificación constitucional promueve

siglo veintiuno editores

que, en la práctica, se realicen denuncias y suscita la criminalización de las mujeres que interrumpen un embarazo.

Este tipo de reformas genera un ambiente de persecución penal hacia las mujeres del que dan cuenta los siguientes datos: de acuerdo con las respuestas a solicitudes de acceso a la información realizadas por GIRE, en el período de agosto de 2012 a diciembre de 2013, el número de denuncias por aborto fue de 625 (GIRE, 2015). Asimismo, en el período de abril de 2007 a julio de 2012, se registraron un total de 171 consignaciones por el delito de aborto (GIRE, 2013). Con respecto a las personas en prisión preventiva o definitiva por el delito de aborto, las autoridades de las entidades federativas reportaron trece casos de personas en prisión preventiva y nueve en prisión definitiva durante el período de agosto de 2012 a diciembre 2013. De acuerdo con la información proporcionada, la mayoría de las personas procesadas salieron bajo caución, algunas de ellas cumplieron condenas que van de cuatro meses a seis años de prisión y otras gozaron de los beneficios de la suspensión condicional de la pena (GIRE, 2015). Con datos de los Tribunales Superiores de Justicia, obtenidos por GIRE, a través de solicitudes de acceso a la información, sabemos que, en el período del 1º de abril de 2007 al 31 de julio de 2012, en diecinueve estados existen 127 sentencias por el delito de aborto. Mientras que, en el período de agosto de 2012 a diciembre de 2013, se emitieron veintinueve sentencias por ese delito.

Por su parte, la SCJN presentó cifras en relación con el número de denuncias de mujeres que acuden a los servicios de salud en busca de atención postaborto: durante el período 1992-2007 existen cerca de mil causas penales y averiguaciones previas tramitadas respecto de este delito, lo que resulta en un promedio de 62,5 mujeres denunciadas y/o procesadas al año en el país. En contraste, a partir de la aprobación de las reformas constitucionales en varios estados que protegen la vida desde la concepción, durante el período 2009-2011, 679 mujeres han sido denunciadas por el delito de aborto, es decir, 226,3 mujeres en promedio al año. Ello implica un incremento significativo, ya que, en el comparativo entre ambos períodos, se denuncia un promedio de 163,8 mujeres más cada año.[6]

Dentro del proceso de criminalización de las mujeres, se han identificado diversos patrones. En primer lugar, la mayoría de las mujeres

6 Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación (2008), *Aborto. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Programa de Equidad de Género, México.

siglo veintiuno editores

tiene muy pocos recursos, incluidos los financieros y de información, y la mayoría fueron denunciadas al Ministerio Público por parte del personal hospitalario. Además, las mujeres fueron presionadas por los médicos y la policía para hacer confesiones, en algunos casos como condición para recibir tratamiento médico. Asimismo, las mujeres fueron maltratadas de forma física y verbal por el personal de salud y de las procuradurías, lo que constituye un trato cruel e inhumano. Finalmente, en la mayoría de los casos el debido proceso fue violado, ya que a las mujeres no se les informó de los cargos en su contra, ni se les dijo que tenían el derecho a permanecer en silencio y a una representación legal.

RETOS AL FUTURO EN LA CIUDAD DE MÉXICO

A pesar de que la despenalización del aborto en la Ciudad de México ha sido muy positiva para la vida y la salud de las mujeres, persisten retos en los que debemos seguir trabajando y que vale la pena señalar.

Uno de los principales temas pendientes en la Ciudad de México dentro de este programa es la falta de reconocimiento de las adolescentes como sujetas de derecho, al establecer como requisito para las menores de 18 años el acudir con un representante legal o familiar para poder acceder al servicio de ILE. Esta medida resulta inadecuada y contraria a la Ley General de Víctimas, que establece que las adolescentes mayores de 12 años pueden decidir sin la necesidad de contar con la autorización de la madre, padre o tutor. Asimismo, la NOM 047-SSA2-2015[7] establece que la ausencia de responsables legales de los menores de edad no justifica la negativa de brindar atención médica en caso de urgencia. Si bien no es un requisito contemplado en la legislación ni en los lineamientos, en la práctica sí se solicita y se menciona como tal en la página web de la Secretaría.

En el caso de aborto por violación, que es el otro gran tema en relación con el acceso por causales, los lineamientos de la Secretaría siguen incluyendo la necesidad de presentar una denuncia ante el Ministerio Público para poder acceder a la interrupción del embarazo. Esto re-

siglo veintiuno editores

7 Véase Norma Oficial Mexicana NOM-047-SSA2-2015, Para la atención a la salud del grupo etario de 10 a 19 años de edad, Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 12 de agosto de 2015.

sulta contrario a lo establecido en la Ley General de Víctimas que es de observancia en todo el territorio nacional y cuyas disposiciones son obligatorias para toda autoridad, federal o local, que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos. En el art. 29 de dicha ley se establece la obligación para toda institución hospitalaria pública de dar atención inmediata de emergencia a las víctimas de hechos delictivos o de violaciones a derechos humanos, sin exigir condición alguna para su admisión e independientemente de su capacidad económica y su nacionalidad. Por su parte, el art. 35 establece:

> A toda víctima de violación sexual, o cualquier otra conducta que afecte su integridad física o psicológica, se le garantizará el acceso a los servicios de anticoncepción de emergencia y de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la ley, con absoluto respeto a la voluntad de la víctima.[8]

Sobre la base de lo establecido por la Ley General de Víctimas, la NOM 046-SSA2-2005 detalla los criterios mínimos para la atención de la violación sexual como emergencia médica que la Ley General de Víctimas reconoce y establece un conjunto de medidas de aplicación obligatoria para toda institución, dependencia y organización del Sistema Nacional de Salud en materia de los servicios de salud que deben otorgar a mujeres que hayan sufrido violencia sexual. Además, la NOM 046 dispone el acceso al servicio de interrupción del embarazo por violación sin necesidad de presentar otro requisito más que una solicitud por escrito, bajo protesta de decir verdad, a partir de los 12 años de edad.

La evidencia de que estos criterios no se están utilizando, sino los más exigentes de la Secretaría de Salud de la Ciudad de México, es que sólo se han reportado 41 abortos por violación en la entidad que más abortos ha realizado. La Secretaría de Salud también reporta 36 autorizaciones emitidas por la Procuraduría de Justicia de la Ciudad de México (GIRE, 2016).

siglo veintiuno editores

8 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Víctimas, Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 3 de enero de 2017.

CONCLUSIONES

La Ciudad de México es considerada una isla de libertad dentro del país, pues es el único territorio en donde las mujeres pueden ejercer de manera libre la decisión de continuar o no un embarazo. La legislación de la CDMX respeta los derechos humanos de las mujeres, situación que aún está lejos de ocurrir en el país entero, lo que genera una situación discriminatoria para las mujeres por el simple hecho de su lugar de residencia.

Las ventajas de las modificaciones a la legislación penal y de salud en la CDMX son indudables para las mujeres. No sólo pasaron de ser consideradas criminales a ciudadanas cuya autonomía se reconoce de manera plena, sino que quienes prestan los servicios de salud tienen la garantía de que su actuar es conforme a la ley. El acceso a los servicios de aborto legales y seguros refleja una fortaleza democrática de la ciudad que no se había visto antes en el país con respecto a los derechos reproductivos.

En 2007, se dio una combinación de oportunidades políticas para el avance de los derechos reproductivos de las mujeres: la voluntad política de los partidos de izquierda, un movimiento feminista articulado que contó con el apoyo de muchas mujeres y hombres organizados en torno a un mismo objetivo, y una institución de salud dispuesta a modificar e incorporar nuevos servicios a su quehacer diario.

Como toda ley, también la de la despenalización del aborto en la CDMX es perfectible y es labor de la sociedad civil señalar las áreas de oportunidad y de fortalecimiento necesarias para que cada día los servicios se presten de la mejor manera posible para garantizar los derechos de las mujeres, así como proponer alternativas posibles que puedan ampliar el acceso real de las mujeres a la práctica de la interrupción legal del embarazo.

No cabe duda de que el sistema de causales existente en los 31 estados del país ha sido difícil de cumplir, a diferencia del sistema de plazos que ha funcionado de manera positiva en la CDMX. Se deberían analizar las lecciones aprendidas de estos dos modelos para otros países que están en procesos de modificaciones legislativas en torno al aborto.

México no debe conformarse con haber logrado los cambios legislativos de la CDMX, ya que sus obligaciones en materia de derechos humanos son para todo el país –independientemente de si este es o no federal–, por lo que se esperaría que en los próximos años existieran oportunidades políticas más favorables para ir avanzando hacia un país de libertad, donde los derechos reproductivos de las mujeres sean una realidad.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Cámara de Diputados (2014), *Regulación del aborto en México. Estudio teórico conceptual, de antecedentes legislativos, instrumentos jurídicos internacionales, jurisprudencia y opiniones especializadas*, México.

Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) (2000), *Paulina. En el nombre de la ley*, México, GIRE.

— (2008), *El proceso de despenalización del aborto en la Ciudad de México*, México, GIRE.

— (2013), *Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México*, México, GIRE.

— (2015), *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México*, México, GIRE.

— (2016), *Violencia sin interrupción*, México, GIRE.

Lamas, M. (2014), "Entre el estigma y la ley. La interrupción legal del embarazo en el DF", *Salud Pública de México*, 56(1): 56-62.

— (2017), *La interrupción legal del embarazo. El caso de la Ciudad de México*, México, FCE-UNAM-CIEG.

Lamas, M. y S. Bissell (2000), "Abortion and Politics in Mexico: 'Context Is All'", *Reproductive Health Matters*, 8(16): 10-23.

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2012), *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2ª ed., Ginebra, OMS.

siglo veintiuno editores

siglo veintiuno
editores

PARTE II

Accesibilidad a los abortos legales

siglo veintiuno
editores

siglo veintiuno
editores

Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales

Paola Bergallo

A mediados de la primera década del nuevo milenio, América Latina comenzó a celebrar una serie de reformas jurídicas que expandieron la prevalencia del modelo de causales o indicaciones como mecanismo de regulación del aborto. Este modelo regulatorio prevé la penalización del aborto durante todo el embarazo, pero establece diversas causales en las cuales se considera que el aborto es legal. Las causales o indicaciones de aborto legal varían entre los países del continente, pero incluyen, por ejemplo, la permisión o el reconocimiento de un derecho al aborto en casos de violación, peligro para la vida o la salud de la mujer, o malformaciones fetales incompatibles con la vida.

Algunos de los primeros hitos formales en esa trayectoria hacia la expansión de las indicaciones de aborto legal surgieron en México, Brasil y Colombia. En México, a partir del caso "Paulina" llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se avanzó en 2003 en la regulación federal y gradual de la provisión de servicios de aborto por violación; en Brasil, en 2005, el gobierno del expresidente Lula aprobó una guía de atención de los abortos por violación; y finalmente, en Colombia, en 2006, surgió otro mojón en este camino: la decisión C-355 de la Corte Constitucional, que estableció cuatro causales de despenalización del aborto. Aunque la trayectoria que siguieron fue variada,[1] esos primeros pasos marcaron el comienzo de un patrón de liberalización moderado que no ha dejado de expandirse desde entonces.

A partir de ese momento, otros países como la Argentina, Brasil, o Perú, y en el caso de México, ciertos estados subnacionales abrazaron

1 Según puede leerse en diversos textos de esta obra, la Ciudad de México terminó avanzando hacia la adopción de un modelo de aborto a demanda para el primer trimestre, Brasil dejó sin efecto su pionera regulación sanitaria cuando el presidente Lula se casó y su esposa cercana a sectores conservadores de la Iglesia católica influyó en la agenda, y Colombia lucha desde 2006 por implementar la decisión de la Corte Constitucional con altibajos y escollos múltiples a través del sistema sanitario del país. Anécdotas que ilustran los caminos poco lineales de la reforma jurídica en la temática.

siglo veintiuno editores

también el camino de las indicaciones. En algunos casos el cambio provino de decisiones judiciales o protocolos sanitarios que transformaron interpretaciones restrictivas de normas que durante años habían previsto causales de descriminalización que no se concebían como instancias de aborto legal. Así, estas reinterpretaciones de normas preexistentes llevaron a aceptar nuevas o más amplias indicaciones para el aborto, ahora entendidas como instancias de aborto legal compatibles con los mandatos constitucionales de cada nación. Por otro lado, mientras estas reformas interpretativas se sucedían en varias naciones del continente, en otras jurisdicciones, como Bolivia o Chile, las legislaturas aprobaban nuevos regímenes de causales de aborto legal.

Esta consolidación del modelo de causales como estrategia para la regulación del aborto coincidió también con otros dos patrones de cambio. Por un lado, el de los casos de la región que han sostenido o reforzado sus regímenes de restricción, entre los que se destaca la experiencia de El Salvador, que se estudiará en la tercera sección de este libro. Por otra parte, un grupo de jurisdicciones en el que había regido por un tiempo el sistema de causales decidió abandonarlo para permitir el aborto a demanda en las etapas tempranas del embarazo. Este fue el camino que siguieron Ciudad de México en 2007 y Uruguay en 2011.

Observadas en conjunto, las reformas en torno al modelo de causales sugieren un proceso de liberalización gradual que ha ido logrando algunos cambios en lo que por décadas fue una regulación restrictiva intocable. Aun así, no hay mucho que celebrar como resultado de estas transformaciones conservadoras: allí donde las causales de aborto comienzan de manera gradual a funcionar, la disponibilidad de servicios de salud o la posibilidad de la autoadministración de medicamentos para el aborto legal muestran una infinidad de desafíos de implementación y, hasta donde se sabe, las barreras de acceso a los abortos previstos en las causales perduran todavía.

En tal contexto, los trabajos incorporados a esta segunda sección del libro pueden leerse en dos registros. Por un lado, ofrecen argumentos y datos para profundizar la tarea de exigibilidad de las regulaciones de causales que reconocen el derecho al aborto en ciertas circunstancias. Si bien los escritos surgen del estudio minucioso de experiencias en la Argentina, Colombia y Chile, sus planteos se proyectan a realidades más allá de esas fronteras, en las que el modelo de causales está presente. Los autores defienden así la necesidad de interpretar ampliamente el alcance de las causales de aborto legal por violación o peligro para la salud de la mujer embarazada, como proponen Sabrina Cartabia Groba y Cecilia Hopp. Por su parte, el trabajo de Natalia Acevedo Guerrero aborda las ten-

siglo veintiuno editores

siones que ofrecen las indicaciones de aborto por malformaciones fetales y los derechos de las personas con discapacidad. Nora Picasso Uvalle analiza las condiciones de exigibilidad de la denuncia previa de la violación como requisito para acceder a un aborto legal, y muestra en qué medida se trata de un requerimiento desproporcionado que debería ser declarado inconstitucional. Sonia Ariza Navarrete y Viviana Bohórquez Monsalve estudian, desde una perspectiva comparada, las especificidades del acceso al aborto legal y los derechos de niñas y adolescentes. Para el caso de Chile, Eduardo Chia se concentra en la fundamentación del derecho a la información sobre medicamentos para quienes consideren un aborto sobre cuya legalidad no tienen certeza o estiman prohibido, otra cuestión central que trasciende las fronteras de ese país. Y, finalmente, Diana Guzmán y Ana Cristina González Vélez analizan las contradicciones y tensiones que genera el exceso de normativas de salud reproductiva en Colombia, con especial atención en las situaciones de aborto.

En otro registro, los capítulos siguientes pueden ser leídos además como evidencia para articular el "argumento de la inviabilidad" del modelo de causales como cuestión constitucional, una versión vernácula de la idea de *unworkability* desplegada por la Corte Suprema de Canadá en su reconocida sentencia en "R. c. Morgentaler" de 1988. Este argumento podría sustentar la declaración de inconstitucionalidad de los regímenes de indicaciones en el derecho doméstico de varios países latinoamericanos, donde aparecen especialmente reforzados por las particularidades que ofrece "el relativismo legal" de nuestras culturas jurídicas. Es más, la sistematicidad de ese entorno de inviabilidad, presente en la mayoría de los países de la región en los que rigen regulaciones de causales, podría ofrecer también un argumento central para que los órganos del sistema interamericano de derechos humanos analizaran la incompatibilidad convencional de este tipo de regulaciones a partir de una interpretación fáctica contextual de sus límites. El resto de estas notas se concentra en las bases de algunas dimensiones del primer argumento a escala doméstica, e invita a seguir pensando su condición estructural en el plano del sistema interamericano.

siglo veintiuno editores

DEL GIRO PROCEDIMENTAL A LA INVIABILIDAD DE LAS INDICACIONES: LÍMITES ESTRUCTURALES DEL MODELO DE CAUSALES

En un trabajo terminado en marzo de 2012, pocos días antes de la publicación de la sentencia de la Corte Suprema argentina en el caso "F., A. L.", esbocé una crítica a la estrategia de procedimentalización

hacia la regulación por indicaciones a través de guías sanitarias que buscaban garantizar la disponibilidad de servicios de aborto legal. Sugería entonces, tal vez prematuramente, que el giro procedimental en la labor de reforma sobre el tema mostraba déficits fatales. Sin embargo, en los últimos tiempos, la situación que justificaba aquel diagnóstico para el contexto argentino ha adquirido nuevas expresiones, aún más patentes a medida que los países de la región fueron intentando poner en práctica un sistema de causales de aborto. Un lustro más tarde, los límites del modelo de indicaciones no han hecho más que ampliarse, y se refuerza su inviabilidad como estrategia de regulación.

Las restricciones del modelo de indicaciones para regular de manera eficaz su práctica se observan, por lo menos, en dos niveles. En un primer nivel, tal como han señalado juristas de otras latitudes, el régimen de indicaciones ostenta una limitación estructural como consecuencia de la pretensión de reconocer derechos por vía de la excepción a una norma de criminalización. Al mismo tiempo, como estrategia regulatoria, el modelo de causales puede dar lugar a restricciones específicas en el contexto fáctico del desarrollo de las distintas políticas requeridas para su implementación en cada comunidad obligada a ofrecer servicios de aborto legal.

Las limitaciones del modelo de causales para generar una seguridad jurídica que garantice la oferta de servicios legales de aborto legal y el acceso a ella por parte de las mujeres son estructurales al propio modelo porque, como explica Patricia Laurenzo Copello (2008), es difícil garantizar una oferta extendida de profesionales de la salud mientras permanezca latente la posibilidad de que esos profesionales o las mujeres que los buscan sean denunciados penalmente por un supuesto delito de aborto, incluso cuando cumplieron con todas las exigencias legales aplicables. Esta dificultad puede implicar además restricciones para proveer la información y la prescripción médica de los insumos para que la mujer lleve adelante un aborto autogestionado, si así lo prefiriera e incluso, si el aborto con medicamentos fuera su opción, y puede así disuadir a sus posibles acompañantes de no ejercer ese papel en caso de cualquier complicación.

En síntesis, cuando el derecho al aborto se regula mediante un mecanismo de causales, la posibilidad de que los profesionales intervinientes sean denunciados penalmente por la supuesta comisión de un aborto ilegal y de que sufran el daño civil consiguiente es imposible de evitar. Incluso para los profesionales más responsables, la mera denuncia por parte de un tercero, ante la duda honesta o la voluntad de hostigar, podría implicar un extenso proceso penal que, aunque concluyera con su

siglo veintiuno editores

absolución, habría causado costos inestimables en la reputación de quienes se habían propuesto cumplir sus mandatos ético-jurídicos para con los derechos de la mujer. Frente a la amenaza potencial de un juicio penal, un proceso disciplinar o un reclamo civil por daños, sinceramente inspirados por una duda, o como parte de una maniobra de hostigamiento individual o fruto de la organización de sectores conservadores o individuos militantes, ¿cuántos profesionales de la salud estarían dispuestos a asumir el riesgo de ofrecer servicios de aborto legal? ¿Qué institución prestadora de servicios de salud o seguros de responsabilidad médica querría correr con los costos potenciales de este tipo de reclamos, incluso si fueran espurios? Es más, la denuncia podría provenir del propio entorno de la mujer, o de una mujer sometida a presiones por la potencial denuncia contra ella. Y estas no son situaciones imaginarias. En varios países de la región es posible hallar causas penales contra médicos, otros operadores de la salud, farmacéuticos, familiares y acompañantes y, claro está, contra mujeres acusadas del supuesto delito de aborto en casos en que tenían derecho a una práctica legal según el modelo de causales.

Como sugieren los textos de Picasso Uvalle y de Cartabia Groba y Hopp, el reconocimiento de un derecho al aborto para las víctimas de violencia sexual, en particular, puede acarrear serias dificultades a la víctima cuando esta corre el riesgo de que el proveedor sospeche de la veracidad de su denuncia de la violación. Alguien del entorno hospitalario o de su círculo privado podría acusarla de fabulación. En ese caso, ante la posibilidad de una denuncia por haber requerido un aborto supuestamente ilegal, las mujeres podrían entrar en serias dudas sobre la conveniencia de acudir al sistema sanitario. ¿Y qué podría ocurrir si incluso quien puede acompañarlas luego de la violación estimara el riesgo potencial de ser denunciado como cómplice o partícipe del montaje de un caso falso?

El riesgo ineludible de una denuncia contra los profesionales, la mujer, sus acompañantes o todos ellos es una de las causas de las dificultades enfrentadas en distintas partes del mundo para garantizar servicios de aborto legal universalmente accesibles mediante un sistema de indicaciones. En qué medida este riesgo latente se patentiza depende, claro está, del consenso social sobre la legitimidad de las causales, el contexto de resistencia y la movilización conservadora que generan, así como del apoyo político y social con que cuentan los sistemas de salud para proveer abortos legales, y las mujeres para acceder a ellos. En nuestra región, este riesgo se exacerba, ya que es mucho más frecuente aún esperar estas denuncias como mecanismo subjetivo de resistencia o como parte de una militancia conservadora organizada. Este límite estructural hace

siglo veintiuno editores

que la inseguridad jurídica sea inherente al modelo de causales y que su eficacia restringida sea inevitable.[2]

A esta pueden sumarse otras limitaciones estructurales del modelo de indicaciones relacionadas con los abusos que a veces cometen los profesionales de la salud respecto de su rol en la constatación de una causal de aborto legal. Con frecuencia, la literatura feminista ha llamado la atención sobre este aspecto, ya que a menudo los profesionales de la salud se arrogan de manera ilegítima la potestad de decidir no sólo la presencia de una causal, sino si debe o no hacerse el aborto (Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, 2008). Estas prácticas arbitrarias de poder desde el sistema de salud se refuerzan aún más cuando se trata de niñas y adolescentes, y de mujeres provenientes de sectores especialmente vulnerables, como las que se encuentran en situaciones de marginalidad social extrema, las migrantes, las pertenecientes a minorías étnicas y grupos indígenas que no hablan el idioma del sistema de salud, por ejemplo. Si bien el modelo de indicaciones presume que la decisión de abortar o no ante la presencia de las circunstancias que autorizan el aborto legal reside siempre en la mujer, las interpretaciones conservadoras y autoritarias del rol profesional a menudo lo distorsionan. La dificultad para eliminar la mediación indebida de los profesionales de la salud es, entonces, otro límite no contingente de la regulación por causales.

Estos déficits estructurales dependen también por supuesto del contexto de las conductas médicas y de los grados de organización y hostigamiento que pueden caracterizar las prácticas de una comunidad en concreto (Erdman, 2016). Pero decimos que se trata de déficits estructurales porque en la práctica resulta imposible eliminarlos simplemente mediante respuestas institucionales, políticas o sociales organizadas en el marco de una política pública de aborto legal.

siglo veintiuno editores

LA INVIABILIDAD CONTINGENTE

Además de las limitaciones genéricas descriptas en el apartado anterior, el modelo de causales puede enfrentar restricciones más concretas que dependerán de las prácticas específicas de cada sistema de salud y del

2 Según Patricia Laurenzo Copello (2008), este fue también uno de los argumentos esgrimidos por la comisión que aconsejó al entonces presidente abandonar el modelo de indicaciones que había regido en España desde mediados de los años ochenta.

entorno jurídico. En los países de América Latina que estudian los autores de esta sección (con la excepción de Chile, donde es prematuro hacer consideraciones sobre la aplicación en la práctica de la nueva legislación), hace tiempo que el contexto empírico de funcionamiento del modelo de indicaciones parece haber mostrado su inviabilidad ante la variedad de obstáculos enfrentados para garantizar los derechos de las mujeres en juego. Estos déficits del sistema de causales en la práctica latinoamericana podrían clasificarse de diversas formas. Veamos, como ejemplo, tres tipos de restricciones destacadas por los trabajos que forman parte de este libro: los déficits regulatorios, los de información y los de desjudicialización.

DÉFICITS REGULATORIOS

Las limitaciones en las regulaciones del sistema de causales de aborto en los países estudiados se observan en distintos niveles. A veces el problema reside en la *ausencia de una regulación marco* o en la *disputa/incertidumbre* sobre su estatus jurídico. Esta ha sido una situación típica en diversos episodios vinculados a las regulaciones sanitarias adoptadas en la Argentina, Brasil y Colombia, por ejemplo. En otros casos se enfrentan vacíos sobre cuestiones más específicas no contempladas por las regulaciones existentes, por lo cual la *desregulación* o *subregulación* aparecen como otro problema evidente. Los trabajos de Picasso Uvalle sobre la denuncia previa para el aborto por violación, la investigación sobre los derechos de las personas con discapacidad de Acevedo Guerrero y el capítulo de Ariza Navarrete y Bohórquez Monsalve sobre los derechos de niñas y adolescentes ejemplifican las consecuencias de la regulación restrictiva o no específica sobre situaciones particulares. Varios otros trabajos del libro muestran también las consecuencias de la desregulación de instituciones como la objeción de conciencia, las políticas de registro de los abortos legales o la falta de autorización específica para el uso de drogas como el misoprostol o la mifepristona. Finalmente, el trabajo de Guzmán y González Vélez también contempla los costos de la contracara de la subespecificación reglamentaria mediante ejemplos de *polución normativa* emergente de regulaciones con contenidos superpuestos o contradicciones que desorientan tanto a profesionales de la salud como a las mujeres.

Si bien algunas de las restricciones citadas son inherentes al funcionamiento del derecho en cualquier ámbito regulatorio, en este caso se convierten en obstáculos que hacen inviable el ejercicio del derecho a abortar. Los propios tribunales han reconocido la necesidad de establecer regulaciones en los procedimientos como condición de acceso a los

siglo veintiuno editores

abortos considerados legales. Así, las cortes de la Argentina y Colombia han hecho múltiples exhortaciones a regular, pero esas exhortaciones siguen sin cumplirse; varias provincias argentinas carecen de normas sobre el tema, o en el caso colombiano, la judicialización de una primera regulación dejó en un limbo jurídico la reglamentación nacional de la sentencia de 2006 por más de una década. El incumplimiento de las sentencias de las altas cortes en este plano refleja también algunos rasgos específicos de la legalidad constitucional latinoamericana que refuerzan de forma contextual el argumento de la inviabilidad. Lo mismo sucede con la falta de especificación o los vacíos regulatorios, en los que se exhibe la ausencia de compromiso de los responsables de la gestión de las políticas públicas para garantizar prestaciones cuya regulación es condición clave para el acceso al aborto legal. A veces, también, los tribunales contribuyen con su silencio a profundizar los vacíos regulatorios. Un ejemplo de este silencio se observa en el caso de la Corte argentina, en que la ausencia total de referencias a la situación de la adolescente cuyo aborto estaba en cuestión en la descripción de los hechos del caso fue reveladora de la falta de sensibilidad a las condiciones de su entorno y las experiencias de las personas de su edad. En igual sentido, en el caso de la Corte Constitucional colombiana, el trabajo de Picasso Uvalle nos muestra cómo el tribunal no consideró los problemas concretos de exigir previamente la denuncia por violación para la provisión del aborto por la causal de violencia sexual.

siglo veintiuno editores

DÉFICITS DE INFORMACIÓN

Los límites en la disponibilidad y el acceso a información oficial, certera y adecuada sobre aborto legal se expresan de diversas formas. Alcanzan al menos tres variedades de información: la *información sobre los abortos legales requeridos o realizados en el sistema de salud*; la *información sobre las normas jurídicas* vigentes, válidas y aplicables; y la *información técnica* para el sistema de salud y sus operadores.

Según surge de los trabajos que son parte de este libro, los países que han abrazado un sistema de causales no producen información oficial, sistemática, completa, pública y accesible sobre los abortos legales realizados en el sistema de salud. Además de utilizar criterios obsoletos para el registro de abortos legales, los pocos datos que produce el Estado son fragmentarios y/o no circulan con transparencia y accesibilidad.

Esta deficiente producción de datos sobre interrupciones legales del embarazo sugiere, entre otras cuestiones, una pobre planificación previa y un modelo imperfecto de gestión de las funciones de rectoría y de

provisión de servicios de aborto. En la medida en que las cifras disponibles no brindan información certera sobre la demanda potencial, real y efectiva de los abortos legales, es difícil imaginar la calidad de la gestión de los insumos y los recursos humanos necesarios, los criterios para desplegar esfuerzos adecuados para enfrentar barreras y obstrucciones en la prestación de servicios –como los resultantes de ejercicios espurios de la objeción de conciencia–, y la puesta en marcha de mecanismos de monitoreo de los estándares de calidad. Esta precaria disponibilidad de datos oficiales sobre los abortos legales probablemente aliente también los abusos y distorsiones del ejercicio de un supuesto derecho a la objeción de conciencia y la subsiguiente sobrecarga de esfuerzos por provisión de abortos en ciertos prestadores del sistema de salud que cumplen con sus deberes. Es posible también que estas falencias de registro tornen invisibles las grandes desigualdades e injusticias que caracterizan las condiciones de acceso al aborto legal a escala subnacional y entre los subsistemas público y privado de salud de cada país.

Al mismo tiempo, otros déficits de información se derivan del desconocimiento del derecho y de aspectos técnicos del servicio por parte de prestadores y mujeres. En su decisión en "F., A. L.", la Corte argentina fue clara al explicitar que en torno al aborto imperaba "un importante grado de desinformación" e incertidumbre, y que era necesario esclarecer la "confusión reinante" respecto de la regulación vigente. El fallo, en diversas secciones, alude a déficits de información respecto de distintos sujetos: la sociedad en general, las mujeres, los profesionales de la salud y los operadores del derecho. Si bien no sería absurdo pensar que el conocimiento social, técnico e individual de las regulaciones vigentes sobre el aborto ha aumentado de forma significativa en América Latina, no hay evidencia empírica sistemática sobre cómo tal conocimiento se ha extendido y ha sido apropiado desde la perspectiva de los distintos sujetos mencionados y a través de todo el territorio de los diversos países. Por lo pronto, en la Argentina, sabemos que, como sus pares de la región, el Ministerio de Salud de la Nación no ha desarrollado campañas masivas de información para combatir la confusión reinante y numerosos ministerios de salud provinciales permanecen en silencio respecto del tema. Y más allá de la Argentina, esta situación también parece ser predominante.

siglo veintiuno editores

DÉFICITS DE DESJUDICIALIZACIÓN

Los trabajos de este libro evidencian asimismo la inviabilidad del modelo de causales por la dificultad que enfrentan los países latinoamericanos para implementarlo sin la intervención de los poderes judiciales de la re-

gión. Varios de los tribunales de América Latina que resolvieron casos de aborto por causales se pronunciaron ya sobre la improcedencia de la demanda de autorización judicial para realizarlos. También los protocolos sanitarios sancionados en varios países han insistido en la pertinencia de la desjudicialización del acceso a los abortos legales. Sin embargo, antes y después de los pronunciamientos judiciales y las regulaciones administrativas, distintos actores han continuado recurriendo a los tribunales, sea para impedir o criminalizar abortos supuestamente ilegales, sea para buscar el acceso a estos. La persistencia de esta judicialización refuerza la evidencia de los límites del modelo de indicaciones y su inviabilidad en el contexto de confrontaciones en el campo jurídico imperante en nuestra región.

En primer lugar, los casos que surgían a raíz de la demanda de la autorización judicial no han desaparecido por completo: algunos actores del sistema de salud continúan desobedeciendo el mandato de desjudicialización, y en consecuencia siguen vulnerando los derechos de las mujeres. Esto lo evidencian, además, los litigios estudiados por Ariza y Bohórquez Monsalve o Cartabia Groba y Hopp, promovidos por mujeres, niñas y adolescentes –o sus representantes– para acceder a los abortos legales, o los casos de mujeres con discapacidad, según estudia Acevedo Guerrero.

La revisión de los litigios sobre aborto planteados en la Argentina luego de la decisión de la Corte Suprema en "F., A. L." o en Colombia desde 2006 muestra que los tribunales siguen siendo un sitio de disputa política de actores a favor y en contra de la liberalización, también para otro tipo de litigios sobre aborto legal. Entre los casos planteados desde la perspectiva de quienes buscan desmantelar restricciones cuentan:

a) casos estratégicos de implementación institucional para promover reformas en la gestión de las políticas de aborto legal;
b) casos que discuten la constitucionalidad de las regulaciones sanitarias y puntos específicos de su contenido que se interpretan como más restrictivos que los estándares promovidos por las cortes o las guías procedimentales;
c) casos de responsabilidad civil, penal, administrativa y de disciplina de profesionales de la salud, mujeres e incluso magistrados; y
d) litigios por pedido de informes y acceso a la información (Gruebers y Gherardi, 2015).

Un segundo grupo de litigios ha sido llevado a los tribunales por grupos que buscan ampliar las restricciones vigentes en casos estratégicos que

siglo veintiuno editores

a) cuestionan la constitucionalidad de los protocolos;
b) denuncian penalmente a mujeres por supuestos abortos ilegales;
c) denuncian la responsabilidad de funcionarios públicos por la realización de abortos legales;
d) solicitan informes;
e) buscan restringir la implementación de los abortos legales, o
f) pretenden defender la objeción de conciencia de los profesionales de la salud.

La judicialización recurrente en torno al modelo de causales en la región es otro indicio de su incapacidad de mantenerse fuera de los estrados judiciales que abona el argumento de la inviabilidad.

siglo veintiuno editores

LA INVIABILIDAD COMO ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Estas breves líneas han esbozado dos dimensiones del argumento de la inviabilidad que podrían contribuir a la declaración de inconstitucionalidad del modelo de indicaciones de aborto en el marco de los sistemas jurídicos domésticos de las naciones que llevan más de una década ejercitando de forma fallida su puesta en acción. Los límites estructurales emergentes de la dificultad de erradicar la amenaza potencial de denuncia de conductas supuestamente ilegales, así como los desafíos de contener el abuso de la autoridad médica o la mera desigualdad de poder que atraviesa los vínculos médico-paciente, representan un primer conjunto de razones para tomarse en serio la inviabilidad de un modelo de causales de aborto fundado en los derechos de las mujeres. A esta dimensión más genérica se suma el contexto político, social, institucional y sanitario que genera, junto con muchos otros, los déficits más específicos que se han observado en distintos países de la región latinoamericana a la hora de implementar un sistema de causales de aborto. En esos contextos en que se resiste la aplicación de la ley, se obstruye o se evade el compromiso jurídico-político, y a veces todo a la vez, se observan déficits más contingentes que, entre otros, incluyen la vulneración de deberes básicos como la gestión de condiciones regulatorias razonables, la provisión de información de diverso tipo y la imposibilidad de desmantelar las barreras o las prácticas de judicialización que, o bien buscan limitar el acceso al aborto, o bien fuerzan a que se

inmiscuya a los tribunales ante el fracaso del compromiso estatal en el respeto de los derechos de las mujeres.

Así, resulta imposible honrar la protección de los derechos de las mujeres a la vida, la salud, la integridad física y sexual, la autonomía y la igualdad en que suelen fundarse los regímenes de indicaciones. Las dificultades de implementación listadas aquí –y otras que por razones de espacio no hemos podido considerar– justifican entonces la caracterización del régimen de causales como inviable desde un punto de vista constitucional. Dado el carácter sistemático de esta inviabilidad en América Latina es posible argumentar también que se trata de una estrategia regulatoria incompatible con los deberes asumidos por los Estados ante la comunidad internacional, en documentos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Convención de Belém do Pará. En estas y otras normas internacionales, la protección de los derechos de las mujeres, considerados para fundar un modelo de causales de aborto, es vulnerada cada vez que, en la práctica, las mujeres no pueden acceder a los abortos legales a que tienen derecho.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Erdman, J. N. (2016), "El giro procesal. El aborto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en R. J. Cook, J. N. Erdman y B. M. Dickens, *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, FCE.

Gruebers, C. y N. Gherardi (2015), "El aborto legal en la Argentina. La justicia después de la sentencia de la Corte en el caso 'F., A. L.'", *Documentos Redaas*.

Jaramillo Sierra, I. C. y T. Alfonso Sierra (2008), *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre.

Laurenzo Copello, P. (2008), "Otra vez el aborto. El inevitable camino hacia un sistema de plazos", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 3: 235-247.

6. El uso estratégico de las causales para ampliar el acceso al aborto legal en América Latina

El desarrollo de la causal violencia

Sabrina Cartabia Groba
Cecilia Marcela Hopp

El reclamo por la modificación de las regulaciones del aborto en América Latina, así como las reivindicaciones por su implementación y el acceso a las causales de permisión ya existentes, ha tenido una fuerza creciente en la región a partir de la última década. El presente capítulo se propone contribuir a esa agenda a través de la exploración de estrategias legales argumentales que posibiliten la expansión del uso de causales como un paso hacia nuevos estadios en la liberalización del aborto. Sostenemos que, a partir de las causales de no punibilidad existentes, es posible realizar una interpretación amplia que incluya a las mujeres que sufren diversas manifestaciones de violencia basada en el género dentro de las indicaciones contenidas en el Código Penal argentino (CPA). Con este objetivo analizaremos el desarrollo normativo argentino y del derecho internacional de los derechos humanos relevante para promover una concepción más abarcadora de las causales. Pensamos que la redefinición de la causal violencia es la puerta de entrada que permitirá un mayor acceso a la interrupción legal del embarazo (ILE) en América Latina.

Nos proponemos demostrar la vinculación entre la lucha por una vida libre de violencia y el respeto a la libertad reproductiva. Abordaremos el acceso a la ILE a partir de la normativa nacional (leyes 26 485, 25 929, 25 673 y sus decretos reglamentarios y el art. 86 del CPA) que establece la legalidad del aborto en ciertos casos e integra los estándares contenidos en sentencias nacionales e internacionales relacionadas con la temática. Sostenemos que el acceso al aborto es una condición indispensable para lograr una vida libre de violencias.

siglo veintiuno editores

LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN LA ARGENTINA

La legislación latinoamericana mantiene un enfoque penal para regular el aborto.[1] En la Argentina, el art. 85 del CPA establece la penalización del aborto como regla general mientras que el art. 86 prevé una serie de excepciones para evitar un peligro para la salud o la vida de la mujer y otras salvedades para cuando el embarazo es producto de violencia sexual.

Las causales previstas en el texto del CPA se encuentran vigentes desde 1921, pero permanecieron sin implementación hasta poco tiempo atrás. Se podría decir que hasta hace unos años existía en el país una norma informal que establecía una prohibición total del aborto (Bergallo, 2016b), como consecuencia de la cual las mujeres no acudían al sistema de salud para demandar la interrupción de sus embarazos en las circunstancias de las causales y la práctica de la ILE no estaba disponible. Aquella norma informal comenzó a desestabilizarse a mediados de la primera década del milenio cuando se conocieron casos de mujeres y niñas que requerían interrupciones legales de sus embarazos que se judicializaban debido a las incertidumbres sobre los alcances de los permisos y a obstáculos burocráticos en los hospitales. Estos pedidos fueron articulados a través de organizaciones sociales y de mujeres, entre las que resalta la Campaña por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, conformada por un conjunto de agrupaciones nucleadas desde 2005 en torno a dos ejes: la legalización del aborto a demanda y la implementación de la ley vigente que regula la ILE en el art. 86 del CPA.

Así, por ejemplo, en 2006 una joven con discapacidad de la Provincia de Buenos Aires solicitó una ILE por violación. Diferentes instancias del poder judicial obstaculizaron su acceso, lo que generó que el caso llegara a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia. En su decisión en el caso "L. M. R.", ese tribunal ratificó la legalidad y obligatoriedad de la práctica del Protocolo ILE por violación, sin embargo, ningún efector del sistema público de salud quiso realizar el aborto, esgrimiendo excusas en torno a la edad gestacional (alrededor de 21 semanas). El aborto finalmente tuvo lugar en el circuito privado de salud y esto motivó que la joven, con el acompañamiento de organizaciones del movimiento de mujeres y de-

1 En 2016 los países que presentan causales para abortar en América Latina son: Costa Rica, Guatemala, Haití, México (algunos estados), Venezuela, Paraguay, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, Panamá (Bergallo, 2016a).

siglo veintiuno editores

rechos humanos, llevara el caso frente al Comité de Derechos Humanos de la ONU.

En 2011 el Estado argentino recibió un dictamen condenatorio por parte del Comité[2] que entendió que se había producido una injerencia arbitraria en la vida de la joven, además de configurarse una situación de tratos crueles, inhumanos y tortura. En este contexto, comenzaron a visibilizarse cada vez con mayor fuerza casos de sobrevivientes de violencia sexual a quienes se imponía una maternidad forzada. El interés creciente de la sociedad y los medios de comunicación, como también la condena internacional por la obstaculización en el acceso a una ILE, favorecieron que en 2012 la Corte Suprema argentina interviniera en este debate, a fin de saldar las más importantes disputas interpretativas referidas al texto del art. 86 del CPA. Asimismo, el máximo tribunal emitió un fuerte pronunciamiento referido a la obligación estatal de implementar el sistema de indicaciones y al derecho de las mujeres de acceder a la ILE sin judicialización ni barreras dilatorias o denegatorias de los servicios.

En esta dirección, la Corte Suprema argentina estableció que corresponde

> priorizar una exégesis [que esté] en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (CSJN, 2012).

Consideró que, de acuerdo con el principio de legalidad en materia penal (que prohíbe penalizar conductas que la ley no prevé como delito), el de reserva (que indica que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni podrá ser privado de lo que aquella no prohíbe), las causales de no punibilidad deben ser interpretadas de forma amplia, más aún cuando se ha reconocido que el acceso a la ILE es un derecho.

Estas consideraciones jurisprudenciales y el principio *pro persona* permiten sustentar el desarrollo de estrategias argumentales para interpretar las causales "salud", "vida" y "violación" de forma amplia, a fin de establecer un alcance mayor del sistema de indicaciones previsto en el CPA. Además, las normas referidas a la regulación del aborto deben leerse a la luz de los tratados de derechos humanos. De esta forma, es posible incluir en las causales de aborto legal ya previstas las situaciones de las

2 CCPR/C/101/D/1608/2007.

siglo veintiuno editores

mujeres que sufren violencia por parte de sus parejas, las niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual y todas las mujeres que requieran un aborto, dado que cualquier embarazo no deseado tiene la potencialidad de poner en riesgo la salud y la vida.[3]

El marco normativo referido a la ILE no surge sólo del art. 86 del CPA. Debe interpretarse en el contexto de otras normas que le otorgan sentido y exigen tener en cuenta factores estructurales de desigualdad, violencia institucional, deficiencias en la prevención de embarazos no deseados y en el cuidado de la salud sexual y reproductiva. En este sentido, también son de aplicación la Ley 26 485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) y su decreto reglamentario, que reconoce diversos tipos y modalidades de violencia; la Ley 25 929 (contra la violencia obstétrica) y su decreto reglamentario; la Ley 25 673 (de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable) y su decreto reglamentario; y la Ley Nacional de Salud Mental y su decreto reglamentario.

De este complejo de fuentes legislativas que deben leerse a luz de la Constitución y los tratados de derechos humanos, surge que la interpretación adecuada de las normas de ILE vigentes será aquella que favorezca la protección más efectiva de la persona. Por ello, la falta de acceso a abortos seguros constituye una violación a los derechos humanos de mujeres, niñas y adolescentes. La interpretación expansiva de las causales de no punibilidad –la única que protege verdaderamente a las mujeres– es una herramienta legítima y útil para garantizar derechos fundamentales.

siglo veintiuno editores

3 Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) cada día mueren aproximadamente 830 mujeres por causas prevenibles relacionadas con el embarazo y el parto. Un 99% de la mortalidad materna corresponde a los países en desarrollo. La mortalidad materna es mayor en las zonas rurales y en las comunidades más pobres. En comparación con otras mujeres, las jóvenes adolescentes corren mayor riesgo de complicaciones y muerte a consecuencia del embarazo. Muchas mujeres mueren a causa de patologías que se producen durante el embarazo y el parto o después de ellos, la mayoría aparecen durante la gestación y la mayoría son prevenibles o tratables; otras pueden estar presentes desde antes del embarazo, pero se agravan con la gestación, en especial si no se tratan como parte de la asistencia sanitaria a la mujer. Las principales complicaciones, causantes del 75% de las muertes maternas, son: las hemorragias graves (en su mayoría tras el parto); las infecciones (en general tras el parto); la hipertensión gestacional (preeclampsia y eclampsia); los problemas durante el parto; los abortos peligrosos. Datos disponibles en <www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es>.

LA CAUSAL VIOLACIÓN

La violencia en las relaciones íntimas representa una situación de gran complejidad para las mujeres. En primer lugar, la violencia de género no se limita a la agresión física. Se compone de una multiplicidad de conductas del agresor, que tienen la finalidad de ejercer poder y controlar a la víctima (Dutton, 1992: 4). Es habitual que antes de la violencia física la mujer haya atravesado, a veces sin identificarlo, una gran cantidad de violencias que producen aislamiento y dependencia económica y emocional, entre otros (Goodmark, 2012: 33-37).[4] La generación de estos lazos de dependencia es una de las razones por las cuales puede ser difícil para una mujer en situación de violencia cortar ese vínculo.

La violencia habitual genera efectos psicológicos. Tal como lo ha descripto Lenore Walker (1992: 327), muchas mujeres que sufren violencia presentan el "síndrome de la mujer maltratada", caracterizado por la indefensión aprendida.[5] Walker identificó el llamado "círculo de la violencia" que presenta una primera fase de acumulación de tensión en que la víctima intenta por todos los medios satisfacer al agresor, a fin de evitar episodios de violencia. La segunda etapa consiste en el episodio agudo de violencia, seguido de la tercera fase de arrepentimiento y una "luna de miel" en que el agresor se disculpa, se muestra afectuoso y promete no volver a agredir. Sin embargo, a este período sucede una nueva etapa de acumulación de tensión. El ciclo se repite y la víctima permanece "entrampada", debido a las promesas, el amor y el arrepentimiento demostrados luego de la explosión de violencia (Goodmark, 2012: 31-33).

En este contexto, se debe entender la situación de la mujer como un continuo de violencia (Asúa Batarrita, 2009: 105), en el cual la posibilidad de sufrir vejaciones se encuentra siempre presente. Así, la satisfacción de las demandas sexuales del agresor puede no revelar un consentimiento libre de la mujer, sino que representa una estrategia para evitar o

siglo veintiuno editores

4 La ley argentina define las violencias contra las mujeres en sentido amplio. En esta línea, el art. 5 de la Ley 26 485 enumera y establece los tipos de violencia contra las mujeres, que puede ser física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, y simbólica. También, en el art. 6 reconoce los distintos ámbitos y "modalidades" de las violencias, y refiere a la violencia doméstica, laboral, institucional, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática. Estas disposiciones coinciden y amplían las previsiones de la Convención de Belém do Pará.

5 Consistente en estados depresivos, sensación de impotencia, alteraciones en la percepción del peligro, estados de anestesia emocional, hipervigilancia, alteraciones cognitivas, síntomas evitativos, negación, minimización de la violencia, represión, entre otros (Walker, 1992).

minimizar la violencia. Las mujeres que no consiguen romper las relaciones de sometimiento son conscientes de que negarse a tener relaciones sexuales supone un acto de resistencia al poder y control ejercido por su pareja, y que esa resistencia genera mayor violencia. En este sentido, es razonable argumentar que existe una intimidación que condiciona la libertad para consentir las relaciones sexuales, por lo que, en ese contexto, las relaciones desiguales de poder deben ser caracterizadas como abusivas (MacKinnon, 1989: 331).

Por otro lado, es frecuente que el hombre que agrede físicamente a su pareja también imponga las relaciones sexuales por la fuerza (Pitch, 2003: 205-206) y que la mujer no esté en condiciones de impedirlo. Muchas veces las mujeres sometidas a estas circunstancias reconocen que no desean tener sexo durante un episodio de violencia, pero lo "toleran" para evitar que el agresor consiga su objetivo mediante el uso de mayores agresiones.

También puede ocurrir que la mujer se embarace durante un período de "luna de miel", cuando el agresor convence a su víctima sobre su intención y capacidad de abandonar la violencia, y expresa amor y arrepentimiento. Cuando se verifica el "círculo de la violencia", esta actitud del agresor constituye un engaño que tiene la finalidad de controlar a la víctima y mantenerla en la relación. Es posible que el agresor persuada a la mujer de buscar un embarazo o aproveche para causarlo, como forma de demostrar más compromiso en mantener y profundizar la relación, y sujetarla a ese vínculo si se produce el nacimiento de un hijo en común. Así, el varón consigue el "consentimiento" mediante engaños y utiliza la relación sexual como método para perpetuar su poder. Visto de esta forma, y al considerar los efectos psicológicos que genera la relación abusiva, resulta evidente que la mujer no consiente de manera genuina el proyecto en común.

En otros casos, un agresor puede también utilizar el abuso y la violencia sexual precisamente para perpetuar el sometimiento. Puede forzar el sexo para ocasionar un embarazo y así frustrar las intenciones de la mujer de llevar adelante proyectos laborales, estudios o una separación. En determinadas condiciones, el embarazo puede además agravar la dependencia de la mujer al limitar sus oportunidades en el mercado de trabajo (Frug, 2006: 240-244). Estas limitaciones y la vulnerabilidad especial de la mujer embarazada se evidencian en el hecho de que la mayoría de los países tienen legislaciones laborales específicas que prohíben el despido en el período de embarazo y posparto. La prohibición del aborto en un contexto como el descripto, somete a la mujer a permanecer en la situación de violencia y robustece el poder del agresor.

siglo veintiuno editores

Otra arista a tener en cuenta a la hora de interpretar las causales de ILE es la limitación a la libertad reproductiva que experimentan muchas mujeres. Esto no se acota sólo a la violencia sexual coital, sino que se extiende a los obstáculos o negativas que las mujeres pueden enfrentar a la hora de adoptar un método anticonceptivo. En efecto, la ley argentina considera de manera explícita la violencia contra la libertad reproductiva que consiste en la "vulneración del derecho de la mujer a decidir libre y responsablemente sobre el número de embarazos y el intervalo de los nacimientos" (art. 6.d, Ley 26 485). Esta forma de violencia puede resultar de la interferencia del personal de instituciones públicas o privadas, y de cualquier particular, como puede ser el cónyuge, concubino o conviviente (Decreto reglamentario 1011/2010, art. 6.d). En este plano, los estereotipos de género en las relaciones de pareja derivan con frecuencia en una desconfianza por parte de los varones a que las mujeres usen tecnologías para evitar embarazos mientras que, a su vez, ellos pueden negarse a usar métodos anticonceptivos como los condones o la vasectomía. Esto implica en ocasiones que las mujeres resignen la planificación de su vida reproductiva para evitar conflictos. En esos entornos, ellas no pueden decidir de forma libre las condiciones en que se desarrollan las relaciones sexuales ni disponen de métodos para evitar el embarazo.

Cuando un embarazo se da en un contexto de violencia de género como el descripto, el riesgo que supone para una mujer es evidente. El embarazo conlleva un momento de extrema vulnerabilidad y atravesarlo sufriendo violencia genera daños físicos, psíquicos y sociales que ninguna mujer debería soportar.

siglo veintiuno editores

LA CAUSAL VIOLENCIA EN RELACIÓN CON LA SALUD

Las mujeres que sufren violencia de género también tienen derecho a acceder a la ILE invocando la causal salud. La violencia de género representa un peligro para el bienestar físico y psíquico de la mujer y puede incluso derivar en agresiones contra su vida. Además, la violencia sufrida durante el embarazo puede provocar situaciones que pongan en riesgo la salud y el bienestar del feto (OMS, 2013: 23).

En efecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) asocia la exposición a violencia íntima con mayores riesgos de contraer VIH y otras enfermedades de transmisión sexual, nacimientos de niños con bajo peso, partos prematuros, problemas de crecimiento fetal, aborto, muer-

te fetal y hemorragias intrauterinas (OMS, 2013: 21-22). Asimismo, la violencia crónica aumenta la probabilidad de alcoholismo y abuso de drogas, ansiedad, depresión y suicidio de la víctima. La mujer sometida a violencia padece también lesiones, sufre el aumento del riesgo de complicaciones gastrointestinales, problemas neurológicos, deficiencias nutricionales, dolores crónicos, discapacidad, síndrome de estrés postraumático, hipertensión, cáncer y enfermedades cardiovasculares (OMS, 2013: 21-22).

Cuando una mujer que padece violencia por parte de su pareja acude al sistema de salud porque desea interrumpir su embarazo, su situación puede encuadrarse en un caso de ILE contemplado en el inc. 1 del art. 86 del CPA. Una interpretación que no acepte el peligro para su salud puede ser además un obstáculo para la intervención en su situación de violencia. Una respuesta negativa tiene la potencia de devolver a la mujer a su contexto de riesgo, mientras que la atención oportuna podría evitar que el vínculo con el agresor se solidificara. Una escucha que plantee alternativas a una mujer en esta situación ofrece una oportunidad para reconstruir su autonomía y fortalecerla a fin de que pueda romper el vínculo violento.

Las posibilidades reales de salir de una relación agresiva dependen de una multiplicidad de factores estructurales de carácter social, económico y cultural. Además de los efectos psicológicos de la violencia que pueden debilitar a una mujer y dificultar su oportunidad de pedir y obtener ayuda o ser consciente de las alternativas a su alcance, existen factores que pueden facilitar u obstaculizar sus intentos de supervivencia. En este sentido, deben considerarse las respuestas institucionales a la violencia, la salud de la mujer, su capacidad económica, el contexto social, las fortalezas individuales de la víctima, factores de estrés adicionales, entre otros (Dutton, 1992: 10). Además, los efectos del embarazo en el cuerpo de la mujer pueden dificultar su disposición para salir de la relación y representar un importante factor de estrés, en especial si se trata de un embarazo no deseado.

Por otra parte, el rechazo del sistema de salud a una solicitud de ILE basada en la situación de violencia representa una falta de respuesta institucional que frustra a la mujer en su intento de evitar que su situación empeore. Al mismo tiempo, el contexto social y cultural que enfrenta una mujer embarazada que pretende separarse de su pareja también puede ser muy poco favorable, a la vez que las necesidades económicas se incrementan con el embarazo y el nacimiento de un hijo y las posibilidades de satisfacerlas que tiene la mujer disminuyen en entornos discriminatorios como los que suelen caracterizar el mer-

siglo veintiuno editores

cado de trabajo o las políticas sociales para las mujeres de sectores más desprotegidos.

En la práctica, es frecuente, además, que las normas que regulan las responsabilidades parentales exijan la vinculación severa y definitiva de los progenitores de un niño o niña. A partir del nacimiento de un hijo la mujer se suele ver obligada a debatir, negociar y acordar gran parte de las decisiones importantes de su vida con el agresor, tales como el lugar de residencia, vacaciones, derechos de visita, o manutención, por citar algunos ejemplos. Así, cuando se niega una situación que habilita la ILE en estos casos, se obliga a la mujer a tener un hijo con su agresor, y el Estado refuerza de esta manera los vínculos de sometimiento, en lugar de brindar asistencia a la mujer para conseguir una vida libre de violencia.

Por otro lado, el embarazo puede generar en el agresor un mayor sentimiento de posesión respecto de la mujer, debido a que ella lleva a "su hijo". Es por este motivo que la violencia puede dispararse o recrudecer durante el embarazo, debido a que el hombre puede querer reforzar su control sobre la mujer. Asimismo, cabe la posibilidad de que existan desacuerdos dentro de la pareja acerca del deseo de continuar el embarazo, lo que también suele generar un escalamiento de las agresiones (Bancroft y otros, 2012: 326).

En este sentido, en entornos como los descriptos, la maternidad deviene un fuerte factor de vulnerabilidad ante el poder patriarcal, cuando la sociedad y los varones mantienen a los niños como rehenes. En ese punto, la violencia es usada para reforzar las limitaciones que experimentan las mujeres en los roles familiares. En muchos casos, la violencia comienza o se intensifica cuando las mujeres están embarazadas. Asimismo, en casos de divorcios o separaciones conflictivas, los varones pueden utilizar a los hijos, en especial su tenencia, como prenda de cambio para ganar concesiones por parte de sus exparejas, por ejemplo para pagar menos alimentos, lograr reparticiones injustas sobre la propiedad conyugal o acuerdos de visitas más beneficiosos para ellos. Incluso de forma deliberada pueden aferrarse a los niños para evitar que sus parejas los abandonen (Roberts, 2017).

siglo veintiuno editores

LA CAUSAL VIDA EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA Y LA SALUD

La interpretación amplia de la causal vida para garantizar la ILE a las mujeres que sufren violencia es otro elemento importante en este análisis, que más allá de la situación argentina deviene también clave, pues en la

legislación de varios países de la región es la única causal de ILE prevista en las normas.

La violencia en las relaciones de pareja puede culminar en la muerte de la mujer. La creciente cifra de femicidios en la Argentina[6] y las circunstancias en que ocurren las muertes, dan cuenta de este peligro. En gran cantidad de los casos en que un hombre ha asesinado a su pareja, se han verificado hechos previos de violencia,[7] por lo que facilitar la separación de la mujer de su agresor, y evitar que permanezca vinculada a él durante toda su vida por el nacimiento de un hijo gestado en un entorno de agresión puede ser una medida necesaria para proteger su vida y terminar con el riesgo que impone un vínculo violento.[8] Por ello, es razonable sostener que, dada la alta tasa de femicidios[9] y la deficiente intervención estatal para proteger a las mujeres de la violencia en las relaciones íntimas, la ILE que se demanda en ese contexto debe ser reconocida como un derecho necesario para preservar la vida de las mujeres.

siglo veintiuno editores

6 La carencia de datos específicos en la Argentina fue un reclamo durante años. Desde 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Oficina de la Mujer, compila la información sobre causas judiciales por femicidio. De allí surge que durante 2015 se registraron 235 femicidios (véase "Datos estadísticos del Poder Judicial sobre: femicidios 2015", disponible en <www.csjn.gov.ar>). Las cifras correspondientes a 2016 no se encuentran disponibles al 7 de mayo de 2017, pero la información periodística indica que hubo 327 casos, lo que arroja la estadística de un femicidio cada 30 horas (véase "En la Argentina hubo 327 muertes vinculadas a femicidios en 2016", *La Voz*, 7 de marzo de 2017, disponible en <www.lavoz.com.ar>). Por su parte, la organización de la sociedad civil La Casa del Encuentro llevó a cabo el registro de los femicidios en la Argentina entre 2008 y 2015, y contó 208 casos en 2008, 231 en 2009, 260 en 2010, 282 en 2011, 255 en 2012, 295 en 2013, 277 en 2014 y 286 en 2015 (datos disponibles en <www.lacasadelencuentro.org>). Durante 2017 se observa una escalada en la cifra de femicidios que permite prever que el número de casos será mayor que en los años anteriores.

7 El informe sobre femicidios correspondiente a 2015, y publicado por la CSJN argentina, señala: "Al menos el 20% de las víctimas había denunciado previamente por violencia de género al imputado. En el 27% se certifica que no existieron denuncias previas. Mientras que en el 53% no fue posible constatar este dato".

8 Según el mismo informe de 2015, el 58% de los femicidios fue cometido por la pareja o expareja de la víctima.

9 La falta de estadísticas oficiales sobre violencia contra las mujeres y, en particular, sobre femicidios, no es exclusiva de la Argentina. Sin embargo, se pueden encontrar estimaciones sobre varios países de la región que dan cuenta de un fenómeno preocupante, véase Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, "Muerte de mujeres ocasionada por su pareja o expareja íntima", disponible en <oig.cepal.org>.

Asimismo, se debe recordar el rasgo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. No es posible abordar el derecho a la vida desvinculado del derecho a la salud y a la vida digna. La indivisibilidad de los derechos humanos implica que no puede prescindirse de ninguno de ellos y que ningún derecho puede disfrutarse a costa de otro. Supone también la imposibilidad de que se den contradicciones entre los derechos humanos y la estrecha relación entre derechos individuales y derechos sociales. Por lo tanto, todos los argumentos aportados para la correcta implementación de la causal salud son relevantes para dar una extensión adecuada a la causal vida.

Las estadísticas en la región indican que la probabilidad de morir por causas relacionadas al parto o embarazo es considerable. Según la Organización Panamericana de la Salud (OPS) una de cada cinco muertes maternas en América Latina es consecuencia de hemorragias obstétricas durante o inmediatamente después del parto (OPS, 2015). Cada día fallecen en América Latina alrededor de dieciséis mujeres por causas relacionadas con el embarazo o el parto. Las hemorragias son uno de los principales motivos y se estima que el 8,2% de las mujeres que dan a luz en la región sufrirá una hemorragia posparto grave que requerirá una transfusión (OPS, 2015). El escaso desarrollo y cobertura de los sistemas de salud, sumado a la violencia obstétrica presente en ellos, generan que siempre ante un embarazo exista el riesgo o posibilidad de morir. Esto implica que la maternidad no puede ser impuesta a las mujeres, en especial teniendo en cuenta que el aborto temprano y realizado en condiciones adecuadas representa un riesgo muchísimo menor que el embarazo cuando los sistemas de salud no pueden otorgar medios apropiados de cuidado y atención para la gestación y el parto. Por ello, estas estadísticas permiten concluir que las condiciones estructurales de vulnerabilidad y los factores de riesgo del entorno en que muchas mujeres de la región enfrentan sus embarazos justifican una interpretación amplia de la causal vida. Esta interpretación debería habilitar la ILE ante los riesgos para la vida que pueden surgir de sistemas de salud que no están en condiciones de garantizar los derechos de las mujeres durante el embarazo y el parto.

Por otro lado, el alcance y significado del derecho a la vida ha tenido una interesante evolución jurídica y política en América Latina. En forma progresiva, su contenido se ha complejizado al exigir más que la mera supervivencia biológica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha interpretado el derecho a la vida digna como forma de promover un entendimiento integral de los derechos humanos. Así, el derecho a la vida no sólo presupone que nadie puede ser

siglo veintiuno editores

privado de su vida en forma arbitraria, sino que requiere que el Estado tome todas las medidas necesarias para proteger y preservar la vida de las personas.[10]

En este sentido, el tribunal interamericano ha entendido que

> El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.[11]

Este argumento referido a las condiciones de vida digna formulado por la Corte en el caso "Villagrán Morales" adquiere además una relevancia especial cuando lo analizamos en relación con las niñas y adolescentes que se ven forzadas a la maternidad en América Latina.

En primer lugar, los riesgos asociados al embarazo aumentan de manera significativa en razón del embarazo a una edad temprana. Según Conde Agudelo y otros (2005), las embarazadas de edades muy precoces presentan hasta cuatro veces más posibilidad de muerte en el embarazo comparado con el grupo de referencia (edades de entre 20 y 24 años). Respecto de este grupo, expresado en puntos porcentuales, las adolescentes muestran una mayor posibilidad de tener un niño de peso bajo (1,62), de un nacimiento prematuro (1,66), de mortalidad de su hijo (1,5), de padecer eclampsia (1,61), anemia (1,41), hemorragia posparto (1,59) e infección endometrial (3,81) (Conde Agudelo y otros, 2005).

Por otra parte, los embarazos en adolescentes pueden poner en riesgo sus derechos a la salud, la educación y el potencial de las niñas al privarlas de oportunidades futuras, debido a las imposiciones sociales vinculadas con la maternidad. Según la Comisión Económica para América

10 Corte IDH, "'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala", 19/11/1999.
11 Ibíd., párr. 144.

siglo veintiuno editores

Latina (Cepal) estos son algunos de los problemas que genera el embarazo adolescente en la vida de las gestantes (Unicef, 2007):

- obstáculos para la formación escolar y laboral. Se detectan dificultades objetivas para compatibilizar el embarazo y la crianza con la educación y la inserción laboral;
- complejidades derivadas de encarar el proceso de formación de los hijos en una etapa de la vida en que las personas aún están forjando su propia identidad, y en que la misma sociedad les asigna papeles diferentes a los parentales;
- la fecundidad es mucho más frecuente entre adolescentes pobres y es considerado uno de los factores que intervienen en la reproducción intergeneracional de la pobreza;
- las madres adolescentes tienen mayor probabilidad de ser madres solteras y enfrentan la ausencia e irresponsabilidad de los padres;
- los altos índices de fecundidad no deseada sugieren que los adolescentes ven imposibilitado el ejercicio de sus derechos sexuales y (no)reproductivos.

El embarazo precoz genera mayor vulnerabilidad y frustración de derechos básicos. Al impedir a las niñas y adolescentes abortar en condiciones seguras, los estados atentan contra su derecho a la vida comprendido en términos integrales, pues se exacerba el riesgo socioeconómico de estas niñas de forma tal que se las predispone a malas condiciones de vida.

Según el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los estados están obligados a "adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación". El acceso a la ILE es una medida clave para proteger estos derechos fundamentales de las niñas.

En América Latina y el Caribe la tasa de embarazo adolescente asciende a 76/1000 (Unfpa, 2016: 31). A su vez la tasa de fecundidad de las que residen en el 20% de los hogares más pobres es casi tres veces superior a la de las adolescentes del 20% de los hogares más ricos (Unfpa, 2017: 11). Es probable que un gran número de los embarazos detrás de estas cifras se hayan dado en circunstancias que habrían habilitado la ILE allí donde existen modelos de indicaciones que, como en la Argentina, permiten el aborto bajo ciertas causales. Sin embargo, el acceso a la ILE, aun en las circunstancias en que está permitido, conti-

siglo veintiuno editores

núa siendo escaso o nulo tal como lo registran diversas investigaciones a través del continente, según señala un informe presentado por diversas organizaciones de la sociedad civil.[12] Esta prohibición total *de facto* es sistemática y ataca la posibilidad de desarrollo de las niñas y adolescentes, y las encadena de manera permanente a condiciones de vida desfavorables. En este aspecto, el informe presentado por la sociedad civil en el 165º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en octubre de 2017 es una pieza central.

En este sentido, la Corte IDH en el caso "Villagrán Morales" ha afirmado:

> Los estados no evitan que [los niños] sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.[13]

Todas estas consideraciones, vinculadas con el riesgo de muerte que supone la permanencia de una mujer en una relación violenta, como también respecto del detrimento definitivo de las perspectivas de conseguir una vida digna luego de padecer un embarazo causado en un contexto de violencia y vulneración de derechos fundamentales, justifican la autorización de la ILE, por representar el embarazo un peligro para la vida de la mujer.

siglo veintuno editores

LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL

En conexión con las definiciones sobre el derecho a la salud y la vida digna como conceptos que permiten exigir el derecho a la ILE cuando una mujer es víctima de violencia de género, es posible afirmar el mis-

12 Amnistía Internacional, Católicas por el Derecho a Decidir, ELA y CELS, "El derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres en Argentina", CIDH, 168º Período de Sesiones, Santo Domingo, 9 de mayo de 2018, disponible en <amnistia.org.ar>.

13 Corte IDH, "'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros c. Guatemala", cit., párr. 191.

mo derecho en casos en que la violencia sufrida por la mujer resulta de estructuras institucionales que no garantizan sus derechos. La lectura conjunta del art. 86 del CPA, las leyes sobre salud sexual y reproductiva y la ley de protección integral contra la violencia hacia las mujeres invita a expandir aún más la interpretación del alcance de las causales de ILE.

En este sentido, las barreras para ejercer la libertad reproductiva pueden ser institucionales y presentarse de diversas maneras. La ley argentina reconoce de forma expresa la violencia institucional como una de las modalidades de violencia contra las mujeres. Se trata de las conductas

> realizadas por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley (art. 6.b, Ley 26 485).

En particular, se describe la violencia contra la libertad reproductiva como "aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos". El decreto reglamentario de la Ley 26 485 especifica que pueden ejercer violencia contra la libertad reproductiva: el "personal de instituciones públicas o privadas de atención de la salud, o de cualquier particular como cónyuges, concubinos, convivientes, padres, otros parientes o empleadores/as, entre otros".

Nuestra región presenta enormes deficiencias en el ámbito del acceso a la información y a la educación sexual integral (Cladem, 2010: 40). En la Argentina existe desde 2006 la Ley 26 150 que instaura el Programa de Educación Sexual Integral. Sin embargo, la implementación de este programa ha enfrentado obstáculos y sus potencialidades se desdibujaron (Cladem, 2010: 18). Esto implica que, con frecuencia, las mujeres, niñas y adolescentes no tienen conocimiento sobre métodos anticonceptivos, cómo usarlos y conseguirlos; pero fundamentalmente esto representa una enorme pérdida en la lucha contra las violencias. La educación sexual es el ámbito propicio para promover la responsabilidad compartida entre varones y mujeres para evitar embarazos no deseados o producto de la violencia, además de ser el espacio en el cual se debe reflexionar sobre la relevancia del respeto hacia las diferencias sexo-genéricas y combatir los estereotipos de género. La falta de desarrollo de estas políticas públicas constituye violencia contra la mujer, pues el Estado debe implementar todas las herramientas que estén a su alcance para reducir la

siglo veintiuno editores

violencia de género. Sin embargo, la implementación de la ley resulta escasa e insuficiente.

En segundo lugar, muchas mujeres no cuentan con los medios económicos para poder sustentar el acceso a los métodos anticonceptivos y aun en los casos en que el Estado los provee de forma gratuita, pueden enfrentarse a faltantes momentáneos o barreras administrativas que las dejan sin cobertura, tal como señala el Informe de la Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF, por sus siglas en inglés) *Barómetro latinoamericano sobre el acceso a métodos anticonceptivos modernos* de 2016. Por otra parte, es frecuente que, aun estando disponibles en los servicios de salud, sean los profesionales quienes se rehúsen a facilitarlos, lo cual a menudo se encuentra relacionado a posturas conservadoras contrarias a los derechos sexuales y (no)reproductivos que se imponen a las mujeres, lo que les niega así el acceso a sus derechos. También puede influir en la denegación de derechos la confluencia de otros estereotipos negativos, tales como el capacitismo, que considera que las mujeres con discapacidad no pueden tomar decisiones reproductivas con autonomía, por lo que se habilitan una serie de barreras que impiden el acceso a información, insumos y prácticas médicas.

Otro estereotipo típico en la operación del sistema de salud se centra en la discriminación hacia las niñas y adolescentes, a las que se les niega acceso a la salud sexual y (no)reproductiva, por ejemplo, a los métodos anticonceptivos. Los argumentos evidencian una visión errada de los derechos derivados de las responsabilidades parentales, sin observar que esta última debe ejercerse en beneficio de ellas y que jamás puede oponerse como un obstáculo a sus derechos. Las niñas y adolescentes constituyen una población especialmente expuesta a las vulneraciones de sus derechos, a pesar de que cuentan con los mismos derechos humanos que las personas adultas, más un plus de protección brindado por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Existe una concepción latente de las niñas y adolescentes como sujetos "incapaces" que deviene en obstáculos que burocratizan decisiones y limitan sus posibilidades de autodeterminación, alejándolas de esta manera del acceso a derechos fundamentales de los que gozan las personas mayores de edad (Cartabia Groba, 2016).

De esta forma, determinadas poblaciones sufren la privación de su derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud. Así, se vulnera el principio del interés superior del niño que debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, lo que incluye indefectiblemente el acceso a los servicios y prácticas de salud sexual y (no)reproductiva.

siglo veintiuno editores

En este análisis es importante destacar también que a menudo los servicios de ginecología y obstetricia –que deben actuar como garantes del acceso a prácticas de salud sexual y (no)reproductiva–[14] cuentan con profesionales que se amparan en la objeción de conciencia para negar el acceso a información, prácticas médicas y tecnologías anticonceptivas, por considerarlas contrarias a sus creencias. Todos estos elementos deben tenerse en cuenta a la hora de pensar las razones y condiciones estructurales, así como coyunturales, que empujan a las mujeres a padecer embarazos no deseados. Todas ellas son formas de violencia institucional.

En este sentido, el incumplimiento por parte del Estado de su deber de garantizar el acceso a la salud (no)reproductiva y la libertad reproductiva evidencia situaciones de discriminación que involucran el menosprecio por la libertad femenina, como también discriminación en razón de la edad y contra las mujeres que presentan alguna discapacidad. La omisión de estructurar el sistema de salud y los servicios sanitarios de forma tal que satisfagan las necesidades de las mujeres, en todas sus edades y condiciones, de manera continua, accesible y aceptable debe ser entendida como una forma de violencia hacia la mujer, tal como lo prevén la Ley 26 485 y el ordenamiento jurídico internacional.

Esa responsabilidad estatal implica, por tanto, la necesidad de mitigar los efectos que tiene sobre la mujer la deficiencia en la provisión de servicios de salud sexual y (no)reproductiva, de manera que el reconocimiento legal de la violencia institucional contra las mujeres y las fallas en el sistema de salud que resultan motivos de embarazos no deseados deben dar lugar a interpretar que también estas situaciones se encuentran incluidas en las causales de ILE previstas en el CPA.

siglo veintiuno editores

14 La Ley 25 673, que implementa el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, tiene entre sus objetivos: a) alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia; b) disminuir la morbimortalidad materno-infantil; c) prevenir embarazos no deseados; d) promover la salud sexual de los adolescentes; e) contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/sida y patologías genitales y mamarias; f) garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable.

EL ABORTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante "Convención de Belém do Pará") y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante "Cedaw", por sus siglas en inglés) forman parte del *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual es parte también la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).[15] Además de la protección que otorga el art. 5 de la CADH a la integridad personal, es preciso señalar que el art. 7 de la Convención de Belém do Pará dispone de manera explícita que los estados deben velar por que las autoridades y agentes estatales se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer.

En el ámbito de los organismos a cargo de la interpretación de las convenciones sobre derechos humanos se ha desarrollado una importante jurisprudencia que determina la violación de estos tratados por la falta de acceso a la ILE en los ordenamientos internos de los Estados parte, y se condena la ausencia de implementación (Kelly, 2016). Como señalamos antes, el Comité de Derechos Humanos estableció que no brindar acceso a un aborto a una mujer víctima de violación constituye un sufrimiento físico y moral contrario a la prohibición de dispensar tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.[16]

En 2005, el mismo Comité resolvió el caso "K. N. L. H. c. Perú" sobre una adolescente que cursaba un embarazo de un feto anencefálico con riesgo para la vida de la gestante a la que se negó el aborto y se obligó a amamantar, lo que generó secuelas psíquicas severas, acentuadas porque

siglo veintiuno editores

15 Corte IDH, "Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú", 8/7/2004, párr. 166; "Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay", 2/9/2004, párr. 172; Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, nº 118, párr. 120; y "'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala", 19/11/1999, párr. 194.

16 "El Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L. M. R. el derecho a la ILE conforme a lo previsto en el art. 86, inc. 2 del CPA cuando la familia lo solicitó, causó a L. M. R. un sufrimiento físico y moral contrario al art. 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación General nº 20 en la que señala que el derecho protegido en el art. 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral", Comité de Derechos Humanos, "L. M. R. c. Argentina", CCPR/C/101/D/1608/2007.

se trataba de una menor de edad. En su decisión, el Comité consideró que la denegación de la ILE constituía una violación del derecho de la persona a no ser víctima de tratos crueles, inhumanos y degradantes ni de torturas, además de representar una injerencia arbitraria, particularmente grave por no haber recibido del Estado la atención especial que requieren las niñas y adolescentes (violación de los arts. 2, 7, 17 y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).[17]

En 2011 el Comité Cedaw emitió su dictamen en el caso "L. C. c. Perú". En 2007, L. C., una niña de 13 años, intentó suicidarse porque atravesaba un embarazo producto de violación. Las lesiones provocadas por el intento de acabar con su vida requerían intervenciones quirúrgicas para evitar una discapacidad permanente. No obstante, a causa del embarazo se impidió el acceso a cirugías, por lo que L. C. solicitó un aborto, que fue denegado. El Comité Cedaw determinó que en este caso se violó el derecho a acceder a servicios de atención médica en condiciones de igualdad con los hombres. Por su condición de mujer embarazada, L. C. no tuvo acceso a un procedimiento eficaz que permitiese la realización de la operación de columna ni al aborto terapéutico que requería su estado de salud física y mental; situación que se agrava si se toma en cuenta que era una menor, víctima de abuso sexual y que como resultado de ello intentó suicidarse, lo cual demuestra el grado de sufrimiento mental por el que estaba pasando.

Además, el Estado de Perú no cumplió con su obligación de tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales que legitimaron la discriminación, pues la decisión de aplazar la operación estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debía prevalecer sobre la salud de L. C. Finalmente, el Comité consideró que el Estado no protegió de manera efectiva los derechos de L. C., ni adoptó las medidas adecuadas para derogar usos y prácticas que constituyen discriminación, dado que estaban ausentes regulaciones legislativas y reglamentarias de acceso a la ILE (arts. 2.c y 2.f, 3, 5 y 12 de la Cedaw, junto con el art. 1).

Por otra parte, los comités de monitoreo de tratados internacionales sobre derechos humanos de la ONU han manifestado en forma reiterada su preocupación por la denegación de acceso a servicios de aborto legal en los países de la región. En la misma línea, el Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o

17 Comunicación nº 1153/2003 (2005), párr. 6.3.

siglo veintiuno editores

degradantes, Juan E. Méndez, reconoció especialmente la importancia del acceso al aborto al afirmar que:

- la evolución de las interpretaciones que realizan los órganos internacionales y regionales de derechos humanos reconocen cada vez más que los malos tratos infligidos a mujeres, niñas y adolescentes que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género. En este punto el acceso al aborto es central;
- el Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto y las prohibiciones absolutas con respecto a este conculcan la prohibición de la tortura y los malos tratos del art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[18]

Estas consideraciones resultan importantes, pues los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, establecen que el Estado se encuentra obligado a "tomar […] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción", así como "prevenir y sancionar […] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Entonces, la falta de acceso a estos servicios de salud, tanto como a los cuidados posteriores al aborto, sin temor a sanciones penales o represalias, constituyen incumplimientos a las obligaciones asumidas ante los organismos de derechos humanos.

Desde otra perspectiva, la falta de acceso a los abortos puede ser considerada como una instancia de discriminación por razón de género. La Cedaw define en su art. 1 la discriminación contra la mujer 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.

18 Consejo de Derechos Humanos, 1/2/2013, Doc. ONU A/HRC/22/53.

siglo veintiuno editores

En este sentido, restringir la decisión de una mujer de no gestar un embarazo producido en el contexto de violencia en la pareja, implica impedir su derecho a una vida libre de violencia, debido a su capacidad reproductiva. Por el contrario, la decisión de un varón de romper una pareja o no asumir las responsabilidades que implica el cuidado parental no resulta interferida por el Estado.

En este sentido, la Convención de Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye "el derecho a ser libre de toda forma de discriminación".[19] Es así que las mujeres de América Latina se ven impedidas de ejercer su derecho a la ILE, aun cuando las leyes lo permiten. Esa falta de acceso a la práctica legal lleva a presumir que existe discriminación, pues las únicas que requieren este tipo de procedimientos médicos son las mujeres y su falta de disponibilidad en el sistema de salud las afecta de forma desproporcionada y les inflige daños o sufrimientos físicos, mentales y sociales (Undurraga, 2016).

Cabe destacar además que la Corte IDH ha considerado que

> una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación.[20]

Por lo tanto, la falta de acceso a servicios de aborto constituye violencia y discriminación contra la mujer. Existen sobrados ejemplos en la Argentina y otros países de la región que indican que los estados son conscientes de que existe un patrón de falta de acceso a los servicios de aborto y, no obstante, no se toman medidas para proteger a las mujeres de estas prácticas sistemáticas de violencia y discriminación.

La negativa a brindar la ILE no es un hecho aislado, sino que se trata de una situación estructural en América Latina, a punto tal que, en países donde se ha adoptado el modelo de causales, la conciencia jurídica preponderante es la creencia de que los abortos se encuentran completamente prohibidos. Esto evidencia y refuerza estereotipos de género que los Estados parte de la Cedaw se han comprometido a combatir y erradicar. Tales respuestas ineficientes y actitudes indiferentes han perpetuado

19 Corte IDH, "González y otras (Campo algodonero) c. México", 16/11/2009.
20 Ibíd., párr. 396.

siglo veintiuno editores

una forma de violencia en la región que permite violaciones inaceptables a los derechos humanos.

Los estereotipos se vuelven especialmente intensos durante el embarazo y generan situaciones de violencia que han justificado su conceptualización como "violencia obstétrica". En primer lugar, la maternalización de las mujeres impide –ya sea por la prohibición absoluta del aborto, como por interpretaciones restrictivas de los permisos legales existentes– decidir sobre el propio cuerpo. En este sentido la Corte IDH ha dicho que

> el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. […] 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, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades […]. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.[21]

siglo veintiuno editores

Los estados se encuentran obligados por el derecho internacional y regional de los derechos humanos a tomar todas las medidas que sean necesarias para prevenir y sancionar la violencia de género. En relación con el aborto, deben cumplir con su marco normativo sin demoras ni obstáculos. La gran mayoría de los países de la región cuentan con permisos para realizar abortos en determinadas circunstancias, pero en los hechos pesa más una costumbre jurídica y social contraria a la ley que hace que sea muy difícil interrumpir de manera legal un embarazo, a pesar del detrimento a los más básicos derechos humanos de las mujeres que la obstrucción o denegación de la ILE puede conllevar.

ESTRATEGIAS PARA EL DESARROLLO DE LA CAUSAL VIOLENCIA

A partir de lo expuesto hasta aquí, pensamos que existen sólidos argumentos para sostener que las leyes como la argentina permiten la ILE

21 Ibíd., párr. 401.

cuando la mujer se encuentra sometida a violencia por parte de su pareja. Este criterio fue reconocido recientemente por el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nº 16, a cargo de la jueza Laura Graciela Bruniard, que consideró acertada la medida de las profesionales de la salud que brindaron acceso a la ILE para una mujer que era víctima de violencia.

La decisión judicial evaluó que las profesionales médicas habían advertido la intención de no continuar el embarazo por parte de la mujer. Cuando la paciente se presentó a la consulta con su pareja, advirtieron un desacuerdo entre ambos respecto de la determinación de interrumpir la gestación. Además, notaron que el hombre era agresivo y tenía actitudes controladoras, por lo que le exigieron que se retirara del consultorio para poder evaluar la voluntad de la mujer. En esa oportunidad, las médicas le explicaron la posibilidad de realizarse el aborto con medicamentos y le entregaron las pastillas necesarias. Tiempo después, la mujer regresó a la consulta y refirió que aquello había desencadenado actos de violencia de parte de su pareja y que no había logrado tomar las píldoras, debido a que él se las había sacado y tirado. Por segunda vez, entonces, las médicas entregaron las dosis necesarias para llevar a cabo la ILE y le sugirieron que no le dijera a su compañero que se trataba de medicamentos para abortar. Finalmente, la mujer abortó y el agresor la denunció a ella y a las profesionales.

En la sentencia que dictó el sobreseimiento de las médicas y la paciente, la magistrada dio cuenta de los elementos que permitían afirmar que la mujer había sido víctima de violencia de género y consideró que su situación se encontraba abarcada por ambos incisos del art. 86 del CPA, por haber sufrido violencia sexual y porque el embarazo ponía en peligro su salud.

Este precedente es el primero en la Argentina que interpreta con perspectiva de género las indicaciones de manera tal que incluyan la violencia en la pareja como motivo habilitante de la ILE. Sus argumentos y el análisis de los hechos comprobados durante la investigación resultan adecuados desde el punto de vista jurídico e importantes para facilitar el desarrollo de la "causal violencia" más allá de la versión limitada que ciñe la violencia a la existencia de una violación definida de manera convencional.

El razonamiento de la jueza resulta especialmente relevante para la formación del personal sanitario. Si los médicos estuvieran habituados a indagar sobre la situación personal de las mujeres que llegan a la consulta y fueran capaces de reconocer la violencia dentro de las parejas, podrían generar otro tipo de impacto asistencial. Una de las características

Siglo veintiuno editores

típicas de las relaciones violentas tiene que ver con el aislamiento de la mujer y su dificultad para reconocer la violencia, desnaturalizarla y conseguir ayuda. En este contexto, el embarazo suele fomentar las consultas médicas, por lo que sería un avance que los profesionales de la salud supieran identificar las alertas que permiten sospechar que una mujer se encuentra en una relación abusiva.

Una vez identificados los indicadores, los médicos deben plantear, en un contexto de privacidad con la paciente, las opciones que se encuentran disponibles para ella. En este sentido, deberían informar los riesgos que representa para su salud y la del feto la continuidad de una situación de violencia, así como los servicios existentes para asistir a mujeres que atraviesan estas situaciones. También deberían informar acerca de la posibilidad legal de interrumpir el embarazo y obtener protección. La consulta médica durante la gestación, obligatoria para recibir la asignación universal por embarazo en la Argentina y habitual para aquellas personas que tienen acceso al sistema de salud, resulta una oportunidad fundamental para mostrar a las víctimas de violencia que existen alternativas a su sometimiento.

Por estos motivos, la argumentación jurídica necesita ser convincente para los profesionales de la salud, quienes deben transformar sus prácticas para adaptarlas al paradigma de la salud como un derecho humano. A su turno, la instalación de esta comprensión entre los profesionales médicos tiene el potencial de marcar el camino hacia una mayor ampliación interpretativa de las causales de ILE que permita incluir también los casos de violencia institucional vinculada a la desigualdad y deficiencias en los sistemas de salud y educativo. La transformación de las prácticas médicas resulta a su vez esencial para concientizar a las mujeres acerca de sus opciones ante un embarazo no deseado.

Las estrategias de argumentación jurídica basadas en los estándares de cumplimiento respecto de las convenciones sobre derechos humanos son también necesarias para poder defender a los profesionales médicos que realicen abortos bajo la causal violencia en los casos en que podrían ser denunciados, si los hubiera.

Por este motivo también sería útil planificar estrategias comunicacionales que expliciten la relación entre los derechos sexuales y (no)reproductivos y la lucha de las mujeres por una vida libre de violencia. Es en esta estrategia en que los movimientos feministas pueden aportar su fuerza, ya que las alianzas de actores que repudian la violencia de género resultan más amplias que aquellas que exigen el acceso a la ILE y la legalización del aborto.

siglo veintiuno editores

CONCLUSIONES

El incremento de la conciencia sobre la violencia y la discriminación contra las mujeres, así como el desarrollo de estándares regionales sobre derechos sexuales y reproductivos permiten dar nueva fuerza a los reclamos por la legalización del aborto. Sin embargo, la reforma de las leyes sobre aborto sigue demorándose en América Latina. Por ello, mientras no se logre el cambio legal es importante trabajar para reinterpretar los sistemas de indicaciones ya vigentes, a la luz de la nueva sensibilidad sobre la violencia contra las mujeres.

En la Argentina, donde ya existe un modelo de regulación de la ILE por causales, es plausible una interpretación que permita a la mujer que sufre violencia por parte de su pareja acceder a los servicios para terminar su embarazo. Los equipos de salud deberían recibir entrenamiento para identificar que una mujer se encuentra en esta situación y ofrecer la opción de la interrupción, si la mujer estima que es una forma de evitar que los lazos de dependencia con la pareja violenta se profundicen. Los equipos de salud también deberían brindar asistencia para fortalecer a la mujer, de manera que pueda lograr mantenerse a salvo.

Los riesgos para la salud asociados con el embarazo se incrementan de manera notable cuando la mujer está sometida a violencia. Los peligros para la salud y la vida que representa la convivencia con una pareja agresiva se potencian y perpetúan, por lo que es claro que la ley debe ofrecer una salida del círculo de la violencia.

Otra estrategia argumentativa, relacionada con la anterior, pero con fuerza independiente, tiene que ver con que debe garantizarse la ILE a mujeres que sufren embarazos no deseados debido a situaciones estructurales de violencia, discriminación y privación de derechos. Se trata de una estrategia más ambiciosa, porque plantea la ILE como una compensación por las violaciones de derechos permitidas o perpetradas por el Estado. Esta puede ser una estrategia importante para países en los que sólo se permite la ILE cuando el embarazo pone en peligro la vida de la mujer. En este sentido, las deficiencias en la educación sexual, distribución de métodos anticonceptivos, la discriminación hacia las mujeres que desean controlar su vida reproductiva y las enormes carencias en los sistemas de salud permiten afirmar que los embarazos no deseados son producto de violencia institucional contra las mujeres y que la imposición de la continuación de un embarazo profundiza la violencia y obliga a las mujeres a soportar el peligro mayor vinculado al embarazo y el parto, ante la opción menos riesgosa de la ILE.

siglo veintiuno editores

Este argumento acerca de la violencia estructural se vincula con el concepto de vida digna, desarrollado en el sistema interamericano de derechos humanos, según el cual todas las personas deben tener acceso a las oportunidades y recursos para poder elegir cómo vivir sus vidas. Por ello, la imposición de continuar embarazos no deseados, en un contexto en que no se realizan esfuerzos para permitir a las mujeres evitarlos, donde tampoco se garantiza la salud de las mujeres embarazadas ni las condiciones de seguridad de los partos, ni se combaten las desventajas asociadas con la maternidad adolescente y la pérdida de oportunidades vinculada al cuidado de los hijos, resultan hoy escenarios contrarios al derecho a la vida digna de las mujeres.

La potencialidad de unir la lucha por una vida libre de violencia y por el acceso al aborto libre es muy importante para modificar las prácticas del sistema de salud y la conciencia sobre el derecho a acceder a la ILE, lo que también podría dar nueva fuerza a los reclamos por la legalización. En definitiva, debe quedar claro que el acceso efectivo a la ILE abre puertas esenciales para visibilizar y confrontar instancias en que se refuerza y perpetúa la violencia contra las mujeres.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Asúa Batarrita, A. (2009), "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en P. Laurenzo Copello, M. L. Maqueda Abreu y A. M. Rubio Castro (coords.), *Género, violencia y derecho*, Buenos Aires, Del Puerto.

Bancroft, L., J. Silverman y D. Ritchie (2012), *The Batterer as Parent. Addresing the impact of Domestic Violence on Family Dinamics*, Los Ángeles, Sage.

Bergallo, P. (2016a), "Interpretando derechos. La otra legalización del aborto en América Latina", en L. Casas y D. Lawson, *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, Santiago de Chile, Loñ.

— (2016b), "La lucha contra las normas informales que regulaban el aborto en Argentina", en R. Cook, J. Erdman y B. Dickens (eds.), El *aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, FCE.

Cartabia Groba, S. (2016), "El derecho de las niñas y adolescentes a acceder a una interrupción legal del embarazo sin obstáculos", *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de CABA*, 4, número especial: interrupción legal del embarazo; igualdad, autonomía personal y derechos sociales, septiembre.

Cladem (2010), *Educación sexual. Sistematización sobre educación sexual en América Latina*, disponible en <www.cladem.org>.

Conde Agudelo, A., J. Belizán y C. Lammers (2005), "Maternal, Perinatal Morbidity and Mortality Associated with Adolescent Pregnancy in Latin America: Cross-Sectional Study", *Am J Obstet Gynecol.*

CSJN (2012), "F., A. L. s. medida autosatisfactiva", Fallos: 335:197.

Dutton, M. (1992), *Empowering and Healing the Battered Woman. A Model for Assessment and Intervention*, Nueva York, Springer Publishing Company.

Frug, M. (2006), "Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)", en M. García Villegas, I. C. Jaramillo Sierra y E. Restrepo Saldarriaga (coords.), *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Uniandes.

Goodmark, L. (2012), *A Troubled Marriage. Domestic Violence and the Legal System*, Nueva York, NYU Press.

International Planned Parenthood Federation (IPPF) (2016), *Barómetro latinoamericano sobre el acceso a métodos anticonceptivos modernos*, disponible en <www.ippfwhr.org>.

Kelly, L. (2016), "El tratamiento de las narrativas del sufrimiento inocente en el litigio transnacional del aborto", en R. Cook, J. Erdman y B. Dickens (eds.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, FCE.

MacKinnon, C. (1989), *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press.

Organización Mundial de la Salud (OMS) (2013), *Comprender y abordar la violencia contra la mujer.*

Organización Panamericana de la Salud (OPS) (2015), *Iniciativa de la OPS busca reducir las muertes maternas por hemorragias en las Américas*, disponible en <www.paho.org>.

Pitch, T. (2003), *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.

Roberts, D. (2017), "Maternidad y delito", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 17(1).

Undurraga, V. (2016), "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto", en R. Cook, J. Erdman y B. Dickens (eds.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, FCE.

Unfpa (2016), *Universal Access to Reproductive Health. Progress and Challenges*, disponible en <www.unfpa.org>.

— (2017), *Mundos aparte. La salud y los derechos reproductivos en tiempos de desigualdad*, disponible en <www.unfpa.org>.

Unicef (2007), *Maternidad adolescente en América Latina y el Caribe. Tendencias, problemas y desafíos*, 4, disponible en <www.unicef.org>.

Walker, L. (1992), "Battered Women Syndrome and Self-Defense", *Notre Dame Journal of Ethics and Public Policy*, 6.

siglo veintiuno editores

siglo veintiuno
editores

7. Aborto y discapacidad en Colombia
La paradoja entre la autonomía reproductiva y el modelo social de la discapacidad

Natalia Acevedo Guerrero

A fines de 2015, la epidemia del virus del Zika se hizo evidente en algunos países de América Latina y del Caribe. Brasil y Colombia fueron los países más afectados por el virus y los síntomas que trajo consigo. A diferencia de otras enfermedades transmitidas por vectores, como el Chikunguña y el Dengue, el Zika prendió las alarmas una vez que se identificó su correlación con la presencia de microcefalia en bebés nacidos de mujeres que contrajeron el virus durante el embarazo. En marzo de 2016, la Organización Panamericana de Salud (OPS) expidió una alerta epidemiológica por casos de neonatos de mujeres con el virus del Zika que sufrieron microcefalia y otro tipo de condiciones neurológicas en Brasil y la Polinesia Francesa.[1] Ante esto, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia emitió un comunicado, y manifestó:

> En consideración con la fase en la que se encuentra la epidemia [del virus del Zika] y el riesgo existente, se recomienda a todas aquellas parejas habitantes del territorio nacional no embarazarse durante esta fase, que puede ir hasta el mes de julio de 2016.[2]

Los mayores efectos del Zika tuvieron lugar entre mujeres latinoamericanas en situación precarizada, sin acceso a una adecuada atención en salud o condiciones de salubridad pública. Esto reactivó el debate sobre la legalización del aborto en América Latina y el Caribe, que se caracteriza por ser una de las regiones con leyes más restrictivas en la materia.[3] Las organizaciones de mujeres y de Naciones Unidas hicieron

siglo veintiuno editores

1 Ministerio de Salud y Protección Social, "Gestantes con Zika deben catalogarse como embarazos de alto riesgo", 6 de enero de 2016, disponible en <www.minsalud.gov.co>.
2 Íd.
3 Véase Centro de Derechos Reproductivos (CDR), Mapa de aborto en el mundo, 2016, disponible en <worldabortionlaws.com>.

un llamado para garantizar un aborto seguro para las mujeres con Zika en países como Colombia y Brasil.[4] Esta exigencia, en muchas ocasiones, se sustentó en mensajes que reproducían discursos estereotípicos y denigrantes sobre las personas con discapacidad. Muestra de esto son los titulares que hicieron énfasis en las deformidades y características de los bebés con microcefalia: "Caught Off-Guard by Zika, Brazil Struggles with Deformed Babies" [Atacado con la guardia baja por el Zika, Brasil lidia con bebés deformes].[5] Un artículo del *New York Times* expresó: "Un bebé con una cabeza encogida y deformada es seguramente una visión desgarradora".[6] En otros medios se hicieron frecuentes las fotos de recién nacidos con microcefalia, con referencias como "niños deformes" o "niños con extremidades deformes".

Como resultado, familiares de personas con discapacidad y organizaciones afines se pronunciaron en contra de generalizaciones sobre la calidad de vida de aquellos con discapacidades cognitivas. Además, manifestaron su rechazo a las expresiones de lástima, y señalaron que "un diagnóstico no es un pronóstico".[7] La organización Women Enabled International (WEI) publicó un documento[8] con mensajes clave que buscó aportar al debate para que se exigiera el acceso al aborto seguro de todas las mujeres, sin caer en una lógica de discriminación a las personas con discapacidad. Por su parte, los grupos tradicionalmente opositores de la legalización del aborto rechazaron la posibilidad de que las mujeres infectadas con el virus del Zika pudieran acceder a un aborto seguro, bajo el argumento de que se estaban promoviendo abortos eugenésicos.[9]

El brote del Zika hizo evidente la ausencia de consenso en el debate sobre aborto y discapacidad. A la vez, mostró la falta de articulación entre quienes defienden el derecho al aborto y quienes trabajan por los derechos de las personas con discapacidad, y reiteró la persistencia de ideas de medicalización sobre la discapacidad. En esta coyuntura, se hace

siglo veintiuno editores

4 "El aborto se toma debate sobre el virus de Zika", *El Tiempo*, 2016, disponible en <www.eltiempo.com>.

5 A. Boadle, "Caught Off-Guard by Zika, Brazil Struggles with Deformed Babies", *Reuters*, 27 de enero de 2016, disponible en <www.reuters.com>.

6 M. Santora, "One Family's Struggle with Microcephaly, the Birth Defect now Linked to Zika", *The New York Times*, 17 de octubre de 2016, disponible en <www.nytimes.com>.

7 Íd.

8 Véase Women Enabled International (WEI), "Talking Points. Zika, Microcephaly, Women's Rights, and Disability Rights", 2016, disponible en <www.womenenabled.org>.

9 "Iglesia brasileña rechaza abortos por microcefalia y critica oportunismo", *El Heraldo*, 10 de febrero de 2016, disponible en <www.elheraldo.hn>.

necesario cuestionar y deconstruir los argumentos que abogan por el derecho al aborto desde el cuestionamiento de la dignidad de las personas con discapacidad. Así, es necesario replantear las premisas para hablar de aborto y discapacidad a la luz del modelo social de la discapacidad, plasmado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La epidemia del Zika no representa la primera ocasión en que se han experimentado tensiones entre los movimientos de derechos de las personas con discapacidad y los de derechos reproductivos. Estos grupos han tenido fracturas y disyuntivas por el peso y entendimiento que se le ha dado en muchos países a la causal para acceder a un aborto por "malformación incompatible con la vida". Además, se ha discutido ampliamente la pertinencia y el alcance de los exámenes prenatales que buscan identificar diversidades funcionales (Jesudason y Epstein, 2011: 6). Los puntos de discusión de los dos movimientos han hecho pensar en la existencia de una "paradoja" entre la defensa de los derechos de las personas con discapacidad y de los derechos reproductivos, y en particular del derecho al aborto (2011: 6).

Jesudason y Epstein aseguran que "la discapacidad y la reproducción están inexorablemente entrelazadas" (2011: 6). Los autores describen la paradoja que se puede generar entre estos dos temas, como el conflicto que se plantea cuando los argumentos a favor de los derechos reproductivos presentan la discapacidad como un fenómeno trágico que siempre justifica la interrupción del embarazo; mientras que los grupos que se oponen al aborto utilizan la discapacidad como un argumento para mostrar que el aborto busca eliminar todos los tipos de vida (2011: 6). Ahora bien, cabe preguntarse qué se requiere para lograr la articulación entre los derechos reproductivos y los derechos de las personas con discapacidad, buscando entender cuáles son sus intersecciones para así privilegiar el derecho a la dignidad, tanto de las mujeres que deciden interrumpir el embarazo, como de las personas con discapacidad.

Este capítulo analiza las tensiones existentes entre el derecho al aborto y los derechos de las personas con discapacidad, para demostrar la necesidad de articular las luchas del movimiento de derechos reproductivos y de personas con discapacidad. Este texto sostiene que es preciso ser críticos y contextualizar los argumentos médicos que se brindan a las mujeres ante diagnósticos que puedan implicar alguna diversidad funcional relevante para la interrupción del embarazo, pues de lo contrario, se estaría ante una vulneración del derecho a la información veraz y objetiva en materia reproductiva. Así, se argumenta que es posible defender los derechos reproductivos de las mujeres –incluido

siglo veintiuno editores

el derecho al aborto– de forma articulada con el modelo social de la discapacidad. La forma de lograr esta articulación es privilegiar el derecho a la información reproductiva en los casos de mujeres que reciben un diagnóstico prenatal sobre una posible diversidad funcional en sus embarazos, y en los casos de mujeres con discapacidad que deciden optar por un aborto.

El presente capítulo aborda dos perspectivas de la paradoja entre aborto y discapacidad en el contexto colombiano. En primer lugar, estudia la causal de "malformaciones incompatibles con la vida" y los exámenes prenatales disponibles para identificar posibles diversidades funcionales en Colombia. El abordaje que se da actualmente a exámenes prenatales como la amniocentesis plantea la persistencia del modelo médico de la discapacidad. Entonces, se analiza esta causal en el marco de un contexto histórico, lo que supone entender que las categorías y teorías científicas sobre la discapacidad están cargadas de valores morales, políticos e ideológicos.

Por otro lado, el capítulo analiza el acceso de las niñas y mujeres con discapacidad a los servicios de aborto en las causales despenalizadas en Colombia. Es frecuente que se hagan presunciones sobre las mujeres con discapacidad y la causal que les aplica para interrumpir su embarazo, pues suele asumirse que siempre son víctimas de violencia sexual. Del mismo modo, es común que a las mujeres con discapacidad se les exijan requisitos no legales para acceder a un aborto legal, dado que se parte de la premisa de su incapacidad para decidir sobre su propio cuerpo. Este texto analiza los mandatos legales sobre accesibilidad, toma de decisiones con apoyos y ajustes razonables que introduce la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como las múltiples barreras que aún persisten para el acceso efectivo a la información y servicios de salud reproductiva de las personas con discapacidad. De la misma manera, cuestiona cómo las leyes que sustituyen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad dificultan el acceso a los servicios de aborto seguro de las niñas y mujeres con discapacidad que están bajo medida de interdicción.[10]

siglo veintiuno editores

10 Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia", 31/8/2016, Doc. ONU CRPD/C/COL/CO/1.

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ABORTO EN COLOMBIA

Por medio de la sentencia C-355 de 2006, a partir de ese año, la Corte Constitucional colombiana despenalizó el aborto en tres causales:

1. cuando el embarazo es producto de una violación, incesto o acto sexual abusivo;
2. cuando la continuación del embarazo pone en riesgo la salud o la vida de la mujer;
3. cuando se diagnostiquen malformaciones en el feto que hacen inviable su vida fuera del útero.

Desde el 2006, la Corte ha emitido catorce sentencias de tutela, en las que a partir del análisis de casos concretos de mujeres y niñas ha fijado ciertas reglas y subreglas para garantizar este derecho.[11] Asimismo, mediante su jurisprudencia, la Corte reconoció que el aborto es un derecho fundamental y que está relacionado de manera directa con el derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la libertad.

En sentencias como la T-388 de 2009, la Corte ha establecido que todos los departamentos, distritos y municipios del país están obligados a asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de aborto, en condiciones de calidad y salubridad.

Ahora bien, la jurisprudencia colombiana ha abordado la variable de discapacidad para referirse al acceso de niñas y mujeres con discapacidad a los servicios de aborto, y ha generado así ciertas reglas que pueden ser muy problemáticas a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como se observará más adelante. Las tensiones surgidas entre el movimiento de derechos de las personas con discapacidad y el de derechos reproductivos por la causal malformación no han sido abordadas por la jurisprudencia, ni la normatividad colombiana. Ante la escasez de estudios y artículos en español que traten esta causal en el contexto colombiano,[12] este texto busca aportar al análisis de

siglo veintiuno editores

11 Sentencias 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-636 de 2011, T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, T-301 de 2016, T-731 de 2016, T-697 de 2016, T-341 de 2017.

12 Después de realizar una revisión bibliográfica, en el abordaje de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad y la medida de esterilización, sólo se resalta el trabajo de organizaciones como Profamilia, la Liga Colombiana de Autismo, Asdown, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes y la Universidad

la intersección entre los derechos reproductivos y la discapacidad desde el modelo social. Para ello es necesario entender los paradigmas por los que ha transitado la discapacidad hasta llegar a su modelo social.

LOS MODELOS HISTÓRICOS DE LA DISCAPACIDAD

La discapacidad no es un fenómeno neutral. Por el contrario, su significado social está cargado con diferentes ideas, imaginarios y preconcepciones que la identifican como algo indeseable, que trae tristeza y que hay que evitar. Movimientos políticos como la eugenesia pueden ayudar a explicar la discriminación estructural que hoy sufren las personas con discapacidad, que responde a la percepción que tiene la sociedad ante el fenómeno. Las mujeres que se enfrentan a la decisión de dar a luz a un hijo con discapacidad o interrumpir su embarazo también deben afrontar esas percepciones generalizadas, ya que acceden a información cargada de estereotipos y preconcepciones.

Para entender lo anterior, es necesario hacer una revisión contextual de cómo se ha construido el concepto de la discapacidad y cómo los imaginarios asociados a esta noción se han transformado desde lo social y desde lo jurídico. Agustina Palacios reconoce la existencia de diferentes modelos de la discapacidad que se han modificado y transformado a lo largo de la historia. Entre ellos, se resalta el modelo de prescindencia, que utiliza una justificación religiosa de la discapacidad, relacionada a un castigo divino (Palacios, 2008). Bajo este modelo, la marginación y el aislamiento se convirtieron en la respuesta de la sociedad hacia las personas con discapacidad. Otro de los modelos es el modelo médico o rehabilitador que concibe la discapacidad como una enfermedad y limita su comprensión a un diagnóstico médico. Este modelo entiende la utilidad social de las personas con discapacidad "en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas" (2008: 81). Entonces, la discapacidad debe ser "tratada" desde el sector salud, los centros de salud, los profesionales de la salud y la medicación (2008: 81).

siglo veintiuno editores

---

del Rosario. Por otro lado, se resalta el trabajo académico de 2010 de María Fernanda Olarte Sierra, "Achieving the Desirable Nation. Abortion and Antenatal Testing in Colombia: The Case of Amniocentesis", que realizó un estudio sobre los exámenes prenatales en Colombia y la información que dan los médicos y obtienen las mujeres sobre posibles diagnósticos de discapacidad.

El movimiento eugenésico ejemplifica el modelo de la prescindencia y el modelo médico de la discapacidad. En 1883 el científico inglés Francis Galton introdujo la teoría científica de la "eugenesia", que se traduce de la palabra en griego "bueno en nacimiento". En sus primeros trabajos, Galton definió la eugenesia como:

> La ciencia de la mejora social, no sólo en el apareamiento juicioso, pero cualquiera que sea más adecuado para las razas o cepas de la sangre más adecuadas y que tengan mejor oportunidad de prevalecer sobre los menos adecuados que los que de otro modo habrían tenido (Wilson, 2010).

El movimiento eugenésico se caracterizó por utilizar y promover prácticas para evitar la reproducción de las personas con discapacidad.[13] Se resaltan las políticas estatales de esterilización a personas consideradas "inferiores intelectualmente" o con algún tipo de discapacidad (Stepan, 1991: 24-25). Además, se cuenta con evidencia histórica sobre el uso de medidas como la eutanasia, abortos forzados, esterilización forzada, institucionalización, segregación y prohibiciones para contraer matrimonio y reproducirse, impuestas a personas consideradas "no aptas" (Wilson, 2010). Uno de los ejemplos emblemáticos de las medidas eugenésicas en el mundo es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos "Buck c. Bell", que en 1927 avaló las medidas de esterilización forzada por parte del Estado, y argumentó:

> Es mejor para todo el mundo si, en lugar de esperar a ejecutar la descendencia degenerada para el crimen o dejarlos morir de hambre por su imbecilidad, la sociedad puede evitar a aquellos que son manifiestamente impropios de continuar su especie. […] Tres generaciones de imbéciles son suficientes.[14]

Esta sentencia deja claras las premisas del movimiento y la forma en que la discapacidad se entendió como algo indeseable que era necesario evitar.

Las medidas eugenésicas se hicieron frecuentes durante los años veinte en los Estados Unidos, Canadá, Alemania, Finlandia, Suecia,

13 El término "personas con discapacidad" se usa de forma anacrónica, teniendo en cuenta que en el momento histórico de la eugenesia los términos utilizados eran "idiotas", "imbéciles", "débiles mentales", entre otros.

14 Corte Suprema de Justicia, "Buck c. Bell", 2/5/1927, 274 U.S. 200.

siglo veintiuno editores

Suiza, Dinamarca, Islandia y los Países Bajos, entre otros (Wilson, 2010). Aunque suele pensarse que las medidas eugenésicas culminaron después del Holocausto nazi, los gobiernos siguieron aplicando medidas como la esterilización forzada hasta principios de los setenta, bajo el argumento del beneficio de las familias y la idoneidad requerida para ejercer la maternidad (Kline, 2001). En el caso de la región de Latinoamérica y el Caribe, y en particular de Colombia, el movimiento eugenésico se tradujo principalmente en políticas de blanqueamiento racial, mientras que las políticas de esterilización y abortos forzados no fueron tan comunes (Acevedo Guerrero, 2015: 6-8). Además, la influencia de las corrientes científicas francesas como el lamarckismo y el neolamarkismo,[15] la influencia de la Iglesia católica y el contexto sociopolítico de Colombia hicieron que la corriente eugenésica se materializara en medidas menos drásticas, relacionadas con la higiene, que buscaron lograr el progreso y la modernidad a partir de planes de limpieza y saneamiento básico (Noguera, 2003: 98). Asimismo, el movimiento eugenésico en Colombia se manifestó por medio de la adopción de políticas migratorias que pretendían fomentar el ingreso de extranjeros para lograr el "blanqueamiento racial", la prohibición de la entrada de personas con discapacidad y la difusión de teorías de determinismo geográfico y racial (Wade, 2003).

siglo veintiuno editores

EL TRÁNSITO HACIA EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD: LA MEDICINA ES POLÍTICA

El 13 de diciembre de 2006, Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además de ser la Convención más reciente de Naciones Unidas, constituyó un hecho histórico para los derechos humanos, ya que fue elaborada por personas con discapacidad bajo el lema "nada de nosotros, sin nosotros" (Palacios, 2008: 66). El propósito de la Convención es

> promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades funda-

15 Estas teorías se caracterizaron por dar un rol importante al medio ambiente sobre el papel de la genética. Concluyeron que el medio ambiente en el que se desarrollaba un organismo podía transformar la herencia genética y las características de los individuos, por medio de la adquisición de nuevas destrezas.

> mentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.[16]

La Convención no crea derechos nuevos, sino que reconoce los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Esta Convención consagró el modelo social de la discapacidad, que entiende que la discapacidad no se puede limitar a un diagnóstico médico, pues surge de la interacción de una diversidad funcional y las barreras del entorno. La discapacidad es un fenómeno de exclusión social que se genera con barreras de tipo físico, actitudinal y del lenguaje, que dificultan y evitan la inclusión de las personas con diversidades funcionales y el ejercicio de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones (Palacios, 2008: 66). Por lo que se busca que los Estados superen modelos de la discapacidad como el de prescindencia y el modelo médico, y que conciban la discapacidad en un marco de derechos humanos (2008: 66). Desde el modelo social, la discapacidad se comprende como una manifestación más de la diversidad humana y la localiza en la sociedad y no en el cuerpo de las personas. Así, una persona con discapacidad es

> aquella que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.[17]

Colombia ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 10 de mayo de 2011, por medio de la Ley 1346 del 31 de julio de 2011. En virtud del concepto de bloque de constitucionalidad, este tratado de derecho internacional tiene el mismo nivel de la Constitución. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que todas las leyes, normas y políticas del Estado parte deben ajustarse a su contenido. Para responder a lo anterior, el país expidió la Ley Estatutaria 1618 de 2013 "por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad". A través de esta ley, el país se acogió al modelo social de la discapacidad y se comprometió a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad.

16 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13/12/2006, art. 1, disponible en <www.un.org>.
17 Íd.

siglo veintiuno editores

A pesar de la consagración del modelo social de la discapacidad en el derecho internacional y la normatividad colombiana, la vivencia de la discapacidad se encuentra enmarcada por la coexistencia de sus modelos históricos. Tanto el modelo de la prescindencia como el médico-rehabilitador persisten en los imaginarios sociales y la normatividad del país, lo que se refleja en medidas como la interdicción judicial o curaduría, que utilizan conceptos médicos como criterios "objetivos" para determinar quiénes pueden tomar decisiones sobre su propia vida y tener capacidad jurídica. Por ejemplo, técnicas como la escala de Binet y el índice de coeficiente intelectual[18] han demostrado cómo las categorías "científicas" de medición de la inteligencia no nacieron ni se aplicaron de forma neutral, pues fueron impregnadas por las visiones ideológicas, morales y religiosas del momento (Gould, 1981). Y aunque la medición de la inteligencia humana se constituyó como un símbolo de la racionalidad modernista, en muchas ocasiones, la retórica de la modernidad, la racionalidad y la laicidad enmascaró posiciones morales e ideológicas hacia la discapacidad. Tal como menciona Mauricio Nieto, la medicina y la ciencia no están libres de valores políticos que, como consecuencia, pueden privar a algunas personas de sus derechos fundamentales. Así, Nieto afirma que

> la historia y en particular el mundo moderno nos exige asumir una posición ambivalente frente a la ciencia y la tecnología, nos obliga a reconocer que estas llevan consigo elementos tanto progresivos como regresivos y que si bien su institucionalización puede incrementar el poder y el control de ciertas naciones o grupos sociales, también puede contribuir a despojar a otros del control que tienen sobre sus vidas (Nieto, 1995: 3-14).

En este contexto, al analizar el aborto y la categoría de discapacidad en el sistema legal y los significados culturales colombianos, debe tenerse en cuenta que las nociones de la discapacidad se han asociado necesariamente a algo que se puede medir desde los criterios médicos y que trae connotaciones negativas, como algo que es necesario evitar. Hoy en día, la discapacidad no se puede comprender como una categoría objetiva. Aunque este concepto se ha ido transformando, las preconcepciones e

18 Estos modelos plantearon la forma objetiva de medir la capacidad de los seres humanos. Ambos han sido revisados a la luz de los modelos de capacidad que trascienden el cálculo de facultades mentales.

siglo veintiuno editores

ideas sobre las personas con discapacidad como "minusválidos", "retrasados", "incapaces" siguen vigentes y permean los significados sociales. La mirada de la prescindencia y de la rehabilitación aún dificulta el acceso básico de las personas con discapacidad a servicios de salud sexual y reproductiva, a educación y al mercado laboral. Por lo anterior, hoy se sabe que ellos enfrentan mayor riesgo de estar en condiciones socioeconómicas deficientes, en parte por tener menos acceso a servicios de educación, salud y mayores niveles de pobreza, según la OMS y el Banco Mundial. Se entiende entonces que la discapacidad es un fenómeno de exclusión e inequidad social, un concepto lleno de significados culturales y que ha sido construido a partir de argumentos de lástima y curación que han deslegitimado la humanidad y dignidad de las personas con discapacidad.

siglo veintiuno editores

DISTANCIAS ENTRE EL MOVIMIENTO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y EL MOVIMIENTO DE DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Sujatha Jesudason y Julia Epstein (2012) utilizan el término "paradoja" para referirse a las tensiones que se han generado entre el movimiento de derechos reproductivos y el de personas con discapacidad en torno a la discapacidad y el aborto. Aunque los dos grupos reivindican derechos fundamentales de poblaciones históricamente discriminadas, Jesudason y Epstein manifiestan que a menudo, ambos "mantienen un silencio intencional con respecto a las perspectivas del otro" (Jesudason y Epstein, 2012).

En algunos casos, la conversación sobre la discapacidad se ha usado para ir en contra del aborto, con la idea de que es una forma de proteger a los niños con discapacidad. Además de ser un argumento falaz, no permite dilucidar las preguntas relevantes que se generan al incluir la variable de discapacidad en los análisis sobre los derechos reproductivos. La verdadera pregunta es entonces cómo se compatibiliza el reconocimiento legal de la causal malformación con una valoración correcta de la discapacidad a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es decir, si reconocemos la dignidad intrínseca de las personas con discapacidad y valoramos de manera positiva su diversidad funcional, ¿cómo son compatibles ambas posturas? Para responder a este interrogante es necesario abordar las posiciones que han desarrollado cada uno de los movimientos, para luego encontrar puntos en el medio que permitan configurar un enfoque que favorezca al derecho al aborto desde el modelo social de la discapacidad.

Por un lado, el movimiento de derechos de las personas con discapacidad ha manifestado su preocupación por el alto número de abortos de mujeres a las que se les ha diagnosticado una posible diversidad funcional extrauterina, y llegó a acusar a las personas que promueven el acceso a este servicio como eugenésicas (Generations Ahead, 2007). Piepmeier ejemplifica la posición ante el aborto de muchos padres de personas con discapacidad con la reacción que suscitó la noticia sobre la prohibición de la interrupción del embarazo por condiciones fetales como el síndrome de Down en Dakota del Norte, Estados Unidos. Al respecto, algunos padres manifestaron:

> Se siente como una pequeña victoria ver que los abortos basados en el síndrome de Down han sido prohibidos, es como decir que las personas con síndrome de Down son valoradas y protegidas.[19]

De esta forma, se muestra una creciente corriente de representantes del movimiento de derechos de personas con discapacidad que entienden el aborto como una amenaza al valor de la vida.

Este mismo debate se ha presentado en países como Islandia donde, según las estadísticas, de una población de aproximadamente 330 000 personas, en promedio anual sólo nacen uno o dos niños con síndrome de Down, a veces después de que sus padres recibieran resultados de pruebas genéticas inexactas.[20] Este también es el caso de Francia y Dinamarca, donde el 77 y 98% de los embarazos en que hay identificación de síndrome de Down son terminados.[21] En respuesta a estas estadísticas es común encontrar titulares que hablan de un genocidio de las personas con síndrome Down o de políticas de exterminio y homicidio.[22] Alexandra Desanctis se ha referido a la situación de Islandia alegando que se están "utilizando las pruebas prenatales y el aborto para exter-

XXI siglo veintiuno editores

19 A. Piepmeier, "Outlawing Abortion Won't Help Children with Down Syndrome", *The New York Times*, 1º de abril de 2013, disponible en <parenting.blogs.nytimes.com>.

20 J. Quiñones y A. Lajka, "What Kind of Society Do You Want to Live in? Inside the Country Where Down Syndrome is Disappearing", *CBS News*, 14 de agosto de 2017, disponible en <www.cbsnews.com>.

21 Íd.

22 J. Nolte,"Speaking of Nazis... Iceland Is 'Disappearing' Down Syndrome Children", *The Daily Wire*, 15 de agosto de 2017, disponible en <www.dailywire.com>.

minar sistemáticamente a los niños con síndrome de Down. Esto no es progreso; es eugenesia".[23]

Además de lo anterior, el movimiento de derechos de personas con discapacidad no ha priorizado dentro de su agenda política temas como la sexualidad y los derechos reproductivos. Esta situación es expresada por Anne Finger cuando menciona que

> es usualmente la fuente de nuestra opresión más profunda y de nuestro dolor más profundo. Es más fácil para nosotros hablar –y formular estrategias de cambio– sobre temas de discriminación en el trabajo, educación y vivienda, que hablar sobre la exclusión en materia de sexualidad y reproducción.

Aunque los derechos reproductivos están consignados de manera explícita en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las dinámicas del movimiento en el mundo y en Colombia no han permitido priorizar estos temas en la agenda pública, pues se vienen dando otras luchas consideradas "prioritarias", como la educación, el empleo y el acceso a la salud, entre otros. También, cabe resaltar que las mujeres con discapacidad han tenido muy poca participación en espacios públicos y de toma de decisiones. Un ejemplo de esto es la conformación actual del Consejo Nacional de Discapacidad de Colombia, en el que de veinticinco miembros sólo tres son mujeres. Esto impide que se discutan temas que afectan directa y mayoritariamente a las mujeres con discapacidad, como la esterilización forzada o las dificultades para acceder a servicios reproductivos y de aborto.

Por su lado, el movimiento de derechos reproductivos ha pasado por alto las preocupaciones y demandas de la población con discapacidad. Sólo de forma reciente ha empezado a incluir la variable de discapacidad dentro de las discusiones sobre sexualidad, métodos anticonceptivos y aborto (Garland-Thomson, 2002: 5). Anna Mollow y Robert McRuer realizaron un análisis sobre los estudios existentes en materia de sexualidad para entender cuál es el papel de la variable de discapacidad, y determinaron que "la mayoría de los estudios de sexualidad, incluidos los de la teoría *queer*, rara vez hablan de la discapacidad" (McRuer y Mollow, 2012: 2-3). De igual modo, concluyen que aunque autores de la teoría

siglo veintiuno editores

23 A. Desanctis, "Iceland Eliminates People with Down Syndrome", *National Review*, 16 de agosto de 2017, disponible en <www.nationalreview.com>.

queer como Judith Butler, Eve Kosofsky Sedgwick y Michael Warner han utilizado referencias a ciertos estudios críticos, la variable de discapacidad aún no se ha configurado como una categoría epistemológica de análisis dentro de las investigaciones de género (2012: 3).

CUANDO LAS MUJERES ACCEDEN A UN ABORTO MOTIVADAS POR EXÁMENES PRENATALES PARA IDENTIFICAR UNA DIVERSIDAD FUNCIONAL

En el caso concreto del aborto, el movimiento de derechos reproductivos ha visto la discusión sobre la interrupción del embarazo tras diagnósticos de diversidades funcionales desde la perspectiva de la "carga" que puede significar para las mujeres, particularmente desde el punto de vista del cuidado, lo que contribuye con la desigualdad. Por esa razón, en ocasiones, la presencia de una diversidad funcional se ha promovido como un argumento para que las mujeres puedan acceder a un aborto (McRuer y Mollow, 2012; Olarte Sierra, 2010). También se ha argumentado que la discusión sobre futuras discapacidades en el marco de los exámenes prenatales puede llegar a sugerir la garantía de derechos a los fetos y/o la existencia de una vida intrauterina (McRuer y Mollow, 2012).

En concreto, los test prenatales que pueden determinar la existencia de una diversidad funcional han generado cuestionamientos y debates ante la posibilidad que tienen las mujeres en Colombia y otros países de interrumpir su embarazo bajo esta causal. En este punto, cabe señalar que en Colombia muchas mujeres optan por un aborto al enterarse de que el feto puede desarrollar "problemas" intelectuales o diferencias cromosómicas. Aunque estas condiciones no son necesariamente incompatibles con la vida, algunas mujeres pueden llegar a ver su salud mental o su bienestar integral en riesgo ante las dificultades que piensan que un hijo con discapacidad puede tener (McRuer y Mollow, 2012). Así, es común que mujeres con embarazos y posibles diagnósticos que puedan implicar una discapacidad accedan a abortos por la causal de afectación a la salud mental y/o la causal de malformación incompatible con la vida.

En línea con lo anterior, exámenes como la amniocentesis, el test de detección prenatal de anomalías genéticas y las pruebas de detección del síndrome de Down han generado diferentes reacciones de activistas del movimiento de derechos de las personas con discapacidad que han manifestado su preocupación por la posible tensión que puede provocarse ante los derechos de las personas con discapacidad. Marsha Saxton expresa que

siglo veintiuno editores

> la actual promoción y aplicación de la detección prenatal tiene un potente mensaje que afecta negativamente a las personas con discapacidad, influye en la toma de decisiones sobre sus propios embarazos y refuerza las actitudes estereotipadas del público en general sobre las personas con discapacidad (Saxton, 2000).

De forma similar, Nancy Press sugiere que la existencia de exámenes prenatales para determinar ciertas características y diversidades funcionales manda un mensaje negativo por parte de la comunidad médica, pues sugiere que "algunas características, pero no todas, merecen la atención de futuros padres" (Press, 1998: 46).

Alison Piepmeier ofrece una mirada crítica a la forma en que el movimiento feminista ha abordado la discapacidad en relación con el aborto y los exámenes prenatales. Piepmeier (2013: 161) establece que las narrativas feministas en materia de discapacidad y aborto "se construyen a menudo alrededor de estereotipos de personas con discapacidades, de padres que crían personas con discapacidades, y de lo que significa 'elección' y cómo funciona". Para esta autora, textos feministas como los de Bárbara Katz Rothman, Naomi Wolf y Amy Richards han reproducido imaginarios trágicos y negativos sobre la discapacidad, e incluso han sugerido que criar a un hijo con discapacidad es un acto de "sacrificio" y significa "terminar sus vidas" (2013: 165). Concluye así que desde algunas miradas del feminismo se ha utilizado una visión estereotipada de la discapacidad, abordada desde una perspectiva médica y clínica (2013: 164). En esta misma vía, el Congreso Nacional de Síndrome de Down de los Estados Unidos ha manifestado que las normas que regulan el aborto deben ser neutrales en materia de discapacidad, en orden a evitar tensiones con los argumentos eugenésicos.[24]

Ante estas perspectivas, es necesario preguntarse si los debates que enfrentan los derechos reproductivos y los derechos de las personas con discapacidad radican en la existencia de los exámenes prenatales para identificar la discapacidad o en el contexto en que se enmarcan dichos exámenes y la información que los médicos dan a las mujeres. La pregunta es, entonces, qué información se brinda a las mujeres que presentan una posible malformación del feto o cualquier otro diagnóstico prenatal que pueda implicar una diversidad funcional. Es necesario cuestionar

24 Véase National Down Syndrome Congress, "Position Statement on Prenatal Testing and Screening", 1995, disponible en <family-advocacy.com>.

siglo veintiuno editores

si se cumple con los estándares del derecho a la información en salud reproductiva, y si esta información es, como postula la sentencia T-585 de 2010, "suficiente, amplia y adecuada" de tal forma que "les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos".

La mayoría de los autores que han abordado esta temática desde la perspectiva del modelo social sugieren que lo problemático de este tipo de exámenes prenatales es la información y los estereotipos que se tienen y se reproducen sobre la discapacidad por parte del gremio médico y de las propias mujeres. Aliza Kolker y Meredith Burke afirman que la forma en que se presentan las pruebas prenatales se basa en información errónea, poco neutral y fundada en ideas de cómo es la vida de una persona con discapacidad y de sus cuidadores o padres (Kolker y Burke, 1994: 9).

María Fernanda Olarte Sierra, en un estudio sobre el modo en que el sistema de salud y las mujeres colombianas enfrentan los exámenes prenatales para determinar una diversidad funcional, analiza las formas en que los diagnósticos sobre posibles diversidades funcionales son comunicados a las mujeres por parte del personal médico (Olarte Sierra, 2010). La autora concluye que

> las decisiones sobre continuar o interrumpir un embarazo se basan en información incompleta, parcialmente comunicada e imperfectamente entendida en términos y valores médico-culturales, y sobre la comprensión de las discapacidades por parte de la mujer. Más importante aún, las decisiones reproductivas surgen de la incertidumbre de no poder comprender plenamente la condición del feto, y de no saber cómo sería la vida con un niño con esa condición particular (2010: 176).

siglo veintiuno editores

Así, el equipo médico presenta los diagnósticos prenatales en clave de pronósticos y de enfermedades, y la información que se da a las mujeres está influenciada por valores médicos y culturales sobre lo que para el equipo médico significa una vida "normal" (2010: 184-186). En este punto, es necesario reiterar que las categorías y definiciones médicas sobre la discapacidad están lejos de ser verdades objetivas, pues históricamente han sido cargadas por valores ideológicos y políticos.

Al ahondar en el concepto de "normalidad", Olarte Sierra analiza el "estándar fijo" de bebé que las parejas esperan, con la idea de que este estándar se construye sobre el concepto de que lo normal es lo que es inherentemente positivo y bueno (2010: 186). Por el contrario, lo que se aparta de la categoría de "normalidad" se construye como algo

negativo, trágico y hasta monstruoso (2010: 182). Si se tiene en cuenta la persistencia de los modelos de la prescindencia y médico sobre la discapacidad, hoy sigue siendo socialmente indeseable dar a luz a un hijo con discapacidad, ya sea porque se considera una desgracia, un castigo divino o porque se interpreta como una carga social y económica eterna para los padres (2010: 182). De este modo, se reitera la necesidad de analizar el tipo de información que reciben las mujeres y niñas sobre las posibles diversidades funcionales que pueden surgir en sus embarazos. Si los profesionales dan a las mujeres información sólo médica, entonces se les está negando el acceso a una información integral sobre los determinantes sociales de la discapacidad, barreras existentes y alternativas de apoyos y ajustes razonables de las que pueden disponer las personas con discapacidad. Tal como menciona Piepmeier al presentar la posibilidad de una discapacidad como un problema que debe ser evitado, no sólo se violan los derechos de la población, sino que se ocasiona que las mujeres tomen decisiones basadas en información incompleta.

siglo veintiuno editores

ALTERNATIVAS Y OPORTUNIDADES PARA DIRIMIR LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO AL ABORTO Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Congreso Nacional de Síndrome de Down de los Estados Unidos ha establecido que una forma de evitar tensiones entre el derecho al aborto y los derechos de las personas con discapacidad es brindar información objetiva a las mujeres que deben tomar la decisión sobre el aborto.[25] Ahora bien, es necesario cuestionar a qué se refieren los datos objetivos en materia de una diversidad funcional o una posible discapacidad. El Congreso concluye que una información suficiente y objetiva acerca de una posible discapacidad debe:

1. disipar las preconcepciones e imaginarios que existen sobre la discapacidad desde la perspectiva de las propias personas con discapacidad;
2. instruir sobre los servicios comunitarios disponibles para las personas con discapacidad;
3. indicar los apoyos y ajustes razonables que se pueden brindar a las personas con discapacidad, y

25 Íd.

4. detallar las normas que actualmente protegen los derechos de las personas con discapacidad.

El Congreso también sugiere que los médicos encargados de dar estos resultados deben entrenarse en materia de derechos de las personas con discapacidad y deben "participar en actividades que les permitan tener contacto con personas con discapacidad en escenarios no médicos".[26]

Otra alternativa para dirimir las tensiones ante los diagnósticos prenatales puede ser la desmedicalización de la información que se brinda a las mujeres. Si bien es indeseable prescindir de los expertos de la salud, es recomendable crear procesos de acompañamiento para la toma de decisiones asistidos por profesionales interdisciplinarios que, desde enfoques alternos al médico, den su perspectiva sobre lo que puede implicar una discapacidad. Entonces, se sugiere contar con profesionales en psicología, trabajo social, ciencias sociales y personas de organizaciones sociales, entre otras, que puedan apoyar y complementar la información clínica que provea el médico. Con el propósito de garantizar información veraz, precisa y asequible a las mujeres que buscan acceder a una interrupción voluntaria del embarazo, es necesario que las instituciones médicas y los profesionales expliquen y clarifiquen lo encontrado en los diagnósticos prenatales de la manera más clara posible. Esto implica ir más allá de las denominaciones médicas y los conceptos científicos, para así dar una perspectiva más real y social sobre las diversidades funcionales. Además, se destaca el beneficio de que las mujeres tengan la posibilidad de hablar con personas con discapacidad y padres de personas con discapacidad, lo que buscaría que las mujeres tuvieran perspectivas alternas a la médica.[27]

A partir de lo anterior, debe concluirse que la información que reciben las mujeres sobre los resultados de los exámenes prenatales está en general cargada de estereotipos sobre la discapacidad y sobre ideas culturales de lo que ha implicado la discapacidad en la historia. El vehículo que permite crear una armonía entre el modelo social y los derechos reproductivos de las mujeres es el derecho a la información, siempre que sea oportuna, integral y veraz. Esto implica que el movimiento de derechos reproductivos abandone los discursos médicos de la discapacidad y abogue por que a las mujeres se les proporcione información

siglo veintiuno editores

26 Íd.
27 Íd.

interdisciplinaria y arraigada en lo que hoy significa ser una persona con discapacidad en Colombia, sin desconocer las múltiples desigualdades y segregaciones estructurales que esto implica. Así, el movimiento de derechos reproductivos debe ofrecer alternativas que reemplacen los modelos medicalizados de la discapacidad, como puede ser, por ejemplo, la construcción de ideas de la discapacidad en torno a la diversidad humana. Como propone Piepmeier, el movimiento que aboga por el derecho al aborto debe crear

> narrativas y marcos que respondan y respeten la complejidad del proceso de toma de decisiones. No sólo necesitamos respeto por la humanidad de las personas con discapacidad; también necesitamos ayudar a crear comunidades que hagan los procesos de toma de decisiones posibles (Piepmeier, 2013: 182).

Una vez abordadas las dificultades que surgen en la toma de decisiones sobre un aborto en contextos de diagnósticos prenatales, vale la pena preguntarse qué pasa con las niñas y mujeres con discapacidad que optan por interrumpir sus embarazos en el marco de la normatividad colombiana y cómo los sistemas legal y médico suelen limitar su elección a partir de los estereotipos sobre quién es "apto" para tomar una determinación en materia reproductiva.

siglo veintiuno editores

CUANDO LAS MUJERES Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD BUSCAN ACCEDER A UN ABORTO: ¿NO TODAS PUEDEN DECIDIR?

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce en su art. 23 que las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a servicios de salud sexual y reproductiva en igualdad de condiciones. Recientemente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación general nº 3 se refirió a la discriminación que enfrentan las mujeres y niñas con discapacidad, y afirmó:

> Las mujeres con discapacidad pueden afrontar asimismo estereotipos eugenésicos nocivos que suponen que van a dar a luz a niños con discapacidad y, por lo tanto, conducen a que

> se desaliente o se impida a las mujeres con discapacidad que realicen su maternidad.[28]

Hoy, las mujeres con discapacidad enfrentan múltiples barreras para acceder a servicios de salud sexual y reproductiva, incluido el servicio de aborto.

La Corte Constitucional colombiana se ha referido a la garantía del derecho al aborto de las mujeres con discapacidad. En la sentencia T-988 de 2007, la Corte advirtió a las instituciones prestadoras de servicios de salud que no pueden exigir

> el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncio para practicar el aborto inducido en una mujer notoriamente discapacitada –con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que imposibilitan la exteriorización libre y directa de su consentimiento– la cual ha sido víctima de abuso carnal violento, sin consentimiento o abusivo.

En este caso, la Corte alegó que la discapacidad de la persona involucrada se debía entender como un "hecho notorio", por lo que quienes debían dar el consentimiento, sin ninguna otra formalidad, eran sus padres o acompañantes. De forma similar, en la sentencia T-946 de 2008, la Corte en relación con el caso de una mujer con discapacidad, advirtió que

> en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncio penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.

En línea con lo anterior, la instrucción 3 de la Circular 003 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud que reguló el servicio de interrupción voluntaria del embarazo en Colombia establece que en el caso de las mujeres con discapacidad "la solicitud de la interrupción voluntaria

siglo veintiuno editores

28 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "Observación general nº 3, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad", 25/11/2016, Doc. ONU CRPD/C/GC/3.

del embarazo puede efectuarla cualquiera de sus representantes legales u otra persona".[29]

Aunque las decisiones de la Corte han logrado disminuir las barreras que enfrentan las mujeres para acceder a un aborto seguro, los lineamientos antes expresados son problemáticos a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por dos razones. Primero, los pronunciamientos sobre cómo debe decidir un aborto una mujer con discapacidad, en especial con una discapacidad intelectual y/o psicosocial, reproducen el modelo de sustitución de la capacidad jurídica y del consentimiento sustituto que van en contravía de los mandatos del art. 12 de la Convención y el modelo de toma de decisiones con apoyos que este instrumento propone. Segundo, estas decisiones judiciales han sugerido que al tratarse de embarazos de personas con discapacidad debe presumirse o intuirse que han sido víctimas de violencia sexual. Esta presunción ha permitido reproducir y fortalecer los estereotipos existentes sobre la sexualidad "pasiva" de las personas con discapacidad. En los próximos dos apartados se desarrollan estas dos críticas.

siglo veintiuno editores

TOMA DE DECISIONES CON APOYOS Y AJUSTES RAZONABLES EN MATERIA DE ABORTO

Uno de los grandes cambios introducidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica. En su art. 12, la Convención reconoce que las personas con discapacidad deben tener capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida. Además, establece que a las personas con discapacidad se deben garantizar salvaguardias y apoyos que les permitan ejercer su capacidad de decisión. De la misma manera, uno de los principios generales de la Convención es la autonomía y la libertad de toma de decisiones. Según el principio de autonomía, el art. 5 de la Convención reconoce que "los Estados parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables".[30] Los ajustes razonables son aquellas modificaciones y/o adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un

29 Superintendencia Nacional de Salud, Circular Externa 003, 26/4/2013, disponible en <normativa.colpensiones.gov.co>.

30 Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cit., art. 5.

caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en igualdad de condiciones con las demás.[31]

Contrariando el modelo de toma de decisiones con apoyos y de adopción de ajustes razonables, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las elecciones de las mujeres con discapacidad en materia de aborto pueden ser tomadas por sus curadores, padres o acompañantes. De esta manera, las disposiciones jurisprudenciales refuerzan la negación de la autonomía reproductiva de las mujeres con discapacidad. Se trata de resoluciones que no sólo contradicen los postulados de la Convención, sino que además consolidan un sistema de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad y vulneran sus derechos fundamentales.

En 2016, la Corte Constitucional adoptó el modelo de toma de decisiones con apoyos en el caso puntual del procedimiento de esterilización en personas con discapacidad. Mediante la sentencia T-573 de 2016, la Corte determinó que

> no es sostenible, a la luz de la Constitución, insistir en un criterio de decisión que, perpetuando los estereotipos sociales que perciben a las personas en situación de discapacidad como seres incapaces de tomar decisiones autónomas en materia sexual y reproductiva, los expone a una práctica que vulnera sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad y su integridad personal.

En esta misma decisión, la Corte advirtió sobre las dificultades que supone la aplicación de una postura encaminada a la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, al afirmar:

> En el contexto de los imaginarios sociales, del marco normativo y de la jurisprudencia que han perpetuado la idea de que las decisiones de las personas con discapacidad pueden ser sustituidas por las de sus familiares, los profesionales de salud y los jueces, si se constata que no podrán emitir su consentimiento en el futuro, esos vacíos han generado el mismo resultado: la adopción de decisiones por vía del consentimiento sustituto, sin que se hayan brindado los apoyos necesarios para asegurar

31 Ibíd., art. 2.

siglo veintiuno editores

que la persona concernida pueda manifestar sus voluntad y sus preferencias.

Es necesario que la Corte Constitucional adopte este modelo y las mismas premisas para todas las decisiones relacionadas con los derechos reproductivos de las personas con discapacidad, incluyendo las discusiones sobre cómo deben dar su consentimiento para acceder a un aborto.

Sustituir la voluntad de las mujeres con discapacidad implica violar sus derechos y, además, puede resultar en abusos a su integridad. Permitir que personas ajenas a una niña o mujer con discapacidad puedan decidir sobre la práctica de un aborto podría posibilitar, por ejemplo, que el propio abusador de una mujer solicitase la práctica de este procedimiento. Al respecto, es necesario subrayar que en Colombia la gran mayoría de las violencias sexuales son perpetuadas por familiares o cuidadores. Según datos del Instituto Nacional de Medicina Legal, el 42,36% de los casos de violencia sexual en el país escometido por un familiar de la víctima y el 25,97%, por conocidos. Sobsey y Doe han demostrado que en el caso de las personas con discapacidad la mayor parte de los abusos sexuales en su contra son cometidos por hombres cuidadores y familiares, y sólo en un pequeño porcentaje son perpetrados por extraños (Sobsey y Doe, 1991). Esto sugiere que habilitar a que un tercero decida sobre la posibilidad de un aborto implica diferentes conflictos de interés, y permite incluso que se puedan llegar a enmascarar situaciones de violencia sexual.

Por otro lado, es posible que los familiares o acompañantes de las personas con discapacidad opten por no permitir que la mujer con discapacidad se realice un aborto por convicciones religiosas o morales, dejando así la voluntad, los deseos, el bienestar y la salud de la mujer en un segundo plano. Según el marco legal actual, si una mujer con discapacidad desea realizarse un aborto, su decisión puede verse socavada por lo que quieran sus padres, pareja o familiares, por el solo hecho de tener una discapacidad. Esta situación es mucho más frecuente en personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, pues se tiende a desconfiar de su capacidad de tomar decisiones.

El reto entonces es que el sistema jurídico colombiano reconozca que las mujeres con discapacidad tienen derecho a elegir de manera informada bajo la modalidad de toma de decisiones con apoyos. En Colombia ya existen modelos exitosos de este tipo exclusivos para salud sexual y reproductiva, incluido el soporte para decidir sobre un aborto. El instrumento "Apoyo en toma de decisiones en salud sexual y reproductiva" creado en 2017 por Profamilia, la Asociación Colombiana

siglo veintiuno editores

de Síndrome de Down (Asdown), la Liga Colombiana de Autismo y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (Paiis) de la Universidad de los Andes recoge herramientas de comunicación, imágenes, cuestionarios y consejos prácticos que brindan ayuda en la toma de decisiones reproductivas. Esta herramienta fue puesta a prueba con jóvenes y adultos con discapacidad intelectual y psicosocial, lo que demostró que sí permite aportar al conocimiento de la voluntad de las personas con discapacidad en temas relacionados con sus derechos reproductivos.

Los profesionales y las instituciones deben adecuar sus servicios para asistir a la toma de decisiones con apoyos mediante herramientas y ajustes comunicativos, a través de la intervención de profesionales interdisciplinarios y del trabajo conjunto con el círculo de confianza de la persona con discapacidad, entre otras. La toma de decisiones con apoyos implica pensar en el mejor interés de la persona con discapacidad, teniendo en cuenta las preocupaciones de las familias y los cuidadores, sin restar importancia y valor a la voz y opinión de la persona con discapacidad. Vale señalar que no se trata de garantizar la toma de "buenas decisiones", sino de garantizar que se respete la decisión de cada persona, tenga o no una discapacidad. De lo contrario, el Estado colombiano seguirá vulnerando la autonomía reproductiva de las mujeres con discapacidad.

siglo veintiuno editores

LA DISCAPACIDAD Y LAS PRESUNCIONES SOBRE VIOLENCIA SEXUAL

Las personas con discapacidad enfrentan diferentes estereotipos sobre su sexualidad y reproducción. Es frecuente que se ignore su capacidad de consentir relaciones sexuales y/o que se estime que son hipersexuales y no tienen autocontrol sexual (McRuer y Mollow, 2012). Suele pensarse que las mujeres con discapacidad embarazadas han sido víctimas de violencia sexual, sin preguntarse si sus embarazos fueron el resultado de relaciones consentidas o no. Muestra de esto son las decisiones de la Corte Constitucional en materia de aborto por parte de mujeres con discapacidad y de la Corte Suprema de Justicia en materia de violencia sexual de personas con discapacidad.

En la sentencia T-946 de 2008 de la Corte Constitucional, el magistrado Rodrigo Escobar Gil, en su salvamento de voto, afirmó que

> aunque las condiciones en las que se produjo el embarazo en este caso, en una menor que presenta discapacidad, permitirían presumir que el mismo fue consecuencia de un acceso carnal abusivo considero que, dado el momento en el que se produjo

> el fallo de revisión, ya no cabía una orden para la efectiva protección del derecho y si encuentro que las consideraciones de la Sala instrumentalizan el caso concreto, para hacerle producir consecuencias más allá de sus circunstancias concretas, en condiciones de las que discrepo claramente.

Aunque la mujer con síndrome de Down a que hace referencia el caso para el momento de la decisión tenía 18 años, para el magistrado la presunción de violencia sexual era necesaria, por tratarse de una persona con discapacidad. A pesar de esto, la Corte Constitucional ha afirmado que las niñas y mujeres con discapacidad deben argumentar la causal para acceder a un aborto, como cualquier otra mujer, porque no existe una presunción de derecho que afirme que se debe suponer la existencia de relaciones abusivas. Pensar que las relaciones sexuales con personas con discapacidad son por definición abusivas, responde a una suposición cultural, pues la única presunción legal en esta materia se relaciona con personas menores de 14 años, en virtud del delito de acceso carnal abusivo y de acto sexual abusivo con menores de 14 años consignado por el Código Penal colombiano.

Por su lado, la Corte Suprema de Justicia colombiana también ha hecho precisiones sobre la presunción de acceso carnal en mujeres con discapacidad. En su Sala de Casación, en sentencia del 6 de mayo de 2009, la Corte Suprema se pronunció con respecto a una imputación del delito de acceso carnal con persona incapaz de resistir. En este caso, a un hombre se le acusaba de haber accedido abusivamente a una mujer de 30 años que presentaba "sordomudez". En el análisis de la Sala de Casación, la Corte Suprema de Justicia consideró problemático que los jueces de primera instancia hubieran considerado que la mujer era incapaz de resistir, sólo por tener una discapacidad auditiva. Adicionalmente, llamó la atención sobre el criterio de "no darse a entender por escrito" que usaron los jueces y peritos para justificar su incapacidad volitiva para consentir relaciones sexuales. Al respecto, la Corte aclaró que

> sería tan discriminatorio como contrario al ordenamiento jurídico asumir la ausencia de juicio y de aquiescencia en el sujeto pasivo de la referida conducta tan sólo por el hecho de presentar una limitación física, como lo sería una de índole auditiva o de lenguaje, sin que se haya establecido por parte de un perito, y de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso, una pérdida en las habilidades de comunicación que no le permitiera integrarse a la sociedad y de la cual pudiera de-

siglo veintiuno editores

> rivarse razonablemente que, en cuanto portador del bien jurídico objeto de protección, carecía de la capacidad mental para disponer del mismo.[32]

El sistema judicial suele suponer que las personas con discapacidad no consienten sus relaciones sexuales. Aunque los índices de violencia sexual en personas con discapacidad, en especial mujeres y personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, son muy altos,[33] esta realidad no puede hacer suponer que todos sus actos sexuales están en el marco de la violencia, pues se estaría reproduciendo un estereotipo que estigmatiza e invisibiliza su sexualidad. Así, las mujeres con discapacidad deben poder acceder a un aborto en igualdad de condiciones que las demás, sin que se asuma de manera automática que están bajo la causal de violencia sexual, y sin que se les impongan barreras de acceso que imposibiliten sus decisiones informadas o se les impongan requisitos adicionales como la interdicción o la autorización judicial. Es necesario encontrar herramientas para abordar la realidad preocupante sobre la violencia sexual hacia personas con discapacidad, sin que esto lleve a una generalización que anule su posibilidad de consentimiento y vivencia de la sexualidad consentida.

siglo veintiuno editores

CONCLUSIONES

Este texto deja clara la necesidad de generar discusiones sobre la discapacidad y el aborto, en la búsqueda de un equilibrio y de conciliar los argumentos a favor de la autonomía de todas las mujeres y el modelo social de la discapacidad. Es necesario que el movimiento de derechos de las personas con discapacidad y el movimiento de derechos reproductivos puedan retroalimentarse y beneficiarse de las estrategias y los argumentos que han sido usados por ambos grupos para combatir la exclusión del acceso a servicios básicos, la participación política, entre otros factores

32 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación, 6/5/2009, magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca, aprobado acta nº 127, proceso nº 31743.

33 Véase el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia, "Forensis 2014. Datos para la vida", disponible en <www.medicinalegal.gov.co>.

comunes de discriminación que han enfrentado las mujeres y las personas con discapacidad en la historia.

Los significados e imaginarios que hoy se tienen sobre la discapacidad están permeados por ideas y estereotipos sobre la discapacidad, y que la entienden como un fenómeno que afecta el desarrollo de las sociedades, no permite productividad y que, en lo posible, debe ser evitado. Es necesario reiterar que la discapacidad sigue siendo comprendida desde el modelo médico-rehabilitador que da primacía a los diagnósticos y patologías, y que estos conceptos no necesariamente son objetivos, ni neutrales. El movimiento eugenésico muestra cómo ni la medicina, ni la cultura son valores estáticos, sino que se transforman a medida que se alimentan de la política y la defensa de los privilegios de ciertos grupos. Por lo cual, se hace necesario cuestionar las "verdades médicas" y complementarlas con enfoques sociales sobre lo que puede implicar una discapacidad.

Además, los dos movimientos deberían replantear la forma en que estudian la intersección entre la discapacidad y los derechos reproductivos, de modo tal que sus posturas y premisas no se entiendan como una paradoja, y por lo contrario, se beneficien el uno del otro. Sólo de esta manera el movimiento de los derechos de personas con discapacidad podrá tener en cuenta el enfoque de género y diferencial, tal como ha planteado la postura de la discapacidad feminista (Garland-Thomson, 2005). Por su parte, los estudios sobre derechos reproductivos deben seguir integrando la categoría de discapacidad en sus análisis, para que por medio de esta variable se pueda transformar el estatus de las mujeres y niñas con discapacidad.

Con lo anterior, cabe concluir que en Colombia, la articulación de los movimientos es un imperativo, pues es urgente dirimir las tensiones existentes e incorporar una mirada de la discapacidad basada en un modelo social que supere el enfoque médico y se concentre en combatir la opresión estructural que sufren las personas con discapacidad. De este modo, la articulación y sinergia entre los dos movimientos permitirá ultimar que a las mujeres se les debe garantizar, sin excepción alguna, el derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre el aborto, por medio de la garantía de los ajustes razonables y apoyos que faciliten su toma de decisiones.

Explicitar la intersección entre los derechos reproductivos y la discapacidad permite combatir aquellos estereotipos que hacen que la existencia y humanidad de las personas con discapacidad sea cuestionada, su sexualidad sea negada e invisibilizada y su reproducción busque ser evitada. Como establece Alison Piepmeier, "deje que las mujeres aborten por

siglo veintiuno editores

la razón que elijan, pero trabaje para crear un mundo en el que les gustaría traer a un niño –incluso un niño con una discapacidad intelectual–".

REFERENCIAS

Acevedo Guerrero, N. (2015), *The Medical Discourse and the Sterilization of People with Disabilities in the United States, Canada and Colombia. From Eugenics to the Present*, Montreal, Faculty of Law, McGill University.

Garland-Thomson, R. (2002), "Integrating Disability, Transforming Feminist Theory", *NWSA Journal*, 14(3).

— (2005), "Feminist Disability Studies", *University of Chicago Press*, 30(2): 1557-1587.

Generations Ahead (2007), *Bridging the Divide, Disability Rights and Reproductive Rights and Justice Advocates Discussing Genetic Technologies*, disponible en <www.generations-ahead.org>.

Gould, S. J. (1981), *The Mismeasure of Men*, Nueva York, W. W. Norton.

Jesudason, S. y J. Epstein (2011), "The Paradox of Disability in Abortion Debates. Bringing the Pro-Choice and Disability Rights Communities Together", *Contraception Journal*, 84(6).

— (2012), "Reproductive Laws for the 21st Century Papers Center for Women Public Studies", *Disability and Justice in Abortion Debates.*

Katz Rothman, B. (1993), *The Tentative Pregnancy. How Amniocentesis Changes the Experience of Motherhood*, Nueva York, W. W. Norton.

Kline, W. (2001), *Building a Better Race. Gender, Sexuality, and Eugenics from the Turn of the Century to the Baby Boom*, Berkeley, University of California Press.

Kolker, A. y B. M. Burke (1994), *Prenatal Testing. A Sociological Perspective*, Westport, Bergin and Garvey.

McRuer, R. y A. Mollow (2012), *Sex and Disability*, Durham y Londres, Duke University Press.

Nieto, M. (1995), "Poder y conocimiento científico. Nuevas tendencias en historiografía de la ciencia", *Historia Crítica*, 10: 3-14.

Noguera, C. E. (2003), *Medicina y política. Discurso médico y prácticas higiénicas durante la primera mitad del siglo XX en Colombia*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit.

Olarte Sierra, M. F. (2010), *Achieving the Desirable Nation. Abortion and Antenatal Testing in Colombia: The Case of Amniocentesis*, tesis de doctorado, Amsterdam Institute for Social Science Research (Aissr).

Palacios, A. (2008), *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cermi.

Piepmeier, A. (2013), "The Inadequacy of 'Choice': Disability and What's Wrong with Feminist Framings of Reproduction", *Feminist Studies*, 39(1): 159-186.

XXI siglo veintiuno editores

Press, N. (1998), "Provisional Normalcy and 'Perfect Babies': Pregnant Women's Attitudes toward Disability in the Context of Prenatal Testing", en S. H. Ragone (comp.), *Reproducing Reproduction. Kinship, Power, and Technological Innovation*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press.

Randall, H. y K. Desmond (2013), *Sterilized by the State. Eugenics, Race and the Population Scare in Twentieth North America*, Nueva York, Cambridge University Press.

Saxton, M. (2000), "Why Members of Disability Community Oppose Prenatal Diagnosis and Selective Abortion", en A. Asch y E. Parens (eds.), *Prenatal Testing and Disability Rights*, Washington, George Town University Press.

Sobsey, D. y T. Doe (1991), "Patterns of Sexual Abuse and Assault", *Sexuality and Disability*, 9(3): 243-259.

Stepan, N. L. (1991), *The Hour of Eugenics. Race, Gender and Nation in Latin America*, Nueva York, Cornell University Press.

Wade, P. (2003), "Afterword. Race and Nation in Latin America. An Anthropological View", en N. Appelbaum, A. Macpherson y K. Rosemblatt (comps.), *Race and Nation in Modern Latin America*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press.

Wilson, R. A. (2010), *Eugenics. Positive vs. Negative*, Eugenics Archives, University of Alberta, disponible en <www.eugenicsarchive.ca>.

World Health Organization and World Bank (2016), *World Report on Disability. High-level Political Forum, "Ensuring that no one is left behind", Position Paper by Persons with Disabilities*, disponible en <www.iddcconsortium.net>.

siglo veintiuno editores

siglo veintiuno
editores

8. El requisito de denuncia para acceder al aborto
Una carga desproporcionada para las mujeres

Nora Estefanía Picasso Uvalle

> Oh, Santa Dora […] / En agradecimiento, / prometemos que con la enorme fuerza / de tu lucha, / no bajaremos los brazos hasta conseguir / que el aborto sea libre, colectivo y popular.
> ORACIÓN A SANTA DORA SANADORA, protectora de las mujeres que abortan

En casi todos los países de la región, las mujeres tenemos derecho a abortar cuando el embarazo haya sido producto de una violación. Pareciera, en principio, que existe un consenso: si una mujer fue privada de su libertad sexual, lo mínimo que puede reconocérsele es el derecho a no continuar con el embarazo. Esta *no* ha sido la historia de miles de mujeres.

En Colombia la interrupción voluntaria del embarazo (IVE)[1] se encuentra despenalizada bajo un sistema de indicadores.[2] El caso colombiano ha sido celebrado pues, mientras en otros países como Bolivia, Panamá, o también en algunas entidades federativas en México, cuando una mujer es víctima de violencia sexual, se exige una sentencia judicial o la valoración de alguna autoridad sobre la veracidad de la denuncia (Bergallo y González Vélez, 2012: 22-27; Barraza y Gómez, 2009: 43). En Colombia, por el contrario, el único requisito para acceder al aborto en casos de violencia sexual es que se exhiba una copia de la denuncia debidamente presentada.

1 En este capítulo me referiré al aborto y a la interrupción voluntaria del embarazo como sinónimos.

2 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 resultado de una conducta 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 Colombiana, sentencia C-355 de 2006).

siglo veintiuno editores

Podríamos entender dicho requisito como una mera formalidad. Sin embargo, en este capítulo argumentaré que representa una carga desproporcionada para quienes desean acceder a un aborto en Colombia. En primer lugar, me referiré a las razones por las cuales las mujeres no denuncian los casos de violencia de que son víctimas, y a la forma en que el derecho contribuye a que las mujeres no denuncien. En segundo lugar, haré un repaso por las reglas en torno al acceso al aborto por la causal violencia sexual en Colombia y visibilizaré la manera en que el Estado ha obviado las problemáticas alrededor del requisito de denuncia. Por último, sostendré que no es clara la utilidad de exigir la denuncia y que, por el contrario, obstaculiza de manera indebida el acceso a un derecho fundamental: el derecho a decidir sobre el propio cuerpo.

siglo veintiuno editores

¿POR QUÉ LAS MUJERES NO DENUNCIAN?

La discusión en torno al acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual ha ganado importantes espacios en la agenda política. La proliferación de regulaciones e investigaciones a nivel nacional e internacional, que se proponen mejorar la situación estructural de violencia que vivimos las mujeres día a día, no es casualidad. Este posicionamiento se lo debemos, en cierta medida, a los fuertes reclamos que las feministas han realizado sobre la forma en que el derecho regulaba (y regula) la violencia sexual.

Vale la pena realizar un recorrido sobre las distintas críticas que han hecho las feministas a los sistemas jurídicos, en relación con la violencia sexual. Por un lado, han señalado que el derecho, y particularmente el derecho penal, sólo se preocupa por las violaciones que denominan "reales": las que suceden entre extraños, en contextos en que la mujer es una víctima *evidente* (una mujer que va sola caminando por la calle, indefensa, etc.) (MacKinnon, 1983: 648-649). Este señalamiento critica, por ejemplo, aquellas reglas probatorias que requieren que las mujeres demuestren marcas de violencia y de resistencia física (MacKinnon, 1982: 27, 37), o las leyes que establecen una excepción a la violencia sexual entre cónyuges por considerarla el ejercicio indebido de un derecho.[3]

3 Véase, por ejemplo, el expte. 9/2005-PS (solicitud de modificación a la tesis de jurisprudencia 1a./J.10/94) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Hasta 2005, la violación entre cónyuges era considerada

Por otro lado, algunas feministas han criticado el concepto mismo de consentimiento (que es de suma relevancia para los casos de violencia sexual). Para ellas, utilizar este concepto para distinguir entre un abuso y una relación consentida es problemático pues no se enfoca en el punto de vista de quien sufre la agresión, sino en las expectativas sociales de lo que esa persona debería hacer para resistir un acto sexual (MacKinnon, 1982: 532). Cuando nos hacemos la pregunta "¿hubo consentimiento?", nos enfocamos en una lectura externa de lo que la mujer dijo o no dijo, quiso o no quiso decir.

Por último, han argumentado que el problema es, en realidad, que el derecho no reconoce (ni siquiera entiende) los daños específicos que vivimos las mujeres. Aunque los sistemas jurídicos se autoproclaman neutrales y objetivos, la perspectiva desde la que se comprenden, regulan y sancionan los daños de las personas, es la del hombre. El derecho, por ejemplo, contiene siempre regulaciones que permiten a una persona cobrar por el daño hecho a su propiedad privada. Sin embargo, situaciones específicas que sufrimos proporcionalmente las mujeres (acoso sexual, por ejemplo) no son entendidas en este marco general de *daños* que contemplan muchos sistemas jurídicos (West, 1997: 100-107; 2000a: 150; 2000b).

Estas perspectivas, de alguna u otra forma, se han traducido en cambios en los distintos sistemas legales en materia de violencia sexual (Halley y otros, 2006: 355; Staggenborg, 2016: 81). En Colombia, por ejemplo, hoy se reconoce la violación entre cónyuges como un delito;[4] se encuentra prohibido para las autoridades inferir el consentimiento de la víctima por la ausencia de marcas físicas o de resistencia (Ley 1719 de 2014); y, para efectos probatorios, el hecho de que la mujer víctima de violencia no desee dar su testimonio, no es tan relevante para el proceso penal (T-973 de 2011). Sin embargo, a pesar de estos cambios las mujeres siguen sin denunciar. A pesar de todo esto, las cifras (oficiales y de organizaciones no gubernamentales) coinciden en que la mayoría de los casos de violencia de que las mujeres son víctimas quedan sin denunciar. ¿Por qué?

En Colombia se han identificado una serie de factores que impiden u obstaculizan a las mujeres denunciar. Por un lado, el temor al juzga-

siglo veintiuno editores

---

el ejercicio indebido de un derecho ("el derecho a la relación carnal"), y no un delito.

4 Esto a raíz de que la Corte declaró inconstitucional la norma que preveía, para este hecho, una pena menor. Véase sentencia C-285 de 2007. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

miento y al machismo institucional y el desánimo ante las complicaciones burocráticas juegan un rol importante a la hora en que una mujer está por tomar la decisión de si denuncia o no. Además, el temor a sufrir represalias o a afectar las relaciones familiares en los casos en que el agresor es un conocido también desincentivan el acercamiento de las mujeres ante las autoridades de investigación penal (Bergallo y González Vélez, 2012: 13-14).[5]

El problema con esta visión es que, en general, los factores se han entendido como extrajurídicos, es decir, como parte de la cultura machista dentro de las sociedades en que vivimos. Sin embargo, contrario a lo que se sostiene con frecuencia, podemos encontrar que estos factores son, de hecho, permitidos y (re)producidos por el propio derecho (Alviar García y Jaramillo Sierra, 2012; Jaramillo Sierra, 2013; Halley, 2006).

siglo veintiuno editores

TEMOR AL JUZGAMIENTO SOCIAL Y AL MACHISMO INSTITUCIONAL, DESÁNIMO ANTE COMPLICACIONES BUROCRÁTICAS

Quienes sufren violencia sexual en Colombia (y en muchos otros lugares) experimentan sentimientos de culpa o vergüenza ante lo ocurrido. Al ser una situación dolorosa, las mujeres no siempre tienen ánimos para hablar de ello, mucho menos para hacerlo de conocimiento público. Los prejuicios en torno a la sexualidad femenina impiden que las mujeres hablen sobre estas situaciones que tienen implicaciones en su vida privada y sexual (Bergallo y González Vélez, 2012: 8, 14). Aunque es una manera de analizarlo, hay otros aspectos que contribuyen a que esto suceda.

La Ley 600 del año 2000 establece que la denuncia debe ser realizada de manera presencial y, en la medida de lo posible, deben recabarse todos los datos de la persona que está realizando la denuncia. Estas disposiciones le imponen a la persona pasar por un proceso de identificación y apertura personal que no necesariamente desea vivir. Obligarlas a aventurarse a un posible proceso de estigmatización hace que las mujeres muchas veces decidan no denunciar (Ley 600 de 2000, art. 29 y sentencia C-1177 de 2005) (Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, 2008: 261).

Se ha demostrado además que la desconfianza generalizada de las mujeres para acudir a la justicia genera una especie de desánimo o "pereza"

5 Véase también la investigación de 2009 de la Corporación Sisma Mujer, *Mujeres en conflicto. Violencia sexual y paramilitarismo*, disponible en <www.sismamujer.org>.

ante las dificultades burocráticas (Díaz Amado y otros, 2010: 118-126). Imaginarse la inversión de tiempo y recursos que conlleva un proceso de denuncia provoca un fuerte desincentivo para que las mujeres que fueron agredidas sexualmente acudan a denunciar.

La regulación del procedimiento de denuncia incentiva este desánimo ante las posibles (y muy potenciales) complicaciones burocráticas. Por ejemplo, la fragmentación de la competencia para recibir la denuncia implica que las mujeres (y las personas en general) no tengan certeza sobre qué autoridad puede recibirla. La legislación colombiana establece como autoridades facultadas para esto a la Fiscalía (art. 250 constitucional), la policía, la Defensoría del Pueblo (Decreto 25 de 2014, Ley 1257 de 2008, art. 8), las Comisarías de Familia (Ley 1098 de 2006, arts. 83 y 86). Todas estas autoridades tienen, a su vez, unidades de atención que también reciben denuncias por violencia sexual como los Centros de Atención a Víctimas de Violencia Sexual, las unidades de la policía (Dijin, Sijin, CTI), las Salas de Recepción de Denuncia o las Casas de Justicia. Es claro que esta fragmentación se debe a un esfuerzo por hacer más sencillo el acceso a la denuncia, sobre todo en aquellos lugares fuera de los cascos urbanos. Sin embargo, más que facilitar el acceso a la justicia, la fragmentación de competencias genera confusión y desincentiva la denuncia por parte de las mujeres.[6]

Aunado a lo anterior se encuentran las facultades concedidas de manera legal a las autoridades para remitir a las personas a otra instancia, como redirigirlas ante la Fiscalía (o sus unidades de atención). Esto expone a las mujeres a "peregrinar" de autoridad en autoridad (Ley 1257 de 2008, art. 17; Ley 1542 de 2012, art. 3) y hace que se vean obligadas a contar su historia una y otra vez.

siglo veintiuno editores

MIEDO A SUFRIR REPRESALIAS

Un gran desincentivo para la denuncia por parte de mujeres víctimas de violencia es el temor a sufrir represalias (Bergallo y González Vélez, 2012: 14). Sobre todo porque el hecho de que una mujer realice una denuncia ante las autoridades no garantiza que el agresor sea detenido. En este sentido, la mujer queda muy expuesta a venganzas o agresiones posteriores.

6 Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Auto 279 de 2009. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

El temor a las retaliaciones físicas es producido por el derecho de tres maneras. En primer lugar, la obligación de identificarse como autora de la denuncia, así como al agresor. Exponer el nombre de quien denuncia y otorgar al agresor esta información pone en peligro la integridad física y psicológica de la mujer.

Por otro lado, aunque existe la posibilidad de acceder a distintos programas de protección, su regulación se encuentra muy fragmentada: hay normas que facultan a los jueces de control de garantías y penales municipales a decidir sobre la pertinencia de detener a una persona imputada con el objetivo de proteger a las víctimas (Ley 1142 de 2007). Hay también reglas que facultan a los jefes de oficinas de la Fiscalía a evaluar solicitudes de protección para intervinientes del proceso penal de la Fiscalía (Resolución 5101 de 2008 de la Fiscalía). Existen reglamentaciones que crean grupos conformados por personas de la Fiscalía, la policía y la Defensoría que tienen a su cargo la evaluación de solicitudes de protección para víctimas de delitos del conflicto armado (Decreto 1737 de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia). Asimismo, se prevén normas que crean procedimientos para determinar medidas de protección de mujeres víctimas de violencia en materia de salud (Decreto 4796 de 2011 del Ministerio de Salud). Hay otras que facultan a las Comisarías de Familia, jueces municipales o promiscuos municipales a dictar medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar (Decreto 4799 de 2011 del Ministerio de Justicia y del Derecho). Encontramos también las que facultan al director de la Unidad Nacional de Protección a adoptar medidas para proteger a mujeres en riesgo (Resolución 805 de 2012 y Decreto 4912 de 2011 del Ministerio del Interior). Por último, han sido expedidas reglas que establecen medidas de atención y protección a mujeres víctimas de violencia (Decreto 2734 de 2012 de los ministerios de Justicia, Defensa Nacional y Salud).

La proliferación de regulaciones demuestra los esfuerzos de las entidades gubernamentales por proteger a las mujeres víctimas de violencia de los riesgos derivados de denunciar. Sin embargo, la fragmentación y complejidad de la regulación juega un rol importante en el desincentivo de las mujeres para denunciar la violencia sexual. Existen entidades que tienen a su cargo dos o tres programas de protección a la vez. En otros casos, las autoridades a través de las cuales se puede acceder a las medidas de protección son los jueces municipales. Esto también funciona como desincentivo en cuanto expone a las mujeres a autoridades que no necesariamente están sensibilizadas en temas de violencia sexual.

Por último, aunado a la fragmentación de los programas de protección, las reglas que determinan los estándares para otorgarlos también

siglo veintiuno editores

generan que las mujeres no utilicen estas herramientas. Algunas reglamentaciones dejan a discrecionalidad la decisión sobre la "pertinencia" de adoptar la medida (Ley 1142 de 2007; Decreto 4796 del Ministerio de Salud; Ley 574 de 2000; Decreto 4799 del Ministerio de Justicia y del Derecho). Si a esta discrecionalidad se suma la desconfianza de las mujeres ante el aparato judicial, es claro el desincentivo que produce el derecho para que las mujeres denuncien, pues no tienen la certeza de que se les vaya a otorgar una medida de protección.

Además, las reglas que determinan los estándares para conceder esas medidas también desincentivan la denuncia porque requieren que se demuestren riesgos inminentes y excepcionales o amenazas reales o específicas (Resolución 5101 de 2008 de la Fiscalía; Resolución 805 de 2012; Decreto 2734 de 2012 de los ministerios de Justicia, Defensa Nacional y Salud). Esto impone fuertes cargas probatorias a las mujeres, lo que también genera un desánimo ante la posibilidad de acceder a una medida de protección. Junto con lo anterior, los tiempos de resolución también son desalentadores, ya que no son inmediatos. Algunas regulaciones establecen quince días hábiles para evaluar la solicitud (Resolución 5108 de 2008 de la Fiscalía; Decreto 1737 de 2010 del Ministerio del Interior y de Justicia), mientras que en otros casos se prevén hasta treinta días hábiles para resolverla (Resolución 805 de 2012 del Ministerio del Interior). Si tomamos en cuenta que para acceder a estos programas se pide la denuncia del hecho, los plazos de resolución no satisfacen las necesidades de protección de las mujeres.

siglo veintiuno editores

TEMOR A AFECTAR LAS RELACIONES FAMILIARES

Otro de los factores identificados como desincentivos para denunciar es el temor a dañar la armonía familiar (Contreras y otros, 2010: 43; Schneider, 2010). En la gran mayoría de casos, los agresores de las mujeres son personas conocidas o cercanas. En este tipo de contextos, denunciar al agresor tiene una serie de implicaciones que las mujeres no necesariamente están dispuestas a asumir. Esto se debe, entre otros motivos, a la existencia de una cultura que glorifica la familia. Sin embargo, esta explicación torna invisible el rol que el derecho juega en relación con este factor.

Por otro lado, el hecho de que la violencia sexual sea un delito perseguido de oficio implica que las mujeres pierdan el control y su autonomía sobre esa situación, lo cual no siempre están dispuestas a aceptar (Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, 2008: 261). Muchas mujeres que quedan embarazadas como consecuencia de un abuso sexual no quieren

llevar el proceso hasta las últimas instancias para no dañar sus relaciones familiares. Sin embargo, esto no significa que no quieran ejercer su derecho al aborto. En este punto es importante mencionar que la regulación es ambigua con relación al nivel en que las mujeres pierden el control del proceso penal. Por un lado, las autoridades tienen el deber de informar y perseguir aquellos casos en que tengan conocimiento de la posible comisión de un delito de violación (Ley 1719 de 2014, art. 17). Sin embargo, la misma ley establece la posibilidad de que la mujer se retracte de la denuncia, pero condicionada a que el fiscal corrobore los motivos de dicha decisión. La forma en que el derecho suplanta la voluntad de las mujeres para perseguir agresiones sexuales las desalienta para acudir al sistema de justicia. Por supuesto, esto genera fuertes obstáculos a aquellas mujeres que desean acceder al aborto.

Por último, el derecho desincentiva la denuncia en los casos en que la mujer depende económicamente de su agresor. Así, no sólo las reglas penales se ven involucradas, sino también aquellas reglas del derecho de familia que no garantizan la supervivencia económica de quienes son agredidas por su pareja (o padre, o tutor, o quien sea que provea los recursos económicos). Como si esto fuera poco, la fragmentación y difícil acceso a los programas de protección agrava estas situaciones. Si bien existen programas que prevén medidas económicas, de alimentación y hospedaje para mujeres víctimas de violencia (Decreto 2734 de 2012 del Ministerio de Salud; Ley 1257 de 2008), la división de competencias y las cargas probatorias para acceder a los programas justifican el temor de las mujeres de quedar desprovistas de recursos para subsistir.

siglo veintiuno editores

SOBRE EL ACCESO AL ABORTO POR LA CAUSAL VIOLENCIA SEXUAL EN COLOMBIA (Y LO PROBLEMÁTICO QUE ES EXIGIR LA DENUNCIA COMO REQUISITO)

Las razones por las que las mujeres no denuncian no son un secreto. Junto con esas razones, existe una serie de problemáticas alrededor del procedimiento de denuncia como requisito para acceder al aborto que el Estado ha obviado. En este sentido, en el presente apartado busco repasar las reglas en torno al acceso al aborto por la causal violencia sexual. Pero también pretendo hacer un llamado de atención: a pesar de que "únicamente" (como si esto no estuviera permeado por un contexto estructural de violencia contra las mujeres) se solicita la denuncia para

acceder al aborto, hay un conjunto de dificultades en torno al requisito que no han sido abordadas a pesar de que se ha tenido la oportunidad.[7]

Mónica, Laura y María[8] son las protagonistas de los casos en que la Corte Constitucional colombiana se pronunció de manera directa sobre la causal violencia para acceder al aborto. Estas tres mujeres fueron víctimas de violencia sexual. Mónica y María son mujeres con discapacidad, Laura es menor de edad. Mónica fue abusada por un familiar. A Laura su abusador la amenaza de forma constante para que no diga nada. Las tres están embarazadas. A las tres se les negó el acceso a la IVE.

A Mónica se lo negaron por no presentar la denuncia ante la Empresa Promotora de Salud (EPS) (T-988 de 2007). A María, porque su denuncia era ilegible (T-946 de 2008). En el caso de Laura, aunque presentó una copia de la denuncia, la clínica no la atendió porque presentó objeción de conciencia institucional (T-209 de 2008). Las tres acudieron a la justicia constitucional.

Para los jueces de instancia, los casos de Mónica y María estaban perdidos pues se encontraban en una fase muy avanzada del embarazo. En el caso de Mónica, la jueza tuvo en cuenta un informe médico expedido por el hospital, en el cual se establecía que después de las quince semanas de embarazo el aborto representa un riesgo de muerte. En consecuencia, la jueza decidió que era su deber garantizar la vida de la mujer gestante y no autorizar el aborto. Esto fue confirmado en segunda instancia (T-988 de 2007). En relación con María el juez consideró que por la etapa del embarazo en que se encontraba (veintidós semanas) el procedimiento era muy riesgoso; en su concepto, un aborto seguro puede realizarse sólo hasta las ocho semanas. En la sentencia de tutela no se advierte el fundamento por el que el juez llegó a esta conclusión. El juez de segunda instancia confirmó la decisión a pesar de que un médico expresara que no había inconvenientes para realizar el procedimiento.

En el caso de Laura los jueces argumentaron que no había evidencia para suponer que el embarazo hubiese sido consecuencia del abuso sexual denunciado, para ellos, existía una discrepancia entre la fecha de denuncia y el tiempo de gestación. Esto lo concluyeron a partir de un

siglo veintiuno editores

7 Es importante mencionar que la reglamentación del derecho al aborto está conformada, sobre todo, por los pronunciamientos de la Corte Constitucional posteriores a la C-355 de 2006. Sin embargo, también podemos encontrar una serie de directivas y normas administrativas dictadas por el Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y la Fiscalía General de la Nación. No ahondaré en estas últimas, pues solamente reiteran la regla establecida por la Corte en la sentencia de 2006.

8 Nombres ficticios.

cálculo entre la fecha en que la madre de Laura alegaba que había ocurrido la agresión y las semanas de gestación. En los tres casos surge una serie de debates en torno a la presentación de la denuncia que no fueron abordados por la Corte. Esta se limitó a resolver cada uno de ellos con base en reglas principales que pasan por alto dichos debates.

En el caso de Mónica, la Corte abordó el problema a partir de la protección de personas con discapacidad. En sus palabras:

> Las entidades prestadoras de salud que exijan el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncio para practicar el aborto inducido en una mujer notoriamente discapacitada –con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que imposibilitan la exteriorización libre y directa de su consentimiento–, la cual ha sido víctima de abuso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, incurren en un grave desconocimiento de la protección que deriva para las personas con discapacidad […] Bajo estas circunstancias, las autoridades públicas y los particulares que obren en calidad de tales *han de interpretar las normas del modo que más favorezca a estas personas* (T-988 de 2007; énfasis añadido).

Siglo veintiuno editores

Esta forma de abordar el asunto es problemática en varios sentidos. Primero, porque las autoridades no le solicitaron requisitos adicionales a la denuncia. Es verdad que la EPS pidió a la madre de Mónica un certificado que demostrara su "estado de interdicción" (T-988 de 2007). Sin embargo, la negativa se debió a que no presentaron una copia de la denuncia ante la EPS. Por su parte, los jueces de instancia utilizaron argumentos de temporalidad en el embarazo, en otras palabras, que la gestación estaba muy avanzada para realizar el procedimiento.

Además, es problemático que la Corte en ningún momento se preguntó las razones por las que la madre de Mónica no presentó la denuncia en primer lugar. ¿Se debió a la falta de información? ¿Tuvo que ver con que la persona que abusó de Mónica era un familiar? ¿Le parecía un trámite largo? Esta era una oportunidad para que la Corte ahondara sobre las dificultades que tienen las mujeres para acceder al aborto por esta causal. Asimismo, es problemático que la Corte haya dejado una puerta abierta al ordenar que las autoridades deben interpretar las normas de forma benéfica. La Corte nunca explica a qué normas se refiere. Tampoco aclara si esto permitiría eximir del requisito de denuncia en algunas circunstancias.

Por otro lado, si la subregla implicara que en el caso de personas con discapacidad la denuncia es innecesaria, esto entraría en fuerte conflicto con los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad (aunque en otra parte de la sentencia los reconoce, además de citar otros casos en los cuales así lo ha hecho –T-850 de 2002–). Además, es inconveniente que asumiera que este era un grupo homogéneo al que se le podían aplicar iguales criterios en todos los casos.

En el caso de María, la Corte sólo reiteró que las autoridades tienen prohibido solicitar requisitos adicionales a la denuncia (T-946 de 2008). Así, volvió a obviar una serie de problemáticas en torno a la denuncia como requisito. Al igual que en el caso de Mónica, a María no le solicitaron requisitos adicionales, pero le negaron el servicio de aborto porque *la denuncia presentada era ilegible.* La Corte de manera implícita aceptó que era ilegible pues pidió una copia a la autoridad competente. Sin embargo, no desarrolló este punto. ¿Qué quiere decir que la copia es ilegible? ¿Debe ser completamente ilegible o basta con que una parte lo sea? ¿De quién es la obligación de verificar la existencia de la denuncia? ¿Qué papel juega el principio de buena fe en este caso? La Corte sí sugiere que los jueces de tutela tienen la obligación de verificar la existencia de la denuncia. Sin embargo, en relación con los operadores de salud el tema persiste, pues no es claro qué obligación tienen estos en el caso de que una denuncia sea "ilegible".

La Corte sí se refirió al principio de buena fe en el caso de Laura (T-209 de 2008). Resolvió que los jueces de instancia violaron este principio al tratar de desacreditar la conexión entre el embarazo y la denuncia presentada. Además, desatendieron la presunción de violencia sexual que prevé el Código para menores de 14 años. También llamó la atención sobre el hecho de que la menor había sido constantemente amenazada por la persona que la abusó. Sin embargo, sin atender otra vez a lo problemático del requisito, no ahondó en la forma en que este tipo de situaciones podrían significar un obstáculo para que las mujeres accedan a la IVE. Se limitó a reconocer el hecho y a reiterar que es necesario presentar la denuncia. Al respecto expresó:

> Claro está que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto (T-209 de 2008).

siglo veintiuno editores

La Corte Constitucional tuvo una nueva oportunidad para pronunciarse sobre el caso de Laura en la supervisión de cumplimiento de sentencia (Auto 279 de 2009). La madre de Laura informó que habían sido amenazadas por haber denunciado al agresor. También expresó que al haber intentado denunciar estos hechos, la remitieron constantemente de autoridad en autoridad y sin que ninguna le recibiera la denuncia. La Corte reconoció que en muchas ocasiones las mujeres sufren obstáculos para presentar denuncias por delitos sexuales. Le atribuyó esta situación a los prejuicios culturales y al machismo institucional pero hasta ahí llegó su análisis, como en otros escenarios constitucionales (véase el Auto 092 de 2008 en materia de violencia sexual en el marco del conflicto armado o la sentencia C-754 de 2015). En este Auto la Corte ordenó hacer efectivo el pago de la indemnización ordenada en la T-209 de 2008. Asimismo, advirtió a la Fiscalía que tomara en cuenta los hechos denunciados en esta instancia a efectos de otorgar medidas de protección. Estas órdenes ponen en evidencia lo poco útil que resulta la forma en que la Corte aborda el tema, pues no resolvió la situación concreta de Laura y su madre.

Podemos ver que en estos casos surgieron debates sobre aspectos particulares de las denuncias como requisitos para acceder al aborto. Sin embargo, en cada uno de ellos, la Corte se limitó a reiterar la norma que consagró desde la C-355, es decir: para que una mujer acceda al aborto en casos de violencia sexual sólo se requiere que presente una copia de la denuncia. Esto sucede a pesar de que la tutela otorga amplios poderes al juez constitucional y que abordar esos debates habría significado un efecto positivo en la garantía del acceso al aborto por parte de las mujeres. En última instancia, el requisito de denuncia es mucho más problemático de lo que se piensa, no es claro cuál es su beneficio o finalidad y resulta evidente que obstaculiza el acceso al aborto.

siglo veintiuno editores

EL REQUISITO DE DENUNCIA COMO CARGA DESPROPORCIONADA

Por un lado, hemos visto que las mujeres no denuncian los casos de violencia de que son víctimas por una serie de factores que, además, son producidos por el propio derecho. Por otro lado, exigir a las mujeres que denuncien para acceder al aborto es sumamente problemático y obstaculiza el acceso a ese derecho. Para concluir, analizaré este requisito a la luz de la doctrina del test de proporcionalidad, con la finalidad de argumentar que resulta completamente desmedido. Este argumento podría

ser utilizado en sede constitucional para cuestionar la legitimidad del requerimiento.

El sistema jurídico colombiano reconoce el aborto como un derecho fundamental (T-301 de 2016). Entonces, puede entenderse que la exhibición de la copia de la denuncia representa un límite en el acceso a este derecho. Tal panorama no resulta extraño en el modelo de indicaciones, en el que las causales legales en general están sujetas a autorizaciones de terceros (Erdman, 2016). Uno de los problemas que surge con dichas autorizaciones es el de la discrecionalidad, que, a su vez, puede convertirse en un problema de arbitrariedad (Erdman, 2016: 160). Ahora bien, aunque es claro que estas autorizaciones no son en sí mismas prohibidas, deben responder a ciertos parámetros constitucionales y convencionales para considerarse legítimas. Así, tanto la jurisprudencia internacional[9] como la nacional[10] han establecido que para que la restricción a un derecho sea acorde a los estándares debe estar establecida en una ley y perseguir un fin legítimo, ser idónea para satisfacer el fin (razonabilidad); y menoscabar en la menor medida posible el derecho limitado (proporcionalidad).

siglo veintiuno editores

LA MEDIDA DEBE PERSEGUIR UN FIN LEGÍTIMO

En relación con el primer parámetro, la Corte Constitucional no ha hecho referencia a las razones por las que se exige una denuncia como condición para acceder al aborto. Sin embargo, en aras de discusión, analizaré la restricción a partir de dos posibles escenarios: que el fin legítimo sea perseguir y sancionar la violencia sexual, o que la exigencia de la denuncia sea una manera de "comprobar" el incidente que da lugar a que pueda accederse a este derecho.

El Estado colombiano tiene como deber perseguir y sancionar cualquier forma de violencia contra las mujeres. Si se toma esto en cuenta, tiene sentido que delitos como el de violencia sexual sean perseguidos de oficio (ahora bien, que tenga sentido no quiere decir que no sea problemático). Un modo de interpretar la exigencia de la denuncia como condición para acceder al aborto puede ser, precisamente, este deber del Estado. Al respecto cabría hacer dos precisiones. Primero, que la persecución de la violencia sexual y el aborto como un derecho que se confi-

9 Véanse los casos de la Corte IDH, "Atala Riffo y Niñas c. Chile" y "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", ambos de 2012.

10 Véanse las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-417 de 2009, C-794 de 2014 y C-479 de 2016.

gura en ciertos casos, son aspectos distintos. Aunque esto suene obvio, el hecho es que el acceso a uno no debería condicionarse a la persecución del otro.

Otra forma de ver esta limitación es que, bajo la lógica del acceso al aborto por causales, el Estado debe asegurarse de que efectivamente se cumplen las causas o condiciones que lo permiten (Erdman, 2016). Es el motivo por el cual se exige, por ejemplo, un certificado médico para las causales de salud y malformación. Sin embargo, para el caso de violencia sexual, requerir que se demuestre dicha violencia o se dicte alguna sentencia judicial representa dificultades en términos de tiempo que harían inviable el acceso al aborto. Así, no tiene mucho sentido que se exija algo para "comprobar", y al mismo tiempo la Corte establezca que no pueden pedirse requisitos adicionales que pretendan medir la veracidad del dicho de la mujer. Al respecto, en la sentencia C-355 de 2006, la Corte estableció:

> En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada.

Es claro que la exhibición de la denuncia, más que "comprobar" que el hecho sucedió, representa una formalidad en la medida en que la "buena fe y responsabilidad de la mujer" priman sobre cualquier otro criterio. En este sentido, basta con que la mujer declare que el hecho sucedió para que se satisfaga el fin perseguido. La medida no persigue un fin legítimo pues, en realidad, no es claro cuál es el fin legítimo que pretende perseguir.

siglo veintiuno editores

LA MEDIDA DEBE SER IDÓNEA PARA SATISFACER EL FIN

Aunque se aceptara que los fines establecidos en el apartado anterior son legítimos, la restricción no es idónea. La idoneidad supone que debe existir entre el *medio* y el *fin* una relación positiva, es decir, "el medio debe facilitar la obtención del fin" (Bernal Pulido, 2007: 724). Al respecto, cabe hacerse la pregunta: ¿el requisito de denuncia conduce a un estado de cosas en que la persecución de la violencia sexual se ve "aumentada" o "mejorada", en relación con el estado de cosas anterior a dicho requisito? Aunque el estudio de esta pregunta escapa a los objetivos del presente capítulo, es claro que su respuesta tiene un carácter fáctico que, en todo caso, correspondería al Estado demostrar (Bernal Pulido, 2007: 731).

LA MEDIDA NO DEBE MENOSCABAR, EN LO POSIBLE, EL DERECHO LIMITADO

Este parámetro requiere hacer una comparación entre la medida y otras vías alternativas, ya que de existir otro camino que lesione en menor nivel el derecho, deberá utilizarse este último. Nuevamente, asumiendo que existiera un fin legítimo y que la medida fuera idónea, una alternativa menos lesiva es que el profesional de la salud que atiende a la mujer que desea acceder a un aborto notifique a las autoridades competentes del hecho delictivo. Esto, sólo en los casos que la mujer lo autorice. En aquellas situaciones en que se realice la denuncia en contra de la voluntad de la mujer, el profesional de la salud se sujetará a las sanciones respectivas por violación al secreto profesional. Así, la persecución e investigación puede llevarse a cabo sin la necesidad de que la mujer se exponga ante una posible revictimización.

En el caso de que se aceptara que la denuncia sirve como "comprobación", igual existirían otras alternativas que generan menor menoscabo a las mujeres: el delito de falsa denuncia. Cuando cualquier persona acude a denunciar, las autoridades están obligadas a "advertir" que la falsa denuncia o el falso testimonio implican responsabilidad penal (Ley 906 de 2004, art. 69). Esta advertencia o "amenaza institucional" ha sido interpretada como una manera de limitar o restringir que las personas realicen denuncias temerarias. Este delito puede fungir entonces como forma de "comprobar" o "controlar" que se actualice el hecho que da lugar al acceso al aborto.

Para que la restricción a un derecho sea acorde a los estándares es necesario que se cumplan los tres parámetros. El hecho de que no se cumpla alguno de ellos hace que la medida sea automáticamente ilegítima. Con independencia del parámetro que se analice, requerir una denuncia para acceder al aborto no cumple con ninguno de ellos. Es una medida desproporcional para las mujeres que, en este sentido, debería ser eliminada del sistema jurídico en aras de proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

CONCLUSIONES

Aunque la Corte Constitucional intentó abrir un espacio de libertad para las mujeres, a diez años de la sentencia C-355 de 2006 persisten proble-

siglo veintiuno editores

mas en su implementación. Los movimientos pro aborto en Colombia han dedicado esfuerzos en mejorar el acceso de las mujeres a la IVE. Esto explica que la regulación en torno a la causal salud haya sufrido tantas modificaciones en los últimos años.[11] Sin embargo, la causal violencia sexual se ha mantenido en los mismos estándares y, en general, es poco utilizada por las mujeres. Hoy en día quizá sea más fácil acceder a un aborto por la causal salud, que por la causal violación, lo cual podría explicarse desde el punto de vista de una movilización estratégica por parte de las feministas, pero esta hipótesis requiere de un análisis aparte.

En este capítulo argumenté que el requisito de denuncia para acceder al aborto por la causal violencia sexual es desproporcionado. Para llegar a esta conclusión, en primer lugar, expuse los factores por los que las mujeres no denuncian los casos de violencia de que son víctimas, y la forma en que el derecho produce esos factores. La literatura ha encontrado que las mujeres no denuncian por una serie de factores que en general son atribuidos a la cultura. Sin embargo, dichos factores también son legitimados por el propio derecho a través de las reglamentaciones para la interposición de la denuncia, que exponen a las mujeres a sufrir las cargas que hacen que eviten denunciar.

Luego, analicé la regulación más importante en torno al acceso al aborto por la causal violencia sexual. Después critiqué la forma en que el Estado, en particular la Corte Constitucional, no ha abordado la causal violencia desde las distintas problemáticas que ella plantea. Así, el hecho de repetir sentencia tras sentencia que para acceder al aborto sólo es necesaria una copia de la denuncia no significa que este sea un requisito sin ningún tipo de barrera adicional. Si se toma en cuenta que las mujeres no denuncian los hechos de violencia de que son víctimas y que hay una serie de problemáticas que envuelven al procedimiento, la condición representa un obstáculo en el acceso al aborto.

Por último, argumenté que el requisito de denuncia no cumple con los parámetros que deben cumplir las limitaciones a derechos fundamentales. Así, no es claro qué fin legítimo se persigue con la denuncia como requisito. También, aunque en aras de discusión, propuse dos fines que podrían ser considerados como aquellos que inspiran la restricción, no son ni razonables, ni proporcionales. No hay una relación entre los fines propuestos y la medida. Además, existen otras formas mediante las cuales podrían lograrse dichos fines, sin necesidad de imponer a las

11 Véase, por ejemplo, el trabajo que ha realizado La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, disponible en <www.despenalizaciondelaborto.org.co>.

siglo veintiuno editores

mujeres la carga de acudir ante escenarios que históricamente las han violentado y revictimizado.

En todo caso, este texto no sólo sirve para llamar la atención sobre las barreras que impiden a las mujeres abortar, sino también sobre las dificultades que tienen las mujeres para denunciar las situaciones de violencia sexual de que son víctimas.

REFERENCIAS

Alviar García, H. e I. C. Jaramillo Sierra (2012), *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*, Bogotá, Siglo del Hombre.

Barraza, C. y C. Gómez (2009), "Un derecho para las mujeres. La despenalización parcial del aborto en Colombia", Bogotá, La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres.

Bergallo, P. y A. C. González Vélez (2012), *Interrupción legal del embarazo por la causal violación. Enfoques de salud y jurídico*, Bogotá, La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y otros.

Bernal Pulido, C. (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Contreras, J. M., S. Bott, A. Guedes y E. Dartnall (2010), *Violencia sexual en Latinoamérica y el Caribe. Análisis de datos secundarios*, marzo, disponible en <www.oas.org>.

Díaz Amado, E., M. C. Calderón García, K. R. Cristancho, E. P. Salas y E. B. Hauzeur (2010), "Obstacles and Challenges Following the Partial Decriminalization of Abortion in Colombia", *Reproductive Health Matters*, 18: 118-126.

Erdman, J. N. (2016), "El giro procesal. El aborto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en R. J. Cook, J. N. Erdman y B. M. Dickens, *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, FCE.

Estrich, S. (1987), *Real Rape*, Cambridge, Harvard University Press.

Halley, J. (2006), *Split Decisions. How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press.

Halley, J., P. Kotiswaran, C. Thomas y H. Shamir (2006), "From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work and Sex Trafficking - Four Studies in Contemporary Governance Feminism", *Harvard Journal of Law & Gender*, 39: 335.

Jaramillo Sierra, I. C. (2013), *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Bogotá, Uniandes.

Jaramillo Sierra, I. C. y T. Alfonso Sierra (2008), *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre.

siglo veintiuno editores

MacKinnon, C. (1982), "Feminism, Marxism, Method and the State. An Agenda for Theory", *Signs*, 7: 515-544.
— (1983),"Feminism, Marxism, Method and the State. Towards Feminist Jurisprudence", *Signs*, 8: 635-658.

Schneider, E. (2010), "La violencia de lo privado", en J. Di Corleto (comp.), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, Libraria.

Staggenborg, S. (2016), *Social Movements*, Nueva York, Oxford University Press.

West, R. (1997), *Caring for Justice*, Nueva York, New York University Press.
— (2000a), "The Difference in Women's Hedonic Lives. A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory", *Wisconsin Women's L. J.*, 15: 149-215.
— (2000b), *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre.

siglo veintiuno
editores

9. Niñas y adolescentes: su (in)capacidad para decidir sobre el aborto
Estudio comparado de Colombia y la Argentina

Sonia Ariza Navarrete
Viviana Bohórquez Monsalve

Un número importante de estudios sobre maternidad en la infancia y adolescencia en América Latina señala la necesidad de fortalecer las políticas de prevención de los embarazos no deseados, no planeados o producto de contextos de violencia (Ábalos y otros, 2010; Unicef, 2013; Binstock y Näslund-Hadley, 2013; Pantelides, Fernández y Marconi, 2014; Casas y otros, 2015). En términos generales, el embarazo en la adolescencia se considera un problema de salud pública, aunque hay muchas voces que reclaman un abordaje que tenga en cuenta la autonomía reproductiva de las adolescentes y las empodere para tomar decisiones al respecto.

El marco legal de la región para la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, "NNyA") es bastante restrictivo, en especial en relación con la capacidad para decidir sobre la sexualidad, la maternidad y el acceso efectivo a servicios de salud. En tales circunstancias, el aborto legal resulta un ejemplo paradigmático de esta compleja situación, ya que requiere la interacción de instrumentos jurídicos, prácticas médicas y sociales en torno a la autonomía de niñas y adolescentes (en adelante, "NyA") para decidir sobre su propio cuerpo y sobre su sexualidad. Dos casos relevantes en la región, Colombia y la Argentina, en que se han desarrollado estándares para el acceso al aborto de NyA pueden ilustrar esta realidad. Por un lado, los dos países cuentan con marcos legales dinámicos que se han ido ajustando a los estándares internacionales de protección de derechos, aunque con deficiencias de enfoque e implementación. Por el otro, en ambos las prácticas sanitarias de aplicación de estas normas reflejan un desfase importante con el avance normativo.

Este capítulo presenta un estudio comparado del marco legal sobre el acceso al aborto de NyA en la Argentina y Colombia.[1] En la primera

1 En este capítulo nos referimos a aborto e interrupción voluntaria del embarazo como sinónimos.

siglo veintiuno editores

parte, revisamos las normas sobre acceso al aborto de NyA a nivel nacional, en un estudio sincrónico y horizontal, ya que no incluiremos regulaciones subnacionales (Chappell, 2010). Desplegamos una descripción analítica de la legislación nacional relevante para el acceso a la salud en la infancia y la adolescencia, el consentimiento sexual (presunción de violación) y los requisitos específicos para acceder al aborto (Monateri, 2012). Nuestro trabajo considera normas de orden penal, civil y algunas regulaciones administrativas o sanitarias especiales.

En la segunda parte, realizamos una descripción crítica del panorama de implementación de estas normas en la jurisprudencia desarrollada en casos de solicitudes de aborto relacionadas con NyA (Somma, 2015). A tal efecto, estudiamos los precedentes judiciales de la Corte Constitucional de Colombia en favor del aborto de NyA y algunas notas del contexto general de implementación en la Argentina. Finalmente, exponemos algunas conclusiones sobre el tema de estudio.

siglo veintiuno editores

EL MARCO LEGAL SOBRE ABORTO PARA NYA EN COLOMBIA Y LA ARGENTINA

LA REGULACIÓN PENAL DEL ABORTO Y LA PRESUNCIÓN DE VIOLACIÓN

Para empezar abordaremos las normas penales relacionadas con el acceso al aborto en el caso de violación de NyA. Los códigos penales de ambos países tienen tres características relevantes para nuestro estudio. En primer lugar, tuvieron influencia de Europa continental, aunque han sido modificados en los últimos quince años con una tendencia hacia el sistema acusatorio (Langer, 2009; Domigo y Sieder, 2001). En segundo lugar, tienen tipificado el aborto como delito, con excepciones señaladas en el sistema de causales (Kulczycki, 2014). En tercer lugar, en la última década, ambos países han introducido modificaciones o aclaraciones sobre el derecho al aborto y sus estándares de protección por vía judicial (Bergallo, 2016). Finalmente, ambos países mantienen la presunción de violencia sexual en niñas.

En Colombia el aborto fue un delito sin excepciones hasta el año 2006 cuando una decisión de la Corte Constitucional ordenó la despenalización en tres causales:

1. cuando se trata de un embarazo producto de violación, previa presentación de la denuncia;

2. en caso de malformación del feto incompatible con la vida, certificada por un médico; y
3. ante el riesgo para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico.

El proceso de implementación de la nueva regulación comenzó ese año, con apoyo del Ministerio de Salud (Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, 2008).

Por su parte, en la Argentina desde 1921 el aborto es legal en los tres casos contemplados en el art. 86 del Código Penal:

1. peligro para la vida de la mujer;
2. peligro para la salud de la mujer, si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y
3. embarazo producto de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

El Código Penal sólo requiere para la realización del aborto la intervención de un médico diplomado. Además, en los casos de violencia sexual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en su fallo "F., A. L. s. medida autosatisfactiva" de 2012, estableció como requisito sólo la presentación de una declaración jurada de la mujer sobre el hecho. Si bien la norma penal citada fue aprobada hace más de noventa años, fue en la última década que comenzó a ser aplicada en algunos sitios del país (Bergallo, 2016).

Por otra parte, los códigos penales de varios países de América Latina establecen la presunción legal de que todo acto sexual con persona menor de cierta edad (12 a 15 años según el país) configura un delito de violación. En la Argentina, por ejemplo, el art. 19 del Código Penal presume la violación resultante de relaciones sexuales con menores de 13 años, y en Colombia la presunción opera hasta los 14 años de acuerdo con el art. 122 del Código Penal. Esta presunción permite que las NyA menores de 13 o 14 años, respectivamente, puedan solicitar un aborto por violación cualquiera con independencia del contexto en que se produjo el embarazo.

En Colombia, se entiende además que las niñas menores de 14 años no tienen que presentar copia de la denuncia, al igual que las mujeres víctimas del conflicto armado (C-355 de 2006, C-754 de 2015). En la Argentina, aunque según la interpretación de la Corte Suprema en ningún caso corresponde solicitar previamente la denuncia de la violación para acceder al aborto, la presunción de violación implica que las niñas

siglo veintiuno editores

menores de 14 años podrían requerir un aborto por la causal prevista en el inciso 2 del art. 86 del Código Penal, sin necesidad de presentar declaración jurada.

A pesar de que la presunción de violación puede tener entonces un efecto positivo al ampliar las condiciones de acceso de las NyA al aborto por violación, supone al mismo tiempo la falta de reconocimiento de la agencia sexual de las NyA. La presunción de incapacidad absoluta para el consentimiento sexual de las menores de 13 y 14 años refleja una concepción difundida sobre NNyA que los inhabilita para tomar decisiones sobre su propio cuerpo, y anula el reconocimiento de su sexualidad (Ważyńska-Finck, 2017). Esto responde, de manera parcial, a la imagen negativa que se ha creado acerca del impacto de las relaciones sexuales en NNyA (Ważyńska-Finck, 2017). De esta forma, ambos sistemas jurídicos prevén medidas destinadas a proteger a NNyA del abuso sexual, pero no proporcionan un marco jurídico adecuado que ayude y empodere a las personas jóvenes en la toma de decisiones autónomas sobre sus cuerpos.

siglo veintiuno editores

LA REGULACIÓN CIVIL: CAPACIDAD Y LÍMITES PARA LA AUTONOMÍA

La adolescencia es, en términos generales, una etapa de la vida en la que se produce la consolidación progresiva de capacidades con las que se comienza a tener mayor autodeterminación (Cook y Dickens, 2000). Existen diferentes modelos doctrinarios sobre el ejercicio de la autonomía por parte de NNyA. Estos van desde los que establecen la incapacidad absoluta, pasando por los que reconocen una autonomía progresiva (a mayor desarrollo, mayor capacidad), y hasta aquellos que asimilan la capacidad legal de NNyA con la de las personas adultas.

Los modelos legales adoptados en las legislaciones más actuales se basan en términos generales en la tradicional escala de Hart que señala una relación inversamente proporcional entre las capacidades de autodeterminación de NNyA y la participación de las personas con roles de cuidado en la toma de decisiones sanitarias. Así, entonces, a mayores habilidades para la autodeterminación, menor será la injerencia de terceros en las decisiones de NNyA (Villa-Torres y Svanemyr, 2015). Sin embargo, algunos autores han diseñado modelos no lineales cuyo objetivo es permitir que NNyA establezcan las características de la asistencia que necesitan, de acuerdo con sus capacidades (Treseder y Gordon Smith, 1997).

El régimen general de capacidad de NNyA

En 2014, la Ley 26 994 sancionó un nuevo Código Civil y Comercial (en adelante "CCyC"), mediante el cual la Argentina incorporó de manera explícita a la legislación civil los estándares de derechos humanos que había adoptado ya la Constitución de 1994. En materia de infancia y adolescencia, se integraron entonces los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos emergentes de los sistemas universal y regional de protección de derechos (Herrera, 2016; Llobet, 2009).

El nuevo Código modificó el régimen de capacidad de NNyA que ostentaba el texto de la legislación civil anterior a 1994, aunque ya desde 2005 con la Ley 26 061 de protección integral de NNyA se habían comenzado a incorporar en la legislación conceptos provenientes del paradigma internacional de protección de derechos humanos como la *autonomía progresiva* y la noción de *interés superior del niño*. En igual sentido, la Ley 26 529 de 2009 sobre derechos del paciente y su Decreto reglamentario 1089/2012 también habían dado pasos hacia la incorporación del respeto de la autonomía progresiva de NNyA en la atención sanitaria.

El nuevo CCyC de la Argentina destierra el texto de la legislación civil que establecía la incapacidad absoluta para los NNyA en virtud de la edad de forma exclusiva y consagra un régimen más flexible, dado que establece como criterios generales para la determinación de la capacidad de ejercicio tanto la edad como el grado de madurez suficiente (art. 24, literal b). Por otro lado, se conservan algunas referencias etarias, que aparecen para dar una guía a la interpretación de las normas: se considera menores de edad antes de los 18 años, y se incorpora la categoría de adolescencia, entre los 13 y los 18 años de edad (art. 25).

En materia de derecho a decidir sobre el propio cuerpo, aunque con una redacción muy desafortunada, el art. 26 del CCyC establece algunas precisiones: crea una categoría intermedia entre los 16 y los 18 años, en la cual se concede plena capacidad de ejercicio, por tanto, se puede consentir sin acompañamiento cualquier práctica sanitaria; en la adolescencia, entre los 13 y los 16 años, se permite consentir sin acompañamiento las prácticas médicas que no comprometan la salud o la vida; y antes de los 13 años se requiere el acompañamiento de personas que ejerzan roles de cuidado. En todo caso, se mantiene la participación de "representantes" para los casos en que NNyA soliciten acompañamiento o no cuenten con un grado de discernimiento suficiente.

El marco legal argentino es "más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir con relación al acto concreto en juego" (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015). El modelo no incorpora límites fijos para el

siglo veintiuno editores

ejercicio de los derechos, sino indicaciones etarias para la aplicación de las normas. Aunque en los libros este esquema supone un avance en la implementación de los estándares internacionales de derechos humanos de NNyA, se trata de un arreglo que presenta un desafío importante para los operadores del derecho y profesionales de la salud, así como para quienes ejercen responsabilidades de cuidado, en relación con la determinación de la capacidad individual de NNyA. Hasta el momento no existen pautas específicas o estándares para abordar este tema en la práctica y no existe evidencia empírica sistemática que muestre las formas en que la nueva norma es puesta en acción en distintos ámbitos del sistema de salud.

Por su parte, el Código Civil de Colombia (en adelante "CCCo") contiene el régimen de capacidad para NNyA propuesto por Andrés Bello (adoptado en 1860) con algunas reformas. Su modificación ha sido lenta y desde la creación de la Corte Constitucional de Colombia, en 1991, la mayoría de los avances se han realizado a través de su jurisprudencia; en especial, en relación con el derecho a la salud, que se reconoce como derecho fundamental, e incorpora la capacidad de decidir de NNyA y de personas con discapacidad, aunque con ciertas particularidades, que se estudiarán más adelante.

La legislación civil colombiana hace referencia a la capacidad tanto de goce, como de ejercicio de derechos o legal. La primera se adquiere al nacer y permite la titularidad de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales (C-134 de 2014). La capacidad de ejercicio o legal, es la facultad que tiene una persona para obligarse a sí misma sin la autorización de otra, excepto cuando se trata de "menores de edad o los mayores de edad que hayan sido declarados incapaces o interdictos a través de sentencia judicial" (art. 1503). Sin embargo, en materia de salud, este régimen presenta diferencias sustanciales resultantes de la intervención de la Corte Constitucional (C-534 de 2005).

En su art. 34, el CCCo diferencia tres categorías sobre la capacidad legal:

1. *infante* (hasta los 7 años) para quienes se determina incapacidad absoluta y por tanto sus actos no producen efectos civiles (art. 1504);
2. *impúber* (quienes no han cumplido 14 años) que también se consideran incapaces absolutos (art. 1504); y
3. *menor adulto* (hasta los 18 años) o *adolescentes*, se les reconoce la capacidad relativa, algunos de sus actos son válidos, por ejemplo el matrimonio (art. 117), reconocimiento de hijos, o

siglo veintiuno editores

el consentimiento para la adopción de su/s hijo/s (art. 66 de la Ley 1098 de 2006 y sentencia C-562 de 1995).

Al comparar los dos modelos de regulación descriptos, es posible observar que "en los libros" el modelo argentino permite tener en cuenta el desarrollo individual y las capacidades de cada persona para determinar si requiere acompañamiento para ejercer sus derechos. En contraste, el modelo legal colombiano, es más rígido en las categorías y criterios para fijar la capacidad de NNyA. Este último modelo legal opera en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, producto de la herencia europea, que todavía sigue vigente. Ahora bien, ¿cómo se aplican ambos regímenes de capacidad legal y consentimiento para decidir cuando se trata de asuntos de salud sexual y reproductiva? Para responder a este interrogante, analizamos a continuación el desarrollo interpretativo de las reglas sobre capacidad en los dos países bajo estudio.

El régimen de capacidad para el ejercicio del derecho a la salud

El marco jurídico colombiano aplicable en particular a las decisiones relacionadas con la salud es bastante amplio y en ocasiones contradictorio. En términos generales, la capacidad varía según el tipo de procedimiento médico requerido, que pueden ser:

1. tratamientos urgentes o intervenciones para preservar la vida;
2. servicios de salud sexual y reproductiva, en general; y
3. en particular, interrupción voluntaria del embarazo.

La Corte Constitucional ha señalado que en intervenciones urgentes y necesarias, dirigidas a preservar la vida o ante la gravedad "extrema", aun en contra de la voluntad de NNyA, primará la decisión de sus progenitores. Sin embargo, el Tribunal ha precisado que esta autorización tiene por objetivo permitir el acceso a los procedimientos médicos disponibles para salvarles la vida y no implica usurpar o interferir en su autonomía (T-474 de 1996). Además, la Corte ha señalado que "el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional". Por tanto, en el caso de tratamientos médicos de adolescentes ("menor adulto"), si bien sus padres pueden intervenir en las decisiones, esa facultad es limitada (T-477 de 1995; T-474 de 1996).

En segundo lugar, con respecto a los tratamientos quirúrgicos de NNyA, la Corte ha referido los principios de beneficencia y autonomía. En especial, en casos de intersexualidad ha discutido el rol de adultos

siglo veintiuno editores

con responsabilidades de cuidado. Se ha consolidado como precedente la legitimidad del consentimiento asistido para NNyA que tengan la madurez o autonomía suficiente para tomar una decisión informada sobre el procedimiento, como garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad (SU-337 de 1999).

En tercer lugar, en materia de aborto, en relación con las niñas menores de 14 años, la Corte Constitucional reconoció que son titulares del derecho al libre desarrollo de la personalidad y gozan de plena capacidad para consentir sobre esta práctica (C-355 de 2006). En este sentido, el Tribunal ha ordenado eliminar los obstáculos y barreras adicionales cuando sus representantes no han estado de acuerdo con la decisión de interrumpir el embarazo de NyA (T-841 de 2011; T-388 de 2009). En este caso, la Corte ha considerado que "impedir que niñas menores de edad puedan interrumpir su embarazo es consagrar una discriminación con fundamento en la edad que sería irrazonable y contraria al art. 13 de la Constitución" (T-388 de 2009).

La Corte ha utilizado tres conceptos diferentes para referirse al consentimiento de NyA. En primer lugar, el consentimiento *orientado al futuro* que busca garantizar la elección de vías terapéuticas que permitan preservar las condiciones físicas necesarias para que las NyA puedan tomar decisiones autónomas; incluso cuando existan dudas acerca de su capacidad ulterior debido a sus condiciones mentales (T-850 de 2002). En segundo término, el Tribunal ha identificado la *capacidad evolutiva* que reconoce el proceso de constante cambio de NNyA, y lo relaciona con la adquisición de herramientas para tomar decisiones, de acuerdo con el contexto en que se desarrolla cada persona (C-900 de 2011; T-567 de 2013). Finalmente, la Corte ha considerado que el *consentimiento asistido*, por los progenitores, implica tomar medidas para garantizar que NNyA reciban en todos los casos información amigable que les permita participar en la toma de decisiones. Por tanto, se debe garantizar que las NyA tomen sus decisiones de manera directa y no sean obligadas a informar o solicitar el consentimiento de terceros (T-565 de 2013).

En el caso argentino, la capacidad de NNyA para acceder a las prácticas de salud sigue las reglas de los arts. 26 y 59 del CCyC. Según explicamos más arriba, estos artículos reconocen capacidad plena a partir de los 16 años; establecen la presunción de hecho de que las personas en la adolescencia (a partir de los 13 años) tienen aptitud para decidir sobre su propio cuerpo sin necesidad de la participación de adultos en los tratamientos médicos que "no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física"

siglo veintiuno editores

(art. 26), y al mismo tiempo definen la presunción de que en la infancia se requiere asistencia.

Hasta el momento, la única interpretación de esta norma específicamente en materia de servicios de salud sexual y reproductiva surge de la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación, que ha aclarado que la restricción de la capacidad se debe aplicar a servicios de salud sexual y reproductiva cuando "comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida" de NNyA.[2] En esos casos, la norma del CCyC exige la asistencia de una persona adulta. Sin embargo, no se trata de representación ni de sustitución, sino de asistencia: son los NNyA quienes dan su consentimiento, asistidos por su representante (art. 26).

Esta pauta de interpretación resulta importante para determinar el acceso de adolescentes a los servicios de salud sexual y reproductiva, ya que por tratarse de prácticas que "no comprometen su estado de salud" ni "está en riesgo la integridad o la vida", todos los servicios de salud sexual y reproductiva pueden entrar dentro de esta presunción y, por tanto, no se requiere asistencia a partir de los 13 años.

Esta posición ha sido sostenida en la Argentina por pronunciamientos judiciales previos a la adopción del nuevo CCyC, que han asumido la doctrina del caso "Gillick" (Inglaterra, 1986).[3] Sobre el particular, el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires afirmó que se debe tomar como indicación suficiente de la capacidad de discernimiento, que la adolescente sea capaz de acercarse al servicio y formular la solicitud de un método anticonceptivo.[4] También se reconoció esta capacidad progresiva de discernimiento en un caso de acceso a tratamientos de readecuación corporal de una adolescente trans (Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de 2a Nominación de Villa Dolores, 2007), entre otros.

Por otra parte, el art. 59 del CCyC de la Argentina también establece una excepción en el caso de la atención de emergencia o cuando

siglo veintiuno editores

2 Esta resolución aclara que el término "invasivo" empleado en el art. 26 del CCyC no se ha usado según la definición médica común, sino que "debe interpretarse como tratamientos de 'gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud'. Esto se colige a partir de la redacción del mismo artículo, que lo asocia a tratamientos que 'provocan un riesgo grave en su vida o integridad física'".

3 En este caso se desarrolla el concepto conocido como "competencia Gillick" que es aquella que no está determinada por una presunción legal, sino por la verificación efectiva de que la persona pueda comprender y tomar decisiones.

4 Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. GCBA s. acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480/00, 14/10/2003.

la persona no puede prestar su consentimiento por encontrarse completamente incapacitada por la pérdida prolongada de la conciencia, por ejemplo. En esta situación, las personas que acompañen a los NNyA (progenitores o allegados) pueden prestar su consentimiento y, en caso de su ausencia, el equipo de atención sanitaria puede actuar de acuerdo al principio de beneficencia. En todas las demás circunstancias, "nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario" (art. 59).

De todo lo anterior se puede deducir que desde el punto de vista de las normas y su interpretación, tanto la legislación argentina como la colombiana reconocen la capacidad a las adolescentes en materia de salud, y en particular de salud sexual y reproductiva. A partir de los 13 y 14 años respectivamente en la Argentina y Colombia, en general, las adolescentes pueden decidir de manera autónoma acerca de la interrupción del embarazo. Ambos ordenamientos reconocen que las adolescentes tienen derecho a la asistencia de personas de su confianza, pero esto no debe considerarse o constituir un obstáculo para el acceso a los servicios de salud.

Desde el punto de vista de la aplicación de las normas, sin embargo, se observa una primera diferencia importante: dado que en Colombia la construcción de los estándares de capacidad legal para decidir sobre la interrupción del embarazo de los NNyA se ha dado por vía jurisprudencial, y en diferentes sentencias, se dificulta su identificación y aplicación. Por su parte, la Argentina recoge toda la regulación vigente en el CCyC, lo que en principio podría sugerir una mayor seguridad jurídica. Sin embargo, dada la corta vigencia de estas normas civiles, no existen datos para corroborar que su recepción lleve efectivamente a una mejor aplicación de los criterios relacionados con la capacidad jurídica de NNyA para el acceso a los servicios de salud reproductiva y de aborto en particular.

siglo veintiuno editores

TENSIONES ENTRE PADRES Y ADOLESCENTES: CAPACIDAD PARA DECIDIR Y AUTONOMÍA

El ejercicio efectivo de la capacidad legal de NNyA depende también de la relación con sus progenitores (madre/s-padre/s), de acuerdo con los parámetros jurídicos y sus condiciones personales. Por lo tanto, resulta necesario considerar la regulación civil que en ambos países rige respecto de la patria potestad, como se continúa denominando en las normas colombianas, y la responsabilidad parental, según la terminología adoptada por la nueva legislación argentina.

El CCCo y la jurisprudencia constitucional colombiana han definido la patria potestad como

> una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, porque es deber de los padres ejercerla en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita (C-727 de 2015).

Así entonces, la patria potestad se concibe como una institución instrumental propia del régimen *paterno-filial*, diseñada para la protección, bienestar y formación integral de NNyA, que sirve, en última instancia, para realizar el interés superior del niño (art. 149; C-145 de 1010 y C-727 de 2015).

El Código de Infancia y Adolescencia de Colombia refiere además la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Se basa en las obligaciones de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de NNyA. Se ejerce de forma compartida y solidaria entre progenitores, para asegurarse de que los NNyA puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. Por ello, en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de derechos (art. 14 de la Ley 1098 de 2006).

Por su parte, el nuevo CCyC argentino establece el régimen general de familia y de los vínculos de NNyA con quienes se ejercen roles de cuidado. El cambio más importante incorporado por la nueva normativa reside en el reconocimiento de que NNyA son capaces de ejercer sus derechos, y sólo de manera excepcional requieren la asistencia de personas con roles de cuidado para acompañarlos en la toma de decisiones. En este sentido, el concepto de *autonomía progresiva* se convierte en el eje central de la nueva regulación de la familia (art. 638 del CCyC) y del régimen de capacidad de NNyA.

El CCyC argentino regula la institución de la responsabilidad parental fundada en tres principios rectores que sostienen el nuevo modelo de relaciones familiares: el *interés superior* de NNyA, el reconocimiento de su *autonomía progresiva* y el *derecho a ser oído y participar significativamente* según su edad y grado de madurez (art. 639). De acuerdo con sus redactoras, el modelo de familia que incorpora el CCyC se enmarca dentro de los modelos "democratizadores" de la familia (Herrera, 2016).

El lenguaje utilizado en la redacción de los artículos sobre las relaciones familiares y de cuidado es "altamente pedagógico y simbólico", de

siglo veintiuno editores

ahí que se haya optado por cambiar la terminología con que se habían designado las relaciones patriarcales en la familia, tal como "patria potestad" que se reemplazó por "responsabilidad parental". Este concepto supone una organización horizontal de la familia por oposición a la relación jerárquica que gobernó a la familia de forma tradicional (Di Marco y otros, 2005; Schmukler, 2013).

La aplicación de estos regímenes a los casos de embarazo de NyA

En términos generales, en ambos países, personas con roles de cuidado formal (padre/s, madre/s, representantes, tutores, etc.) detentan la responsabilidad parental sobre NNyA, pero ¿cuál es el alcance de tal responsabilidad al momento de tomar una decisión sobre la continuación de un embarazo? Pensemos un caso concreto: ¿puede una niña de 12 años que llega a un hospital solicitar un aborto sin compañía ni consentimiento de una persona responsable?

En Colombia, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, las NyA no requieren acompañamiento de responsable/s para solicitar un aborto, pero en la práctica en la mayoría de los centros de salud, hospitales públicos y privados exigen este requisito para ser atendidas (Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2016). Además, se presentan problemas con las entidades encargadas de implementar medidas de protección.

En la Argentina, en los casos poco frecuentes en que no haya personas adultas de referencia (comunitarias o familiares) para asistir a la niña, se debe convocar a la autoridad local de protección y restitución de derechos de NNyA (Ministerio de Salud de la Nación, 2015) y si no es posible, el Ministerio Público puede actuar en protección del derecho a la salud de la NyA (CCyC, art. 103). Sin embargo, en el caso de las prácticas de salud reproductiva, en general, y en particular el aborto, las NyA que se acercan a los servicios de salud deben ser consideradas capaces de tomar decisiones sobre su propio cuerpo, como han establecido las autoridades judiciales. Ello no obsta para que, en virtud de la atención integral de la salud, se les ofrezcan todos los servicios sociales de que disponga el Estado para asegurar la protección de sus derechos durante la atención sanitaria.

Ante estas previsiones normativas para los casos en que las NyA requieren asistencia, no podemos dejar de preguntarnos si se debe presumir que el acompañamiento de los progenitores es la asistencia ideal para NyA, en especial en materia de salud reproductiva, o si, por el contrario, es esta una presunción paternalista. Al respecto, existen algunas posturas críticas. Lisa Kelly señala que caer bajo el encantamiento de la privacidad

XXI siglo veintiuno editores

familiar conlleva el riesgo real de un "bumerán legal", ya que los progenitores obtienen mayores derechos y pueden decidir contra la voluntad de sus hijas respecto del embarazo y la maternidad (Kelly, 2016: 413). En este sentido, la presunción de familia armónica desconoce que las dinámicas sociales y familiares no son perfectas, sino en todo caso conflictivas y de subordinación de NNyA.

A pesar de estas críticas, las regulaciones de ambos países refieren al acompañamiento de madre/s, padre/s como primera alternativa de asistencia de NyA. Sin embargo, en los casos en que ello no sea posible, prevén alternativas de intervención de otras personas adultas, ya sean personas de confianza de las niñas (CCyC, art. 59; Wierzba, 2015), o autoridades públicas (Ley 26 061, art. 55). Aun así, ninguno de los dos países deja claro cómo actuar en caso de que exista un conflicto con quienes ejercen roles de cuidado.

Cuando se trata de adolescentes mayores de 13 o 14 años, no es necesario legalmente el acompañamiento. Este se dará sólo cuando la adolescente así lo solicite. Por supuesto, en este punto se puede pensar que las adolescentes que optan por no involucrar a sus progenitores en general tienen una buena razón para hacerlo. Los motivos pueden ser tan simples como no hacer partícipes de su sexualidad y asuntos reproductivos a sus parientes; o más graves como alguna clase de abuso o problemas con la familia (Chad, 2006: 443).

siglo veintiuno editores

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE NYA EN CASOS DE ABORTO

La capacidad de decidir se hace realidad en la práctica sanitaria a través del consentimiento informado, que es el proceso de autorización para la realización de cualquier procedimiento médico. El consentimiento informado no es otra cosa que la entrega de información acerca de los servicios médicos, sus riesgos y las posibles complicaciones. Tanto en Colombia como en la Argentina, el consentimiento informado de NyA se basa en el reconocimiento de su *capacidad progresiva* en relación con la *responsabilidad parental*, que garantiza la asistencia de personas de confianza de la NyA en la toma de decisiones, cuando así lo necesiten.

En Colombia se exige que toda persona menor de 14 años se presente en compañía de progenitores o de una persona adulta para la firma del consentimiento informado. Sin embargo, las normas jurídicas de participación obligatoria de los progenitores pueden empujar a las NyA a recurrir a abortos clandestinos e inseguros (Kelly, 2016). Por el contrario, en el caso de las adolescentes, se necesita sólo su firma, una vez se les ha explicado de forma clara, transparente y según sus

capacidades los riesgos que podrían presentarse en su salud durante el aborto.

En la Argentina el consentimiento informado se regula en el art. 59 del CCyC, según el cual: "Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario". Ello supone que la regla general es el consentimiento personal, incluido el de NNyA y personas con discapacidad. Por eso se desarrollan los sistemas de asistencia y apoyos para garantizar que todas las personas puedan contar con las condiciones necesarias para dar su consentimiento. En materia de acceso al aborto legal, no existe todavía regulación específica o jurisprudencia que desarrolle las normas del CCyC para niñas menores de 13 años. A partir de esa edad, se presume que las adolescentes pueden prestar su consentimiento de manera autónoma.

siglo veintiuno editores

ALGUNAS TENSIONES FORMALES E INFORMALES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Se han identificado algunas tensiones para la garantía de los derechos de los NNyA en el proceso de otorgamiento de su consentimiento informado. Por ejemplo, surgen interrogantes en torno a cómo se garantiza que la información sea imparcial, cómo se evitan los sesgos o incluso mentiras en la interacción con el personal sanitario o progenitores, y cómo se garantiza la consistencia entre la capacidad individual y la asistencia en la toma de decisiones. Todos estos interrogantes resultan clave cuando se tienen en cuenta las relaciones de subordinación y dependencia que con frecuencia someten a NyA. Desafortunadamente no existen respuestas satisfactorias ni a nivel normativo ni en las políticas públicas ante estas cuestiones. Aunque el régimen adoptado en ambos países para proteger los derechos de NyA que requieren abortos legales parece adecuado en principio, no se han desarrollado regulaciones específicas que faciliten la implementación de estándares como la capacidad progresiva, o el derecho a participar de manera significativa, dentro de los sistemas de salud. Esto dificulta la garantía de derechos y permite una aplicación desigual y selectiva de las normas. Además, quedan por abordar los aspectos extralegales que dependen de factores sociales y económicos, que varían en cada caso concreto.

Otra tensión importante, derivada de la participación de terceras personas en los casos de aborto, tiene que ver con la garantía de la confiden-

cialidad. Esta se protege, por un lado, por el secreto profesional (art. 156 del Código Penal argentino; Ley 23 de 1981 de Colombia), y por el otro, por los derechos a la privacidad (Ley argentina 26 529, art. 2) y a tomar decisiones sobre el propio cuerpo (CCyC, art. 26; Corte Constitucional de Colombia, C-355 de 2006, T-301 de 2016). Por supuesto, aunque es deseable que las familias se involucren en todos los aspectos de la prevención, promoción y atención de la salud, es necesario respetar de manera cabal los derechos personalísimos de NNyA.

El balance entre la garantía de la confidencialidad y un adecuado involucramiento de las personas con roles de cuidado, es sin duda un desafío de los equipos de atención de NNyA. Los principios de *interés superior del niño, autonomía progresiva* y *participación significativa* son los estándares que deben guiar la atención de la salud en todos los casos. En especial en el caso de los denominados "servicios sensibles", dentro de los que se encuentran todos los servicios de salud sexual y reproductiva, la garantía de la confidencialidad hace una diferencia significativa en la voluntad de NyA de buscar y continuar la atención sanitaria (Berlan y Bravender, 2009).

siglo veintiuno editores

REQUISITOS DE ACCESO AL ABORTO: REGULACIÓN PENAL Y PROTOCOLOS SANITARIOS

La imposición de requisitos no médicos para el acceso a los servicios de salud reproductiva hace que las NyA se encuentren en situaciones de vulnerabilidad aún más profundas, en especial cuando solicitan un aborto legal. Por ello analizaremos los requisitos legales que en ambos países establecen las decisiones judiciales, las guías de actuación médica y los protocolos sanitarios que regulan la interrupción del embarazo.

En Colombia, según lo explicado, la Corte Constitucional estableció el requisito de presentación de la denuncia previa para acceder al aborto bajo causal de violación desde los 14 años. Antes de esa edad, se presume en todos los casos la violación. Esto supone que cuando la presunción no funciona, se debe informar a una persona adulta para que acompañe a realizar la denuncia, lo que en contextos de violencia familiar puede implicar poner a la joven en mayor riesgo. Por otra parte, el protocolo de acceso a los abortos legales aprobado por el Ministerio de Salud colombiano no establece requerimientos específicos para las NyA sobre el requisito de la denuncia, pues no se pronuncia al respecto. Así entonces, en concreto, las niñas y adolescentes menores de 14 años no deben presentar copia de la denuncia, pues opera la presunción de violación, y las mayores de 14 años sí lo deben hacer y, en efecto, esto constituye una barrera administrativa para el acceso al aborto (Mesa por la Vida y

la Salud de las Mujeres, 2016; Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia y Unfpa, 2014).

Sin embargo, el requisito de denuncia no protege a las NyA ante las posibles repercusiones de la denuncia, en especial si la violencia es ejercida por un miembro de su familia o un conocido, debido a la dependencia y el desequilibrio de poder en que se encuentran. En muchos casos, las relaciones de poder y subordinación que afectan a NNyA coluden para que no se denuncie. Por ello, este requisito no debería ser un factor que limitase el acceso a los servicios de salud; las dos acciones deberían correr por caminos separados: por un lado, la atención sanitaria, que no debería estar condicionada; y por el otro, la investigación y sanción de los responsables del delito de violación que deberían estar acompañadas por servicios sociales para contener y garantizar los derechos de las NyA.

Por su parte, en la Argentina, de acuerdo con el art. 86 del Código Penal, sólo se requiere la presencia de un médico diplomado, y en el caso de violación una declaración jurada sobre el origen del embarazo, que se adjunta a la historia clínica. [5] En ningún caso se requiere la denuncia judicial o policial. Ello implica menos limitaciones al momento de acceder al servicio de salud.

Según la Corte Suprema,

> la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médicamente necesario, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana.[6]

Por ello:

> Requisitos [como la denuncia], diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros en consecuencia, […] no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos se-

siglo veintiuno editores

5 Corte Suprema de Justicia Argentina, "F., A. L s. medida autosatisfactiva", 13/3/2012.

6 Ibíd., consid. 26.

> xuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.[7]

En conclusión, en ambos países, tanto la legislación penal (derecho al aborto, acceso al aborto legal para todas las NyA menores de 13 años en la Argentina y 14 años en Colombia) como la civil (autonomía progresiva, responsabilidad parental atada a la protección del ejercicio de derechos de NNyA, etc.) configuran en conjunto un régimen relativamente favorable al acceso al aborto de NyA. Sin embargo, este resulta deficiente para el reconocimiento pleno de la agencia sexual de las adolescentes y el acompañamiento de sus decisiones reproductivas. De igual forma, la práctica sanitaria y los estereotipos acerca de la sexualidad de NNyA afectan de manera desproporcionada a NyA en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, incluidos el acceso a la información, educación y servicios de salud.

XXI siglo veintiuno editores

EL CONTEXTO DE ACCESO A LOS ABORTOS LEGALES DE NYA EN COLOMBIA Y LA ARGENTINA: UNA MIRADA DESDE LAS DECISIONES EN CASOS JUDICIALIZADOS

La insuficiencia de los mecanismos disponibles para acompañar a las adolescentes en sus decisiones reproductivas (tanto a las que deciden ser madres como a las que no) lleva a las vulneración de sus derechos fundamentales. Además, la realidad cultural de la región, con distintos matices de acuerdo al país, hace que prevalezca una estructura patriarcal y machista que incentiva la falta de reconocimiento de la autonomía y los prejuicios relacionados con el ejercicio de la sexualidad de NyA, así como la aceptación de comportamientos violentos que limitan la capacidad de decisión sobre su cuerpo y su sexualidad (Guy, 2000). A continuación, observamos una serie de decisiones judiciales y casos reportados por los medios que dan cuenta de las dificultades para el reconocimiento y la implementación de los derechos que enfrentan en ambos países las NyA que requieren un aborto.

7 Ibíd., consids. 27-28.

COLOMBIA: PRECEDENTES JUDICIALES A FAVOR DEL ACCESO AL ABORTO PARA NYA

Colombia reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental y exigible a través de la acción de tutela (conocida también como acción de amparo), que puede ser presentada por cualquier colombiano. Eso ha hecho que el Poder Judicial tenga un protagonismo constante en el acceso y el alcance del derecho a la salud. El campo de los derechos reproductivos también ha sido objeto de intervenciones judiciales, con el fin de aclarar su alcance y proteger estos derechos ante negativas o barreras para su goce efectivo.

La Corte Constitucional ha reconocido que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de las mujeres que no acceden al aborto. Esto en la medida que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) es a la vez un servicio de salud, y un derecho fundamental autónomo. Por tal razón, la Corte se ha pronunciado en los últimos años (2006-2016) en quince acciones de tutela, cuatro de las cuales han estudiado casos relacionados con NyA (T-209 de 2008, T-841 de 2011, T-697 de 2016, T-731 de 2016).

Sin embargo, en la mayoría de las tutelas sobre acceso al aborto de NyA, la Corte ha abordado las particularidades de su situación de forma superficial. A diferencia de lo que ha hecho en otros temas relacionados como objeción de conciencia (T-209 de 2008), o la causal salud mental (T-841 de 2011), en estos casos el Tribunal no ha profundizado su definición del alcance de los derechos y las obligaciones de las autoridades públicas respecto del acceso efectivo de NyA a la interrupción del embarazo.

La primera tutela sobre NyA considerada por la Corte Constitucional fue interpuesta por la madre de una niña de 13 años, víctima de acceso carnal violento, que denunció el delito y solicitó la práctica del aborto en varias instituciones prestadoras de salud, que se negaron alegando objeción de conciencia (T-209 de 2008). En este caso, la Corte desarrolló especialmente dos temas fundamentales: (i) la objeción de conciencia en materia de aborto y las obligaciones especiales de quien la invoca, y (ii) la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de tener en su catálogo instituciones y personas que puedan realizar el aborto. El Tribunal reconoció además una indemnización como forma de reparar el daño causado. Sin embargo, no profundizó sobre las obligaciones por tratarse de una niña ni por ser víctima de violencia sexual.

La segunda tutela analizó las obstrucciones a la solicitud de aborto de una niña de 12 años, que tenía diecinueve semanas de gestación. La niña adjuntó el certificado médico que señalaba el riesgo para su salud

siglo veintiuno editores

(a) emocional ya que se había observado "frustración y depresión" y (b) física por el peligro de "complicaciones obstétricas" (T-841 de 2011). Al respecto, la Corte señaló que la salud "no cobija solamente la protección de su salud física, sino que también se extiende a 'aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental'". En tal sentido, el Tribunal indicó que cada prestador de servicios de salud debe contar con un protocolo que permita una evaluación de la salud integral, es decir, una valoración física, psicológica y social. Reconoció, además, la obligación positiva por parte de los prestadores de determinar la existencia de riesgos para la salud o la vida, ante una solicitud de aborto por esas causales (T-841 de 2011).

En tercer lugar, la Corte resolvió el caso de una adolescente de 14 años de edad que quedó embarazada víctima de violencia sexual. Según la tutela, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) no permitió que los funcionarios de la Defensoría acompañaran el proceso de atención de la adolescente y, en especial, le suministraran información sobre el contenido y alcance de las causales legales de la interrupción voluntaria del embarazo y los derechos derivados de estas (T-697 de 2016).

La Corte señaló de manera explícita que NNyA son titulares plenos de derecho y por tanto gozan de plena capacidad para consentir sobre tratamientos e intervenciones en su cuerpo. Por tanto, la Corte concluyó que sólo se necesita la voluntad de la niña para practicarse la IVE. Para el Tribunal, realizar la práctica requiere "que la menor de edad reciba información de manera clara, transparente y atendiendo sus capacidades sobre los riesgos que podrían presentarse en la salud si accede al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, los procedimientos más apropiados para llevarla a cabo y las obligaciones de acceso y servicio en cabeza del Estado, entre otros elementos" (T-697 de 2016).

La última sentencia sobre el tema de estudio, es la única en que la Corte se ha referido a la edad de la solicitante. Fue el caso de una adolescente de 14 años y 8 meses de edad, residente en un área rural del municipio de Leticia (Amazonas), quien al momento de presentar la acción de tutela cursaba un embarazo de veintidós semanas. En sus consultas médicas, la adolescente manifestó su deseo de no continuar con el embarazo, pues "no se siente preparada para ser madre, y se encuentra en estado de depresión profunda" (T-731 de 2016).

En relación con la autonomía y la capacidad de decidir sobre el aborto, la Corte expresó que

> la intención de la joven que en esta oportunidad solicitó la práctica de la IVE era suficientemente clara y firme, además de jurí-

siglo veintiuno editores

> dicamente relevante, pese a su condición de menor de edad, e incluso al avanzado estado de edad gestacional que presentaba, razón por la cual resultaban inoportunas las gestiones que el ICBF pretendió adelantar, que según se observa, se orientaron principalmente a disuadirla de su intención (T-731 de 2016).

Por estos motivos, la Corte concluyó que la actuación del ICBF no había contribuido a la protección de los derechos reclamados por la adolescente (T-731 de 2016).

A partir de lo anterior, se puede deducir que la Corte Constitucional ha perdido la oportunidad de pronunciarse sobre las barreras que enfrentan las NyA, que son mayores a las que enfrentan las mujeres adultas. La Corte reconoció que

> algunas entidades intervinientes pusieron de presente que el protocolo de atención del ICBF para los casos de interrupción voluntaria del embrazo contiene una regla que impone la obligación de contar con el consentimiento de un adulto o tutor en casos que impliquen a niñas menores de 14 años (T-967 de 2016, T-731 de 2016).

Sin embargo, la Corte no se pronunció sobre este requisito, que es contrario a los principios constitucionales.

Por último, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha pasado por alto el análisis del contexto de violencia que en muchos casos rodea a NyA al tener relaciones supuestamente consentidas con personas adultas. La Corte ha ignorado las dimensiones estructurales de estos casos de violencia contra las mujeres (aspecto que no tomó en cuenta en la sentencia T-841 de 2011). De hecho, no ha abordado aspectos esenciales sobre la autonomía y el acceso a la información de NyA respecto de sus derechos sexuales y reproductivos de acuerdo con los parámetros internacionales de derechos humanos.[8]

siglo veintiuno editores

8 La Superintendencia Nacional de Salud expidió la Circular 03 de 2013 mediante la cual se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Esta fue demandada ante el Consejo de Estado y se declaró nula en las partes relacionadas con objeción de conciencia, plazo, y otros aspectos por considerar que la entidad no tiene las facultades legales para reglamentar.

LA ARGENTINA: UN PANORAMA DEL ACCESO AL ABORTO DE NYA

Los esfuerzos para implementar el modelo de causales previsto en el art. 86 del Código Penal argentino pueden rastrearse sólo a la primera década de nuestro siglo (Bergallo, 2016). En este breve período se han dado una serie de presentaciones judiciales que reclamaban al Poder Judicial la autorización para que NyA pudieran abortar. Estas autorizaciones judiciales eran requeridas por el sistema de salud para confirmar la legalidad de la práctica (Bellucci, 2014).

Muchos de los casos presentados ante el Poder Judicial en la primera década del siglo correspondían a NyA, en su mayoría víctimas de violencia sexual. Estos casos son apenas una muestra de las barreras que enfrentan las NyA acompañadas por adultos que ejercen roles de cuidado y aun así no acceden de forma debida a los abortos legales. Los casos de las NyA que no cuentan con esta asistencia no llegan ante la justicia y, la mayoría de las veces, tampoco tienen difusión mediática (Mogaburo, 2013). Sin embargo, resulta relevante mostrar las barreras estructurales y normativas identificadas a partir de los casos que han llegado a instancias judiciales o que han sido relatados por los medios locales o nacionales.

Los casos fallados por altos tribunales nacionales y provinciales estaban regidos por el Código Civil reemplazado en 2014, es decir, ocurrieron bajo un régimen con estándares más restrictivos. Sin embargo, sabemos que con el nuevo CCyC y los protocolos de acceso al aborto legal adoptados en diecinueve provincias desde 2012 no han implicado un cambio automático en la realidad social. Por tanto, muchas de las barreras identificadas en el acceso al aborto de NyA antes de los cambios normativos recientes, siguen aún vigentes.

El caso más notable, por su recorrido y reconocimiento en instancias internacionales, proviene de la provincia de Buenos Aires. En él, L. M. R., una adolescente con discapacidad intelectual y catorce semanas de gestación, solicitó un aborto legal en compañía de su madre en 2006. El hospital de Guernica retrasó la práctica con pruebas médicas innecesarias y la intervención de un comité de bioética. Entretanto, una jueza de menores de La Plata ordenó detener todos los procedimientos. La medida fue confirmada por las dos instancias ordinarias y fue sólo cuando llegó al máximo tribunal bonaerense que se dejaron sin efecto las decisiones de primera y segunda instancia que habían denegado la autorización para el aborto.

El Superior Tribunal Provincial ordenó la realización de la práctica y ratificó la constitucionalidad del modelo de permisos "como luego lo harían otras cortes provinciales como la de Mendoza y Entre Ríos, y dejó

siglo veintiuno editores

en claro que no es necesaria en casos similares una autorización judicial" (Carbajal, 2009). Sin embargo, L. M. R. se vio obligada a acudir a un servicio privado para interrumpir su embarazo, ya que todo el personal del sistema de salud pública de la ciudad alegó objeción de conciencia. El fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires no se pronunció respecto de la condición de adolescente de L. M. R., sino en general sobre el régimen de aborto. Es notable además, que la única intervención correspondiente a la justicia de menores se pronunció a favor de "la persona por nacer" y nada dijo sobre la adolescente solicitante.

El caso fue llevado al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que en 2011 condenó al Estado argentino por la vulneración de los derechos de L. M. R. y ordenó la indemnización así como la garantía de no repetición (Comité de Derechos Humanos, 2007). A partir de una serie de casos como el de L. M. R. que se sucedieron por esos años, algunos gobiernos provinciales reaccionaron con el establecimiento de protocolos de acceso a los abortos no punibles para evitar obstrucciones como las reportadas (Bergallo y Ramón Michel, 2009). El gobierno federal, en cambio, no generó ninguna regulación formalmente. Aunque en 2007 y 2010 el Ministerio de Salud produjo los proyectos de dos versiones de un protocolo de acceso al aborto no punible, estos no fueron adoptados a través de una resolución ministerial y permanecieron como documentos de estatus ambiguo.

A comienzos de 2012, se conoció otro caso de una niña de 11 años víctima de violación en la provincia de Entre Ríos. Pese a su corta edad, las autoridades sanitarias de la provincia consideraron que no existía riesgo para su salud y por tanto negaron el aborto. Aunque ya el Tribunal Supremo de la provincia había confirmado en 2007 la constitucionalidad del modelo de permisos del aborto, se solicitó autorización judicial para la práctica.[9] La mayoría de los medios de comunicación y la sociedad civil reaccionaron enfáticamente a favor de la protección de los derechos de la niña. Sin embargo, el Ministerio de Salud provincial retrasó la práctica, al alegar que con la realización de la interrupción se corrían riesgos graves para la vida de la niña, ante lo cual sus padres desistieron del pedido. La niña finalmente dio a luz en Concordia, Entre Ríos.[10]

siglo veintiuno editores

9 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Defensora de P. y M. nº 2 (en repr. de persona por nacer), Sala II en lo civil y comercial, sentencia del 20/9/2007.

10 M. Carbajal, "Ni con el aval del tribunal máximo", *Página/12*, 22 de septiembre de 2007, disponible en <www.pagina12.com.ar>.

Poco después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció por primera vez en una sentencia en la que abordó el debate de fondo sobre el aborto ("F., A. L. s. medida autosatisfactiva", 13/3/2012). El caso "F., A. L.", ya citado varias veces, se había iniciado a fines de 2009 en la provincia de Chubut. Una adolescente de 14 años, víctima de violación, solicitó con la representación de su madre un aborto legal en el sistema público de salud. El servicio del hospital le requirió una autorización judicial para el procedimiento y su tramitación dio lugar a dos decisiones denegatorias en primera y segunda instancia. Cerca de ocho semanas después de la solicitud, la autorización para terminar el embarazo fue concedida por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por solicitud del asesor general de la provincia. La Corte se pronunció sobre los obstáculos legales, institucionales y de facto que impiden el acceso al aborto legal; identificó algunas de las barreras que se desprenden de la "regla informal de penalización total" que se había instaurado en todo el país (Bergallo, 2016); y exhortó a las autoridades a que emitieran regulaciones sobre los procedimientos para el aborto legal, y tomaran medidas para sancionar a quienes las incumplieran. Sin embargo, el Tribunal omitió referirse a las barreras específicas que enfrentan NyA, tales como la violación de la confidencialidad y el secreto profesional, la solicitud de intervención de terceros sin tener en cuenta su capacidad para decidir sobre su propio cuerpo, la deficiente entrega de información o la exageración de los riesgos médicos del procedimiento, entre otros.

Después del fallo, diecinueve de las veinticuatro jurisdicciones subnacionales de la Argentina emitieron regulaciones para ajustar sus procedimientos a los estándares constitucionales aclarados por la Corte Suprema, aunque sólo algunas de ellas satisfacen los estándares previstos por la Corte (ADC, 2015). En 2015, el Ministerio de Salud de la Nación emitió también un protocolo para regular la interrupción del embarazo, aunque el documento no fue acompañado por una resolución administrativa. La mayoría de las regulaciones emitidas entre 2012 y 2015 reconocen de forma explícita el derecho al aborto legal de NyA. Sin embargo, ninguna establece pautas específicas de acceso a ellas. Gran parte solicita acompañamiento de una persona adulta a las NyA menores de 14 años sin ninguna otra especificación (ADC, 2015) y, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires y las provincias de Córdoba, Neuquén y La Pampa, se exige la participación de representantes hasta los 18 años de edad. Todas las regulaciones fueron emitidas antes de la entrada en vigencia del CCyC, por lo tanto, las pautas acerca de la edad y la responsabilidad parental han quedado desactualizadas respecto de las normas vigentes.

siglo veintiuno editores

Una iniciativa reciente que intenta ajustarse a la normativa vigente surge del protocolo que se produjo en la provincia de Santa Fe en 2016. Aunque no se trata de una resolución formal del Ministerio de Salud provincial, el Protocolo para el abordaje de situaciones vinculadas al embarazo en la adolescencia temprana (menores de 15 años) es una muestra de la necesidad de regularización del abordaje de estos casos. Este protocolo fue desarrollado en el Hospital Provincial de Rosario, con el apoyo del Ministerio de Salud provincial. La guía incluye pautas de acceso a los abortos legales y directivas sobre el uso de anticoncepción en los casos en que se requiera.[11] Sin embargo, en este documento la adecuación a los criterios vigentes de capacidad establecidos en el CCyC tampoco es plena, lo cual demuestra la dificultad de implementación del nuevo modelo de regulación.

En definitiva, la implementación regulatoria de las normas sobre aborto a nivel provincial y nacional es deficiente, como han asegurado incluso organismos internacionales de derechos humanos en los últimos años. El caso de NyA no ha sido abordado específicamente por el Poder Judicial ni por organismos administrativos hasta el momento, a pesar de que todavía siguen tomando estado público casos de obstrucción del acceso al aborto de NyA, y aunque han aumentado los casos de denuncia de mujeres que acuden a los servicios para atención postaborto por parte de los profesionales de salud de las guardias médicas (Cárdenas y otros, 2017).

El caso de una niña Wichí de 12 años en la provincia de Salta, que en 2015 fue víctima de una violación grupal, confirma la persistencia de resistencias al cumplimiento de los derechos de NyA.[12] Aunque la niña acudió al hospital de forma inmediata después del hecho no recibió profilaxis para evitar el embarazo. Una vez que se solicitó el aborto, el sistema de salud coludió con el Poder Judicial y ambos dilataron la práctica hasta que fue sometida a una cesaría temprana, dado que el feto que gestaba era anencefálico. Es decir, jamás se reconoció su derecho al aborto legal y, en cambio, el caso tomó estado público provocando a ella y a su familia situaciones de violencia por parte de los agresores, quienes aún no han sido juzgados.

siglo veintiuno editores

11 Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe, Equipo de Salud Sexual y Reproductiva,"Protocolo para el abordaje de situaciones vinculadas al embarazo en la adolescencia temprana. Año 2016", disponible en <www.santafe.gov.ar>.

12 H. Cecchi, "Otra negación para Juana", *Página/12*, 22 de agosto de 2016, disponible en <www.pagina12.com.ar>.

CONCLUSIONES

En los países estudiados, la situación de NyA en los casos de aborto legal es precaria como resultado de marcos legales abiertos y prácticas muy restrictivas sobre la capacidad, la autonomía y respeto de derechos fundamentales en relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Los marcos regulatorios de Colombia y la Argentina recogen en los "libros" o el "papel" ciertas garantías para asegurar el ejercicio de derecho al aborto, pero no han resultado suficientes, como muestran los casos presentados de la jurisprudencia de los dos países.

A pesar de la evidencia acerca de los patrones sistemáticos de afectación de NyA durante el embarazo, el parto y el aborto (Catellani, 2016; Petracci y otros, 2012; Perrotta, 2012: 14-16; Gherardi y otros, 2015), las normas que protegen los derechos sexuales y reproductivos de NyA, y en particular el acceso al aborto legal, no han sido aplicadas de manera consistente a favor de la autonomía sobre su cuerpo respecto de las decisiones sobre la maternidad. En este capítulo se ha presentado evidencia sobre la importante variación en la aplicación de las normas al interior de cada país. Se señalaron también patrones de discriminación que vinculan otros factores como la discapacidad, el origen étnico, la condición socioeconómica, entre otros. Ello muestra un deficiente abordaje de la interseccionalidad que requieren las políticas públicas y la interpretación de las normas jurídicas vigentes en materia de aborto.

La defectuosa aplicación de las normas de protección de NyA por el sistema de salud no parece sustentarse sólo en la falta de claridad y/o ausencia de normas específicas para estos casos, sino que, como dice Cecilia Grosman (1998) sobre la situación general de NNyA, se basa en "una lógica de exclusión, olvido y mezquindad" que el derecho solo no puede vencer.

Sin embargo, la adaptación normativa, la aclaración de estándares y el desarrollo de protocolos específicos puede ser una herramienta útil en dos sentidos: primero, para dotar de instrumentos a NyA y a profesionales y funcionarios comprometidos; y segundo, para develar el fundamento de la actuación de quienes basan su conducta en la lógica mencionada por Grosman.

Por todo lo anterior, consideramos que un paso estratégico para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de NyA es establecer mecanismos para implementar de manera efectiva las normas y políticas relacionadas con un enfoque que permita su empoderamiento y el ejercicio de sus derechos de forma autónoma. El marco legal de ambos países cuenta con herramientas dirigidas a reconocer la autonomía de

XXI siglo veintiuno editores

las NyA de acuerdo con su grado de desarrollo y madurez intelectual, y a garantizar la debida asistencia y el respeto de todos sus derechos durante la atención en los casos de aborto legal. Se deja así a un lado el modelo proteccionista que no tiene en cuenta la realidad de las adolescentes y que en efecto termina imponiéndoles barreras legales, sociales y simbólicas que las condenan a maternidades no deseadas.

REFERENCIAS

Ábalos, E., S. Ramos y M. Romero (2010), "Observatorio de salud sexual y reproductiva", Buenos Aires.

Asociación por los Derechos Civiles (ADC) (2015), "Acceso al aborto no punible en Argentina: estado de situación, marzo 2015", Buenos Aires.

Bellucci, M. (2014), *Historia de una desobediencia. Aborto y feminismo*, Buenos Aires, Capital Intelectual.

Bergallo, P. (2016), "La lucha contra las normas formales que regulan el aborto en Argentina", en R. Cook, J. Erdman y B. Dickens (eds.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, FCE.

Bergallo, P. y A. Ramón Michel (2009), *El aborto no punible en el derecho argentino,* Buenos Aires, FEIM - Cedes - IPPF.

Berlan, E. D. y T. Bravender (2009), "Confidentiality, Consent, and Caring for the Adolescent Patient", *Current Opinion in Pediatrics*, 21(4): 450-456.

Binstock, G. y E. Näslund-Hadley (2013), "Maternidad adolescente y su impacto sobre las trayectorias educativas y laborales de mujeres de sectores populares urbanos de Paraguay", *Papeles de Población*, 19(78): 15-40.

Carbajal, M. (2009), *El aborto en debate*, Buenos Aires, Paidós.

Cárdenas, E., L. de la Vega y A. López (2017), "Acceso desigualitario al aborto legal y criminalización selectiva. Adelanto Informe Anual", Buenos Aires, CELS, disponible en <www.cels.org.ar>.

Casas, J., O. Chumbe, R. Inguil, L. Gonzales y F. Mercado (2015), "El parto en la adolescente. Estudio de tres grupos de adolescencia temprana, tardía y grupo de control", *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 44(2): 101-106.

Catellani, G. (2016), "Provisión de abortos en adolescentes. Experiencia de la provincia de Chubut", presentado en I Encuentro Latinoamericano de Prestadores Públicos de Abortos Seguros y Legales, Buenos Aires, Clacai - Cedes, 11-12 de agosto.

Chad, G. (2006), "The Abortion Rights of Adolescents Should be Coextensive with those of Adults. A Theoretical Framework", *T. M. Cooley Law Review*, 23: 443.

Chappell, L. (2010), "Comparative Gender and Institutions. Directions for Research", *Perspectives on Politics*, 8(1): 183-189.

siglo veintiuno editores

Comité de Derechos Humanos (2007), "L. M. R. c. Argentina", UN Doc. CCPR / C / 101 / D / 1608/2007.

Cook, R. y B. Dickens (2000),"El reconocimiento de 'la evolución de las facultades' de los adolescentes para tomar decisiones en cuanto a su salud reproductiva", *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 70: 13-21.

Di Marco, G., E. Faur y S. Méndez (2005), *Democratización de las familias*, Buenos Aires, Unicef.

Domigo, P. y R. Sieder (2001), *Rule of Law in Latin America. The International Promotion of Judicial Reform, Institute of Latin American Studies*, Londres, Brookings Institute Press.

Gherardi, N., C. Gebruers, C. Teodori y K. Camarotta (2015), "Derecho al aborto y violencia sexual en las relaciones intrafamiliares. Una aproximación a la aplicación de la causal violación en los servicios de salud del área metropolitana de Buenos Aires", *Documento ELA*, Buenos Aires, Cedes.

Grosman, C. (1998), "El interés superior del niño", en C. Grosman (dir.), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, p. 75.

Guy, D. J. (2000), "Parents before the Tribunals. The Legal Construction of Patriarchy in Argentina", en E. Dore y M. Molyneux (eds.), *Hidden Histories of Gender and the State in Latin America*, pp. 172-193.

Herrera, M. (2016), "Los derechos de infancia y adolescencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. Claves para entender una nueva interacción legal", disponible en <www.cartapacio.edu.ar>.

Herrera, M., G. Caramelo y S. Picasso (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus.

Jaramillo Sierra, I. C. y T. Alfonso Sierra (2008), *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes.

Kelly, L. (2016), "El tratamiento de las narrativas del sufrimiento inocente en el litigio transnacional del aborto", en R. Cook, J. Erdeman y B. Dickens (eds.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, FCE.

Kulczycki, A. (2014), "A Comparative Study of Abortion Policy Making in Brazil and South America. The Salience of Issue Networks and Policy Windows", *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 16(1): 62-78.

Langer, M. (2009), "Revolución en el proceso penal latinoamericano. Difusión de ideas legales desde la periferia", CEJA (2008), reimpreso en la *Revista de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, número extraordinario II.

Llobet, V. (2009), *Las políticas sociales para la infancia y la adolescencia en Argentina y el paradigma internacional de derechos humanos. Políticas sociales en Latinoamérica, perspectivas comparadas*, México, Porrúa - UAEM.

Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (2016), *Las causales de la ley y la causa de las mujeres. Implementación del aborto legal en Colombia, 10 años profundizando la democracia*, Bogotá.

Ministerio de Salud de la Nación (2015), "Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo", Buenos Aires.

siglo veintuno editores

Ministerio de Salud y Protección Social y Fondo de Población de las Naciones Unidas (Unfpa) (2014), *Prevención del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el sector salud*, Bogotá.

Mogaburo, Y. (2013), "Representaciones sobre el aborto en la prensa Argentina. Análisis crítico del discurso de los medios masivos de comunicación", *Revista Comunicación y Ciudadanía*, 6.

Monateri, P. G. (2012), "Methods in Comparative Law. An Intellectual Overview", en *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing.

Pantelides, E., M. Fernández y E. Marconi (2014), *Maternidad temprana en la Argentina. Las madres menores de 15 años*, Buenos Aires, Unfpa - Cenep.

Perrotta, G. (2012), "Embarazo y maternidad en la adolescencia", *Revista Electrónica de la Facultad de Psicología-UBA*, 4: 14-16.

Petracci, M., M. Pecheny, M. Mattioli y A. Capriati (2012), "El aborto en las trayectorias de mujeres y varones de la ciudad de Buenos Aires", *Sexualidad, Salud y Sociedad*, 12: 164-197.

Schmukler, B. (2013), "Democratización familiar como enfoque de prevención de violencia de género. Experiencias en México", *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 5: 199-221.

Somma, A. (2015), "Introducción al derecho comparado", Universidad Carlos III de Madrid, disponible en <ssrn.com/abstract=2585552>.

Treseder, P. y P. Gordon Smith (1997), *Empowering Children and Young People. Training Manual Promoting Involvement in Decision Making*, Londres, Save the Children y Children's Rights Office.

Unicef (2013), *Situación del embarazo adolescente en Argentina, en el día mundial de la población*.

Villa-Torres, L. y J. Svanemyr (2015), "Ensuring Youth's Right to Participation and Promotion of Youth Leadership in the Development of Sexual and Reproductive Health Policies and Programs", *Journal of Adolescent Health*, 56(1): S51-S57.

Ważyńska-Finck, K. (2017), "Regulating Adolescent's Sexuality: Between the Need for Protection and the Recognition of Autonomy", Documento de trabajo, European University Institute.

Wierzba, S. M. (2015), "Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Derecho Privado*, 1(2).

Zamberlin, N. (2007), "El aborto en la Argentina", FEIM - Cedes - IPPF, disponible en <www.despenalizacion.org.ar>.

siglo veintuno editores

10. Aborto farmacológico y libertad de información en Chile

Eduardo Chia[*]

En Chile funcionan grupos y organizaciones de mujeres que brindan servicios de asesoramiento a otras mujeres que consultan sobre tópicos amplios de salud sexual y reproductiva (en adelante "SSR"). Esto incluye la facilitación de información concerniente al aborto. Los servicios de consejería se brindan a través de una línea telefónica y mediante manuales informativos que están disponibles de manera gratuita en internet. El presente capítulo se encargará de analizar el funcionamiento de estos servicios desde el punto de vista jurídico. En particular, se hará una evaluación de los casos en que se brinda información para abortar mediante la autoadministración de medicamentos.

Para estos efectos, la primera sección será introductoria. Aquí se presentará el problema, se listarán algunos antecedentes sobre el aborto farmacológico y se efectuará una breve descripción del desarrollo reciente de los servicios que ofrecen información sobre SSR en el contexto global y la manera en que se han implementado en Chile.

La sección segunda revisará el contexto jurídico chileno. Tendrá dos subsecciones. En la primera, se examinará la forma en que el país regula el registro de medicamentos para abortar. Del mismo modo, se señalará que las restricciones impuestas al registro sanitario de este medicamento inciden en el acceso inseguro al producto. En atención a ello, se evidenciará por qué es importante la fluidez de circulación de información para prevenir lesiones de derechos. En la segunda subsección se efectuará un análisis de la regulación de la libertad de información en Chile en el ámbito legal y constitucional.

En la tercera sección se desarrollará una revisión de experiencias comparadas. Aquí se explorarán antecedentes del sistema europeo de dere-

* Este trabajo se ha beneficiado de los comentarios de Mariano Fernández, Francisco Gómez, Andrea Nuila, Flavio Quezada y Tomás Vial. Agradezco especialmente a Viviana Bohórquez Monsalve quien me sugirió el tema e hizo importantes aportes al texto. Los errores y omisiones son de mi responsabilidad.

siglo veintiuno editores

chos humanos concernientes al tratamiento que dio a las restricciones que los Estados impusieron a la libertad de información sobre SSR. En concreto, se revisarán los casos "Open Door Counselling y Dublin Well Woman Centre c. Irlanda" (TEDH 68 14 234/88, 1992) y "Women on Waves c. Portugal" (TEDH 31 276/05, 2009). Específicamente, se mostrará cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH") ponderó el conflicto entre los intereses de los Estados para así restringir la libertad de informar y los alcances del ejercicio de esa libertad por parte de las mujeres.

La cuarta sección tendrá dos subsecciones y tratará sobre las tensiones entre derecho penal y libertad de información. En la primera se revisarán, sin pretensión de exhaustividad, algunos casos concretos que acaecieron en el ámbito nacional en los que se intentó, a través de la vía jurisdiccional, anular la libertad de informar sobre SSR. Aquí se mostrará que dichas acciones fracasaron por falta de material probatorio y no por razones sustantivas. En la segunda subsección, se sostendrá que en la hipotética situación en la cual se inicie un proceso criminal contra la solicitante o emisora de esta clase de información, las acciones de estas mujeres estarán justificadas, pues sólo estarían ejerciendo de manera legítima un derecho, lo cual las exime de responsabilidad penal. Por último, se indicará por qué no cabe la posibilidad de inducción penal en los casos concretos.

La última sección será una recapitulación de lo expuesto a lo largo del texto y se explicitarán ciertas conclusiones. Hacia el final, se efectuarán algunos comentarios proyectantes sobre el rendimiento del aborto farmacológico en relación con el ejercicio de la libertad de informar.

siglo veintiuno editores

FÁRMACOS, INFORMACIÓN Y ABORTO: CONSIDERACIONES GENERALES

En la última década, el uso de medicamentos para abortar ha alcanzado fuerza en parte importante del mundo. Esto se ha visibilizado con nitidez en América Latina y otros países en vías de desarrollo. Los servicios que entregan orientación en torno a la correcta autoadministración de drogas para interrumpir el embarazo han facilitado, en cierto modo, el acceso seguro a estos medicamentos. En el presente apartado, en primer lugar, se describirá de manera sucinta cómo operan estos servicios en los hechos y cómo se ha extendido su funcionamiento a nivel global. En segundo lugar, se describirá cómo comenzó en Chile la gestión de estos servicios y la utilización de fármacos para abortar.

SOBRE EL MISOPROSTOL

La expansión del conocimiento sobre la autoadministración de medicamentos[1] para terminar un embarazo constituye un avance político significativo para robustecer la autonomía de las mujeres e incrementar la igualdad puesto que permite abortar de modo eficaz desde el ámbito de la privacidad (Sheldon, 2016). También, porque en términos sanitarios está científicamente probada la garantía de inocuidad de tal método.

En efecto, distintos estudios han demostrado que la administración autogestionada de estos fármacos podría disminuir tanto la mortalidad materna por aborto, como las complicaciones sanitarias derivadas de la ejecución insegura de la interrupción del embarazo en las regiones de África, Asia y América Latina (Harper y otros, 2007), lugares que registran cerca del 98% de todas las muertes maternas en el mundo asociadas al aborto. Ahora bien, la administración por parte de las mujeres de estos productos farmacológicos no necesariamente conducirá a un aborto seguro en aquellos países donde la práctica está criminalizada (Erdman, 2011). Para reducir las posibilidades de riesgo es necesario que las mujeres cuenten con asesoría especializada, con amplia disponibilidad, que proporcione un nivel adecuado de información para el uso efectivo, oportuno y seguro de los medicamentos.

Estudios sobre la utilización de misoprostol en América Latina (Billings, 2004) han demostrado que si estos fármacos son ingeridos de forma conjunta y de manera apropiada, pueden llegar a alcanzar un 98% de efectividad para poner término a un embarazo.[2] De igual modo, los estudios indican que menos del 1% de los procedimientos de aborto con pastillas realizados en plazos de gestación no superiores a las siete semanas ha registrado efectos nocivos en las mujeres que las utilizaron (Jones y Henshaw, 2002).

En contextos de desigualdad en el acceso a la información, resulta apremiante que todas las mujeres cuenten con referencias y orientación objetiva sobre el uso seguro de medicamentos, de modo tal que sean suministrados dentro de los plazos médicamente sugeridos y con una

siglo veintiuno editores

1 La World Health Organization (WHO) ha incorporado tanto la mifepristona como el misoprostol a su lista de medicinas esenciales para los países en desarrollo (WHO, 2015). Con todo, se hace presente que en Chile la mifepristona no está disponible. No se fabrica, ni se comercializa de manera legal. En consecuencia, de aquí en adelante sólo se hará referencia al misoprostol.

2 R. Lipsitz, "Abortion Pills Are Safe, Effective and Legal", *AlJazeera America*, 29 de septiembre de 2015, disponible en <america.aljazeeracom>.

dosificación pertinente. Distintos estudios muestran que en Chile y otros lugares del mundo los casos en que se verificaron problemas asociados a la administración de estos medicamentos se originaron debido a que la mujer usó de manera incorrecta la dosis o no conocía sus efectos adversos (Casas y Vivaldi, 2014a), la pastilla no era de calidad suficiente ya que probablemente fue conseguida a través de fuentes no confiables (Shah y Åhman, 2010), o las mujeres no tenían noticias sobre la naturaleza del fármaco (Agarwal y otros, 2015). De la misma manera, otros estudios indican que incluso en algunos casos ni siquiera los profesionales de la salud poseen información acabada y suficiente sobre los efectos del medicamento (Sherris y otros, 2005; Cohen y otros, 2005).

Más allá de estas situaciones, la información que existe sobre la administración segura de estas drogas es científica, pública y se encuentra respaldada globalmente por organismos internacionales autorizados como la Organización Mundial de la Salud (OMS) (WHO, 2012). Además, en el ámbito regional, asociaciones de médicos como la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología también han validado el respaldo técnico (Flasog, 2013).

A partir de estos antecedentes, diversas iniciativas de la sociedad civil organizada comenzaron a operar en algunos países con el propósito de proveer información farmacológica y gineco-obstétrica que facilitase el uso oportuno y efectivo de los medicamentos. Tal es el caso de la iniciativa de la ONG holandesa Women on Waves (en adelante "WoW") con incidencia a nivel global y cuyos servicios, entre otros relacionados con la SSR, consisten en asistir e informar de modo confidencial a las mujeres sobre el uso apropiado de medicamentos para terminar un embarazo; en especial, en países donde el aborto está ampliamente criminalizado. En algunos casos incluso proveen los medicamentos por correspondencia a través de sistemas de correo postal.

Otro es el caso de la ONG Women Help Women que brinda servicios de consultas médicas en línea para realizar abortos con fármacos y dispensa información general para el acceso a mecanismos anticonceptivos y de contracepción por todo el mundo. Estas ONG, además de prestar dichos servicios, disponen de sistemas de entrenamiento y capacitación de activistas en distintos países para facilitar la labor de las organizaciones que hayan decidido implementar iniciativas locales a fin de que puedan proveer los servicios de asesoría en condiciones óptimas.

siglo veintiuno editores

LA "LÍNEA ABORTO LIBRE" EN CHILE

La difusión y cooperación que entregó en América Latina la ONG WoW permitió la implementacion de estos servicios en Chile. En 2009, un colectivo de feministas de la ciudad de Concepción, llamado Feministas Bío Bío, conoció la experiencia de Ecuador[3] y quiso replicarla en Chile. Desde entonces, WoW brindó apoyo organizativo para capacitar y asesorar a las activistas, a fin de establecer una línea telefónica que ofreciera servicios de asesoramiento sobre el uso de medicamentos para abortar.[4]

La iniciativa se llama Línea Aborto Libre (en adelante, "LAL") y empezó a funcionar en 2010. Hoy se encuentra instalada en todo el país. Para eso, ha dispuesto su funcionamiento en varias ciudades a través de una línea telefónica atendida por voluntarias que entregan información de lunes a viernes de ocho a once de la noche.

Debido a que en Chile existe permisibilidad restringida para ejecutar un aborto y que el acceso público al misoprostol está prohibido, el alcance de la información que LAL puede entregar se reduce a la correcta administración del fármaco y a la prevención de riesgos sanitarios asociados. Para el logro de sus objetivos, LAL se ciñe a la información pública y científica que proporciona la propia OMS en su guía técnica para el aborto seguro (WHO, 2012). A diferencia de iniciativas internacionales como WoW o Women Help Women, que proveen los medicamentos y en algunos casos podrían enviarlos al domicilio de las requirentes, LAL sólo puede brindar información y orientación amplia sobre SSR a las solicitantes, pero no dispone la distribución, comercialización o entrega de los medicamentos (Casas y Vivaldi, 2014b: 75).[5]

siglo veintuno editores

3 Sobre la experiencia de WoW con organizaciones en Ecuador, véase <www.womenonwaves.org/es/page/875/safe-abortion-hotline-ecuador–june-2008>.

4 Véanse V. Vargas Rojas, "Línea Aborto Libre: 'En Chile ni los médicos saben cómo utilizar el misoprostol para abortar de manera segura'", *El Desconcierto*, 8 de julio de 2014, disponible en <www.eldesconcierto.cl>; y C. Rojas, "Las huellas en Chile de Women on Waves, la ONG pro aborto de la holandesa Rebecca Gomperts", *El Dínamo*, 3 de septiembre de 2014, disponible en <www.eldinamo.cl>.

5 B. García Jiménez, "Aló aborto: La línea telefónica que enseña a usar el misoprostol", *El Mostrador*, 12 de agosto de 2014, disponible en <www.elmostrador.cl>.

DERECHO, INFORMACIÓN Y PÍLDORAS PARA ABORTAR

Entregar información científica y pública sobre la administración de medicamentos para realizar un aborto, en países donde en efecto existen restricciones penales intensas, se basa en el ejercicio del derecho a la libertad de informar. A efectos de esclarecer cómo se hace operativo en concreto el ejercicio de este derecho cuando se trata de información para realizar un aborto, en esta sección se realizarán dos ejercicios de análisis jurídico.

Primero, se describirá la regulación chilena en relación con el uso y comercialización de productos farmacéuticos para interrumpir un embarazo. En este punto, se evidenciará el férreo pero ambiguo control administrativo que ejerce el Estado para autorizar o rechazar el registro sanitario del misoprostol. Segundo, se analizará cómo está regulada en términos constitucionales y legales la libertad de informar en asuntos de SSR. Ambas cuestiones están jurídicamente implicadas pues la administración informada de estos medicamentos, dado su escaso acceso, previene riesgos de lesión del derecho a la salud derivados de la administración no idónea de las drogas.

siglo veintiuno editores

SOBRE EL ESTATUS JURÍDICO DEL MISOPROSTOL EN CHILE

Los actos relacionados con el registro sanitario del misoprostol están regulados en el Código Sanitario. De acuerdo con el art. 96 de este código, corresponde al Instituto de Salud Pública de Chile (en adelante, "ISP") efectuar el control sanitario de todos los productos farmacéuticos. Para eso, el ISP lleva un registro de aquellos fármacos que han sido evaluados de manera favorable en lo que refiere a su eficacia, seguridad y calidad. No podrán ser distribuidos en el país fármacos que no se hayan registrado (Código Sanitario, art. 97).

En Chile el misoprostol, en cuanto componente genérico, no está prohibido de manera expresa en la legislación. Sólo existen sanciones de multa a beneficio fiscal y decomiso del producto en caso de que sea fabricado y comercializado sin permiso del ISP, o bien, sea expendido al público en los establecimientos sanitarios que no están expresamente autorizados (Código Sanitario, art. 174 y ss.).

Considerado lo anterior, se hizo un examen de una muestra no exhaustiva de casos en que el ISP denegó solicitudes a farmacéuticas que querían obtener una autorización para el registro sanitario de un nuevo producto cuyo nombre genérico es el misoprostol. En dicho contexto, para denegar el registro, el ISP adujo justificaciones médicas y farmacológicas que atienden a la seguridad del producto. Este fue el caso recien-

te del Misodel,[6] y con anterioridad del Misoprostol (Recalcine)[7] y del Indupar.[8]

Ahora bien, una revisión atenta de las razones esgrimidas para el rechazo o autorización de registro de la droga evidencia cierta ambigüedad en el tratamiento regulatorio que la autoridad administrativa ha dado a este fármaco. Por ejemplo, en relación con el caso de la denegación del Misoprostol (Recalcine), en las fundamentaciones técnicas se indicó que podrían registrarse desviaciones en su uso para conseguir fines abortivos. La indicación de este medicamento era la maduración cervical e inducción del parto a término. Sin embargo, con anterioridad el ISP había autorizado el registro del fármaco Alumbra, bajo condición de que fuese comercializado sólo con receta médica retenida[9] y para uso exclusivo en establecimientos asistenciales. Lo paradójico es que este medicamento posee la misma indicación[10] e igual dosis y principio activo que el Misoprostol (Recalcine). Idéntica situación ocurrió con la droga Misotrol (Sanofi-Aventis), que está autorizada y se encuentra a la venta en farmacias nacionales.[11] En este caso, con indicación específica para la prevención de las úlceras gástricas inducidas por los fármacos antiinflamatorios no esteroidales.

Así entonces, el uso del genérico misoprostol en Chile está autorizado en dos casos: para el tratamiento de úlceras gástricas y para facilitar procedimientos gineco-obstétricos de estímulo del parto debido a su capacidad de inducir contracciones uterinas y de generar modificaciones cervicales (Hidalgo y otros, 2013). Si se considera que no ha habido variaciones en la dosis y el principio activo de los medicamentos examinados, entonces no es claro si la sola diferencia en la indicación farmacológica es razón suficiente para justificar los casos en que se autorizó o se rechazó la solicitud de registro.

En función de lo expuesto, se puede evidenciar por qué el acceso al misoprostol es escaso en Chile. En efecto, no existe *stock* suficiente para una adquisición segura del producto debido al control estricto de la oferta, pues la producción y comercialización de la droga es restringida. En estas condiciones, existen incentivos perversos para el establecimiento

siglo veintiuno editores

6 ISP, Resolución Exenta RW 14 343/15 de 19/5/2015.
7 ISP, Acta 6/10 de 30/7/2010.
8 ISP, Acta 11/08 de 19/12/2008.
9 ISP, Resolución Exenta 10 216 de 26/12/2000.
10 ISP, Resolución Exenta RW 18 555/16 de 6/9/2016.
11 Véanse <www.cruzverde.cl/buscador-de-medicamentos/misotrol-sanofi-aventis> y <www.farmaciasahumada.cl/fasaonline/fasa/MFT/MFT.htm>.

de un mercado clandestino en torno a este fármaco[12] con la subsecuente incertidumbre, tanto acerca de la calidad del producto,[13] como de la pureza de sus componentes.

Los casos en que se prohíbe la comercialización de productos con alta demanda generan consecuencias negativas. Una de ellas es el aumento de precios de la droga. Otros defectos asociados son la potencial peligrosidad del producto porque no hay claridad sobre si acaso el fármaco fue adulterado (Casas y Vivaldi, 2014b). Antes bien, en caso de que la mujer lograse superar dichas barreras de acceso y obtuviese el medicamento correcto, entonces necesitará contar con información técnica para poder conocer las dosificaciones requeridas, las reacciones adversas que podrían generarse, las semanas de embarazo dentro de las cuales es seguro administrar el medicamento, además de orientaciones sobre el procedimiento en sí.

A este respecto, si bien los canales de acceso a la información existentes han ido *in crescendo* en el último tiempo, no necesariamente resultarán fluidos y expeditos (Casas y Vivaldi, 2014a). En particular, en aquellos casos en que las mujeres tengan niveles insuficientes de educación, o bien, tengan dificultades para acceder a internet o para realizar llamadas telefónicas (Casas y Vivaldi, 2014b). Esto suele agudizarse en contextos rurales o poco urbanizados (Drovetta, 2015), ya que la autoadministración del misoprostol está relacionada de manera directa con la clase socioeconómica de la mujer y su capacidad de acceso a la información. Tal como algunas autoras han afirmado,

> la utilización del misoprostol cambió el contexto de la práctica del aborto en Chile, reduciendo las complicaciones. Sin embargo, su utilización sin la debida orientación médica, en dosis peligrosas y en plazos de gestación no recomendados, pone en riesgo el derecho a la integridad y la vida de las mujeres (Casas y Vivaldi, 2014a: 115).

La clave para la autoadministración segura de productos farmacéuticos para abortar es hacer uso adecuado de la información disponible. En este contexto, la libertad de información opera como una condición

12 O. Fernández, "El mercado negro tras los fármacos abortivos", *La Tercera*, 16 de mayo de 2014, disponible en <www.latercera.com>.

13 "ISP detectó 33 sitios web que comercializan fármacos falsificados", *Cooperativa*, 27 de noviembre de 2014, disponible en <www.cooperativa.cl>.

siglo veintiuno editores

para prevenir la transgresión de derechos sexuales y reproductivos. En Chile, la libertad de información no sólo está ampliamente protegida por el derecho internacional de los derechos humanos,[14] sino que además está amparada de manera legal por una regulación particular sobre información de SSR.

EL ESTATUS JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN SOBRE SSR

En lo que sigue se hará una revisión de la regulación constitucional y legal de la libertad de información. La finalidad es reconstruir y comprender el contenido conceptual de esta libertad en lo que concierne a la SSR. Para ello, en primer lugar, se indagará el ámbito constitucional. Aquí se expondrá el sentido y alcance que le han dado autores representativos del derecho constitucional chileno. También se expondrá la jurisprudencia constitucional chilena e interamericana. En segundo lugar, se hará una revisión de la regulación legal de esta libertad. En concreto, las leyes y normas que hacen operativa la libertad de informar.

La libertad constitucional de información

De acuerdo con lo establecido en la Constitución chilena, toda persona tiene libertad de opinar e informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (art. 19, nº 12). Los autores chilenos de manera casi unánime coinciden en que las dos libertades establecidas en el art. 19, nº 12 se cobijan bajo el paraguas de la libertad de expresión (Lovera, 2010: 159). Para estos efectos, en lo que concierne al concepto constitucional de información, un autor ha dicho que es

siglo veintiuno editores

14 En Chile la cuestión de la jerarquía de los tratados de derechos humanos es un asunto controvertido debido a la vaguedad del art. 5, inc. 2 de la Constitución. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (en adelante, "TCCh") ha sido vacilante. Desde la sentencia 346-2002, el TCCh se inclinó por negar la homologación de los tratados a la Constitución. Pese a ello, en la sentencia 1340-2009 el TCCh falló un caso con aplicación implícita de uno de estos tratados; con posterioridad, en la sentencias 2387-2013 y 2493-2013 el TCCh negó el rango constitucional de los tratados y rechazó la tesis del bloque de constitucionalidad. En un *paper* publicado hace unos años en Chile, se deja abierta la interpretación (Couso y Reyes, 2009). Recientemente otro autor ha sostenido que lo importante es la jerarquía de la norma que establece el deber de respetar los derechos humanos fijada en el art. 5, inc. 2 de la Constitución y no así la jerarquía de los tratados (Figueroa, 2013).

> el caudal de conocimientos y pensamientos que incluyen tanto la narración objetiva de los hechos, como las imágenes, descripciones, signos, símbolos, caricaturas, estadísticas, relatos y comentarios (Cea Egaña, 2012: 386).

En cuanto al alcance del contenido, otros autores han sostenido que la libertad de informar faculta a las personas, tanto para el acto de difusión como para reclamar el acceso oportuno, veraz y objetivo a esta.

En lo que concierne a la libertad de recibir información, cabe decir que es parte integrante del núcleo de la libertad de informar, ya que es el correlato necesario e implícito de aquella. En efecto, así lo ha determinado el Tribunal Constitucional chileno que, en las sentencias 226-1995 (consid. 20) y 634-2006 (consid. 9), sostuvo que la libertad de informar incluye el derecho a recibir informaciones, aun cuando este no se encuentra explícitamente establecido en la Constitución.

En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, esto ha sido reafirmado y ampliado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia "Claude Reyes y otros c. Chile". Aquí la Corte afirmó que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por ello, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social.[15]

siglo veintiuno editores

La libertad de informar en ámbitos de SSR

En lo que sigue, se hará un ejercicio de interpretación de las normas legales que hacen operativa esta libertad. El propósito es reconstruir el alcance y los límites de esta libertad en lo que concierne al ámbito de la SSR. La revisión del carácter, contenido y condiciones de aplicación de estas normas es importante ya que permite determinar de forma específica, expresa y con alcance general en el ordenamiento jurídico chileno, el derecho a recibir educación, información y orientación en SSR.

Lo primero que se debe considerar es que el derecho a la información encuentra un alcance concreto sobre SSR a partir de la lectura del art. 1, *in fine,* de la Ley 19 733, sobre libertades de información y opinión. Este cuerpo legal reconoce a todas las personas el derecho *a ser informadas* so-

15 Corte IDH, "Claude Reyes y otros c. Chile", serie C, nº 151, párr. 64, 19/6/2006.

bre *hechos de interés general*. Ahora bien, esta norma debe ser complementada con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 20 418 (que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad), que reconoce el derecho de toda persona *a recibir* educación, *información* y orientación en materia de regulación de la fertilidad. Por otra parte, en cuanto al ámbito estrictamente sanitario, el art. 8, letra a, de la Ley 20 584 (que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud) norma el derecho de toda persona a que se *le proporcione información* sobre atenciones o acciones de salud.

En lo que respecta a la Ley 20 418, su art. 1 especifica que el derecho a recibir información será en materia de *regulación de la fertilidad*. En primer término, la palabra *regulación* comprende las normas legales, los reglamentos y los protocolos ministeriales[16] existentes que organizan, ordenan y controlan la reproducción humana en Chile. La información normativa de la fertilidad humana permite y facilita que los titulares del derecho puedan tomar decisiones libres y fundamentadas acerca de aspectos íntimos de su personalidad y, en particular, respecto de su SSR (Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–, 2011). En segundo término, la idea de regulación en el ámbito de la SSR implica también la capacidad de toda persona de controlar y regular su propia fertilidad –elemento esencial de la salud reproductiva (Fathalla, 1991)– con el máximo grado de conocimiento de la materia.

Tal como se adelantó, la libertad de recibir información implica la necesidad de que un agente genere o emita la información. De la lectura de las leyes examinadas no se sigue que se otorgue la competencia monopólica, la entrega o producción de información a los órganos de la administración del Estado. Esto es así porque las leyes, si bien definen explícitamente que los titulares del derecho son *todas las personas*, no establecen (salvo el caso del *prestador institucional* del art. 8 de la Ley 20 584) que la información sea emitida por un destinatario específico. Ahora bien, el Estado tiene el deber de no interferir en los flujos de información entre las personas cuando ejercen su libertad. De modo que las obligaciones concretas establecidas para el Estado a este respecto sólo son explicitadas en el art. 4 de la Ley 20 418, que determina que debe hacer efectiva la garantía del ejercicio de los derechos reconocidos y debe poner a disposición de la población métodos anticonceptivos.

16 Véase Ministerio de Salud de Chile, Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, 2014, disponible en <www.minsal.cl>.

Siglo veintiuno editores

Dicho eso, para despejar posibles objeciones sobre el alcance de tales normas, examinaremos algunas excepciones que establece la Ley 20 418 en su art. 4 *in fine*, respecto de los límites de su aplicación en el campo específico de la SSR.

En su primera parte, esta norma afirma que un aborto no puede ser considerado un método anticonceptivo. Esto no puede sino ser una perogrullada, pues en términos de registro conceptual, un anticonceptivo evita la concepción y el aborto implica interrumpir un embarazo ya producido. Es más, un organismo técnico-sanitario como la Organización Mundial de la Salud no ha reconocido al aborto como un método anticonceptivo (WHO, 2016). A efectos de la construcción legal del derecho a la información en materia de SSR, esta disposición resulta neutra ya que no genera impacto alguno.

En su segunda parte, la norma establece que no podrán ser parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto. Al respecto, parece razonable que el contenido de una política pública gubernamental no contenga directrices que coincidan con acciones penalmente tipificadas. Con todo, tal como instaura la propia ley, la restricción aquí es sólo aplicable al caso del diseño, elaboración y ejecución de política pública. Ergo, esta disposición tampoco afecta el alcance general del derecho a la información en materia de SSR, pues además de ser redundante, se acota a un ámbito específico de la actividad de la administración estatal.

¿Por qué importa este análisis? Porque la clave para evitar violaciones a los derechos de las mujeres que se autoadministran un medicamento para abortar reside en el manejo que ellas tengan de información especializada, segura, veraz y oportuna respecto de la mayor cantidad de implicancias sanitarias posibles relacionadas con el uso del fármaco (Zamberlin y otros, 2012).

Lo dicho es relevante porque en este caso el ejercicio de la libertad de información resulta esencial para la protección de otros derechos fundamentales. En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

> El acceso a la información está estrechamente vinculado con la realización de otros derechos humanos, y por tanto la falta de respeto y garantía de este derecho para las mujeres puede ocasionar una vulneración de sus derechos, por ejemplo a la integridad personal, vida privada y familiar y a vivir libres de violencia y discriminación (CIDH, 2011: 5).

siglo veintiuno editores

Lo expuesto no es sino un caso de valor instrumental de los derechos e incluso el Tribunal Constitucional de Chile lo ha reconocido en el ámbito del acceso a la información pública. Así, por ejemplo, en la sentencia 634-2006, consids. 9-10, ha sostenido:

> El derecho de acceso a la información pública constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionadas.

En definitiva, de acuerdo con lo establecido en las normas y jurisprudencia examinadas, se colige que esta clase de información debe ser entregada en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, de modo confidencial. En efecto, la amplitud con la que está regulado el concepto información sobre *hechos de interés general* hace que sea inexorable considerar como tal el tipo de información que es de carácter científico-sanitario. En particular, en lo que respecta a aquella información necesaria para fortalecer y proteger la SSR, incluida la que resulta imprescindible para que una mujer controle con seguridad un aborto con pastillas.

siglo veintiuno editores

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROHIBICIÓN DEL ABORTO

Hasta ahora se ha tratado de sostener una argumentación jurídica en torno a la libertad de información para la entrega de datos objetivos sobre SSR en general, y sobre el uso seguro y apropiado del misoprostol, en particular. Asimismo, se dijo que la libertad de información operaría como un elemento indispensable para la protección de otros derechos de las mujeres, los cuales podrían verse amenazados debido a la incorrecta administración de medicamentos para abortar, precisamente, por la insuficiencia de información. Sin embargo, en Chile, aun cuando la mujer tuviera oportunidad de abortar de modo informado y seguro, en todo caso podría estar realizando una acción típica y penada por la ley. En efecto, esto podría constituir un caso del denominado "autoaborto", el cual se encuentra tipificado en el art. 344 del Código Penal. Bajo estas circunstancias, las acciones de las organizaciones que proveen consejería preventiva sobre SSR podrían devenir hipotéticamente en la ejecución de una actividad que en Chile está prohibida por ley.

Esta situación implica que el Estado puede tener un interés legítimo en restringir la libertad de información, o bien, con el mismo propósito,

podría dar inicio a una acción persecutoria mediante una investigación llevada a cabo por el Ministerio Público para determinar la eventual comisión de un hecho punible. Sin embargo, en caso de que decidiese hacerlo, dicho proceder estatal podría conllevar a que las mujeres enfrentasen un riesgo para su salud, su integridad y su vida, al verse impedidas de recibir la clase de información cuya finalidad es minimizar peligros y resguardar la seguridad sanitaria. He aquí una tensión ineludible para el Estado, que se verá de cara a un conflicto entre bienes que deberá ser resuelto de manera proporcionada.

¿Cómo solucionó esta tensión el derecho internacional de los derechos humanos? En la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos no existe precedente semejante en el que se haya decidido un conflicto como el expuesto.

En cambio, el sistema europeo abordó la cuestión en dos casos de particular interés que fueron resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primero es la decisión "Open Door Counselling y Dublin Well Woman Centre c. Irlanda". El segundo corresponde al caso "Women on Waves c. Portugal". A continuación, se analizan ambas decisiones y se proponen algunas lecciones.

Para los propósitos de este capítulo, la significancia jurídica de ambos casos reside en que es posible extraer de ellos ciertos principios que podrían orientar la estructuración de la discusión en torno a los límites y alcances de la libertad de información en asuntos de SSR, lo cual podría servir como insumo para la discusión en Chile. Por lo demás, en ambos casos, el contexto de entrega y acceso a la información para que una mujer pudiera abortar con medicamentos, aun cuando la conducta está prohibida por ley, era razonablemente análogo.

siglo veintiuno editores

"Open Door Counselling y Dublin Well Woman Centre c. Irlanda"

Si bien este caso no trata en específico de información para abortar con fármacos, es importante revisarlo porque sienta las bases de la jurisprudencia que permite establecer relaciones entre libertad de información y aborto farmacológico.

Contexto

Hacia fines de los años ochenta, en Irlanda estaba penalmente prohibido el aborto. Sin embargo, no estaba tipificada la acción de viajar a otro país para acceder a servicios de aborto no punible. Así, las mujeres acudían al vecino Reino Unido a ejecutar un aborto lícito fuera de la jurisdicción irlandesa. Ante ello, organizaciones de mujeres comenzaron a asesorar de modo no vinculante a las mujeres embarazadas proporcionando in-

formación sobre las opciones disponibles para realizar abortos legales y seguros en el Reino Unido.

Algún tiempo después, estos servicios fueron denunciados por grupos conservadores y pronto una decisión de la Corte Suprema irlandesa prohibió entregar la clase de información antes descripta, basándose en la interpretación de un artículo de la Constitución irlandesa que garantizaba derechos al nonato.[17]

Para impugnar dicha situación, un grupo de abogadas, junto con dos mujeres y dos de las ONG que entregaban la información, acudieron al TEDH. En concreto, las demandantes alegaron que la decisión de la Corte Suprema irlandesa impedía ayudar a las mujeres embarazadas para que viajaran al extranjero a practicarse un aborto. A juicio de las demandantes, dicha prohibición violaba los derechos de las organizaciones y de las mujeres garantizados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante "CEDH"). Se habrían violado, entonces, los derechos a dar y recibir información vital para la salud (art. 10), el derecho a la privacidad (art. 8) y la prohibición de discriminación (art. 14) (Thompson, 1994).

Sentencia del TEDH

En un sentido amplio, el TEDH sostuvo que la prohibición establecida por la decisión de la Corte Suprema irlandesa que impedía la difusión de información para ejecutar un aborto violaba la libertad de expresión postulada en el art. 10 del CEDH. En particular, el TEDH reconoció que el impartir y recibir información para acceder a servicios de aborto podría ser crucial para la salud y bienestar de la mujer (TEDH 68 14 234/88 [1992], párr. 72). Asimismo, al ser la consejería de carácter "no directivo", la información proporcionada no se dirigía a promover el aborto, sino que se limitaba a los rangos de acción posibles que tenían las mujeres, y les dejaba a ellas la decisión de elegir alguna de las opciones. Dadas las circunstancias, el Tribunal entendió que en este caso concreto no había una conexión necesaria entre la información que se entregaba y la realización de abortos, ya que la información proporcionada era impersonal (párr. 75).

A su vez, el TEDH afirmó que la ausencia de supervisión estatal con personal especializado en la información entregada no protegía los derechos de la mujer. El TEDH agregó que la restricción impuesta a la entrega de información generaba un riesgo para la salud de aquellas mujeres

17 Tribunal Superior de Irlanda, "Attorney General at the Relation of the Society for the Protection of Irland Ltd.", I.R. 593 Ir. H. Ct. (1988).

siglo veintiuno editores

que estaban buscando un aborto en una etapa avanzada del embarazo debido a la falta de adecuada consejería (párr. 76).

Finalmente, el TEDH sostuvo que la prohibición establecida por el Estado podría causar consecuencias negativas en las mujeres que no contaban con los recursos suficientes ni los niveles de educación necesarios para tener acceso a fuentes de información alternativa (párr. 77).

El núcleo de esta decisión reside en la valoración de la proporcionalidad de la medida estatal restrictiva. El TEDH consideró que la prohibición impuesta por la Corte Suprema irlandesa fue desproporcionada porque no se formularon razones suficientes que justificaran un interés estatal apremiante para entorpecer el derecho de un modo estricto. De hecho, esto se hizo particularmente nítido a partir de la observación del TEDH sobre la *amplitud* y extensión temporal de la medida, que no consideró elementos razonables para establecer excepciones, tales como la edad, el estado de salud o las motivaciones subjetivas que llevaron a la mujer a buscar información para realizar un aborto seguro y lícito fuera de las fronteras irlandesas (párr. 73).

Lo anterior es significativo porque de manera implícita se reconoció que la libertad de información concerniente a SSR permite minimizar los riesgos de daño a los derechos de las mujeres que se pueden derivar de un embarazo no deseado. En este caso, la información entregada por las organizaciones acerca de cómo acceder a abortos resultó crucial para la prevención de dichos riesgos. El interés del Estado en criminalizar el aborto no es razón suficiente para limitar la libertad de información sobre SSR para poder obtener un aborto seguro (Coliver, 1995).

siglo veintiuno editores

"Women on Waves c. Portugal"

La decisión en "Women on Waves c. Portugal" es posterior y vino a reforzar la jurisprudencia antes examinada. A diferencia del caso "Open Door Counselling y Dublin Well Woman Centre c. Irlanda", aquí los hechos de la causa son más próximos a la situación en que se encuentran las organizaciones chilenas que entregan información para abortar con pastillas. En efecto, la ONG involucrada es aquella que ha promovido alrededor del mundo el acceso seguro al aborto con fármacos (WoW).

Contexto

El caso se originó cuando al barco Borndiep, de bandera holandesa, le fue negado el ingreso a mar territorial portugués. Este barco había sido arrendado por la ONG WoW para promover el aborto consentido y se había requerido permiso para que atracara en territorio portugués. De igual manera, a la ONG se le impidió la posibilidad de informar temá-

ticas generales de SSR, organizar reuniones, seminarios y talleres sobre prevención de enfermedades de transmisión sexual, como también brindar información sobre el aborto farmacológico.

Las restricciones impuestas fueron establecidas tanto mediante decisiones judiciales, como a través de actos de la autoridad administrativa. Entonces, WoW junto con otras dos ONG demandaron al Estado portugués ante el TEDH. Las organizaciones alegaron violación de los derechos a la libertad y seguridad (art. 6), del derecho de libertad de expresión (art. 10) y del derecho de reunión (art. 11), todos los cuales se encuentran garantizados en el CEDH.

Sentencia del TEDH

El TEDH acogió la demanda y determinó, entre otras cosas, que en el caso concreto no se verificaron antecedentes suficientes para establecer una conexión necesaria entre la clase de actividades de las ONG y la intención de las mujeres de cometer hechos punibles tipificados en la ley portuguesa (TEDH 31 276/05 [2009], párr. 41). El TEDH también reafirmó que las razones para limitar la libertad de información deben ser manifiestamente apremiantes. Además, remarcó que las restricciones impuestas por el Estado resultaban desproporcionadas, pues pudo haberse determinado la aplicación de medidas menos lesivas para lograr igual fin, tales como el decomiso de los fármacos en cuestión (párr. 39). Asimismo, indicó que las limitaciones impuestas no pueden afectar el *contenido* de la información entregada. De igual modo, tampoco pueden restringirse los medios (en este caso el barco) a través de los cuales se entrega la droga (párr. 39).

Aquí, el TEDH, además de abordar de manera específica la entrega de información para el aborto farmacológico, reafirmó las tesis desarrolladas en el caso "Open Door Counselling" a través de la revisión y expansión del derecho a brindar y recibir información sobre SSR, lo cual ponderó con el interés estatal en usar reglas jurídicas particularmente intensas para restringir el derecho.

Lecciones que presentan ambos casos

Una vez revisados ambos casos, para los efectos de este análisis, las lecciones que se pueden recuperar son las siguientes:

1. Aun cuando existan leyes que tipifiquen el aborto como delito, estas no pueden ser un estorbo para el ejercicio de la libertad de información, pues incluso el contenido de la información para abortar se encuentra protegido. El TEDH remarcó que en ambos casos resultaba desproporcionado que

XXI siglo veintuno editores

el Estado ubicara su interés en prohibir ciertas acciones por sobre el ejercicio de un derecho que es condición de funcionamiento de una sociedad democrática.

2. En los casos concretos, no se registró evidencia suficiente que permitiera establecer una relación necesaria entre la acción de entregar y recibir información y la ejecución de abortos punibles por parte de las mujeres. Del hecho de que se oriente y asesore en asuntos de SSR, no se sigue que dichas acciones estén dirigidas a inducir a las mujeres a que ejecuten hechos punibles.
3. El TEDH afirmó, en concreto en el caso "Women on Waves c. Portugal", que se debe proteger no sólo el contenido sustantivo de las ideas e información impartida, sino también los medios a través de los cuales se transmite y se hace efectivo el ejercicio del derecho, cualesquiera sean estos.

siglo veintiuno editores

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO PENAL. LOS CASOS DE INTENTOS (FALLIDOS) DE ANULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES QUE OFRECEN Y ACCEDEN A LA CONSEJERÍA

Hasta ahora se ha revisado el contexto regulatorio chileno de las restricciones al registro de los medicamentos para abortar. De esa manera se pudo dar cuenta de la relevancia que adquiere la libertad de información sobre SRR bajo tales circunstancias. Luego se expuso cómo dicha tensión fue abordada por la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos. Ahora corresponde revisar el escenario chileno en lo que respecta a la judicialización de casos concretos en los que se pretendió anular la libertad de información sobre SSR a través del uso del derecho penal y de otras acciones procesales de carácter constitucional.

En lo que sigue, se analizará cómo se resolvieron algunos de los casos de silenciamiento que se verificaron en Chile mediante vía jurisdiccional. A continuación, se discutirán dos posibles respuestas a la amenaza de aplicación de la sanción penal en los casos concretos.

LAS JUDICIALIZACIONES ACAECIDAS EN CHILE

En abstracto, es plausible que alguien afirme que el contenido de la información que las organizaciones entregan respecto de la administra-

ción segura del misoprostol estaría orientado a la ejecución de un hecho punible por parte de quien recibe la información.

Contra ello, la evidencia presentada en los casos revisados indica que en principio resultaría improbable lograr acreditar no sólo la ejecución del hecho punible, sino también el establecimiento de la conexión entre la información provista, la decisión de la mujer y el aborto en el caso específico. Esto, básicamente, por la imposibilidad de contar con un material probatorio contundente que acredite tanto las conexiones causales como el direccionamiento que un agente podría generar en la resolución delictiva de un tercero. Varios estudios lo han documentado en relación con casos concretos (Frye y otros, 2014; Sheldon, 2016; Gynuity Health Projects, 2014).

Con todo, en Chile esto último ha resultado problemático porque el art. 175, letra d) del Código Procesal Penal obliga a los profesionales de la salud a denunciar los casos en que se presenten indicios de haberse ejecutado un hecho punible. En la práctica esto ha devenido en varias denuncias bajo el amparo de dicha regla. Por ejemplo, en marzo de 2015 una mujer fue detenida en un hospital de la ciudad de Calama por ingresar con restos de misoprostol en su vagina. El matrón de turno la denunció por considerarlo evidencia de un posible aborto. Una situación similar afectó a una mujer en la ciudad de Iquique, quien ingresó en el hospital con dolores abdominales luego de haberse autoadministrado medicamentos para terminar su embarazo. La mujer fue denunciada y Carabineros la detuvo en el propio centro asistencial (Figueroa, 2016).

A fin de evitar estas situaciones, el Ministerio de Salud emitió las *Directrices sobre confidencialidad*, contenidas en el Ordinario 1675 de 2009, las cuales fueron reafirmadas en el Ordinario 1404 de 2014. En estas directrices, en aplicación del derecho a no autoincriminarse, se indica a los médicos respetar el deber de confidencialidad de las mujeres y se les prohíbe extraer confesiones a aquellas que requieran atención médica como resultado de un aborto. En particular, cuando dicha confesión se solicita como condición para la prestación de salud requerida.

De lo expuesto se puede apreciar que en Chile la amenaza de sanción penal emerge como un elemento inhibidor, tanto de los esfuerzos informativos para prestar orientación a las mujeres que se ven en la necesidad de recurrir al misoprostol así como de la mujer que intenta acceder a dichos servicios. En estos casos, la intensidad del derecho penal posee un rango de acción que afecta a la mujer en dos direcciones. Primero, a través del castigo punitivo al que se ve expuesta en el evento de abortar. Segundo, mediante las restricciones o impedimentos a la clase de información que las organizaciones pueden transmitir. Esto implica que el

siglo veintiuno editores

derecho penal podría lograr la no manifestación de un tipo de mensaje orientado a salvaguardar los derechos de las mujeres.

Con respecto a esto último, los intentos por silenciar la libertad de información sobre SSR han sido varios y en todo caso infructuosos. A efectos de su examen, se dividirán en dos:

1. (intentos de) restricciones a través de la vía penal;
2. (intentos de) restricciones por la vía constitucional.

En relación con el primer punto, lo primero que se debe remarcar es que las acciones de brindar y acceder a la información en asuntos de SSR, con independencia de las formas de entrega, son penalmente atípicas. La información que se ofrece concierne a la salud pública y posee una base científica, la cual además es objetiva, veraz y probadamente segura. Con excepción de casos concretos, en general está al alcance de cualquier persona a través de internet.

Ahora bien, en lo que concierne a las querellas criminales interpuestas contra las organizaciones que entregan información, se argumentó que se habían cometido los hechos punibles de asociación ilícita (art. 292 del Código Penal) y ejercicio ilegal de una profesión (art. 313.a del Código Penal). Sobre esto, el Ministerio Público, al no haber reunido durante la investigación los antecedentes y evidencias suficientes para poder fundamentar la acusación, decidió no perseverar en el procedimiento. Entonces, el órgano persecutor dio por cerradas las investigaciones en aplicación del art. 248, letra c) del Código Procesal Penal.

En lo que atañe al segundo punto, una de las organizaciones involucradas en la interposición de las querellas, al haber fracasado en la vía criminal, buscó otros medios de impugnación para silenciar la entrega de información. Para lograr este objetivo, interpuso un recurso de protección contra las decisiones administrativas del ISP. En específico, respecto del rechazo a la solicitud de instruir un sumario sanitario contra la Universidad de Chile por impartirse en algunas de sus facultades talleres informativos relativos al uso del misoprostol.[18]

En este caso, la Corte Suprema, al tanto de la apelación, no se pronunció sobre el fondo del asunto pues la discusión versó sobre cuestiones de formas procesales (Corte Suprema, rol 30 218-2015). Más tarde, dicha or-

18 C. de Améstica y M. Romero, "Denuncia a Facultad de Medicina de la Universidad de Chile de promover el aborto", *La Segunda*, 5 de abril de 2015, disponible en <impresa.lasegunda.com>.

siglo veintiuno editores

ganización interpuso otro recurso de protección en el cual alegó que la decisión del ISP afectaba los derechos constitucionales de la organización, de los niños que están por nacer y de las mujeres embarazadas. Esta acción fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago y la decisión fue confirmada por la Corte Suprema. En este caso, si bien la Corte no efectuó consideraciones sobre el misoprostol ni sobre la libertad de información, sentenció que no se registró evidencia de derechos "preexistentes e indubitados" que hubieran sido vulnerados (Corte Suprema, rol 56 398-2016).

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO PENAL

En vista de lo expuesto se puede decir que los intentos de silenciamiento de la libertad de información sobre SSR han sido fallidos. Sin embargo, hay que señalar que esto fue así básicamente por insuficiencia probatoria de las partes. En efecto, los tribunales chilenos aún no han resuelto un caso con consideraciones jurídicas sustantivas sobre la licitud de la práctica. Con todo, incluso cuando eventualmente se configurase un proceso penal en contra de las organizaciones que entregan la información, o respecto de las mujeres que acceden a la información, y este prosperase por existir una mejor evidencia probatoria, de todos modos aquellas que emitan y accedan al mensaje estarán eximidas (justificadas) de responsabilidad criminal por aplicación del art. 10.10 del Código Penal.

Esto se debe a que se estaría actuando en el ejercicio legítimo de la libertad de información, por lo que la acción sería atípica. Antes bien, en ningún caso podría considerarse que se estuviera ejecutando un ejercicio arbitrario del derecho (Garrido Montt, 2003: 151 y ss.), pues existe certeza científica de la objetividad y seguridad de la información a que se accede o que se entrega. Del mismo modo, la finalidad inmediata de la acción es resguardar otros derechos de las mujeres. De igual manera, es el propio ordenamiento jurídico chileno el que establece de forma expresa un derecho a la información sobre SSR.

Por último, en los casos analizados no ha existido inducción, es decir, la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la realización de un hecho doloso. Esto es así porque no se han verificado las condiciones necesarias para que operase la inducción (art. 15 del Código Penal). En efecto, tal como ha sostenido la jurisprudencia penal de la Corte Suprema, la inducción debe ser directa y con relación a una conducta típica específica y determinada. La invitación genérica o insinuación no constituye inducción. De esa manera, si dicho razonamiento se aplica al caso de las organizaciones o personas que brindan información sobre el uso de fármacos para abortar, se con-

siglo veintuno editores

cluirá que el actuar es atípico puesto que, de conformidad con la interpretación de la Corte Suprema, quien emite el mensaje informativo a la mujer que solicita orientación no lograría formar de manera directa en ella la resolución delictiva ya que la información que se entrega no sólo es pública, sino que es genérica y de alcance general.

De esto se desprende que la clase de información que ofrecen los emisores (persona u organización), además de ser científica, no está direccionada hacia la ejecución específica de un hecho punible individualizado en cuanto a objeto y sujeto. No se entregan informaciones para casos concretos, sino sólo indicaciones sobre el uso impersonal y universal de la droga. En esa línea, por ejemplo, cuando operan estos servicios no se intenta identificar los nombres de las partes involucradas, ni se toman en consideración los eventos que envuelven las circunstancias de cada mujer en la situación específica de la administración del fármaco. Tampoco se prescribe el uso del medicamento en particular. Es importante tener esto presente porque la sola invitación genérica o insinuación no constituye inducción.

siglo veintuno editores

CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo se ha revisado el contexto jurídico en que se desenvuelven las organizaciones que ofrecen información sobre SSR. Se ha puesto especial atención en el examen del acceso y entrega de información para la correcta administración del misoprostol. Debido a regulaciones administrativas, en Chile esta droga es de comercialización restringida. Dicha situación incide en la amenaza de violación de los derechos de las mujeres en la medida que provoca que estas queden sujetas a las condiciones de un mercado clandestino para la adquisición del producto. Ante ello, las organizaciones facilitan orientación y consejería para aumentar la seguridad en la gestión del misoprostol. Esta clase de información sobre SSR está cubierta por el derecho a la libertad de información, que se encuentra establecido en la Constitución y desarrollado en la ley.

El tratamiento que el derecho internacional de los derechos humanos ha dado a la libertad de información en este ámbito ha resultado muy importante para el fortalecimiento de la protección de los derechos de las mujeres. En este contexto, en ausencia de decisiones jurisdiccionales de derecho comprado que sean relevantes a nivel regional, se examinaron decisiones del TEDH, un Tribunal que ha iluminado el alcance de la libertad de información acerca de SSR y su compatibilización con el

establecimiento de prohibiciones penales al respecto por parte de los Estados. En ese sentido, el TEDH resolvió en dos casos significativos que la libertad de informar sobre SSR, incluida la información para obtener un aborto farmacológico, está amparada por la libertad de información en su forma y fondo, aun a pesar de las leyes penales de cada país. Si un Estado quisiera establecer regulaciones específicas, estas deberán ser, en todo caso, proporcionales.

Asimismo, en este capítulo se expusieron algunos casos judiciales que acontecieron en Chile, en los que se intentó silenciar la libertad de información sobre SSR. Se presentaron argumentos jurídicos que podrían permitir esclarecer dudas en torno a la licitud de las acciones de entrega y acceso a la información en asuntos de SSR. De manera concreta, en aquellos casos en que se proporcionan antecedentes para que una mujer pueda autoadministrarse píldoras para abortar. En razón de esto, se analizaron algunas de las implicancias penales que eventualmente podrían configurarse, y se concluyó que no hay lugar a autoría por inducción y que en todo caso el ejercicio de un derecho de naturaleza legal y constitucional está amparado por una eximente de responsabilidad criminal. Las organizaciones y personas que trabajan para mejorar la vida de las mujeres actúan de manera lícita.

Para finalizar, se emitirán algunos comentarios sobre el rendimiento del aborto farmacológico en relación con el ejercicio de la libertad de informar, la consolidación de la igualdad, el derecho a la salud y la autonomía de la mujer.

En lo que concierne a la igualdad, en la medida que se regule y facilite el acceso informado a estos fármacos, se podría facilitar la universalización de un aborto seguro y menos costoso, puesto que cualquier mujer podría abortar en su propia casa, sin tener que condicionarse al pago de servicios clínicos clandestinos o privados. Los valores de las prestaciones sanitarias de calidad, la mayor parte de las veces, sólo pueden ser costeados por las clases altas y los sectores aventajados. El acceso a la información sobre aborto con pastillas operaría entonces como una fórmula democratizadora.

A su vez, el derecho a la salud de las mujeres se podría ver fortalecido, en cuanto la ejecución informada del aborto con fármacos desincentiva la utilización de métodos inseguros e invasivos para terminar embarazos que pueden resultar potencialmente lesivos.

Por último, el aborto farmacológico contribuye a reforzar la autonomía de las mujeres puesto que a partir de la expansión del conocimiento sobre la seguridad de este procedimiento, las propias mujeres podrían subvertir y poner en crisis un modelo regulatorio punitivo ineficaz en

siglo veintiuno editores

su finalidad preventiva y represivo en su aplicación casi exclusiva a las mujeres más desprotegidas.

REFERENCIAS

Agarwal, K., S. Malik, A. Batra y R. Dewan (2015), "Evaluation of Awareness of Abortion Pills and Complications of Its Misuse", *International Journal of Pharmacology Research*, 5(3).

Billings, D. (2004), "Misoprostol Along for Early Medical Abortion in a Latin American Clinic Setting", *Reproductive Health Matters*, 12.

Casas, L. y L. Vivaldi (2014a), "La penalización del aborto como una violación a los DD.HH. de las mujeres", *Informe Anual de DD.HH. en Chile*.

— (2014b), "Abortion in Chile. The Practice under a Restrictive Regime", *Reproductive Health Matters*, 22(44).

Cea Egaña, J. L. (2012), *Derecho constitucional chileno*, t. II, Santiago de Chile, Universidad Católica.

Cohen, J., O. Ortiz, S. Llaguno, L. Goodyear, D. Billings e I. Martínez (2005), "Reaching Women with Instructions on Misoprostol Use in a Latin American Country", *Reproductive Health Matters*, 13(26).

Coliver, S. (1995), "The Right to Information Necessary for Reproductive Health and Choice under International Law", *The American University Law Review*, 44.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2011), *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, disponible en <www.cidh.oas.org>.

Couso, J. y M. Reyes (2009), "Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección de la salud en Chile", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 16(2).

Drovetta, R. (2015), "Líneas telefónicas de información sobre aborto seguro. Una estrategia efectiva para incrementar el acceso de las mujeres a los abortos seguros en Latinoamérica", *Reproductive Health Matters*, 23(45).

Echeverría, E., E. Quiroz, J. Rozas, M. Rocha, C. Hinrichs, R. Jerez, G. Fernández y L. Henríquez (2002), "Cinco años de experiencia con misoprostol intravaginal para la inducción de parto. Uso de una nueva presentación farmacéutica en supositorio", *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 67(2).

Erdman, J. (2011), "Access to Information on Safe Abortion. A Harm Reduction and Human Rights Approach", *Harvard Journal of Law & Gender*, 34.

Fathalla, M. (1991), "Reproductive Health. A Global Overview", *Annals of the New York Academy of Sciences*, 626(1).

siglo veintiuno editores

Figueroa, N. (2016), "El debate sobre la despenalización del aborto en Chile. Proyecto legislativo sobre tres causales terapéuticas", Memoria de Licenciatura, Universidad de Chile.

Figueroa, R. (2013), "El derecho a la salud", *Estudios Constitucionales*, 11(2).

Flasog (2013), *Uso del misoprostol en obstetricia y ginecología*, disponible en <www.fasgo.org.ar>.

Frye, L., B. Winikoff y K. Meckstroth (2014), "Claims of Misoprostol Use Based on Blood Sampling Should Be Viewed with Skepticism", *International Journal of Gynaecology and Obstetrics*, 127(2).

Garrido Montt, M. (2003), *Derecho penal. Parte general*, t. II, Santiago de Chile, Jurídica.

Guttmacher Institute (2012), "Review of a Study by Koch et al on the Impact of Abortion Restrictions on Maternal Mortality in Chile", disponible en <goo.gl/PmBmLR>.

Gynuity Health Projects (2014), "Presencia de misoprostol en la sangre", disponible en <gyn.mdwrk.net/downloads/resources/factsht_misoin-blood_sp.pdf >.

Harper, C., K. Blanchard, D. Grossman, J. T. Henderson y P. D. Darney (2007), "Reducing Maternal Mortality Due to Elective Abortion. Potential Impact of Misoprostol in Low-Resource Settings", *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 98.

Hidalgo, M., P. Narváez y S. Aedo (2013), "Misoprostol en ginecología y obstetricia", *Revista de Obstetricia y Ginecología Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brous*, 8(3).

Jones, R. y S. Henshaw (2002), "Mifepristone for Early Medical Abortion. Experiences in France, Great Britain and Sweden", *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 34(3).

Lovera, D. (2010), "El mito de la libertad de expresión en la creación artística", *Revista de Derecho*, 23(1).

Mir Puig, S. (2010), *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Tirant Lo Blanch.

Politoff, S., J. P. Matus y M. C. Ramírez (2004), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Santiago de Chile, Jurídica.

Shah, I. y E. Åhman (2009), "Unsafe Abortion. Global and Regional Incidence, Trends, Consequences, and Challenge", *Journal Obstetrics and Gynaecology Canada*, 31(12).

— (2010), "Unsafe Abortion in 2008. Global and Regional Levels and Trends", *Reproductive Health Matters*, 18(36).

Sheldon, S. (2016), "How Can a State Control Swallowing? The Home Use of Abortion Pills in Ireland", *Reproductive Health Matters*, 24(48).

Sherris, J., A. Bingham, M. Burn, S. Girvin, E. Westley y P. Gómez (2005), "Misoprostol Use in Developing Countries. Results from a Multicountry Study", *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 88(1).

Thompson, A. (1994), "International Protection of Women's Rights. An Analysis of 'Open Door Counselling Ltd. and Dublin Well Woman Centre v. Ireland'", *Boston University International Law Journal*, 12.

Siglo veintiuno editores

Verdugo, M., E. Peffer Urquiaga y H. Nogueira Alcalá (2002), *Derecho constitucional*, t. I, Santiago de Chile, Jurídica.

World Health Organisation (WHO) (2012), *Safe Abortion. Technical and Policy Guidance for Health Systems.*
— (2015), *WHO Model List of Essential Medicines.*
— (2016), *Media Centre. Family Planning/Contraception.*

Zamberlin, N., M. Romero y S. Ramos (2012), "Latin American Women's Experiences with Medical Abortion in Settings where Abortion is Legally Restricted", *Reproductive Health*, 9(34).

siglo veintiuno
editores

11. La juridificación del campo de la salud sexual y reproductiva en Colombia

Ana Cristina González Vélez
Diana Esther Guzmán

Durante los últimos quince años, Colombia ha experimentado un intenso proceso de producción normativa en materia de salud sexual y reproductiva (en adelante "SSR"), uno de cuyos resultados más notorios es el aumento del número de normas que regulan temas como la maternidad adolescente, la anticoncepción y las infecciones de transmisión sexual. Sin embargo, más normas no han implicado necesariamente una mejor regulación. En algunos tópicos de SSR el incremento normativo ha generado contradicciones y tensiones difíciles de resolver para los operadores del sistema de seguridad social en salud (en adelante "el Sistema de Salud"). Esta situación ha contribuido a crear entre ellos la percepción de que es cada vez más difícil conocer las medidas aplicables y por tanto tomar decisiones que respeten el marco regulatorio.

Ante la progresiva complejidad del marco regulatorio del campo de la salud sexual y reproductiva en Colombia, y con el fin de mitigar la creciente percepción de incertidumbre jurídica entre los operadores del Sistema de Salud, el Ministerio de Salud emprendió en 2013 un proyecto destinado a sistematizar las regulaciones vigentes en cinco ejes de SSR para hacerlas más accesibles. El proyecto fue desarrollado por la Organización para la Excelencia en la Salud (OES), Dejusticia y la Universidad de los Andes, junto con un grupo amplio de asesores conformado por expertos en derecho constitucional, derechos humanos y salud reproductiva. El proyecto fue encomendado por el Ministerio de Salud y el Fondo de Población de Naciones Unidas –Unfpa– (véase González Vélez, 2013: 11). Las autoras del presente capítulo participamos de manera activa en esta sistematización, una como coordinadora general y otra como parte del equipo jurídico del proyecto, lo que nos permitió constatar la enorme dispersión que hay en la regulación jurídica de la mayoría de los temas de la salud sexual y reproductiva e identificar algunas de las dificultades normativas y prácticas que se generan a partir de ello. Además, el trabajo nos motivó a buscar marcos analíticos relevantes para estudiar las características de los esquemas normativos que regulan los ámbitos de la SSR.

siglo veintiuno editores

El análisis de las características de la regulación de la SSR es particularmente relevante si se toma en cuenta que en Colombia la producción académica en la materia es escasa. Hasta 2013 cuando se publicó el resultado final del proyecto señalado –la *Compilación analítica de las normas de SSR en Colombia* (en adelante "la Compilación")– no había en el país estudios que revisaran y sistematizaran cuáles normas resultaban vinculantes y relevantes para los operadores del Sistema de Salud en este tema (González Vélez, 2013). La proliferación de reglas en el campo de la SSR y sus efectos no habían sido investigados por estudios que tuvieran una perspectiva de salud pública, jurídica o sociológica.

En este capítulo retomamos los resultados empíricos de aquella sistematización de normas y los enmarcamos de manera analítica como un caso de juridificación. Este concepto resulta útil, pues permite considerar diversas dimensiones de la proliferación o inflación normativa y, por esta vía, avanzar en la comprensión de sus complejidades. Al entablar un diálogo con la literatura sobre juridificación, es posible promover conexiones constructivas entre análisis sociojurídicos sobre sus características e implicaciones, y la salud pública.

La principal contribución de este estudio es ofrecer un análisis empírico de las diversas dimensiones y aspectos de la juridificación en el ámbito de la SSR en Colombia que resultan relevantes para comprender las características de este fenómeno. Es un aporte significativo dado que la literatura sobre juridificación ha estado dominada en general por estudios teóricos (Aasen y otros, 2014a). Nuestro análisis se fundamenta, en cambio, en un concepto operativo de juridificación que desarrollamos a través de un diálogo entre la literatura y nuestro estudio de caso. A partir de este concepto proponemos un conjunto de indicadores que orientan la investigación y que permitirían estudiar procesos de juridificación en otros campos sociales y contextos.

El punto de partida es que en los Estados de derecho contemporáneos se han producido diversos procesos de juridificación (Aasen y otros, 2014a). Incluso aquellos Estados que enfrentan serios problemas institucionales, como es el caso en Colombia, han experimentado procesos más o menos intensos de juridificación. Desde el punto de vista sociojurídico resulta entonces interesante entender las características y efectos de dichos desarrollos. Nuestra aproximación a la juridificación en este capítulo es descriptiva y analítica, por lo cual no abordamos de manera sistemática discusiones normativas sobre los alcances e implicaciones de esas transformaciones.

Este texto tiene seis apartados principales, además de la presentación y las conclusiones. El primero describe de manera breve la me-

siglo veintiuno editores

todología que usamos en el estudio de caso, es decir, la forma en que construimos la sistematización a partir de la cual constatamos la proliferación de normas en el campo de la SSR en Colombia. El segundo apartado presenta de forma esquemática la literatura relevante sobre juridificación. En el tercero, a partir de dicha revisión, sentamos las bases para pensar un concepto susceptible de medición en contextos diversos. En el cuarto apartado ofrecemos el análisis del caso a la luz de las dimensiones e indicadores que desarrollamos en la tercera parte. En el quinto avanzamos algunas consideraciones sobre los posibles factores generadores del fenómeno y en el sexto presentamos sus potenciales efectos.

METODOLOGÍA

El proyecto que condujo a la *Compilación analítica de las normas de SSR en Colombia* tenía por objeto desarrollar una metodología para recopilar, sistematizar y analizar el marco normativo vigente en Colombia en cinco áreas de la SSR: salud sexual y reproductiva de adolescentes, maternidad segura e interrupción voluntaria del embarazo (en adelante "IVE"), anticoncepción, infecciones de transmisión sexual y VIH, y violencia sexual y de género. La Compilación contó con un diseño metodológico con cinco fases principales.

En la primera fase, el equipo de trabajo llevó a cabo discusiones con personas expertas en salud pública y en derecho constitucional para delimitar de manera sustantiva y temporal la investigación. Luego de discutir diversas alternativas metodológicas para identificar las normas vinculantes y relevantes para los operadores del sistema, el equipo optó por un recorte temporal extenso que tendría una fecha final pero no inicial. Así, se identificarían normas producidas incluso a principios del siglo XX y hasta fines de 2013. En materia sustantiva, el equipo adoptó una noción amplia de "norma". Por tanto, además de las disposiciones que son claramente vinculantes para el sector, como leyes y decretos, el equipo incluyó circulares y acuerdos expedidos por los órganos reguladores del sistema. Finalmente, también consideró sentencias de las altas cortes, pues en Colombia la jurisprudencia es fuente de derecho y en los últimos años ha adquirido, como explicaremos más adelante, gran relevancia normativa.

Con estas definiciones, el equipo inició una segunda fase de identificación del universo de normas. Se revisaron varias fuentes de informa-

siglo veintiuno editores

ción, entre las que se destacan la exploración por Internet a través de diferentes buscadores, derechos de petición a órganos reguladores, y entrevistas con operadores y expertos para verificar que no quedaran fuera normas conocidas por ellos. Después de que se identificaron y recolectaron las normas, se elaboró un listado general, para organizarlas y contabilizarlas.

Determinado y sistematizado el universo normativo, el equipo pasó a la fase tres, durante la cual revisó la vigencia de las regulaciones. Este ejercicio fue importante para establecer las medidas realmente relevantes al momento de tomar decisiones en casos concretos y permitió depurar la base de datos de todas aquellas derogadas y que por tanto ya no resultaban aplicables. La cuarta etapa de trabajo se concentró en la reorganización temática de las normas. Así, una vez depurada la base de datos, se clasificaron las regulaciones de acuerdo con varios criterios como su jerarquía, fuente normativa y la temática que regulaban según una lógica más próxima a la de los operadores sanitarios y no tanto a la del orden interno del propio cuerpo normativo. De forma específica, las normas fueron clasificadas según su tema en las cinco áreas de la SSR definidas en el objeto central del estudio, lo cual facilita su uso por parte de los operadores del Sistema de Salud.

En la quinta y última etapa, el equipo de trabajo se dedicó al análisis de las normas identificadas y sistematizadas. Este análisis incluyó verificar cuántas regulan determinado tema, qué temas no cuentan con regulación específica, qué tipo de normas regulan ciertas cuestiones, y si había lagunas, reiteraciones u otros fenómenos. De esta forma, la Compilación permite identificar vigencias, problemas para lograr la aplicación de medidas, vacíos legales, duplicidades y otros conflictos jurídicos que pudieran impedir la adecuada implementación de las normas de SSR y su efectivo cumplimiento.

El resultado fue un documento que además de servir como herramienta de consulta para todos los actores del sistema de salud, tiene el potencial para facilitar la aplicación de las normas, y orientar tanto la expedición de nuevas regulaciones como el diseño de políticas públicas en la materia. La Compilación pretende ser un cuerpo ordenado de reglas que puede proporcionar una visión general sobre la normatividad de la SSR en Colombia, y por esta vía facilitar su utilización.

siglo veintiuno editores

LA JURIDIFICACIÓN NORMATIVA: UN FENÓMENO COMPLEJO

El término "juridificación" por lo general designa un crecimiento cuantitativo del derecho positivo[1] o de las intervenciones legales (Cooper, 1995). Sin embargo, se trata de un concepto ambiguo desde el punto de vista empírico y normativo (Blichner y Molander, 2008), respecto del cual no hay una definición unívoca en la literatura. Así, un primer grupo de estudios considera la juridificación como un fenómeno de proliferación del derecho formal (Habermas, 1987: 359), es decir, que tendría una dimensión fundamentalmente cuantitativa. Este tipo de análisis tiende a privilegiar la perspectiva jurídica, pues se centra en lo que ocurre con las normas y los problemas dogmáticos[2] que genera su multiplicación (Teubner, 1987: 6).

Otro grupo de estudios aborda la juridificación como un fenómeno en el que el recurso al derecho formal desplaza otros modos de regulación social. Para algunos, incluso, se trata de la monopolización de un campo por actores legales (Brooker, 1999: 1). Se trataría entonces de un fenómeno con elementos más cualitativos que cuantitativos, pues aquí se pone el énfasis en las transformaciones sociales y sus efectos. Los autores que privilegian este tipo de definición utilizan perspectivas más sociológicas, en virtud de las cuales se centran en la interacción entre derecho y sociedad. Estas aproximaciones logran captar cómo el recurso al derecho formal tiende a convertir las disputas sociales en legales, y expropian así a la sociedad de la posibilidad de resolver su propia conflictividad (Teubner, 1987: 9). Una de las variantes de esta literatura enfatiza la juridificación como el incremento del poder judicial en el mundo social, o la judicialización de los problemas sociales (Neal Tate y Vallinder, 1995 y Cuoso y otros, 2010).

En esta línea, algunos estudios se refieren a la juridificación como un proceso de despolitización de las relaciones sociales. Autores, sobre todo desde la ciencia política, han enfatizado cómo el uso creciente del derecho formal (o positivo) contribuye a que las relaciones sociales parezcan carentes de significación política y queden sintetizadas en su dimensión jurídica. Esto ocurriría, por ejemplo, con las relaciones laborales que,

siglo veintiuno editores

1 El término "derecho positivo" refiere en sentido amplio a las normas escritas y expedidas por las autoridades, de acuerdo con los procedimientos definidos por cada sistema jurídico.

2 Los problemas dogmáticos aludidos se refieren, entre otros aspectos, al surgimiento de antinomias o contradicciones jurídicas, o la existencia de lagunas en el derecho.

analizadas a través de las instituciones jurídicas, tienden a ser vistas como carentes de contenido e incluso sentido político (Teubner, 1987: 10).

Una variante de la literatura dominada por estudios empíricos sugiere que en contextos caracterizados por instituciones débiles, déficits democráticos, exclusiones sociales históricas y/o Estados de derecho disfuncionales, la juridificación tendría una naturaleza diferente: no se concretaría en el uso intensivo del derecho formal y el aumento de poder de actores e instituciones sociales, sino en el uso estratégico de instrumentos legales y cuasilegales, así como en la adopción de discursos y prácticas que se asemejan a las legales (Sieder, 2010), como mecanismo para contrarrestar la falta de eficacia instrumental del derecho formal.

La tesis de Sieder sugiere que la juridificación en América Latina se refiere a procesos que se desarrollan en general en los márgenes del derecho formal y por fuera de él. Nuestro estudio de caso, sin embargo, muestra que en países como Colombia una comprensión profunda de la juridificación requiere también una atención especial a las dinámicas institucionales y legales. Así, la exclusión social y la baja eficacia instrumental del derecho formal no necesariamente inhiben su uso intensivo. Por el contrario, la inflación y polución normativa pueden ser claves para entender problemas de eficacia del derecho.

Más allá de las diferencias entre las diversas aproximaciones al análisis de la juridificación, la literatura tiende a coincidir en que surge como un fenómeno consustancial a los Estados de derecho, asociado a la necesidad de alcanzar múltiples propósitos sociales a través del recurso al discurso y la práctica jurídica. En los Estados de derecho contemporáneos el papel del derecho ha aumentado de manera significativa por la necesidad de resolver conflictos cada vez más complejos, intervenir en asuntos económicos y lograr transformaciones sociales (Teubner, 1987: 14). En este sentido, la juridificación es un resultado de las lógicas de los Estados contemporáneos, los procesos constitucionales y la complejidad de las nuevas formas de producción normativa. El recurso a la regulación es central en estos contextos, pues sirve para resolver problemas de acción colectiva y coordinación, contrarrestar la subordinación social, promover la redistribución de recursos, y corregir asimetrías de información, entre otros (Sunstein, 1993: 64).

Esta reconstrucción de la literatura muestra la pluralidad de enfoques desde los que se ha abordado el análisis de la juridificación. A pesar de la riqueza conceptual de tales estudios, se han desarrollado pocos criterios metodológicos para describir y medir procesos de juridificación. Criterios de este tipo resultan útiles para pensar dichos procesos en pers-

siglo veintiuno editores

pectiva comparada. En el presente capítulo ofrecemos entonces una aproximación a la elaboración de un concepto operativo de juridificación. Para ello, a partir de la literatura relevante y de nuestra experiencia en el trabajo de sistematización, desarrollamos una definición general y la acompañamos de una serie de indicadores que nos permiten dar cuenta de diversas dimensiones del fenómeno.

HACIA UN CONCEPTO OPERATIVO DE JURIDIFICACIÓN

En este trabajo entendemos la juridificación como un fenómeno que se ha desarrollado en los Estados de derecho. Se concreta, de manera principal aunque no exclusiva, en varios procesos en que factores como la proliferación de reglas jurídicas, la polución normativa y la progresiva colonización de los problemas sociales por el discurso jurídico y los actores legales tienen un papel fundamental. Como señala Gloppen, entre otros, estos procesos son dispares y sus características varían entre contextos y campos de regulación (Aasen y otros, 2014b). Por ello, los análisis empíricos son importantes para comprender cómo opera la juridificación y cuáles son sus implicaciones.

La juridificación tiene tanto una dimensión cuantitativa como una cualitativa (Teubner, 1987). Su primera dimensión se concreta en la proliferación de normas jurídicas de diversa naturaleza y jerarquía, por lo que tiende a verse reflejada en el incremento de normas que regulan determinado campo social; en nuestro caso, la salud sexual y reproductiva. Esta proliferación puede generar polución normativa, en la medida en que varias normas regulan un mismo tema y hacen que muchas de ellas sean innecesarias, redundantes y hasta contradictorias.

En su dimensión cualitativa, la juridificación se refiere a cambios sustantivos en la forma en que la sociedad se relaciona con el derecho, y cómo este último coloniza de manera progresiva el campo social. Esto incluye facetas como la sucesiva regulación legal de más ámbitos sociales, la creciente tendencia a resolver conflictos sociales con referencia al derecho, el incremento de poder de la profesión legal en diversas esferas sociales, y el proceso a través del cual las personas tienden a pensarse como sujetos legales antes que como sujetos sociales (Blichner y Molander, 2008: 39).

Estas dimensiones pueden operacionalizarse a través de un conjunto de indicadores que sirven para medir el nivel de juridificación de un tema determinado. Los que presentamos a continuación constituyen

siglo veintiuno editores

una propuesta para la discusión, que puede alimentarse con el análisis de procesos de juridificación en otros campos y contextos.

Para medir la dimensión cuantitativa de la juridificación nos concentramos en dos aspectos, cada uno con varios indicadores. El primer aspecto es la inflación normativa o proliferación de reglas formales para regular un campo social determinado. La literatura especializada suele referirse de manera general al problema de hiperinflación de normas, pero no logra señalar desde qué momento empieza a existir un volumen de normas que pueda considerarse excesivo. Nuestra aproximación reconoce que no es posible establecer a priori un ideal normativo sobre el número de reglas que debe existir para regular un tema determinado. Sin embargo, es posible contar con indicadores que permitan hacer seguimiento a los cambios en el número de regulaciones a través del tiempo, con los cuales es más fácil identificar procesos tanto de inflación normativa como de desregulación.

Por esta razón, proponemos pensar este como un aspecto compuesto por dos indicadores que reflejen el número de normas que regula un tema y su incremento o reducción en el tiempo. Mientras que el primero arroja un dato descriptivo, el segundo ayuda a identificar un potencial aumento (o disminución) en un período determinado. Así, la lectura global del indicador de inflación permite establecer si ha habido un incremento de normas y si la cifra actual supera de manera significativa la de períodos anteriores.

El segundo aspecto de la dimensión cuantitativa, que denominamos polución, identifica potenciales problemas asociados al incremento normativo como la dispersión, la reiteración y la variabilidad. La dispersión evalúa en qué medida la regulación de un tema está contenida en cuerpos normativos de distinto rango y tipo. La reiteración mide la producción de normas relativas a un mismo tema en términos similares, y la posible existencia de contradicciones normativas. La variabilidad de las normas cuantifica los cambios normativos en el período analizado.

Para medir la dimensión cualitativa de la juridificación, proponemos considerar criterios amplios que pueden ser constatados mediante diversas fuentes de información. Estos indicadores incluyen la progresiva judicialización de conflictos sociales, el aumento de poder de operadores jurídicos en diversos campos sociales, el uso creciente del discurso jurídico para definir campos y luchas sociales, y la creciente autoidentificación de los actores sociales como sujetos jurídicos.

Además, aunque nuestro estudio de caso se concentra en una forma de juridificación en la que el uso del derecho formal y el incremento de la regulación han sido centrales, los indicadores cualitativos pueden

siglo veintiuno editores

dedicarse a aspectos de la juridificación que van más allá de las instituciones y la regulación formal. Por ejemplo, de acuerdo con Sieder (2010), estos indicadores pueden enfocarse en la forma en que algunos movimientos sociales usan el discurso o las instituciones jurídicas de manera estratégica para promover sus demandas sociales.

Tabla 11.1. Propuesta de indicadores cuantitativos de juridificación

Dimensión	Aspecto	Indicador	Objetivo y lectura
Cuantitativa	Inflación normativa	Número de normas existentes en el tema.	Establecer cuántas reglas vigentes regulan un determinado campo. Permite comparaciones entre campos de complejidad similar.
		Incremento en el número de normas que regulan un tema (anual).	Medir el crecimiento de la producción normativa anual, y agrupar por períodos establecidos. Permite comparaciones en el tiempo e identificar crecimientos significativos o procesos de desregulación.
	Polución normativa	Dispersión: número de reglas desagregado por tipo de norma o material normativo en que está consagrada.	Establecer si la regulación de un tema se encuentra diseminada en varios cuerpos normativos, y la jerarquía de estos.
		Reiteración: número de normas con contenidos similares a los establecidos en otras normas.	Identificar normas que regulan un mismo tema en términos similares y que por tanto resultan reiterativas y posiblemente innecesarias. Identificar normas que resultan contradictorias o que pueden producir resultados contradictorios al ser aplicadas.
		Inestabilidad del marco normativo: número de cambios en la regulación de un tema determinado.	Identificar el ritmo de cambio en la regulación de un tema determinado en un período específico (continuo, escaso, inexistente).

siglo veintiuno editores

EL ANÁLISIS DE LA JURIDIFICACIÓN DEL CAMPO DE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN COLOMBIA

En este apartado aplicamos los indicadores propuestos al análisis del campo de la SSR en Colombia, utilizando los resultados empíricos del trabajo de sistematización antes citado. Para ello, seguimos la distinción entre la dimensión cuantitativa y cualitativa de la juridificación.

DIMENSIÓN CUANTITATIVA

Nuestro primer indicador de *inflación normativa* en el campo de la SSR es el número de normas que regulan el tema. Para el período definido en la Compilación encontramos en total 249 cuerpos normativos (conjunto de reglas que se agrupa bajo una numeración y título, por ejemplo, Ley 25 de 1992, Circular 4444 de 2013). Estos comprenden cuerpos normativos emitidos incluso a principios del siglo XX, pero todavía en uso, e incluyen desde leyes y decretos, pasando por resoluciones, circulares y acuerdos, hasta documentos no jurídicamente vinculantes que en todo caso están llamados a regular la SSR, como actas de cuerpos especializados. De este universo inicial, luego del análisis de vigencia, encontramos que sólo 182 estaban en vigor.

Estos cuerpos normativos a su vez están conformados por múltiples normas individuales, que nosotras denominamos "disposiciones", para distinguirlas analíticamente. En el proyecto definimos "disposición" como el artículo específico de un determinado cuerpo normativo (o una subregla jurisprudencial). Luego de excluir lo derogado e incluir otras disposiciones relevantes, como las subreglas de las altas cortes, el total de disposiciones que debería conocer y aplicar un prestador de servicios de salud u otro actor del sistema de salud en relación con la SSR llega a 606.

Al agrupar por tema estas disposiciones es posible identificar algunas áreas respecto de las cuales hay un mayor volumen de regulaciones. Por ejemplo, como muestra la tabla 11.2, 169 disposiciones regulan la violencia sexual y basada en género, 130 las infecciones de transmisión sexual y el VIH, y 108 la maternidad segura e IVE. En contraste, sólo 47 disposiciones regulan la anticoncepción. Esto sugiere que algunos temas han recibido mayor atención normativa que otros, lo que habilita preguntas sobre cuáles son los factores que explican tales diferencias en niveles de regulación.

siglo veintiuno editores

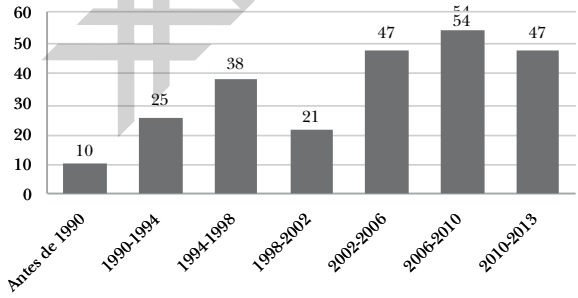
Tabla 11.2. Distribución de las disposiciones por tema[3]

Tema	Nº de disposiciones
General	57
Salud sexual y reproductiva de adolescentes	95
Maternidad segura e IVE	108
Anticoncepción	47
ITS y VIH	130
Violencia sexual y basada en género	169
Total	**606**

El segundo indicador a considerar es el incremento de normas. Como ilustra el gráfico 11.1, la mayoría de los cuerpos normativos identificados, específicamente 239, fueron emitidos a partir de 1990. Antes de dicho año sólo se registraron 10 cuerpos normativos.[4] A partir de 1994 se produce el primer pico de producción normativa. Esto se ve reflejado en que entre 1994 y 1998 (sólo cuatro años) se emitieron más leyes en materia de salud sexual y reproductiva que entre principios de siglo y 1994 (38 contra 25, respectivamente). En todo caso, el período más importante de producción normativa corresponde al último decenio (2002-2013), durante el cual se produjeron 148 cuerpos normativos, que conforman el 59% del total.

siglo veintiuno editores

Gráfico 11.1. Producción normativa en SSR en Colombia (principios de siglo XX-2013)



3 Esta agrupación temática es la que se realizó para el proyecto y responde a las necesidades de los actores del sistema de salud.

4 Para este indicador usamos el total de normas creadas y no sólo las vigentes, pues se trata de capturar el fenómeno de la producción independientemente de su vigencia.

Esto muestra que en los últimos años se ha presentado un incremento significativo de normas en materia de salud sexual y reproductiva en Colombia. Este incremento sería posterior a la Constitución de 1991 y a las Conferencias Internacionales de las Naciones Unidas que se celebraron en la década del noventa –en especial la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo o la Conferencia Internacional sobre la Mujer–. Tanto la Constitución como estas conferencias han sido reconocidas como hitos importantes para impulsar el compromiso del Estado colombiano con los derechos de las mujeres y con los derechos sexuales y reproductivos. Resulta claro, entonces, que el número de normas que regulan la SSR en Colombia casi se ha triplicado en el último decenio: pasó de 94 normas existentes desde principios del siglo XX hasta 2002, a 249 entre 2002 y 2013.

Para analizar el segundo aspecto de la juridificación –la polución normativa– un primer indicador es la dispersión, que mide qué tan diseminadas están las normas en cuerpos normativos de naturaleza y jerarquía diversa. Al respecto, como muestra la tabla 11.3, del total de cuerpos normativos vigentes en el período analizado, la mayoría son leyes, seguidas por decretos y resoluciones elaborados por el Poder Ejecutivo. Además de estos cuerpos normativos, que abarcan las regulaciones tradicionales que podrían encontrarse en todo sistema jurídico romano-germánico, como el colombiano, en la Compilación incluimos subreglas emanadas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que regulan temas de SSR. En Colombia, las decisiones de estas dos altas cortes son importantes para establecer el panorama normativo de un asunto determinado por dos razones fundamentales. Primero, determinan qué normas son inconstitucionales o nulas, respectivamente, por lo cual son claves para saber cuáles normas están vigentes. Segundo, algunas de sus decisiones pueden ser vinculantes de manera general. De hecho, 58 cuerpos normativos corresponden a subreglas derivadas de las sentencias de la Corte Constitucional.

La tabla 11.3 muestra además que el número de leyes es similar al de otras normas de rango inferior. De hecho, solamente se ve superado por el número de acuerdos. Este dato es interesante, ya que desde el punto de vista normativo sería razonable encontrar menos leyes y más normas de rango inferior, pues mientras las leyes deberían consagrar criterios generales y abstractos, los decretos y resoluciones estarían llamados a desarrollar los contenidos legales y permitir su aplicación a casos concretos mediante mayores niveles de especificidad.

siglo veintiuno editores

Tabla 11.3. Distribución del total de cuerpos normativos de acuerdo con jerarquía normativa

Tipo de norma	Cantidad
Ley	50
Decreto-ley	5
Decreto	47
Resolución	48
Circular	30
Acuerdo	68
Acta Sala Especializada Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima)	1
Total	**249**

La tabla 11.3 también sugiere que la regulación sobre SSR en Colombia se encuentra dispersa en cuerpos normativos de distinto rango y tipo. Así, los varios aspectos que se regulan acerca de un tema específico no se encuentran necesariamente en un mismo cuerpo normativo. Por ejemplo, la regulación sobre la SSR de adolescentes está contenida en 28 cuerpos normativos, los cuales incluyen 95 disposiciones sobre este tema. La regulación de la violencia sexual está dispersa en un total de 169 disposiciones contenidas en 56 cuerpos normativos distribuidos así: 18 leyes, 3 decretos-ley, 9 decretos reglamentarios, 10 acuerdos, 11 resoluciones, y 5 circulares. Se trata entonces de una regulación contenida en múltiples normas de diversa jerarquía.

El hecho de que la regulación sobre un tema esté contenida en cuerpos normativos de distinta jerarquía puede implicar una dificultad adicional para el operador sanitario que no siempre comprende las obligaciones derivadas de una u otra norma, ni la preponderancia de unas sobre otras. Esta potencial dificultad interpretativa es especialmente interesante en relación con la jurisprudencia y los estándares de la Corte Constitucional, pues los médicos no siempre los entienden como obligatorios. De hecho, no existen mecanismos en virtud de los cuales el conocimiento de las normas sea parte de su formación académica.

Un segundo indicador para medir la polución es lo que denominamos "reiteración". En este incluimos criterios que reflejan una producción de varias normas relativas a un mismo tema en términos similares o la repetición del contenido de algunas disposiciones, así como la existencia de normas que regulan la misma cuestión y resultan contradictorias.

Un caso de reiteración normativa parece encontrarse en la regulación sobre la maternidad, respecto de la cual encontramos un número significativo de disposiciones en distintos cuerpos normativos que reiteran

siglo veintiuno editores

contenidos. Así, por ejemplo, la protección especial de la maternidad está contenida en:

1. la Constitución, cuando se indica que "en el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado" (Constitución política 1991, art. 43);
2. las leyes, que contemplan que el Estado garantizará "a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto" (Ley 51/1981, art. 12, nº 2);
3. la jurisprudencia, con previsiones que establecen que "el Estado colombiano, así como todas las personas que pertenecen a él, deben procurar y defender la garantía de la efectividad de los derechos de las madres gestantes y de las niñas y niños de acuerdo con el fuero de maternidad [...] que debe ser reconocida y protegida como un derecho humano" (Corte Constitucional, T-115/2010); y
4. las normas de rango inferior que determinan por ejemplo que "no habrá discriminación en materia de acceso de la mujer a los sistemas de atención médica [...] en especial en lo relacionado con la protección de los estados de embarazo, parto y período posterior al parto" (Decreto 1398/1990, art. 10).

siglo veintiuno editores

Al indagar con personas expertas en SSR, la repetición de normas podría reflejar la necesidad de la autoridad sanitaria de lograr una mayor respuesta por parte de los operadores del Sistema de Salud ante un problema persistente como es el de la mortalidad materna.

La regulación de la objeción de conciencia refleja algunas contradicciones. Sobre esta cuestión, existen varias normas aplicables al mismo supuesto de hecho que resultan contradictorias. Así, mientras la ley que regula el ejercicio profesional de las enfermeras permite que ejerzan objeción de conciencia, las subreglas jurisprudenciales que regulan la IVE la prohíben, pues establecen que esta sólo puede ser invocada por los médicos que participan de manera directa en los procedimientos.

Como parte del tercer indicador de polución, que denominamos "inestabilidad del marco normativo", analizamos los cambios en la regulación. Al respecto, en la Compilación encontramos que más de un tercio de las normas estudiadas habían sufrido alguna derogatoria. De los 249 cuerpos normativos, 83 (33,3%) habían sido alcanzados por alguna derogatoria parcial o total. Esta situación afecta de manera especial a las normas de rango inferior más que a las leyes, lo que muestra

una mayor variabilidad y fragilidad de las primeras. Hasta 2013, sólo un 12% de las leyes había sufrido alguna derogatoria y sólo un 6% había sido derogado de manera total. Sin embargo, 58,8% de los acuerdos (normas de rango inferior emanadas del Ejecutivo) fue derogado parcial o totalmente, y un 50% de las resoluciones fue derogado de manera total. Podría argumentarse que la abundante derogatoria es una forma de polución que muestra las características del proceso de juridificación en Colombia.

El análisis de la vigencia de las normas puede ser difícil para el operador sanitario. En efecto, los mecanismos para establecer el vigor de las normas suelen ser de dominio de los abogados o personas que trabajan en el campo jurídico, pero no de profesionales de la medicina u otras profesiones de la salud. Nuestro trabajo de campo sugiere que el operador no siempre está capacitado para establecer si las normas relevantes para su ejercicio profesional están o no vigentes.

siglo veintiuno editores

DIMENSIÓN CUALITATIVA

Aunque nuestro trabajo de campo no profundizó en la dimensión cualitativa, en este capítulo nos referimos a dos indicadores que abordan fenómenos que identificamos en nuestro estudio de caso como asociados a la proliferación de normas. Los incluimos para resaltar esta dimensión de la juridificación y por su relevancia analítica; sin embargo, creemos que requieren de mayor exploración empírica que esperamos hacer en investigaciones futuras.

El primer indicador es el incremento del poder regulador por parte de actores jurídicos como las altas cortes. En materia de SSR, aunque nuestra sistematización sólo incorporó el análisis de la jurisprudencia hito (es decir, aquellas sentencias que resultan especialmente importantes por iniciar una línea jurisprudencial o consolidarla), surgieron 64 subreglas relevantes.[5] Este número es particularmente significativo si se tiene en cuenta que de los restantes cuerpos normativos que integran las normas vigentes en Colombia en materia de SSR, 43 fueron expedidas por el Poder Legislativo y 76 por las autoridades sanitarias.

Lo que es más relevante, sin embargo, no es el número de subreglas, sino su importancia regulativa. En efecto, existen aspectos clave de la SSR que en Colombia han sido regulados principalmente a través de decisiones judiciales. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha sido esencial en la

5 Corte Constitucional: 58; Consejo de Estado: 4; Corte Suprema de Justicia: 1.

regulación de la IVE. Este tema empezó a ser parte del campo de la SSR desde 2006, como resultado de una sentencia de constitucionalidad que despenalizó el aborto en tres circunstancias (C-355/2006). Ante la falta de regulación por parte del Legislativo y la declaración de nulidad de las reglamentaciones expedidas por el Ejecutivo, la Corte Constitucional ha emitido varias sentencias que definen el sentido y alcance del derecho a la IVE, y son aplicables por servidores públicos y particulares (Chaparro, y otros, 2013). Por tanto, la IVE en Colombia tiene en la actualidad como principal regulación la jurisprudencia (Dalen y otros, 2013). En otros aspectos, como el VIH por ejemplo, tras un proceso de intensa judicialización (González Vélez y Durán, 2011), se incluyeron en el marco regulatorio nuevas disposiciones como la carga viral o la gratuidad del tratamiento para el VIH.

El rol de la Corte Constitucional como institución reguladora de aspectos de la SSR se da en un contexto más amplio de activismo judicial y surgimiento de múltiples actores reguladores. En efecto, diversos autores han destacado que la Corte Constitucional colombiana ha desplegado un activismo judicial progresista que la ha convertido en protagonista de la vida política del país (Uprimny y García, 2004). De la mano de transformaciones clave del derecho constitucional (Urueña, 2012), esta Corte ha sido central en la producción de normas reguladoras en sectores como la salud (Alviar y Lamprea, 2016; Abisambra y Lamprea, 2016) y en la SSR.

El segundo indicador cualitativo es la imposición de la lógica jurídica sobre la de salud pública en la regulación de distintos temas de SSR. Nuestro análisis de la regulación muestra que el número creciente de normas y sus características generan cierta pugna entre la lógica del regulador y la del operador. En términos generales, el marco legal que regula la SSR es el resultado de una serie de normas de distintos tipos, creadas a partir de la lógica del regulador más que de la lógica propia de quien debe aplicarlas en los servicios de salud. Mientras que la lógica del regulador tiende a privilegiar cierto vocabulario y categorías que tienen sentido desde el punto de vista jurídico, la lógica del operador suele dar más relevancia a categorías de salud pública tales como promoción y prevención, atención médica, redes de servicios, entre otros (González Vélez y Durán, 2011).

En virtud de la lógica legal que impera en las regulaciones sanitarias, y del escaso conocimiento que los operadores del Sistema de Salud tienen por ejemplo de la jerarquía de las normas, o de las consecuencias de cierto lenguaje jurídico, podría producirse un escenario en el cual estos carecieran de herramientas para interpretar una o más normas, o

siglo veintiuno editores

incluso para reconocer su autoridad. En el caso de la IVE, por ejemplo, dado que la regulación vigente viene de jurisprudencia constitucional, se ha producido la sensación de que hay un vacío normativo en la materia, pues para los profesionales de la salud no siempre es claro que las decisiones de la Corte son vinculantes y que en consecuencia las subreglas derivadas de esta jurisprudencia constituyen también obligaciones.

Los resultados de nuestros indicadores cuantitativos y cualitativos muestran una producción permanente de normas, relativamente creciente, con una considerable dispersión en términos de cuerpos normativos y jerarquía, y la presencia de reiteraciones y contradicciones. Esto sugiere la existencia tanto de inflación como de polución normativas, que son aspectos fundamentales del proceso de juridificación en este campo. El recurso cada vez más frecuente al derecho formal en materia de SSR ha estado acompañado de un aumento del poder regulador de las altas cortes, en particular la Corte Constitucional, y una colonización progresiva del campo social por lógicas y actores jurídicos.

siglo veintiuno editores

POSIBLES FACTORES EXPLICATIVOS

Una de las preguntas más interesantes al analizar procesos de juridificación es cuáles son los factores que permiten explicar el surgimiento y las características de este fenómeno en el contexto concreto en que se analiza. Aunque nuestro estudio de campo no posibilita hacer inferencias causales, pues no era el objeto de nuestra exploración empírica, nuestros hallazgos nos permitieron identificar algunas hipótesis sobre los factores que pueden ayudar a explicar las dinámicas de la regulación en materia de SSR en Colombia.

EL ROL DEL DERECHO Y EL ESTADO REGULADOR

Como sugiere la literatura, la juridificación es un fenómeno asociado de manera amplia a las dinámicas regulatorias propias de los Estados de derecho. Los Estados hacen uso del derecho formal para cumplir con sus objetivos y asegurar el bienestar de sus ciudadanos y, al hacerlo, se generan ciclos continuos de producción normativa como resultado de los cuales el número de normas se incrementa y las regulaciones se hacen más complejas. Como correlato, y con variaciones importantes entre contextos y campos sociales, diversos actores jurídicos adquieren mayor importancia, y se generan fenómenos como la judicialización de la política.

En Colombia, estos fenómenos regulatorios tendrían que ser analizados en el contexto del surgimiento de un Estado regulador. Este modelo surgió como alternativa intermedia entre el Estado de bienestar y el neoliberal (Lamprea, 2004) y se ha difundido con fuerza en América Latina (Dubash y Morgan, 2011). Su relevancia para nuestro estudio radica en que es a través de la regulación que el Estado ha decidido intervenir en el mercado y esto influyó en cómo ha estructurado el sistema de salud. La literatura especializada muestra que el régimen regulador colombiano en salud cuenta con una multiplicidad de actores, es inestable y confuso (Abisambra y Lamprea, 2016). Durante los últimos años, por ejemplo, se han creado un sinnúmero de comités en los que participan muchas veces los mismos actores con funciones y objetivos que combinan temas de las cinco áreas que estudia la Compilación.

siglo veintiuno editores

COMPLEJIDAD DEL TEMA A REGULAR

Uno de los factores que permitirían explicar la tendencia a recurrir al derecho formal para regular la SSR es la complejidad propia de esta materia que incluye múltiples temas que involucran grandes problemas de salud pública en Colombia. Por ejemplo, tanto la mortalidad materna como el embarazo adolescente han sido cuestiones de mucha preocupación en el país, por lo cual el Estado tuvo que desarrollar múltiples políticas, estrategias y regulaciones destinadas a reducir su incidencia. Aunque la mortalidad materna se ha reducido en los últimos años, persiste entre ciertos grupos de mujeres que concentran las mayores desigualdades. Así, mientras que la mortalidad materna entre mujeres indígenas es de 191 por 100 000 nacidos vivos, entre el resto de la población es de 60 por 100 000, lo cual sugiere que la pertenencia étnica triplica el riesgo de este tipo de mortalidad (González Vélez, 2013: anexo 2). De hecho, el Objetivo de Desarrollo del Milenio relativo a dicha problemática no pudo alcanzarse en 2015 (González Vélez, 2017).

La complejidad de los temas relacionados con SSR en Colombia no sólo se debe a que son problemas persistentes cuya eliminación ha sido difícil, sino a que el debate público de algunos de ellos ha estado atravesado por creencias religiosas y perspectivas morales. Los debates sobre acceso a anticonceptivos y a la IVE, por ejemplo, han sido influenciados por argumentos religiosos y morales sobre cómo debería ser la sexualidad humana, el concepto de vida y cómo debería gobernarse el cuerpo de la mujer (Chaparro y otros, 2013). Esto ha generado tensiones entre las lógicas y necesidades de la salud pública, por una parte, y las diversas perspectivas morales y religiosas que existen sobre estos temas, por la

otra. La proliferación de subreglas jurisprudenciales que regulan la IVE se explica, al menos en parte, porque la Corte Constitucional ha constatado que persisten múltiples barreras para que las mujeres accedan a una IVE legal, oportuna, económica y segura, y algunas de esas barreras están asociadas con actitudes de los operadores del Sistema de Salud que se fundamentan en su moralidad y creencias religiosas (Guzmán y Chaparro, 2015; Chaparro y otros, 2013).

En otros casos la proliferación de normas ha tenido como finalidad transformar reglas sociales sobre temas de SSR en los cuales existen costumbres o creencias culturales. Es el caso de la regulación en materia de violencia sexual, en que el incremento de normas podría explicarse al menos en parte por la necesidad de enfrentar patrones culturales que justifican y perpetúan la violencia contra las mujeres, y por la importancia que se le ha dado en Colombia al derecho positivo para promover cambios y transformaciones sociales. Esto sugiere que las tensiones entre lo "normativo" en sentido amplio (normas sociales) y las regulaciones o normas legales pueden ser relevantes para entender y analizar los fenómenos de juridificación.

siglo veintiuno editores

DINÁMICAS DEL SECTOR SALUD

Las propias dinámicas del ámbito de la salud generarían ciclos constantes de producción normativa. En efecto, los avances tecnológicos, los nuevos problemas epidemiológicos (o la transición epidemiológica), el surgimiento de nuevos medicamentos, e incluso la presión de grupos organizados o la participación de diversos actores cuya participación se hace necesaria para responder a los problemas con normas que competen a diversas esferas, entre otros factores, generan la exigencia de crear nuevas regulaciones que permitan hacer frente a las nuevas dinámicas del sector con el fin de garantizar los derechos de manera efectiva (González Vélez, 2013).

PROCESOS DE MOVILIZACIÓN SOCIAL POR EL DERECHO

Otro factor que podría explicar la proliferación de normas en materia de SSR en Colombia son los procesos de movilización social por el derecho. Por ejemplo, el movimiento feminista ha promovido la necesidad de regular temas como la violencia contra las mujeres. Bajo el lema "lo personal es político", este movimiento ha alentado una transformación profunda de la forma en que la sociedad asume y enfrenta la violencia basada en el género, para convertirla en un asunto político frente al cual

el Estado debe intervenir (Lemaitre, 2009). La regulación actual en la materia es amplia y pasa por temas de prevención, lucha contra la impunidad y garantía de los derechos de las víctimas.

La movilización social por el derecho también ha sido robusta en cuestiones de SSR cuyo debate público ha sido muy moralizado. Por ejemplo, el movimiento feminista también ha trabajado para despenalizar el aborto de manera parcial (Sandoval, 2015) y promover el acceso efectivo a la IVE. De la misma manera, el movimiento LGBT se ha preocupado por impulsar el reconocimiento de derechos a las personas con orientación sexual o identidad de género no normativas (Albarracín, 2011) y una situación similar tuvo lugar en materia de VIH (González Vélez y Durán, 2011). Estos movimientos –que enfocaron su trabajo de movilización legal en el legislador, dado el alto potencial de variabilidad de las normas administrativas expedidas por el ejecutivo, y en la Corte Constitucional, debido a su activismo progresista– habrían sido elementos importantes para promover una mayor regulación de estos temas.

siglo veintiuno editores

INFLUENCIA DE PROCESOS INTERNACIONALES DE REGULACIÓN

La producción normativa en materia de SSR en Colombia también estaría influenciada por procesos internacionales de movilización social y producción normativa. Así, por ejemplo, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en El Cairo en 1994, habría promovido procesos de producción normativa en distintos países alrededor del mundo. En Colombia, como muestra el gráfico 11.1, más del 85% de las normas expedidas en materia de SSR es posterior a la Conferencia de El Cairo. Además, estas regulaciones nacionales parecen reflejar los contenidos, preocupaciones y acuerdos consignados en los acuerdos de El Cairo.

Los cambios en las normas internacionales de protección de los derechos humanos y en las aproximaciones internacionales a temas de salud han sido también importantes para promover cambios normativos a nivel nacional. La despenalización parcial del aborto, por ejemplo, fue posible gracias a un cambio en los estándares internacionales sobre derechos de las mujeres y en particular sobre su autonomía sexual y reproductiva.[6]

6 Véanse, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), Observaciones finales a los informes periódicos quinto y sexto combinados de Colombia 2007; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el derecho a la vida (arts. 6 y 4), a estar libre de

COMPLEJIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

Nuestro actual sistema de seguridad social en salud tiene un proceso complejo de producción normativa en el que intervienen tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo. Así, mientras que el Legislativo brinda el marco general de actuación del sector salud, una multiplicidad de instituciones que son parte del Ejecutivo regulan de manera específica los aspectos relacionados con la salud sexual y reproductiva (Abisambra y Lamprea, 2016).

Este proceso de producción normativa ha tenido como actor clave, además, al sistema judicial colombiano, y en especial el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, como explicamos antes. A pesar de que las decisiones judiciales juegan un papel importante en el marco normativo que regula la SSR, no siempre son conocidas o reconocidas como jurídicamente vinculantes y obligatorias por parte del sector salud, y por tanto no se aplican de manera directa y consistente.

siglo veintiuno editores

POSIBLES EFECTOS DE LA JURIDIFICACIÓN DE LA SSR EN COLOMBIA

Aunque el propósito de este capítulo no es hacer un examen de los efectos de la juridificación en el ámbito de la SSR en Colombia, tanto la literatura relevante como la evidencia empírica disponible permiten avanzar algunas hipótesis al respecto. Nuestro punto de partida para este análisis es el reconocimiento de que los efectos de los procesos de juridifidación suelen ser complejos y contradictorios (Aasen y otros, 2014a), y variar en función del contexto (Aasen y otros, 2014b).

De acuerdo con la literatura, la juridificación estaría asociada con múltiples efectos negativos derivados de los excesos regulatorios. Estos pueden recaer sobre la sociedad o sobre el propio derecho. Así, por ejemplo, en cuanto a lo primero, Habermas (1987) señalaba que la juridificación acarrea la colonización de la vida social por el derecho, lo cual puede llevar a destruir las estructuras y la vida social. Teubner denomina este problema como la desintegración social a través del derecho (Teubner, 1987: 24).

---

tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes (arts. 7 y 5) y el derecho a la intimidad (arts. 17 y 11-12) o el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud; Protocolo de San Salvador (arts. 14, 12 y 10).

A su vez, el propio derecho puede verse afectado de múltiples formas. Los excesos regulatorios pueden hacer inmanejable la dogmática jurídica (Teubner, 1987). Al respecto, la literatura y nuestro trabajo de campo sugieren tres efectos fundamentales. En primer lugar, la juridificación puede generar dificultades dogmáticas e interpretativas. Por ejemplo, puede hacer más difícil para el actor del sistema de salud establecer cuándo una norma está vigente e incluso cuáles son las normas que está obligado a aplicar. Esto, a su vez, puede resultar en falta de garantías para el beneficiario, pues puede prestarse para aplicaciones equivocadas, para la invocación de la norma que más se ajuste a una creencia particular o directamente para la omisión de la puesta en práctica de determinadas normas, entre otros. Esto puede generar tanto incertidumbre por parte del operador, como desconocimiento de procedimientos, derechos y obligaciones por parte del usuario. Las dificultades dogmáticas e interpretativas pueden afectar incluso la producción de nuevas normas. La falta de claridad sobre la vigencia de las pautas, por ejemplo, puede contribuir a que una institución u órgano regulador produzca nuevas normas que resulten repetitivas, innecesarias o contradictorias.

En todo caso es importante reconocer que no siempre la falta de claridad del marco normativo afecta la garantía de los derechos fundamentales de las personas. En algunos contextos la falta de claridad puede ser útil para que los destinatarios de las normas exploren las fisuras del ordenamiento jurídico y por esta vía puedan exigir la satisfacción de sus derechos.

En segundo lugar, la juridificación puede acentuar la falta de coherencia y eficacia del sistema jurídico. El incremento de normas y su dispersión pueden contribuir a acentuar vacíos y lagunas lógicas y argumentativas. Además, puede afectar el cumplimiento de los propósitos para los que fueron creadas las normas y por tanto pueden llegar a ser ineficaces. Incluso, como señala Sunstein (1993), algunas normas pueden llegar a producir efectos no previstos por el órgano que las expidió o efectos contrarios a los deseados. Por otro lado, las demandas sociales y políticas por regulación pueden desafiar los límites del derecho, al punto de reducir su propia efectividad. Es más, cuando el derecho pretende regularlo o controlarlo todo, puede terminar siendo inefectivo e incluso dejar de ser respetado por la sociedad (Teubner, 1987). Todo lo dicho, en última instancia, afecta también la seguridad jurídica que el sistema debería garantizar a la población usuaria.

Esto puede entonces conducir, desde el punto de vista de las autoridades, a formular políticas públicas que debido a esa polución norma-

siglo veintiuno editores

tiva finalmente resultan ineficaces y no logran cumplir su propósito, ya que el exceso regulativo frustra el logro de los objetivos que pretendían alcanzar. Las regulaciones se tornan así, como ha dicho Cass Sunstein, autofrustrantes [*self-defeating*] y contraproductivas (Sunstein, 1993: 106) pues producen efectos distintos o incluso opuestos a los buscados. Y, desde el punto de vista de la población usuaria, esa polución normativa produce una gran inseguridad jurídica porque las personas no tienen claro hasta dónde están amparados sus derechos.

De manera que, por ejemplo, la existencia de un creciente conjunto de normas ha contribuido a crear en los operadores del Sistema de Salud de Colombia una sensación de desconocimiento e inseguridad al momento de aplicarlas. Además, en algunos casos la población usuaria se puede ver enfrentada a las repercusiones concretas de incoherencias, contradicciones o lagunas de la regulación, lo cual puede incidir en sus derechos fundamentales. Esto afectaría tanto el cumplimiento del derecho como su propia credibilidad (Teubner, 1987: 6).

Un tercer efecto de la juridificación sería contar con normas inadecuadas para lidiar con cuestiones de salud pública. En algunos casos, la lógica jurídica –característica de la juridificación– puede imponerse en la producción de normas por sobre las necesidades epidemiológicas u otras urgencias propias de la salud pública, convirtiendo así en prioritarios asuntos que no necesariamente son los centrales para esta esfera (véase González Vélez y Durán, 2011).

La juridificación contribuiría también a acentuar tensiones importantes en el ámbito de la SSR. Por ejemplo, entre el espacio de discrecionalidad profesional y la necesidad de garantizar derechos más allá de las creencias personales. La juridificación, en todo caso, no siempre reduce los ámbitos de discrecionalidad profesional, ni siempre asegura una mejor aplicación de los derechos. En efecto, la relación entre juridificación y discrecionalidad profesional no es antagónica, sino que depende del tipo de regulación que sea más adecuada para balancear las tensiones entre autonomía profesional y la garantía de derechos (Aasen y otros, 2014b: 293). De la misma manera, puede acentuar la tensión entre la necesidad de tomar en cuenta las características de los fenómenos de salud pública, y la necesidad de reconocer y garantizar efectivamente derechos de quienes utilizan el Sistema de Salud.

Es importante reconocer que el incremento de la regulación puede estar asociado asimismo con efectos positivos. Muy poca regulación también puede constituir un problema, en especial en aquellos aspectos en que esta se requiere para alcanzar fines sociales imperiosos como los señalados antes (Sunstein, 1993: 3). Así, el incremento de las regulacio-

siglo veintiuno editores

nes puede contribuir a alcanzar fines sociales importantes, generar un campo propicio para el empoderamiento de ciertos sectores sociales, e incluso impulsar un discurso jurídico de los derechos que contribuya a su garantía efectiva. Nuestro estudio de caso sugiere, por ejemplo, que el incremento en la regulación de la salud sexual y reproductiva ha contribuido a transformar la violencia contra las mujeres de un asunto privado a uno político que el Estado debe prevenir, investigar, juzgar y sancionar, o en el caso de la IVE, ha convertido un tema altamente moralizado en un derecho fundamental.

Por último, resulta interesante analizar las implicaciones de la juridificación para el debate democrático. La mayor regulación de ciertos campos sociales puede tener como efecto tanto el debilitamiento de las instancias democráticas para la toma de decisiones en la resolución de conflictos sociales, como el fortalecimiento de actores sociales en sus luchas políticas (Aasen y otros, 2014b). En el caso que estudiamos, por ejemplo, la juridificación estaría asociada a la apertura de espacios para que los movimientos sociales se movilizaran políticamente respecto de temas como la violencia de género y la IVE.

siglo veintiuno editores

CONCLUSIONES

Al hacer un balance a partir del análisis de las dimensiones de la juridificación que proponemos en este capítulo, es posible afirmar que en Colombia se ha dado una significativa producción de normas en materia de SSR en los últimos años, con algunos énfasis temáticos importantes que determinan la existencia de una hiperproducción de normas. Esto, sumado a la dispersión de normas, puede afectar las posibilidades de que los prestadores de servicios de salud las conozcan de manera plena al momento de aplicarlas a casos concretos. Tales dificultades pueden verse profundizadas por la existencia de normas contradictorias, y algunas que se limitan a reproducir contenidos normativos, sin aportar nuevos elementos al marco regulatorio de la SSR.

El proceso de juridificación en el campo de la SSR en Colombia ha estado entonces caracterizado por fenómenos de inflación y polución normativas. Esta dimensión cuantitativa ha estado también acompañada de una cualitativa. En ella, la juridificación se habría caracterizado por un incremento del poder regulador por parte de la Corte Constitucional y una colonización del campo de la salud pública por lógicas jurídicas. Este proceso habría estado dinamizado, entre otros factores, por las ca-

racterísticas y complejidades propias de la salud pública, la movilización social por el derecho de algunos grupos y desarrollos internacionales de regulación.

Nuestra aproximación es más descriptiva que valorativa. Por ello, nuestra definición considera la juridificación como el resultado de los procesos de producción normativa propios de los Estados de derecho y del Estado regulatorio. De allí que enfaticemos en este capítulo la importancia de entender cómo se presenta la juridificación en campos y contextos diversos.

Una agenda futura de investigación en materia de regulaciones en el ámbito de la SSR tendría un amplio panorama de preguntas y estrategias de estudio. Por ejemplo, una pregunta clave al respecto es: ¿cómo lidiar en un Estado democrático con los efectos negativos de la juridificación? Esta pregunta no tiene respuesta sencilla. Los autores positivistas considerarían al respecto que la fórmula es mejorar la técnica normativa, con el fin de estructurar un ordenamiento jurídico que cumpliera con el principio de seguridad jurídica, para lo cual sería necesario asegurar la calidad de las normas y desarrollar técnicas para integrarlas al ordenamiento. Esta estrategia tendría como destinatario las diversas instancias del Estado regulador. Nosotras consideramos, sin embargo, que las aproximaciones dogmáticas y normativas deben ser complementadas con apuestas metodológicas empíricas que permitan profundizar el análisis de los fenómenos normativos.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Aasen, H., S. Gloppen, A. M. Magnussen y E. Nilssen (2014a), "Introduction", en *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State*, Cheltenham, Northamptom, Edward Elgar Publishing.

— (2014b), "Juridification and Social Citizenship. International Law, Democracy and Professional Discretion", en *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State*, Cheltenham, Northamptom, Edward Elgar Publishing.

Abisambra, A. y E. Lamprea (2016), "El régimen regulador de la salud en Colombia", en H. Alviar y E. Lamprea (coords.), *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes.

Albarracín, M. (2011), *Movilización legal para el reconocimiento de la igualdad de las parejas del mismo sexo*, tesis de grado, Bogotá, Universidad de los Andes.

Alviar, H. y E. Lamprea (2016), "Introducción", en H. Alviar y E. Lamprea (coords.), *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes.

Brooker, P. (1999), "The Juridification of Alternative Dispute Resolution", *Anglo American Law Review*, 20(1).

Blichner, L. y A. Molander (2008), "Mapping Juridification", *European Law Journal*, 14(1).

Chaparro, N., C. García Núñez, D. E. Guzmán, N. Sandoval Rojas y S. Rojas Castro (2013), *Lejos del derecho. La interrupción voluntaria del embarazo en el sistema general de seguridad social en salud*, Bogotá, Dejusticia.

Cooper, D. (1995), "Local Government. Legal Consciousness in the Shadow of Juridification", *Journal of Law and Society*, 22(4).

Cuoso, J., A. Huneeus y R. Sieder (2010), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.

Dalen, A., D. Guzmán y P. Molano (2013), *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo*, Bogotá, Dejusticia.

Dubash, N. y B. Morgan (2011), "Understanding the Rise of the Regulatory State in the Global South", Working Paper 32, Jerusalén.

González Vélez, A. C. (coord.) (2013), *Compilación analítica de las normas de salud sexual y reproductiva en Colombia*, Bogotá, OES - Dejusticia - Universidad de los Andes - Ministerio de Salud - Unfpa.

— (2017), *Brechas de género y desigualdad. De los objetivos de desarrollo del milenio a los objetivos de desarrollo sostenible*, Bogotá, PNUD -ONU Mujeres - Unfpa.

González Vélez, A. C. y J. Durán (2011), "Impact of Court Rulings on Health Care Coverage. The Case of HIV/AIDS in Colombia", *Medic Review*, 13(3).

Guzmán, D. E. y N. Chaparro (2015), *Los remedios que da el derecho. El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza*, Bogotá, Dejusticia, disponible en <www.dejusticia.org>.

Habermas, J. (1987), *The Theory of Communicative Action*, vol. 2, Beacon Press.

Lamprea, E. (2004), "Los servicios públicos domiciliarios y el Estado regulador", *Revista Jurídica Precedente*, Icesi.

Lemaitre, J. (2009), *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre.

Neal Tate, C. y T. Vallinder (1995), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press.

Sandoval, N. (2015), *Movilizarse ante la corte. Trayectoria y efectos de tres episodios de movilización legal constitucional de feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes.

Sieder, R. (2010), "Legal Cultures in the (Un)Rule of Law. Indigenous Rights and Juridification in Guatemala", en J. Cuoso, A. Huneeus y R. Sieder, *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.

Sunstein, C. (1993), *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press.

Teubner, G. (1987), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Laws*, Berlín, Walter de Gruyter.

siglo veintiuno editores

Uprimny, R. y M. García (2004), "Corte Constitucional y emancipación social", en B. de Sousa Santos y M. García (eds.), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Bogotá, Norma, pp. 463-514.

Urueña, R. (2012), "The Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia. The Case of Water Governance", *Regulation & Governance*, 6: 282-299.

siglo veintiuno editores

siglo veintiuno
editores

PARTE III

Reacciones y contrarreacciones

siglo veintiuno
editores

siglo veintiuno
editores

(Re)acciones conservadoras

Juan Marco Vaggione

El impacto de los argumentos y las estrategias de los sectores conservadores que defienden la vida desde la concepción quedó planteado en distintas contribuciones de las dos primeras secciones de este libro. Allí donde se abre la posibilidad de debatir y modificar leyes restrictivas sobre el aborto, se vuelve evidente la existencia de actores (por lo general vinculados al campo religioso) que defienden un sistema fuertemente criminalizador del aborto. Sea a través de evitar reformas legales, implementar estrategias judiciales diversas o restringir las políticas públicas, estos sectores conservadores son un escollo en el camino hacia la legalización del aborto. Esta última sección del libro busca analizar las principales estrategias y argumentos del activismo conservador con el propósito de profundizar la comprensión de la trama del aborto en los países de América Latina.

Uno de los principales desafíos para el movimiento feminista y sectores aliados fue desmontar una cultura jurídica asentada sobre el catolicismo, tanto en la enseñanza del derecho como en las formas de regular legalmente al cuerpo sexuado. Las leyes han tendido, no sin excepciones, a reflejar la moral católica que indica que el acto sexual tiene principalmente una función reproductiva (aspecto procreativo). No es sorprendente entonces que una de las consecuencias (directa e indirecta) de la movilización feminista sea visibilizar el modo en que las creencias y posicionamientos religiosos se enraízan en el derecho. El acceso legal al aborto requiere (como el divorcio en su momento) criticar las formas en que el poder religioso matiza al derecho. Si bien distintos países de la región han profundizado la laicidad a lo largo del siglo XX, el derecho (secular) continuó imbricado en la moral religiosa sobre todo en las maneras de regular (y por ende legitimar) la familia, el parentesco y la reproducción.

Allí donde se debate el derecho de las mujeres a abortar se ponen en tensión, entonces, la insuficiente autonomía de la política, la moral y el derecho ante la religión. La articulación entre poder religioso y poder político, que caracteriza con distintas intensidades la historia de

XXI siglo veintiuno editores

los países latinoamericanos, persiste como una barrera importante para avanzar en la legalización y acceso al aborto. La concreción de un régimen legal que permita la autonomía y libertad reproductiva de las mujeres está anudada (en distintos planos) a una matriz jurídica que debe emanciparse de la influencia de determinadas cosmovisiones religiosas. Las jerarquías religiosas, en particular católicas y evangélicas, son actores vocales en defensa de un sistema legal restrictivo que busca limitar, sino anular, la despenalización del aborto. A través de sermones a los creyentes, declaraciones públicas en medios de comunicación o *lobbies* a funcionarios y políticos, los líderes religiosos encabezan un activismo que pretende no sólo evitar la legalización del aborto, sino incluso profundizar su criminalización.

Sin embargo, como problematizan los distintos capítulos de esta tercera sección, el activismo conservador se ha sofisticado, en gran medida, en reacción a los avances del movimiento feminista. Distintas investigaciones han comenzado a delinear, al menos de manera parcial, las principales aristas que caracterizan a estas reacciones, entre ellas la complejidad de los actores, argumentos y estrategias utilizadas.[1] Bajo la evidencia de cierto mimetismo con el movimiento feminista, el activismo conservador se destaca por la creciente presencia de organizaciones no gubernamentales autodenominadas "pro vida" o "pro familia" (proceso de "*ongización*" de lo religioso) y la realización de congresos, seminarios, encuentros nacionales e internacionales para articular una agenda común. A ello se agrega un creciente desplazamiento en el tipo de argumentaciones por razones estratégicas (secularismo estratégico), con una mayor centralidad de aquellas basadas en razones científicas, legales y bioéticas en defensa de una sexualidad atada a sus potencialidades reproductivas. También las estrategias se han *aggiornado* a la temporalidad abierta por el movimiento feminista ya que, junto con el papel tradicional de los líderes religiosos, es cada vez más frecuente observar representantes de este activismo en los parlamentos, el inicio de procesos judiciales o el uso de la objeción de conciencia como maneras de entorpecer el acceso legal al aborto.

siglo veintiuno editores

1 En los últimos años se han incrementado los estudios que buscan desentrañar el papel de los actores y discursos religiosos en la política sexual contemporánea, pero debido al carácter de esta breve introducción no se incluye un análisis sobre estas cuestiones. Para un mayor detalle véase Vaggione, J. M. (2013), "Laicidad y sexualidad", en P. Salazar y P. Capdevielle (coords.), *Colección "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Los cinco capítulos incluidos en esta sección comparten el objetivo de analizar este activismo mediante la observación del debate sobre el aborto en distintos países (El Salvador, Puerto Rico, Colombia, la Argentina, México, Perú y Brasil). Comprender la *trama legal* del aborto requiere entender los actores, argumentos y estrategias que se activan en defensa de su criminalización. Si bien la tendencia en la academia es focalizar en los actores y argumentos que buscan ampliar el derecho al aborto (rescatando la heterogeneidad y tensiones existentes), es necesario completar estos estudios con el análisis del activismo conservador que sostiene su criminalización. Es en esta conflagración entre derecho y delito, dinámica, compleja y multidimensional, en la que se disputan la frontera legal, también la moral, del aborto. De allí la importancia de estos trabajos, que plantean los principales interrogantes existentes sobre el activismo conservador e iluminan facetas y aspectos relevantes para comprender la trama legal sobre el aborto en las sociedades contemporáneas.

El capítulo escrito por Beatriz Galli analiza el efecto de la criminalización del aborto al utilizarse como una estrategia de control y dominación sobre los cuerpos de las mujeres. La autora examina los procesos judiciales iniciados a mujeres jóvenes y adolescentes procesadas por haberse practicado un aborto en el estado de Río de Janeiro, lo que resulta, al menos en parte, una expresión de la criminalización en cuanto reacción a las demandas por legalizar el aborto. La autora utiliza el concepto de estigma para identificar el tipo de tratamiento que reciben estas mujeres por parte de la justicia penal. El propósito de los procesos, según la autora, no es tanto el encarcelamiento, sino reforzar el control moral sobre el cuerpo de las mujeres. Mientras el feminismo se moviliza por flexibilizar y pluralizar el orden social y legal, el activismo conservador potencia el uso del derecho como instrumento represivo en defensa de esquemas morales y estereotipos de género.

Un aspecto relevante que surge en algunos de los capítulos es el rasgo transnacional del activismo conservador. Aunque el debate por el aborto se manifieste de forma particular al interior de los países, distintos abordajes han caracterizado al activismo conservador como un fenómeno transnacional. Las agendas, argumentaciones y estrategias si bien se vuelven palpables en el ámbito de la política nacional son, en gran parte, generadas y acordadas por fuera de estas fronteras. Este es el interrogante principal del capítulo escrito por Camila Gianella Malca. La autora considera que este activismo debe considerarse como parte de un movimiento transnacional en cuanto está constituido por una red organizada que actúa y se vincula más allá de los distintos países de la región. Para ello analiza las principales estrategias y argumentos utilizados

siglo veintuno editores

con cuidadosa atención a los aspectos constitucionales. En sintonía con otros antecedentes, la autora considera que el activismo ha atravesado un proceso de *ongización* (la creciente presencia de organizaciones no gubernamentales) y de *tecnocratización* (entre otras cuestiones, el uso de discursos científicos y seculares) que se evidencian en distintos contextos. Estos procesos se pueden observar, por ejemplo, en el cada vez más frecuente uso del litigio como estrategia para defender la vida desde el momento de la concepción.

El capítulo de María Isabel Niño Contreras y Juan Carlos Rincón Escalante considera el caso de Colombia y propone un estudio pormenorizado de los argumentos contrarios a la despenalización del aborto. La despenalización establecida por la Corte Constitucional colombiana en tres causales fue acompañada de una intensificación del activismo conservador que buscaba revertir o evitar la concreción de este avance. De forma similar a otros contextos, el impacto del feminismo (se traduzca o no en un cambio legal) genera una politización reactiva de los actores conservadores que desarrollan y evidencian estrategias y argumentos en defensa de la criminalización del aborto. La propuesta de los autores ofrece un estudio detallado de los principales argumentos a favor de la penalización del aborto en el canal judicial, el legislativo y la prensa escrita. A partir de ello, los autores analizan la capacidad estratégica de este activismo, ya que además de circular argumentos de distinto tipo (que privilegian "los derechos del producto de la fecundación") los adaptan según las audiencias y canales utilizados. Los autores también proponen una serie de recomendaciones para aquellos sectores que se movilizan por la legalización del aborto tanto en Colombia como en el resto de la región. El capítulo compara los resultados de su indagación en Colombia con investigaciones en la Argentina y México, y confirma la similitud en los argumentos utilizados en los tres países y, con ella, el proceso de transnacionalización del activismo conservador ya analizado.

Otra de las influencias de este activismo sobre el derecho es (intentar) evitar el acceso al aborto en aquellas circunstancias en las cuales está permitido. Como consideran algunos capítulos de las secciones precedentes, el accionar conservador no concluye una vez que se logró modificar el derecho y legalizar el aborto (sea por causales o dentro de las primeras semanas), sino que se vuelca a entorpecer o incluso imposibilitar el acceso concreto de las mujeres a su práctica. La legalización del aborto en aquellos contextos en que pudo lograrse va acompañada por distintas estrategias sobre las políticas públicas para evitar que el derecho se vuelva accesible a las personas que quieran utilizarlo. En los países de la región donde se consiguió de manera exitosa modificar el encuadre legal

siglo veintuno editores

del aborto se observa de forma prácticamente simultánea la emergencia de distintas estrategias para vaciar de legitimidad o de efectividad estos triunfos. Por ejemplo, la ampliación de la objeción de conciencia o la judicialización de los protocolos son algunas de las maniobras utilizadas por el activismo conservador para evitar que las mujeres puedan acceder a los abortos permitidos por el sistema legal.

El capítulo de Esther Vicente y Patricia Otón Olivieri se centra, precisamente, en las formas en que el activismo conservador busca revertir la posibilidad del aborto en aquellos contextos en los cuales está legalizado. Las autoras analizan una serie de medidas que se llevan a cabo en los Estados Unidos para deslegitimar el aborto que tienen impacto no sólo en Puerto Rico (donde localizan su estudio), sino también en distintos países de América Latina. Se focalizan en la tensión existente entre la legalidad y la legitimidad en las formas de regular el aborto que responde en gran parte al accionar de sectores conservadores. En particular, proponen la existencia de un proceso impulsado por las organizaciones (autodenominadas) pro vida de deslegitimación del aborto y limitación de su acceso en diferentes circunstancias. Este proceso se ejemplifica y profundiza a partir de la presentación de distintas instancias judiciales que, en los Estados Unidos, se han desarrollado con el propósito de restringir la legalidad consagrada en "Roe c. Wade". Finalmente, las autoras consideran el impacto de la llegada a la presidencia de los Estados Unidos de Donald Trump quien, a través de medidas tales como la Regla de Mordaza Global o las enmiendas propuestas a la Ley Affordable Care Act (conocida como "Obamacare"), impacta de manera negativa más allá de las fronteras de ese país.

Una de las consecuencias del activismo conservador ha sido intensificar la criminalización (primaria y secundaria) de las mujeres que abortan. El logro de los movimientos feministas al incluir la forma de regular el aborto en la agenda pública (incluso a veces en la legislativa) va acompañado, de manera paradójica, por sectores que buscan recrudecer su regulación. Las reacciones conservadoras no sólo buscan evitar la legalización del aborto sino, como lo experimentan distintos países, refuerzan el uso del derecho para penalizar y controlar el cuerpo de las mujeres. En la región, este tipo de intensificación de la criminalización del aborto se presenta en particular de dos maneras. Una de ellas es potenciar la prohibición del aborto a través de eliminar (en sentido formal e informal) las excepciones existentes a su penalización. Esta estrategia es respaldada por una avalancha de propuestas legales y de reformas constitucionales que buscan institucionalizar el principio del inicio de la vida humana desde la concepción. La intensificación de la criminalización también se manifiesta en el aumento

siglo veintiuno editores

de los procesos judiciales y/o encarcelamiento efectivo de las mujeres que abortan. Si bien el aborto ha sido considerado por décadas un delito, era poco frecuente el uso del aparato represivo del Estado para perseguirlo (o al menos para perseguir a la mujer). En los últimos años se han incrementado en distintos contextos las denuncias por parte de efectores de la salud o de familiares, hostigamientos policiales y decisiones de magistrados que intensifican la persecución estatal de las mujeres.

La propuesta de Violeta Cánaves y María Angélica Peña Defago considera el caso de El Salvador, donde la rigidización del sistema legal (que pretende penalizar el aborto sin excepciones) fue acompañada por una intensificación de la criminalización y encarcelamiento efectivo de las mujeres. El texto profundiza en las estrategias políticas y legales del movimiento feminista salvadoreño ante la encarcelación de mujeres debido a abortos o emergencias obstétricas. En particular se focaliza en dos momentos de la movilización legal que tuvieron distintos tipos de eficacia. En primer lugar, las diferentes acciones llevadas adelante para lograr la inconstitucionalidad de la normativa penal y, de este modo, interrumpir la completa penalización del aborto. En segundo lugar, la campaña "Las 17" que tiene como propósito vehiculizar el pedido de indulto para las mujeres que fueron condenadas a penas de homicidios agravados por el vínculo. A lo largo del texto las autoras no sólo identifican los efectos legales y extralegales de la movilización feminista, sino también las formas complejas en que el activismo conservador se readecua y responde a las iniciativas y acciones feministas. Es un capítulo que permite comprender y aprender de las estrategias desarrolladas por el movimiento feminista en un contexto de alta criminalización tanto primaria como secundaria.

La tercera sección cierra entonces el presente libro. A través de los distintos capítulos se complejizaron las principales dimensiones del debate legal sobre el aborto en América Latina. En un área geográfica con profundas diferencias en las formas de regular el aborto (desde la penalización sin excepciones hasta la legalización total durante las primeras semanas), también existen similitudes y aprendizajes posibles a nivel regional. Si bien la trama legal del aborto se construye y manifiesta en los contextos nacionales, responde también, como evidencian estos capítulos, a dinámicas transnacionales. Los argumentos y estrategias del activismo conservador son ejemplos de estas similitudes que se adaptan a los diferentes contextos. Entender esta movilización como un fenómeno que se presenta al interior de los países pero que también trasvasa esas fronteras es uno de los principales desafíos para la academia y el activismo, y es el principal propósito de esta última sección.

siglo veintiuno editores

12. Reflexiones sobre el estigma social y la violencia institucional en procesos judiciales de mujeres y adolescentes "culpables" de aborto en el estado de Río de Janeiro

Beatriz Galli

En varios países existen políticas públicas y leyes que criminalizan comportamientos y conductas en el ámbito de la sexualidad y la reproducción. Además de afectar de manera desproporcionada a los grupos marginados, al violar sus derechos humanos fundamentales, el uso del derecho penal para tratar temas de salud pública tiene un impacto devastador (Uberoi y otros, 2012). En 2011, el relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental declaró que la criminalización no es sólo un incumplimiento del deber del Estado de prevenir la discriminación, sino que también crea una atmósfera en la cual los individuos afectados son "desempoderados"[1] de manera significativa y no pueden alcanzar la plena realización de sus derechos humanos.[2] Según el Relator, se incluyen en este rol las leyes que criminalizan la transmisión del VIH, la homosexualidad, el trabajo sexual y el aborto.

Además, diversos estudios ya señalaron que las leyes que criminalizan el aborto no lo tornan menos frecuente, pero contribuyen a volverlo más inseguro y más riesgoso para la vida y la salud. Se estima que en todo el mundo se realizan por año 22 millones de abortos inseguros, y la gran mayoría, el 98% de los casos, tiene lugar en países donde el aborto está

siglo veintiuno editores

1 El empoderamiento, o el acto de empoderar, es considerado una actitud social que consiste en la concientización de diversos grupos sociales, principalmente las minorías, sobre la importancia de su posicionamiento y visibilidad como medio para luchar por sus derechos. Uno de los fenómenos de empoderamiento más conocido es el empoderamiento femenino, es decir, cuando existe concientización de las mujeres de reivindicarse socialmente por la igualdad de los derechos entre los diferentes géneros.

2 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "Interim Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Physical & Mental Health to the General Assembly", 2011, UN Doc. A/66/254, disponible en <www.un.org>.

restringido por ley (OMS, 2011). Como resultado, 47 000 mujeres mueren a consecuencia de estos abortos cada año (OMS, 2011).

En América Latina, el 97% de las mujeres en edad reproductiva vive bajo leyes severamente restrictivas (Cohen, 2009). Cuando el acceso al aborto seguro es limitado, las mujeres y adolescentes no tienen la posibilidad de hacerse con métodos anticonceptivos, información y anticoncepción de emergencia para prevenir embarazos no deseados. La criminalización del aborto impone la maternidad como el único destino posible para las mujeres y adolescentes, niega su capacidad para decidir de forma autónoma sobre su proyecto de vida. Tales leyes y políticas asimismo aumentan la vulnerabilidad de las personas al abuso sexual, la violencia y el estigma institucional (PNUD, 2010).

Los gobiernos han utilizado la ley penal para atribuir diferentes significados a comportamientos individuales considerados desviados y aplicar medidas punitivas, como es el caso de quien realiza la interrupción de la gestación o quien busca realizar el procedimiento en los servicios de salud, lo que perpetúa de esa manera el prejuicio y estigma social en torno al aborto (Cook, 2014). El estigma se manifiesta en diferentes niveles de interacción humana, entre individuos, en comunidades, instituciones, estructuras de gobierno y discursos. En relación con el aborto, atribuye condiciones negativas a las mujeres que decidieron interrumpir sus embarazos, y produce en ellas marcas internas o externas que las tornan inferiores a los ideales sociales relacionados con el ser mujer (Kumar y otros, 2009). Este estigma social justifica la existencia de restricciones legales para la práctica del aborto, e impide el ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres (Zordo, 2016).

La hipocresía social que impregna el discurso público sobre el aborto tiene un impacto directo en la salud y en las vidas de las mujeres procesadas, lo que agrava su sentimiento de aislamiento social (Evanize y Galli, 2011).[3] El proceso por el cual cada mujer interpreta, racionaliza e internaliza su experiencia personal con relación al aborto es diferente. Vergüenza y culpa son las formas más comunes de manifestar e internalizar el estigma (Zamberlin, 2015), que también incluye lo que las mujeres piensan que podría suceder con ellas si otros supieran sobre su aborto.

Cuando la ley en materia de interrupción del embarazo es muy restrictiva, las mujeres y adolescentes temen acudir y ser juzgadas por los profesionales de la salud por haber utilizado medicamentos abortivos

3 Véase tambien Human Rights Watch (2010).

siglo veintiuno editores

vendidos de manera ilegal, lo que puede generar una denuncia ante la policía. Este es uno de los efectos del estigma que aumenta el riesgo de secuelas o muerte por aborto inseguro: el retraso en la búsqueda de asistencia por parte de las mujeres y adolescentes que abortaron por miedo a ser denunciadas (Ipas, 2016).

Con el objeto de contribuir al cuestionamiento sobre la pertinencia jurídica y la eficacia del uso de la ley penal para tratar el tema del aborto, el presente capítulo desarrolla reflexiones sobre los efectos discriminatorios y estigmatizantes de la criminalización del aborto en la vida de las mujeres, jóvenes y adolescentes a partir de un análisis del contenido de los procesos judiciales en el estado de Río de Janeiro. Dado que existen pocas investigaciones académicas de ámbito nacional o regional con evidencias empíricas cuantitativas y cualitativas sobre el tratamiento del aborto por parte del Poder Judicial, resulta necesario profundizar en un debate que tenga en cuenta el abordaje de la salud pública y los derechos humanos (Cárdenas y Ramón Michel, 2012). La escasez de datos es aún mayor cuando se trata del aborto y la adolescencia, debido a sus particularidades, las cuales serán examinadas con detalle en el análisis de los procesos judiciales, que en su mayoría se tramitan de forma confidencial en juzgados especiales.

siglo veintuno editores

LOS EFECTOS DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO Y EL DEBATE JURÍDICO EN CURSO

Los datos de la Encuesta Nacional sobre Aborto de 2016 señalaron que las tasas de aborto se mantienen prácticamente iguales a las de la encuesta anterior de 2010, y señalan que en el Brasil una de cada cinco mujeres a los cuarenta años ya ha realizado un aborto (Diniz, Medeiros y Madeiro, 2017). El aborto inseguro es la cuarta causa de muertes evitables de mujeres en el Brasil, y llega a ser la segunda o tercera causa en algunos estados (Faundes y Barzelatto, 2004). Una estadística nacional realizada en cinco estados de ese país en el ámbito de los servicios públicos de salud demuestra que las mujeres son estigmatizadas cuando buscan asistencia al aborto en estos organismos. En los estados del Nordeste, la mayoría de las usuarias del Sistema Único de Salud reciben asistencia de mala calidad (Aquino y otros, 2012). Se han documentado incluso casos de violencia institucional. Por ejemplo, en entrevistas realizadas en los servicios públicos de salud las mujeres revelaron que el tiempo de espera para recibir asistencia médica es largo y, en general, está acompañado

por una sensación de incomodidad, sangrado intenso, dolor, miedo y hambre.[4]

El debate jurídico y político sobre la eficacia de la ley penal y sus efectos discriminatorios hacia las mujeres negras, jóvenes y con una desfavorecedora situación socioeconómica se ha intensificado en los últimos años. En 2014 dos casos trágicos de muertes de mujeres por abortos inseguros realizados en clínicas clandestinas en el estado de Río de Janeiro reavivaron el debate público sobre la legalización del aborto en el país.[5] A partir de una demanda colectiva y ciudadana, a través del portal virtual llamado "e-ciudadanía" del Senado Federal se presentó un anteproyecto de ley para la legalización del aborto durante las primeras doce semanas de gestación, la SUG 15/2014.[6] Tal iniciativa motivó cinco audiencias públicas en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, lo que generó impacto en los medios y manifestaciones públicas de organizaciones feministas y movimientos de mujeres. A pesar de eso, actualmente el Congreso nacional constituye el espacio preferencial para tratar proyectos de ley contrarios a la ampliación del marco legal con relación al aborto (Galli y Deslandes, 2016; Galli y Rocha, 2014).

En los últimos años, el Poder Judicial ha sido utilizado como un espacio estratégico para tratar la ampliación de las causales para la descriminalización del aborto a través de acciones judiciales fundamentadas en la constitucionalidad del derecho a la interrupción voluntaria de la gestación. De hecho, desde 2012, cuando el Supremo Tribunal Federal (STF) se pronunció por la constitucionalidad de la anticipación terapéutica del parto en los casos de embarazo de fetos anencefálicos, se evidencia una tendencia de reconocimiento a la autonomía reproductiva de las mujeres y de afirmación de los derechos reproductivos en el ámbito constitucional.

En el año 2016, por primera vez, la Primera Sala del Supremo Tribunal Federal se pronunció por la inconstitucionalidad de la criminalización

siglo veintiuno editores

4 Municipios investigados: Salvador y Feira de Santana (Bahia); Río de Janeiro, Nova Iguaçu, Duque de Caxias (Río de Janeiro), Recife y Petrolina (Pernambuco); João Pessoa y Campina Grande (Paraíba); Campo Grande y Corumbá (Mato Grosso do Sul). Véase Soares y otros (2010).

5 B. Galli, "Brazilian Abortion Law Is Killing Women", *Rewire*, 16 de septiembre de 2014, disponible en <rewire.news>. Véanse también "Brasil tem 1 milhão de abortos por ano, caso Jandira vira símbolo e ganha repercussão internacional", *Correio do Estado*, 30 de septiembre de 2014, disponible en <www.correiodoestado.com.br>, y "Mulher é encontrada morta em Niterói após sair de casa para fazer aborto", *O Dia*, 22 de septiembre de 2009, disponible en <odia.ig.com.br >.

6 Véase <www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=119431>.

del aborto en el curso del Habeas Corpus 124 306.[7] El STF manifestó que la ley penal no sería aplicable a la interrupción de la gestación durante las doce primeras semanas de embarazo, es decir, no consideró como un crimen el aborto realizado durante el primer trimestre de gestación. La decisión tiene efectos limitados al caso específico, pero pone de manifiesto la tendencia del STF en reconocimiento de la autonomía de las mujeres para tomar decisiones reproductivas, según principios constitucionales y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo que la volvió un precedente para futuros casos.

En su voto, el ministro Luis Roberto Barroso afirmó:

> La criminalización es incompatible con los siguientes derechos fundamentales: los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, que no puede ser obligada por el Estado a mantener una gestación indeseada; la autonomía de la mujer, que debe conservar el derecho de realizar sus elecciones existenciales; la integridad física y psíquica de la gestante, que es quien sufre, en su cuerpo y en su psiquismo, los efectos del embarazo; y la igualdad de la mujer, ya que los hombres no se embarazan y, por lo tanto, la equiparación plena de género depende de respetar la voluntad de la mujer en esa materia. A todo ello se añade el impacto de la criminalización sobre las mujeres pobres. El tratamiento como crimen, dado por la ley penal brasileña, impide que estas mujeres, que no tienen acceso a médicos y clínicas privadas, recurran al sistema público de salud para someterse a los procedimientos apropiados. Como consecuencia, se multiplican los casos de automutilación, lesiones graves y muertes.[8]

El 8 de marzo de 2017 se dio un paso más en dirección al reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, cuando el Partido Socialismo y Libertad (PSOL) presentó la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental 442 (por sus siglas en portugués, ADPF 442). La demanda tiene como objeto la declaración de

7 E. Machado, "É passada a hora de o tribunal enfrentar o delicado tema do aborto", *Estadão*, 29 de noviembre de 2016, disponible en <brasil.estadao.com.br>.

8 El caso en cuestión trata del desbordamiento de una clínica clandestina de aborto en el municipio de Río de Janeiro. Fue impetrado para cuestionar la constitucionalidad de la prisión preventiva de los profesionales de la salud que trabajaban en la clínica. Véase "Conjunto de argumentos para subsídio à manifestação do PGR na ADPF 442", disponible en <pfdc.pgr.mpf.mp.br>.

siglo veintiuno editores

inconstitucionalidad de los arts. 124 y 126 del Código Penal –que criminalizan el aborto, sobre la base de principios constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el gobierno brasileño–. La acción solicita que para los casos de interrupción voluntaria de la gestación hasta las doce primeras semanas de embarazo se suspendan las detenciones en flagrante, los interrogatorios policiales y los procesos o decisiones judiciales basados en la aplicación de los arts. 124 y 126 del Código Penal.

En el texto de la ADPF, el PSOL defiende que las razones jurídicas que se utilizaron para criminalizar el aborto por el Código Penal de 1940 no se sostienen, ya que violan los preceptos fundamentales de la dignidad de la persona humana, la ciudadanía, la no discriminación, la inviolabilidad de la vida, la libertad, la igualdad, la prohibición de la tortura o del trato inhumano o degradante, la salud y la planificación familiar de las mujeres, adolescentes y niñas. La acción ha sido objeto de manifestaciones en contra y a favor. El Poder Ejecutivo se manifestó contrario a la solicitud de la ADPF. Por su parte, recientemente la procuradora federal de los derechos del ciudadano del Ministerio Público Federal remitió un dictamen al procurador general de la República por la procedencia de la acción en el que refuerza los argumentos presentados en la petición inicial.[9]

siglo veintiuno editores

DATOS CUALITATIVOS SOBRE ESTIGMA Y VIOLENCIA INSTITUCIONAL

A pesar de la tendencia de reconocimiento y garantía de los derechos reproductivos de las mujeres en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, el Poder Judicial a nivel estatal aún se muestra conservador en materia de aborto, aplica de forma selectiva el poder punitivo del Estado y refuerza los estereotipos de género en relación con el papel femenino centrado en la maternidad y la familia tradicional. Las investigaciones en procesos judiciales de mujeres criminalizadas por aborto en el Brasil y en otros países de América Latina evidencian la existencia de denuncias a mujeres que acudieron a los servicios de salud después de haber realizado un aborto en situación de clandestinidad. La mayoría de las veces, estas denuncias las realizan los profesionales de la salud, que violan así el se-

9 Íd.

creto profesional y el derecho a la confidencialidad y la privacidad de las mujeres asistidas (Kane y otros, 2015).

En el Brasil existe una tendencia de aumento de casos de aborto denunciados por los profesionales de la salud en los servicios públicos de salud, con detenciones en flagrante de las mujeres. En algunos casos, las mujeres fueron esposadas a las camas hospitalarias poco después del procedimiento quirúrgico. Asimismo, hay casos en que los prontuarios médicos fueron utilizados en las investigaciones policiales como prueba contra las mujeres atendidas (Galli, 2011).

Este hecho fue comprobado en una investigación jurídica realizada en 2010 (Ricardo, Noronha y Alves Vestena, 2012: 177), en el estado de Río de Janeiro, que demostró la selectividad y el impacto discriminatorio de la aplicación de la ley penal por parte de los agentes del Estado hacia las mujeres más marginadas. El análisis de los datos reveló asimetrías de clase, color, escolaridad y franja etaria de las mujeres procesadas, y concluyó que la mayor incidencia de entradas de casos judiciales ingresa por medio de la policía militar, es decir, a partir de la denuncia realizada por los profesionales en los servicios de salud (Oliveira, 2012; Ipas, 2012). Se verificó que, aunque ninguna mujer adulta fue condenada a la pena privativa de la libertad, hubo varios casos de detención en flagrante y prisión preventiva. La suspensión condicional del proceso[10] ha sido el procedimiento más frecuente, facultativo para las mujeres adultas acusadas de aborto, como forma de evitar la condena judicial.

En el Brasil, el aborto está legalmente permitido y no es castigado por el Código Penal de 1940 en apenas dos hipótesis: en los casos de riesgo de vida para la mujer y en casos de violación, conforme lo dispuesto en el art. 128.II (véase Decreto-ley 2848). Las mujeres que corren un mayor riesgo de morir o de sufrir secuelas como consecuencia de un aborto inseguro son las mujeres pobres, jóvenes, pardas, negras, indígenas, y residentes de áreas rurales y periferias urbanas (Rios-Neto y otros, 2009; PNDS, 2009). En la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental 54 (ADPF 54) de 2012, el STF se pronunció por la constitucionalidad de la anticipación terapéutica del parto en los casos de embarazo de feto anencefálico. No hubo, en aquel momento, pronunciamiento por parte de los ministros del Supremo Tribunal Federal sobre la inconstitucio-

siglo veintiuno editores

10 El art. 89 de la Ley 9099/95 prevé la suspensión condicional del proceso como una forma de solución alternativa a problemas penales, que busca evitar el inicio del proceso para crímenes cuya pena mínima no sobrepasa un año, cuando el acusado no sea reincidente en un crimen doloso y no esté siendo procesado por otro crimen.

nalidad de la ley penal que criminaliza la interrupción voluntaria del embarazo.

En otra investigación llevada a cabo por las organizaciones no gubernamentales Ipas e ISER, con foco en las adolescentes, se buscó conocer el tratamiento del sistema de justicia a partir de los datos del sistema de seguridad pública, que demostró que una parte significativa de los registros de los procesos judiciales por el crimen de aborto incluía a adolescentes jóvenes entre 15 y 19 años.[11] El estudio complementó el estudio anterior desarrollado por las mismas organizaciones sobre el tratamiento dispensado por los sistemas de seguridad pública y jurídico a las mujeres adultas en general acusadas de aborto, en el que se encontró que aproximadamente el 20% de los casos involucraba adolescentes de 12 a 18 años. De los 262 casos de aborto que involucraron a hombres y mujeres de todas las edades en el estado de Río de Janeiro, entre 2007 y 2012, 34 adolescentes fueron acusadas de inducir su propio aborto o permitir que otros lo hicieran. Cada año se produjo un aumento en el número total de casos, con una ligera caída en 2012.

Encontramos que 21 de los 34 casos de aborto que involucraban mujeres adolescentes fueron asignados a tribunales en distritos judiciales fuera de la capital y en la región de Baixada Fluminense. Hubo 11 casos en la capital del estado. Esto confirma una tendencia a una mayor participación de los tribunales en el aborto en las regiones más periféricas del estado. De los 34 procesos judiciales, se profundizó el análisis cualitativo en once procesos relacionados al aborto de adolescentes en la capital del estado (Ipas e ISER, 2014).

Hay un trato diferencial del sistema de justicia en relación con los procesos que involucran adolescentes, que tienen características distintas de los que se realizan contra mujeres adultas incriminadas por aborto. Por ejemplo, no se verificó la ocurrencia de la condena judicial contra adolescentes. La apertura de la investigación criminal en sí misma ya es una condena, pues tiene un valor simbólico punitivo que refuerza el estigma social vinculado al aborto. Sin embargo, los procesos judiciales revelan la misma selectividad del sistema de justicia y discriminación en la aplicación de la ley penal para con grupos más marginados de la sociedad: las adolescentes poseen poca escolaridad, son en su mayoría negras y residentes de las periferias urbanas. Estos procesos se tramitan en con-

siglo veintiuno editores

11 Ipas e ISER (Instituto de Estudios de la Religión) realizaron un estudio sobre la "Criminalización del aborto en las mujeres jóvenes: análisis del sistema de seguridad pública y del sistema de Justicia en Río de Janeiro".

fidencialidad por tratarse de adolescentes en los Juzgados de Infancia y Juventud, conforme establece el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA, por sus siglas en portugués), Ley Federal 8069/90.

Los crímenes y las contravenciones penales cometidos por menores de edad son llamados "infracciones", para los cuales el juez aplica medidas socioeducativas previstas en el ECA, que apuntan a la reinserción social de las adolescentes consideradas infractoras por el sistema de justicia.

En el análisis cualitativo realizado en la investigación sobre procesos judiciales de adolescentes por aborto (Ipas e ISER, 2014) se buscó destacar las manifestaciones del estigma social con el objetivo de reforzar el control de la sexualidad de las adolescentes (Ipas e ISER, 2014; Gomes y Galli, 2014). También, se pretendió señalar el impacto en la vida privada de las adolescentes procesadas, como por ejemplo a través del proceso de desempoderamiento que se genera a partir de la negación de su autonomía reproductiva, o la violación a su derecho a la libertad e igualdad. De la misma manera, con base en los procesos judiciales y el tratamiento del sistema de justicia, se notó la invisibilidad de las adolescentes como sujetos de derecho y con poder de tomar una decisión informada sobre su salud. El Estado viola sistemáticamente los derechos reproductivos de las mujeres adultas y adolescentes, ya que no hay acceso a servicios de calidad, hay riesgo de criminalización cuando voluntariamente interrumpen el embarazo y riesgo de muerte evitable y secuelas debido a los procedimientos inseguros.

Los datos de las investigaciones (Oliveira, 2012; Ipas e ISER, 2014) demuestran que, durante el curso de los procesos judiciales, en los expedientes, el tratamiento dado por el sistema de justicia penal está impregnado por actitudes preconcebidas, juicios morales y maltratos en relación con las mujeres y las adolescentes que abortan. En el caso de las adolescentes, las denuncias surgen de personas que forman parte de su círculo social o familiar. En un caso investigado, la adolescente fue denunciada por un profesional del Consejo Tutelar, órgano que, en teoría, debería velar por la protección de los derechos de los niños y adolescentes, considerados como seres humanos en desarrollo y sujetos a la protección especial del Estado, la familia y la sociedad, como establece el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ipas y ISER, 2014).

La autoincriminación a través de la "confesión" se caracteriza como una situación de coerción durante la asistencia a la salud, que no respeta el derecho de defensa y el principio de la presunción de inocencia, y viola el derecho al debido proceso legal. Las mujeres y adolescentes tienen derecho a ser oídas, a estar informadas, a guardar silencio sobre los hechos y a no producir pruebas en su contra. La demora en la tramitación

siglo veintiuno editores

de los procesos judiciales contribuye a crear un escenario de múltiples formas de discriminación, violencia institucional, tortura, maltrato y tratos crueles durante la asistencia al aborto. Las investigaciones policiales y procesos judiciales están basados en pruebas que violan el derecho a la privacidad de las mujeres y adolescentes y el deber ético profesional de confidencialidad.

De 34 casos investigados, en 14 procesos judiciales se ofreció la remisión (Ipas e ISER, 2014).[12] La remisión se refiere a la exclusión, suspensión o extinción del proceso para la determinación del acto infractor, con el objetivo de atenuar los efectos negativos de la instauración o continuación del proceso.

Aun con la remisión, el hecho de sufrir una denuncia por la práctica de aborto tiene un efecto devastador en la vida privada, social y familiar de las adolescentes. En varios casos, las adolescentes fueron denunciadas por alguien cercano a su círculo familiar o vecinal, lo que manifiesta el carácter punitivo que niega la autonomía y la libertad sexual. En uno de los procesos judiciales analizados, el hecho fue notificado por la propia madre de la adolescente, quien descontenta con el comportamiento de su hija y, por temor a posibles secuelas producto del intento de aborto, reportó a la policía a su hija y el novio. Por su parte, la adolescente declaró en la comisaría que mantuvo relaciones sexuales por libre y espontánea voluntad con su novio y que, al sospechar del embarazo, tomó sustancias abortivas y tuvo sangrado, pero el aborto no se consumó. Durante la declaración contaba con cerca de seis meses de embarazo, y no hacía ningún seguimiento médico. El examen físico no comprobó la práctica abortiva. El caso aún estaba en marcha y la adolescente no había concurrido a varias audiencias que le fueron designadas, como tampoco a las entrevistas programadas con la asistente social (Ipas e ISER, 2014).

siglo veintiuno editores

12 Ley 8069, del 13 de julio de 1990. Estatuto del Niño y del Adolescente: "Art. 126. Antes de iniciar el procedimiento judicial para el escrutinio de acto infractor, el representante del Ministerio Público podrá conceder la remisión, como forma de exclusión del proceso, atendiendo a las circunstancias y consecuencias del hecho, al contexto social, así como a la personalidad del adolescente y su mayor o menor participación en el acto infractor. Art. 127. La remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de la responsabilidad, ni prevalece a efecto de antecedente, pudiendo incluir eventualmente la aplicación de cualquiera de las medidas previstas en ley, excepto la colocación en régimen de semilibertad y la internación. Párrafo único. Iniciado el procedimiento, la concesión de la remisión por la autoridad judicial importará en la suspensión o extinción del proceso".

En el análisis de los procesos judiciales de mujeres acusadas de practicar un aborto, se puede ver que la condena al final del proceso no es la regla general. Es decir, lo que se busca no es el efectivo castigo mediante la detención, sino el carácter simbólico moral del impacto perverso y permanente en las vidas personales, familiares y profesionales de las mujeres que transitan el proceso criminal. Para una mejor comprensión y entendimiento sobre el efecto de las leyes penales en materia de aborto en la vida de las mujeres y adolescentes, es necesario profundizar en los estudios y las investigaciones sobre las representaciones sociales del aborto para las adolescentes y sus familias que pasaron por la experiencia del proceso judicial. El estigma sobre el aborto influye en el tono y el tipo de lenguaje, lo que contribuye a la construcción de los significados sociales acerca de esta práctica. De modo tal que la interrupción voluntaria del embarazo se presenta como un pecado, inmoral, practicado por transgresoras, quienes se niegan a asumir el papel tradicional de la mujer en la sociedad, como cuidadoras y madres (Ipas e ISER, 2014).

Asimismo, el estigma del aborto afecta el ambiente social en el cual las adolescentes ejercerán sus derechos reproductivos. El juicio moral por parte de los miembros del Ministerio Público y de la policía sobre el comportamiento sexual de las adolescentes, identificado como promiscuo en algunos procesos analizados, denota el trato discriminatorio por parte del sistema de justicia. En general, el juicio moral presente en los procesos judiciales se basa en la investigación de la vida privada de las adolescentes, en la cual los hechos o circunstancias que las llevaron a tomar la decisión de abortar son secundarios. Las adolescentes no son tratadas, como establece el Estatuto del Niño y del Adolescente, como personas en desarrollo y con capacidad de tomar decisiones informadas y responsables que afectan su proyecto de vida en contextos personales, sociales y familiares complejos.

El análisis de los elementos de prueba en los autos del proceso definirá el tipo de pena que se aplicará, a través de medidas socioeducativas que apuntan a corregir el comportamiento "desviado", que en teoría tendría como objetivo la plena reinserción de las adolescentes en la sociedad. En sus conclusiones, el informe de la investigación (Ipas e ISER, 2014) destaca el tratamiento dispensado por el sistema de justicia como "implacable", es decir, a través de su potencial punitivo simbólico controla el ejercicio de la sexualidad de las adolescentes. En esta lógica, los órganos del sistema de justicia son los espacios institucionales de control y juzgamiento de los comportamientos individuales y sociales de las adolescentes más marginadas, que son quienes resultan procesadas.

siglo veintiuno editores

Es importante reflexionar sobre el rol del aparato estatal, en la actualidad orientado a reforzar el estigma social del aborto y el poder punitivo simbólico que tiene su ápice en el proceso judicial y en los mecanismos abordados por el sistema de justicia, por los servicios públicos de salud, las escuelas y los Consejos Tutelares. Incluso en los casos en que existen indicios de que hubo violencia, en los autos no se menciona que las adolescentes fueron informadas sobre sus derechos reproductivos o sobre la responsabilidad de los agresores por la violencia sufrida (Ipas e ISER, 2014).

Dentro de la lógica punitiva con relación al aborto, el sistema de justicia funciona como una institución de control del cuerpo y la sexualidad femenina, y complementa la violencia institucional sufrida en el sistema de salud en la asistencia para interrumpir el embarazo. Además del ámbito institucional, el estigma se manifiesta en la esfera privada al ser internalizado a través de sentimientos como culpa, vergüenza, ansiedad u otros sentimientos negativos, como en el caso de las mujeres y adolescentes criminalizadas por aborto (Kumar y otros, 2009). El temor a la revelación o a la ruptura del secreto sobre el aborto también puede ser el resultado del estigma internalizado (Evanize y Galli, 2010 y 2011).

Las normas sociales refuerzan el estigma y la perpetuación de una serie de prácticas institucionales que afectan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las niñas. Además, pueden dictar el comportamiento de profesionales e instituciones que delatan y discriminan a las mujeres. En uno de los casos analizados la adolescente fue llamada "mentirosa", y se le negó la veracidad de su versión de los hechos (Ipas e ISER, 2014). En otro caso, la adolescente recién salida de un proceso quirúrgico fue intimada a responder preguntas personales al investigador policial, según indica el siguiente fragmento:

> En los autos, consta una foto enorme de la adolescente con la camiseta sucia y humedecida, con líquido que se escurre a la altura de los senos, indicando la producción de leche materna. El proceso indica, además, que la adolescente se encontraba en estado de adormecimiento –inmediatamente salida de un parto prematuro e inesperado y con el recuerdo de una violación por parte de su padre–, con poca conciencia para actuar en un proceso judicial, aun como víctima. Sin embargo, ella tuvo que permanecer despierta, y por tanto susceptible a otro trauma (Ipas e ISER, 2014).

siglo veintiuno editores

Las instituciones públicas deberían velar por la protección y garantía de los derechos para el pleno desarrollo de las jóvenes, a fin de que puedan alcanzar sus proyectos de vida de forma autónoma. Sin embargo, en los casos estudiados, no existe el reconocimiento de la autonomía de las adolescentes para la toma de decisión sobre su vida reproductiva por parte de la familia, del Consejo Tutelar, de la policía o de parte del juez o del promotor de justicia. Todo el proceso judicial se da en un ambiente de juicio moral de los actos practicados por las adolescentes.

Varias de las adolescentes procesadas tuvieron complicaciones derivadas del procedimiento realizado de forma clandestina y recurrieron a hospitales públicos, lo que en algunos casos llevó a la denuncia y la posterior criminalización. En apenas dos procesos se realizó un estudio social de la adolescente y su familia. El sistema de justicia no tiene en cuenta los determinantes sociales y las condiciones de vida de las adolescentes que tienen poco acceso a educación sexual y a información sobre salud sexual y reproductiva y en consecuencia a los métodos anticonceptivos. Los estudios sociales analizados expresan una expectativa de normalización de los comportamientos de las adolescentes y familias pobres, conforme a ideales como "crecimiento personal", "capacitación profesional", "responsabilidad" y "cuidado de la salud". Estos referenciales normativos expresan un modelo de adolescencia que parece excluir la posibilidad de un ejercicio positivo de la sexualidad y de otros proyectos de vida por parte de las jóvenes acusadas (Ipas e ISER, 2014).

Además, en estos casos, tanto los profesionales de salud como los profesionales de la justicia omitieron brindar información con respecto al derecho al aborto legal, previsto en el art. 128.II del Código Penal, con lo que incumplieron su deber ético y profesional:

> Ante la confirmación del intento de aborto por parte de madre e hija, no restó a la autoridad policial alternativa que la elaboración del presente […]. Se subraya, sin embargo, que M. se encontraba en un estado emocional realmente agitado, no siendo difícil de imaginar el *shock* por el que había pasado. También se merece destacar el bajo nivel de instrucción de M., que no le permitiría entender los trámites legales para acceder al aborto legal (en caso de violación) (Ipas e ISER, 2014).

Las diferentes fases de la investigación criminal violan la privacidad de las adolescentes a través de un proceso que no reconoce como legítimas sus elecciones individuales y proyectos de vida. Tampoco se menciona

siglo veintiuno editores

la obligación del Estado de garantizar el derecho a la salud, el derecho constitucional a la planificación familiar, el derecho a la información o el acceso a la educación sexual en el ambiente escolar. Tales temas no son abordados en los procesos judiciales por los operadores del derecho, que actúan de forma severa al castigar moralmente a las adolescentes en un ambiente que les niega información sobre sus derechos reproductivos y viola sus derechos humanos (Ipas e ISER, 2014).

El análisis de los procesos indica que mientras las adolescentes acusadas transitan por las instituciones de seguridad y justicia, salen a la luz disputas acerca de los comportamientos sociales esperados con relación a la sexualidad. Mientras las adolescentes acusadas parecen vivenciar su sexualidad con naturalidad, para las instituciones del Estado el ejercicio de la sexualidad adolescente necesita ser controlado y castigado aun de forma simbólica. Esta tendencia se repite en las instituciones de seguridad y justicia, sin que exista preocupación por la falta de acceso a la educación sexual o por la poca información disponible sobre los métodos anticonceptivos en el ámbito de los servicios de salud dirigidos al público joven (Ipas e ISER, 2014).

La jurisprudencia del sistema interamericano sobre la materia aún es incipiente, pero señala algunos marcos y estándares importantes para el abordaje de la temática del aborto por parte de los sistemas de justicia de la región. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", estableció que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva.[13] Además, la Corte estableció que no existe un derecho absoluto a la vida durante la etapa prenatal y por lo tanto no existe una interpretación del derecho a la vida que privilegie las etapas prenatales de la vida embrionaria en relación con el derecho a la vida privada y familiar, la autonomía personal y los derechos reproductivos de la mujer embarazada.[14] Así, la Corte interpretó que existe un derecho de todas las personas a la libertad y la autodeterminación, y a elegir libremente las condiciones y las circunstancias que dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

siglo veintiuno editores

13 Corte IDH, "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", 28/11/2012, párr. 146.
14 Ibíd., párrs. 144 y 163.

CONCLUSIONES

Los sistemas de salud y de justicia son instituciones que reflejan los patrones de discriminación y desigualdad de las sociedades. Como tales, refuerzan y perpetúan el estigma y la discriminación hacia las mujeres y adolescentes marginadas que acuden a los servicios de salud para tratar las complicaciones del aborto. La criminalización del aborto sirve para perpetuar el estereotipo de género de las mujeres como madres, que niega la autonomía reproductiva y el derecho a tomar decisiones sobre sus proyectos de vida. Asimismo, daña y discrimina a las mujeres, porque sólo ellas pueden quedar embarazadas, lo que afecta de manera desproporcionada a aquellas que se encuentran en situación de mayor marginalidad: las mujeres pobres, jóvenes, de baja escolaridad, negras, indígenas, que residen en las periferias urbanas y en las áreas rurales, y viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de sexo, edad, raza, etnia, educación y condiciones socioeconómicas.

La criminalización del aborto fomenta el estigma social y el control de la sexualidad a través del castigo de carácter simbólico de las mujeres y adolescentes. A fin de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, el gobierno brasileño debe tomar todas las medidas a su alcance para despenalizar el aborto y garantizar el derecho al aborto seguro para todas las mujeres y adolescentes, sin discriminación y libre de violencia institucional.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Aquino, E. M. L. y otros (2012), "Qualidade da atenção ao aborto no Sistema Único de Saúde do Nordeste brasileiro: o que dizem as mulheres?", *Ciênc. Saúde Coletiva*, 17(7): 1765-1776, disponible en <www.scielo.br>.

Cárdenas, E. y A. Ramón Michel (2012), *Inventario: Aborto en América Latina: Un Mapa de la Literatura para el Advocacy*, Ipas (inédito).

Cohen, S. A. (2009), "Facts and Consequences. Legality, Incidence and Safety of Abortion Worldwide", *Guttmacher Policy Review*, 12(4).

Cook, R. J. (2014), "Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law", en R. J. Cook, J. Erdman y B. Dickens, *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press.

Diniz, D., M. Medeiros y A. Madeiro (2017), "Pesquisa Nacional de Aborto 2016", *Ciênc. Saúde Coletiva*, 22(2): 653-660, disponible en <www.scielo.br>.

Evanize, S. y B. Galli (2010), "Reproductive Autonomy in Question: Women's Testimonies about Abortion and Stigma in Mato Grosso do Sul", disponible en <papers.ssrn.com>.

— (2011), "Isoladas, a História De 8 Mulheres Criminalizadas Por Aborto", disponible en <papers.ssrn.com>.

Faundes, A. y J. Barzelatto (2004), *O drama do aborto: em busca de um consenso*, Campiñas, Komedi.

Galli, B. (2011), "Negative Impacts of Abortion Criminalization in Brazil: Systematic Denial of Women's Reproductive Autonomy and Human Rights", *University of Miami Law Review*, 65: 969.

Galli, B. y S. Deslandes (2016), "Ameaças de retrocesso nas políticas de saúde sexual e reprodutiva no Brasil em tempos de epidemia de Zika", *Cad. Saúde Pública*, Río de Janeiro, disponible en <www.scielo.br>.

Galli, B. y H. Rocha (2014), "Direitos sexuais e reprodutivos, autonomia reprodutiva, política e (des)respeito ao princípio da laicidade", Relatoria do Direito Humano a Saúde Sexual e Reprodutiva, Plataforma de Direitos Humanos.

Gomes, C. y B. Galli (2014), "O impacto da criminalização em adolescentes processadas na cidade do Rio De Janeiro", 20 de agosto, disponible en <ssrn.com/abstract=2484256>.

Human Rights Watch (2010), *A State of Isolation, Access to Abortion for Women in Ireland*, Nueva York.

Ipas (2012), "Mulheres incriminadas por aborto no Rio de Janeiro: diagnostico a partir dos atores do sistema de justiça", Grupo de Pesquisa Direitos Humanos - Poder Judiciário e Sociedade - UERJ, Río de Janeiro.

— (2016), "Delatando a las mujeres: el deber de cada prestador/a de servicios de denunciar. Implicaciones jurídicas y de derechos humanos para los servicios de salud reproductiva en Latinoamérica", Instituto O'Neill de Derecho a la Salud Global y Nacional y Global Health Law, disponible en <www.ipas.org>.

Ipas e ISER (2014), "Criminalização das Jovens pela Pratica de Aborto: Análise do Sistema de Segurança Pública e do Sistema de Justiça do Rio de Janeiro", Instituto de Estudos da Religião (ISER), disponible en <www.iser.org.br>.

Kane, G., B. Galli y P. Skuster (2015), *Cuando el aborto es un crimen: La amenaza para mujeres vulnerables en América Latina*, Chapel Hill, Carolina del Norte, Ipas, disponible en <www.ipas.org>.

Kumar, A., L. Hessini y E. M. Mitchell (2009), "Conceptualizing Abortion Stigma", *Culture, Health and Sexuality*, 11(6): 625-639.

Oliveira, F. L. de (org.) (2012), *Justiça em foco: estudos empíricos*, Río de Janeiro, FGV, disponible en <bibliotecadigital.fgv.br>.

PNDS (2009), "Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher 2006", Ministério da Saúde - CEBRAP, Brasilia, disponible en <bvsms.saude.gov.br/bvs/pnds>.

PNUD (2010), "Outlawing Women. Effects of Laws Criminalizing Women's Sexuality", PNUD, disponible en <content.undp.org>.

siglo veintiuno editores

OMS (2011), *Unsafe Abortion. Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008*, Ginebra, disponible en <www.who.int>.

Ricardo, J., R. Noronha y C. Alves Vestena (2012), "Trayectorias de mujeres incriminadas por aborto en el Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro: un análisis de los actores y de los discursos del sistema de Justicia Criminal", en F. L. de Oliveira (org.), *Justiça em foco: estudos empíricos*, Río de Janeiro, FGV, disponible en <bibliotecadigital.fgv.br>.

Rios-Neto, E., G. Martine y J. E. Diniz Alves (2009), *Oportunidades perdidas e desafios críticos: a dinâmica demográfica brasileira e as políticas públicas*, Belo Horizonte, ABEP - Unfpa - CNPD, disponible en <www.abep.org.br>.

Soares, G., B. Galli y A. P. Viana (2010), *Advocacy para o acesso ao aborto legal e seguro: semelhanças no impacto da ilegalidade na saúde das mulheres e nos serviços de saúde em Pernambuco, Bahia, Paraíba, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro*, Recife, Grupo Curumim, disponible en <www.senado.gov.br>.

Uberoi, D., M. de Bruyn y B. Galli (2012), "Using Human Rights to Address Consequences of Criminal Laws on Sexuality and Reproductive Autonomy", *The International Journal of Human Rights*, 16(7): 1023-1039.

Zamberlin, N. (2015), *El estigma asociado al aborto como objeto de estudio. Los primeros pasos en América Latina*, disponible en <www.clacaidigital.info>.

Zordo, S. (2016), "The Biomedicalisation of Illegal Abortion. The Double Life of Misoprostol in Brazil", *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, 23(1): 19-36.

siglo veintiuno editores

siglo veintiuno
editores

13. Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina

Camila Gianella Malca

Conforme a lo planteado por Julieta Lemaitre (2014) y otros autores, el uso de argumentos constitucionales (o constitucionalismo religioso) utilizados por quienes luchan contra el derecho al aborto es cada vez mayor en disputas legales en América Latina. La difusión del fenómeno en la región nos plantea preguntarnos si este constitucionalismo religioso latinoamericano es sólo una réplica local de una tendencia global, o más bien está generado por una estrategia regional de grupos en contra del aborto. El primer escenario asume que en los países latinoamericanos los adversarios del derecho al aborto han adquirido la capacidad de reproducir una tendencia global, a través del desarrollo y utilización de argumentos constitucionales locales en sus disputas legales. El segundo implica, además de la capacidad de réplica en el plano local, la presencia organizada de redes transnacionales por el derecho al aborto (González Vélez y Bergallo, 2017), y de movimientos transnacionales contra el derecho al aborto, con capacidad para generar estrategias legales y políticas a nivel regional. Si bien existe evidencia de que esto último ha sido una aspiración de actores que operan desde hace un tiempo en la región (González Ruiz, 2005; Mujica, 2009; Smith, 2011; Americans United for Life, 2012), pocos estudios se han aproximado al movimiento contra el derecho al aborto en América Latina como un movimiento social transnacional, con capacidad para actuar y compartir experiencias a nivel regional, y se han dedicado a describir sus efectos.

La falta de estudios que aborden el movimiento religioso conservador en América Latina como un movimiento social transnacional puede estar vinculada al hábito de realizar estudios que relacionan los movimientos sociales de la región con movimientos de resistencia contra políticas globales que contribuyen a la represión y marginación de grupos vulnerables (Della Porta y Diani, 2011; Motta y Nilsen, 2011; Zárate Vidal, 2015). La literatura se ha aproximado tradicionalmente a los movimientos sociales como movimientos progresistas, vinculados a grupos de la sociedad con poco poder político. Los grupos contra el derecho al aborto

siglo veintiuno editores

forman un movimiento social conservador, que cuenta con el apoyo de élites de poder político.

Son crecientes las publicaciones que describen y analizan las interacciones entre religión y política, e incluyen el análisis del rol de actores religiosos en la política (Machado, 2012; Rodriguez de Assis Machado y Aves Maciel, 2017), y la generación de políticas públicas que afectan de manera directa los derechos sexuales y reproductivos (Morán Faúndes, 2012; Morán Faúndes y Vaggione, 2012; Vaggione y Jones, 2015), así como el uso de estrategias legales por grupos religiosos conservadores (Lemaitre, 2012, 2014; Morán Faúndes y Peñas Defago, 2016). El presente capítulo espera contribuir con este campo del conocimiento.

La hipótesis central es que en América Latina hay un movimiento social transnacional contra el derecho al aborto, es decir, que existe una red de actores organizados que actúan más allá de las fronteras nacionales y tienen capacidad para enfrentarse a sus oponentes tanto a nivel local como regional y global (Tarrow, 2005). A partir del análisis de argumentos legales y estrategias utilizadas, el capítulo encuentra que esta red de actores contra el derecho al aborto cumple con las características de los movimientos sociales transnacionales (Tarrow, 2011):

1. *domesticación*, es decir, el uso de tácticas de protesta locales para presionar a los gobiernos nacionales a defender de amenazas externas los intereses de los ciudadanos de su país;
2. *encuadre general*, se refiere a presentar las demandas en términos más amplios;
3. *difusión transnacional*, como ya ha sido mencionado, implica la difusión de formas de acción similares a través de las fronteras;
4. *externalización*, hace referencia al uso por parte de actores nacionales de tácticas dirigidas a actores externos, instancias internacionales;
5. *formación transnacional de coaliciones*, es la creación de redes transnacionales de cooperación.

La existencia de un movimiento social transnacional contra el derecho al aborto en América Latina con capacidad para desarrollar e implementar estrategias legales no es un tema marginal. De existir, cuestiona uno de los argumentos centrales utilizados por muchos actores contra el derecho al aborto en la región: que es un movimiento local de defensores de tradiciones nacionales ante influencias extranjeras. Por otro lado, requiere mayor análisis el hecho de que este movimiento transnacional

siglo veintiuno editores

priorice el desarrollo de estrategias legales y de argumentos jurídicos, pues implicaría un movimiento con capacidades y estrategias similares a las del movimiento a favor del derecho al aborto. Es decir, con facultad de generar disputas en las mismas áreas priorizadas por el movimiento por el derecho al aborto.

El capítulo presenta brevemente en primer lugar las características de los argumentos constitucionales y de derechos humanos esgrimidos por los grupos contra el derecho al aborto, con un sucinto repaso de la historia del uso de estos argumentos en la región. Luego, para analizar si el movimiento conservador cumple con las características señaladas por Tarrow (2011), se revisan las estrategias y argumentos utilizados en disputas sobre el derecho al aborto en la región a partir de:

1. análisis de la base de datos que reúne las estrategias empleadas por el movimiento antiaborto para cuestionar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en seis países de la región (Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador, México y Perú) entre 1990 y 2016. Base de datos elaborada como parte del proyecto de investigación "Abortion Rights Lawfare in Latin America" financiado por el Consejo Noruego de Investigación y liderado por el Instituto Chr. Michelsen;
2. análisis de contenido de casos llevados a cuatro tribunales: tres cortes nacionales (Costa Rica, Chile y Perú) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En todos los casos se presentaron argumentos constitucionales y de derechos humanos para proteger al óvulo fecundado y restringir el acceso al aborto;
3. análisis de artículos de opinión publicados en dos medios de prensa escrita peruanos (*El Comercio* y *La República*) entre 1990 y 2016 acerca del tema de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE).

siglo veintiuno editores

ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHOS HUMANOS CONTRA EL ABORTO

CARACTERÍSTICAS GENERALES

Una de las características principales del uso de argumentos constitucionales y de derechos humanos contra el derecho al aborto es la desvinculación de los actores de la doctrina religiosa. Los argumentos

son presentados como neutrales y no doctrinales.[1] Sin embargo, al estar basados en el precepto de la autoridad moral superior de la Iglesia, y de la existencia de una moral absoluta y universal, estos argumentos constitucionales se presentan como categóricos e inmodificables, lo que cierra la puerta a posibles debates sobre el contenido de los derechos, o a nuevas interpretaciones sobre los alcances y límites del derecho. Si bien las organizaciones y actores se proclaman como seculares y/o académicos, algunos basan su razonamiento en la doctrina de la Iglesia católica sobre temas como la importancia de la ley natural y el rol de la Iglesia como su intérprete fiel.[2] Bajo la doctrina católica existe una ley natural que no puede ser alterada por el orden jurídico. La vida está conectada a la naturaleza y al concepto de dignidad humana. Además, se establece que la vida de un concebido (inocente) prevalece sobre todas las opiniones.[3]

Este tratamiento de las leyes es central para comprender el uso que se hace del marco legal y de derechos analizados en este capítulo. Los argumentos sobre los derechos constitucionales del óvulo fertilizado se basan en la doctrina religiosa que entiende que la vida se inicia en el momento de la unión de óvulo y espermatozoide en las trompas de Falopio. Esto se comprende como una verdad absoluta (ley natural), no susceptible de interpretaciones. Además, al considerarla una verdad universal, se desprende que todas las legislaciones referidas a los derechos del concebido comparten la misma definición, lo que cierra posibilidades a otras lecturas que consideran al concebido como el óvulo implantado en la cavidad uterina.

Es sobre la base de esta doctrina que se interpretan las legislaciones nacionales. Se equipara la protección del niño no nacido con la protección del óvulo fecundado (véase, por ejemplo, De Jesús y Franck, 2014). Sobre la base de esta premisa se argumenta que la mayoría de los países latinoamericanos comparten un marco legal contrario al derecho al aborto.

Esta doctrina ha sido central para la definición de las estrategias legales desarrolladas en la región. Equiparar el óvulo fecundado con el embrión, el concebido y el niño no es sólo un ejercicio declarativo. Esta confrontación contiene una equivalencia de derechos, que justifica y defiende que el óvulo fecundado tiene los mismos derechos que cualquier

siglo veintiuno editores

1 Similar a lo que ocurre con las denominaciones de las organizaciones, hay intencionalidad de presentarse como seculares.

2 Pablo VI, Encíclica *Humanae vitae,* 1968.

3 Véase, por ejemplo, Congregación para la Doctrina de la Fe, "Declaración sobre el aborto" de 1974.

persona. Esta interpretación ha prevalecido en las reformas que reconocieron derechos al niño por nacer o concebido en toda América Latina (véase tabla 13.1).

Tabla 13.1. Ejemplos de legislación nacional

Tipo de derecho reconocido por legislación nacional	País o Estado y año
Protección constitucional a la vida desde el momento de la concepción	Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Paraguay (1992), Perú (1993) Chihuahua, México (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008) Morelos, México (2008), Colima, México (2009), Pueblo, México (2009), Quintana Roo, México (2009), Guanajuato, México (2009), San Luis Potosí, México (2009), Veracruz, México (2009), República Dominicana (2010)
Protección constitucional a la vida desde el momento de la fecundación	Sonora, México (2009), Jalisco, México (2009), Durango, México (2009), Nayarit, México (2009), Campeche, México (2009), Yucatán, México (2009), Chiapas, México (2009) Oaxaca, México (2009), Querétaro, México (2009)
Declaración del día del no nacido o niño por nacer	Argentina (1998), Guatemala (1999), Nicaragua (2000), República Dominicana (2001), Perú (2002), Chile (2013)
Códigos de la niñez que reconocen la vida desde la concepción	Colombia (1990), Perú (1992 y 2000), Bolivia (1999), Costa Rica (1998)

siglo veintiuno editores

Sin dejar de reconocer que las reformas constitucionales han tenido efectos simbólicos y legales, como el incremento de procesos penales contra mujeres que acuden a los servicios en busca de atención postaborto (Grupo de Información en Reproducción Elegida –GIRE–, 2012), es necesario señalar que la protección constitucional de la vida desde el momento de la concepción no ha implicado en todos los casos un bloqueo total al aborto. Varias de las constituciones que reconocen vida desde el momento de la concepción incluyen excepciones que permiten el aborto legal en algunas circunstancias. Por ejemplo, el art. 16 de la Constitución de San Luis de Potosí, México, establece:

> No es punible la muerte dada al producto de la concepción cuando sea consecuencia de una acción culposa de la mujer, el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación indebida, o si de no provocarse el aborto la mujer corra peligro de muerte.

Y el art. 1 de la Constitución de Yucatán, México:

> El estado de Yucatán reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural. Con las salvedades ya previstas en las leyes ordinarias.

En el caso de tratados internacionales, se hace especial énfasis en instrumentos que reconocen derechos desde la concepción, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 4.1 establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción"; así como aquellos instrumentos que reconocen derechos a niños antes y después de su nacimiento (como la Declaración de los Derechos del Niño). Estas protecciones se utilizan para argumentar sobre obligaciones de los Estados de cumplir con los tratados internacionales y proteger al óvulo fecundado.

Otra característica de los argumentos constitucionales y de derechos humanos es el uso del discurso científico: se presenta el análisis de la evidencia científica como un proceso objetivo e imparcial y se lo desliga de valores, ideologías o creencias. Los estudios y evidencia citada son utilizados para argumentar, por ejemplo, que la vida humana se inicia en la fusión espermatozoide-óvulo,[4] y en consecuencia el óvulo fertilizado merece protección constitucional. También se cita evidencia científica para sostener que el óvulo fertilizado es una persona independiente, y por lo tanto sujeto de derecho independiente de la mujer, y se presenta como evidencia procesos biológicos como la duplicación de cromosomas al momento de la fusión espermatozoide-óvulo (Irving, 1999). A diferencia del constitucionalismo católico, no se habla de una ciencia, o biología religiosa conservadora, sino más bien del uso estratégico de conocimientos científicos. En otras palabras, los actores conservadores seleccionan y escogen evidencia científica que les es útil (Morán Faúndes, 2012) para justificar un orden que se considera superior.[5] También hay científicos vinculados al movimiento religioso conservador dedicados a generar evi-

siglo veintiuno editores

4 Como los estudios de Jérôme Lejeune o de Maureen Condic.

5 Trabajos sobre el dolor en los fetos, como el publicado por Arina Grossu (2016), *What Science Reveals About Fetal Pain*, que se presenta como una revisión sistemática de literatura científica pero no sigue los parámetros de ese tipo de estudios.

dencia desde la biología, la medicina y la psicología, para argumentar contra el derecho al aborto.[6]

El uso del discurso científico no es exclusivo de batallas por el derecho al aborto, ni de actores conservadores. En otras disputas legales sobre derechos sexuales y reproductivos, como los derechos de las parejas del mismo sexo, se ha documentado el uso del discurso científico como parte de las estrategias utilizadas por el activismo católico conservador, destinadas a minimizar el discurso religioso (Morán Faúndes, 2012; Morán Faúndes y Vaggione, 2012). El uso de argumentos científicos también ha sido documentado como una de las estrategias de feministas y actores a favor del derecho al aborto para defenderlo (Gianella Malca, 2017; González Vélez y Bergallo, 2017), lo que evidencia que tanto para actores conservadores como para progresistas, la ciencia constituye una estrategia eficaz para la incidencia política, pues permite presentar argumentos como parte de una "verdad" objetiva, exacta, absoluta y neutral. Esta concepción del saber científico occidental, así como el favoritismo por la evidencia científica, que coloca argumentos científicos por sobre otros saberes, ponen de relieve también una concepción y clasificación de saberes, que considera la ciencia occidental por encima de otros tipos de conocimientos, aun en una región multicultural, con población y saberes distintos a los de esta ciencia. En tal contexto, el priorizar el uso de la ciencia occidental como la única fuente de información válida y efectiva de las políticas, refleja una forma de marginación y discriminación hacia otros saberes. Si bien un análisis más profundo sobre las raíces históricas y el significado de la priorización del saber científico occidental sobre otros saberes en la política pública de América Latina está fuera del alcance de este capítulo, es necesario señalar que, en el caso de actores conservadores religiosos, el uso del conocimiento occidental se alinea con la historia de colonización e imposición de religiones occidentales, sobre otro tipo de creencias.

siglo veintiuno editores

USO DE ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHOS HUMANOS CONTRA EL ABORTO EN AMÉRICA LATINA

Si bien es difícil establecer una fecha exacta en la que grupos conservadores comenzaron a utilizar argumentos constitucionales y de dere-

6 Por ejemplo, el trabajo de Maureen Condic sobre dolor en el feto antes de las 20 semanas, o el trabajo de Theresa Burke sobre síndrome postaborto.

chos humanos contra el derecho al aborto, es posible afirmar que la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994, y la adopción de su Plan de Acción, fueron momentos críticos, que mostraron a actores como el Vaticano, la necesidad de usar nuevas estrategias para lograr que sus posturas no fueran sólo consideradas como parte de una agenda teológica, sino como planteamientos que representan a un sector de la población y van más allá de la jerarquía de la Iglesia. En 1995, en la Conferencia de Pekín, fue posible observar el cambio de estrategia del Vaticano. La delegación vaticana estuvo conformada por más mujeres que hombres, y fue encabezada por primera vez por una mujer, que además de ser jurista no era miembro de la jerarquía de la Iglesia católica (Lamas, 2008). Luego de El Cairo, el Vaticano comenzó a apoyar la creación de varias organizaciones no gubernamentales partidarias de la posición de la jerarquía católica en temas de derechos sexuales y reproductivos, incluido el aborto.

La difusión del uso de argumentos constitucionales y de derechos humanos por actores contra el derecho al aborto en América Latina tiene que ser entendida en este contexto. Antes de 1994 existían en la región constituciones y códigos civiles que reconocían derechos al concebido (véase tabla 13.1), además de códigos penales que criminalizaban el aborto. Asimismo, era común que la jerarquía de la Iglesia católica manifestara públicamente, a través de medios de comunicación, actos sacramentales, y documentos doctrinales[7] su postura oficial sobre temas de salud sexual y reproductiva, planificación familiar, e incluso el acceso al aborto seguro. Sin embargo, el uso de argumentos constitucionales y de derechos humanos es un fenómeno cualitativamente diferente, que a través de referencias e interpretaciones de leyes nacionales, tratados internacionales, así como de jurisprudencia nacional e internacional, busca crear argumentos legales y antecedentes jurídicos para impedir la despenalización del aborto o restringir su acceso. Estos argumentos se presentan además como no doctrinales y son utilizados en espacios seculares.

siglo veintiuno editores

7 Si bien la encíclica *Evangelium Vitae* del papa Juan Pablo II de 1995 expresa con claridad la posición de la Iglesia frente al aborto, este no fue el primer documento doctrinal elaborado por la Iglesia católica sobre el tema; en 1974 la Congregación para la Doctrina de la Fe elaboró la "Declaración sobre el aborto".

ANÁLISIS DEL MATERIAL EMPÍRICO

MAPEO DE ESTRATEGIAS PARA RESTRINGIR EL DERECHO AL ABORTO EN AMÉRICA LATINA

El derecho al aborto en América Latina es un tema controversial, en el que actores con posiciones antagónicas han adoptado estrategias diferentes para promover o detener reformas de políticas para avanzarlo o restringirlo. La movilización social es otra estrategia importante utilizada por grupos conservadores; sin embargo, para hablar de una movilización social transnacional es necesario analizar si es posible detectar elementos que indiquen una difusión transnacional de estrategias, la aparición simultánea de estrategias similares en varios países de la región.

Después de la Conferencia de El Cairo de 1994, grupos contra el derecho al aborto comenzaron a priorizar la creación de organizaciones de la sociedad civil para que funcionaran como plataformas y caras públicas del movimiento. Este fenómeno, que ha sido denominado por algunos como la "ongización" (Morán Faúndes y Peñas Defago, 2016), muestra cómo este no se circunscribe a una Iglesia o fe y tiene la capacidad de congregar a diferentes personas que comparten un mismo interés.

Es revelador analizar el énfasis de algunos temas en los nombres de estas organizaciones, pues de alguna manera dicen algo del contexto en que surgen, así como sobre los espacios a los que desean dirigirse. Esto se detecta a nivel regional, lo que indica que es una estrategia de alguna manera compartida en América Latina en general. En la décadas de los setenta, ochenta y noventa, en el marco de las conferencias de población, y debates sobre control poblacional, surgen organizaciones cuyos nombres desafían esas políticas, y se presentan como defensoras de la familia y la vida,[8] que no están necesariamente dirigidas por autoridades religiosas, y –pese a tener vínculos con las Iglesias– se identifican como laicas. Otro grupo de organizaciones son las que se presentan como expertas en temas de población. A diferencia de las primeras, estas se muestran como agrupaciones técnicas, con competencias para participar en debates sobre métodos anticonceptivos e inicio de la vida.[9]

siglo veintiuno editores

8 Por ejemplo, el Movimiento Familia y Vida (Tucumán, Argentina), Vida y Familia de México, o la Alianza Latinoamericana para la Familia creada en Venezuela.

9 Por ejemplo, entre las organizaciones que presentaron *amicus curiae* en el caso "Artavia Murillo y otros (fertilización *in vitro*) c. Costa Rica", se encuentran: Asociación de Médicos por los Derechos Humanos –AMED– (Guatemala), Asociación Pro Mujer y Derechos Humanos (Perú), Berit Institute for Family (filial de Perú), Instituto Solidaridad y Derechos

En esta misma línea estratégica de instituciones técnicas, hay un grupo que se identifica como organizaciones de derechos humanos y protección de derechos de la mujer (como el Instituto Solidaridad y Derechos Humanos). Estas estrategias indican que la secularización va más allá de la ongización y que desde las organizaciones contra el derecho al aborto se han desarrollado perfiles que se orientan hacia la tecnocratización. Tecnocratización y ongización ponen en evidencia cómo el movimiento conservador religioso, consciente de los límites del poder religioso, considera necesario actuar en espacios políticos como actores no religiosos y más bien técnicos.

Esta maniobra de secularización, así como las características de un movimiento vinculado a grupos políticos de poder, se reflejan en las estrategias legales utilizadas en la región. Al revisar el tipo de acciones desplegadas para restringir el derecho al aborto en seis países (Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador, México y Perú) encontramos que el Poder Legislativo es uno de los espacios más usados contra el derecho al aborto en América Latina (véase tabla 13.2).

El poder político de estos grupos se expresa también en la capacidad para organizar protestas en las calles, como las Marchas por la Vida. Estas, y la firma de compromisos con candidatos presidenciales y legislativos, dan cuenta de un giro en las estrategias de los grupos contra el derecho al aborto, ya que desde el ámbito de lo político secular participan de manera activa en la vida política del país, muestran a aspirantes y políticos su capacidad de convocatoria, y colocan representantes en los congresos.

Estos hallazgos se alinean con lo descripto por autores a nivel local y revelan que tales estrategias no sólo se repiten a nivel regional, sino que su temporalidad muestra un proceso de aprendizaje e intercambio entre países.

Otra de las estrategias utilizadas ha sido el litigio. La tabla 13.2 muestra 19 sentencias a favor de algún tipo de restricción del derecho al aborto, o que han sido presentadas por los tribunales como sentencias contra el aborto,[10] lo cual indica que la movilización se da de forma paralela en diferentes espacios y que es algo común en la región.

siglo veintiuno editores

Humanos (Perú), Population Research Institute (filial de Perú). Otra organización importante en Perú es el Centro de Promoción Familiar y de Regulación de la Natalidad (Ceprofarena).

10 Por ejemplo, la sentencia 02005-2009-PA/TC del Tribunal Constitucional del Perú en contra de la distribución de la píldora del día siguiente. La píldora no es un método abortivo, pero la sentencia fue elaborada argumentando que sí lo es.

Tabla 13.2. Estrategias legales para restringir el derecho al aborto 1990-2016 (Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador, México y Perú)

	Debates de reformas legales	Reforma por el Legislativo	Política, reglamento (Ejecutivo)	Decisión judicial	Movilización social (campañas, marchas)	Nombramiento cargo público	Posicionamiento declaración de autoridad	Posicionamiento de candidatos presidenciales	Reforma constitucional	Total
1991	2	0	0	0	0	0	0	0	0	2
1993	2	0	0	0	0	0	0	0	1	3
1994	1	1	0	1	0	0	0	0	0	3
1995	2	0	0	1	0	0	0	0	0	3
1996	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1
1997	0	1	0	2	2	0	0	0	0	5
1998	1	3	0	0	0	0	0	0	0	4
1999	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1
2000	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
2001	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1
2002	2	1	0	0	0	0	1	0	0	4
2003	7	0	0	0	0	1	0	0	0	8
2004	2	0	0	1	0	0	0	0	0	3
2005	7	0	1	0	6	0	0	0	0	14
2006	1	0	0	1	2	0	0	0	0	4
2007	9	0	0	1	1	0	0	0	0	11
2008	4	3	0	1	1	0	0	0	0	9
2009	0	12	0	3	2	0	0	0	0	17
2010	5	1	1	2	1	0	0	1	0	11
2011	2	0	0	2	2	0	0	2	0	8
2012	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2013	2	0	0	1	1	0	0	0	0	4
2014	0	0	1	1	2	0	0	0	0	4
2015	1	0	0	0	0	0	0	1	0	2
2016	3	0	0	2	1	0	1	3	0	10
Total	**55**	**23**	**3**	**19**	**21**	**1**	**2**	**7**	**2**	**133**
%	41,35	17,29	2,26	14,29	15,79	0,75	1,50	5,26	1,50	

siglo veintiuno editores

ANÁLISIS DE CASOS JUDICIALES

Luego de analizar las estrategias y espacios en los que se dan las disputas legales, examinaremos los argumentos utilizados en esos debates, a fin de establecer si existen:

1. similitudes en argumentos y tipos de evidencia presentada;
2. actores locales que actúan a nivel regional (externalización).

Con este objetivo, se analizan cinco sentencias relacionadas con tres casos (véase tabla 13.3):

1. el caso "Artavia Murillo y otros (fertilización *in vitro*) c. Costa Rica";
2. "Inconstitucionalidad Decreto Supremo Reglamentario 48, del Ministerio de Salud de Chile";
3. el caso de la píldora del día siguiente en Perú.

Como ejemplo de espacios del debate sobre aborto en América Latina, se han elegido tres casos que no tratan directamente el derecho al aborto y hacen referencia al derecho a la vida, lo que los convierte en casos centrales de la discusión, por lo que se analizaron todas las sentencias emitidas por los tribunales constitucionales referentes a estos. En el caso de Artavia Murillo, se analizaron además 17 *amicus curiae* enviados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que apoyaban la posición del gobierno de Costa Rica (la prohibición de la fecundación *in vitro* en el país).[11]

Los antecedentes del caso "Artavia Murillo y otros (fertilización *in vitro*) c. Costa Rica" se remontan a 1995, cuando el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo 24 029-S, en el que autorizaba la práctica de la fecundación *in vitro* (en adelante "FIV") para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV se practicó en Costa Rica hasta el año 2000, en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo 24 029-S. Ante esta situación, nueve parejas presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que admitió el caso en 2004, y emitió un informe en 2010 que incluía una serie de recomendaciones al Estado, que no fueron acatadas, pese a que la Comisión concedió a Costa Rica tres prórrogas para su cumplimento. En 2011 la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte emitió sentencia en noviembre de 2012 señalando responsabilidad del Estado por la vulneración de los arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana.

siglo veintiuno editores

11 *Amicus curiae* a los que fue posible acceder.

Tabla 13.3. Sentencias analizadas por caso

Caso	País origen de la demanda	Año	Material analizado	Demandante	Pedido
"Artavia Murillo y otros (fertilización *in vitro*) c. Costa Rica"	Costa Rica	2000	Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia	Hermes Navarro del Valle	Inconstitucionalidad del Decreto 24 029-S que regula la fecundación *in vitro* y transferencia de embriones
		2012	Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos	Gerardo Trejos Salas (petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)	Demanda contra la prohibición general de practicar fecundación *in vitro* vigente en Costa Rica desde 2000, tras decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
"Inconstitucionalidad Decreto Supremo Reglamentario 48, del Ministerio de Salud"	Chile	2008	Sentencia Tribunal Constitucional	36 diputados en ejercicio (poco más de la cuarta parte de la Cámara)	Demanda de inconstitucionalidad del decreto regulador de la distribución y uso de la anticoncepción oral de emergencia
Distribución de la píldora del día siguiente o anticoncepción oral de emergencia en Perú	Perú	2006	Sentencia Tribunal Constitucional	Susana Chávez Alvarado y otras	Recurso de Agravio Constitucional interpone demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud para que en cumplimiento de las Resoluciones Ministeriales 465-499-SA/DM y 399-2001-SA/DM se garantice la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia
		2009	Sentencia Tribunal Constitucional	ONG "Acción de Lucha Anticorrupción Sin Componenda"	Demanda de Amparo contra el Ministerio de Salud para que se abstenga de iniciar el programa de distribución anticonceptivo oral de emergencia en servicios de salud estatales
		2016	Medida cautelar 1º Juzgado Especializado Constitucional	Violeta Cristina Gómez Hinostroza y ONG Promsex	Acción de amparo ante sentencia del Tribunal Constitucional expte. 02005-2009-PA/TC

siglo veintiuno editores

El segundo caso incluido en el análisis es la demanda de inconstitucionalidad presentada el 5 de marzo de 2007 por un grupo minoritario de parlamentarios chilenos en contra del Decreto Supremo Reglamentario 48, del Ministerio de Salud de Chile, que aprobaba las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. Estas normas establecían, además de la disponibilidad de métodos de planificación familiar, la distribución gratuita de anticoncepción oral de emergencia (AOE) en las instituciones del sistema nacional de salud, incluyendo a adolescentes. El 18 de abril de 2008 la Corte Suprema emitió la sentencia rol nº 740-707-CDS que resolvió declarar inconstitucional la Sección C, acápite 143, 3.3, "Anticoncepción Hormonal de Emergencia"; la Sección D, "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, sólo en la parte referida a la "anticoncepción de emergencia", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad.

El tercer caso analizado es el de la distribución de la píldora del día siguiente o anticoncepción oral de emergencia en Perú. Este caso se remonta a 2001, cuando el Ministerio de Salud de Perú aprobó la Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM que incorporó la AOE como uno de los métodos anticonceptivos del programa nacional de planificación familiar. Después de un año el Ministerio de Salud no suministraba la AOE en los establecimientos de salud públicos. Ante esta situación se presentó en 2003 una demanda, admitida en 2004 por el Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. El caso llegó hasta el Tribunal Constitucional que en 2006 declaró fundada la acción de incumplimiento y pidió al Ministerio de Salud que cumpliera con la resolución.[12]

Antes de esta sentencia, en 2004, la ONG Acción de Lucha Anticorrupción interpuso una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud para que se dejase de distribuir la AOE. En 2009 el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de amparo y le ordenó al Ministerio de Salud que detuviera la distribución de la AOE en los establecimientos de salud públicos.[13] Paradójicamente, de los tres magistrados que participaron en las sentencias de 2006 y 2009 –Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía y César Landa–, dos cambiaron su posición en 2009, y votaron por prohibir la distribución de la AOE.

En junio de 2016, la ciudadana Violeta Cristina Gómez Hinostroza y la ONG Promsex presentaron ante el Poder Judicial una medida cautelar que solicitaba la distribución de la AOE en los establecimientos de salud

12 Sentencia expte. 7435-2006-PC/TC.
13 Sentencia expte. 02005-2009-PA/TC.

siglo veintiuno editores

públicos. La medida cautelar fue aceptada en agosto de 2016 y se le ordenó al Ministerio de Salud que cumpliera con esa distribución.

Análisis de argumentos y estrategias

Un hecho que resalta, tanto en las demandas como en los *amicus* revisados, es el uso de argumentos legales y científicos, lo que revela que los involucrados en las disputas legales contra el derecho al aborto son cuidadosos en el uso del lenguaje, argumentos y evidencia.

El argumento central en todos los casos es el de la defensa de la vida, que está íntimamente ligado a las definiciones del inicio de la vida y del concebido. Para los actores contra el derecho al aborto, se puede hablar de vida independiente, de concebido desde el momento de la unión entre óvulo y espermatozoide.

> Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células, existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, 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 (sentencia 02306 - 2000, Sala Cuarta).

> Por otra parte, haciendo referencia a "algunos datos científicos básicos" relacionados con el derecho a la vida del que está por nacer, los requirentes manifiestan que cuando un espermatozoide fecunda un óvulo, se forma un nuevo ser –un embrión–. Al comienzo, acotan, este nuevo ser tiene carácter unicelular, pero esa primera célula ya contendría toda la información constitutiva de aquel. En este se hallaría el denominado "código de la vida" que la humanidad ha podido descifrar hace no mucho tiempo y que se encuentra tanto en ese ser unicelular como en cualquier ser humano nacido, sea este niño, joven, adulto o anciano, hombre o mujer. En suma, dicen, si aquella célula es el resultado de la unión de gametos humanos, resulta imposible, entonces, negar que se trata de un ser humano, pues es un ser y es humano, ya que pertenece a la especie humana (sentencia rol nº 740-707-CDS).

Que esta vida tiene que ser considerada como independiente de la madre se sostiene a través de información científica sobre cambios que ocu-

XXI siglo veintiuno editores

rren en el óvulo fecundado, al que se presenta con características genéticas independientes a sus padres.

> La concepción humana o fertilización marca el inicio de la vida de un nuevo ser humano, resultante de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre. El cigoto unicelular, en el día 1 de la concepción, es ya un organismo único de la especie *homo sapiens*, con sus 46 cromosomas definidos. Inmediatamente después de ser concebido empieza a producir enzimas y proteínas humanas y a dirigir su propio crecimiento y desarrollo (*amicus curiae* Berit Institute for Family, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

> Por su parte, el informe presentado por el rector subrogante de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y firmado por los doctores Juan F. Stecher Miranda y Augusto Rivera Javea sostiene que "con la fecundación aparece un individuo que contiene 46 cromosomas de la especie humana, que se desarrolla por sí mismo, cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, él mismo dirige su construcción y división, que viene inscrita en su ADN, es él quien toma el alimento que le proporciona su madre, es un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre" (sentencia rol nº 740-707-CDS).

> Chieri y Zannoni, respecto de la formación de una nueva individualidad genética, señalan que "en el caso del hombre, todas las células surgen de una inicial, el cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre" (sentencia expte. 02005-2009-PA/TC).

Se refuerza la idea de un ser diferente desde el momento de la fecundación, al cual se le debe garantizar el derecho a la vida y dignidad.

> Asimismo, aseveró que se debe "proteger al más vulnerable de todos los seres humanos: el embrión, y reconocer su dignidad intrínseca más allá de su vinculación con el útero materno" (caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

En esta línea argumentativa, la fertilización es sinónimo de concepción, por lo que la protección constitucional del concebido alcanza también

siglo veintiuno editores

al óvulo fecundado. Las sentencias y argumentos contra la AOE y la FIV hacen referencia además de a la Constitución, a legislación nacional y a documentos de política pública. Por ejemplo, la sentencia expte. 02005-2009-PA/TC, del Tribunal Constitucional de Perú, invoca a la Constitución y al Código de los Niños y Adolescentes, así como a documentos de políticas públicas como el Programa de Atención Integral de Salud del Niño. La Sala Cuarta de Costa Rica en su sentencia del año 2000 (sentencia 02306) remite a la Constitución, al Código Civil y al Código de la Niñez y la Adolescencia.

La protección del óvulo fecundado se presenta como alineada con acuerdos internacionales, y se destacan las referencias a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Niño.

> La posición de la Sala Constitucional del país está en plena concordancia con el art. 4 del Pacto de San José, que menciona 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". Hay que indicar que el término "concepción" usado en la Convención estaba entonces libre del manoseo ideológico actual, y era sinónimo de fecundación (*amicus curiae* de Alejandro Leal Esquivel, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").
>
> Indican los requirentes también que un complemento de la regulación constitucional referida precedentemente, por la aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 5 de la misma Ley Fundamental, sería la suscripción por parte del Estado de Chile de pactos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la que en su art. 4, nº 1, señala: "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". Igualmente, la Convención de los Derechos del Niño, que se refiere a estas materias en sus arts. 1, 3.2. y 6 (sentencia rol nº 740-707-CDS).
>
> En vista de que la FIV necesariamente genera destrucción, congelamiento o "pérdida" embrionaria, la creación de un derecho a la misma atentaría contra la igualdad del no nacido ante la

siglo veintiuno editores

> Ley y constituiría discriminación por razón de edad o nacimiento prohibida por la Convención Americana [...], el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador") (art. 3), la Convención sobre Derechos del Niño (*amicus curiae* Rafael Nieto, Jane Adolphe, Richard Stith y Ligia de Jesús, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

Las sentencias analizadas de tribunales constitucionales de Costa Rica, Chile y Perú incluyen referencias a su propia jurisprudencia. En el caso de Costa Rica y Perú, son escasas las referencias a jurisprudencia de otros países. En el caso "Artavia Murillo y otros (fertilización *in vitro*) c. Costa Rica" a nivel de la Corte Interamericana, y en el de Chile, los argumentos de los grupos contra el aborto y del Estado de Costa Rica hacen referencias a casos que trataron el tema de la definición del concebido en la región, solucionados por tribunales locales, como los casos de la AOE en la Argentina, Chile, Ecuador y Perú.

> Sin embargo, el uso del principio *pro homine* es un arma de doble filo para quienes abogan por el aborto en el sistema interamericano, ya que puede afirmarse que tal principio no permite ningún tipo de abuso en contra de la persona, concepto que incluye al no nacido según la Convención Americana. Con ello, podría terminar prohibiéndose todo aborto. Esto puede ejemplificarse con la decisión del Tribunal Constitucional de Chile, que citando el uso del principio *pro homine* hecho por la Corte Interamericana, determinó que la píldora del día después no podría ser distribuida en consultorios públicos (*amicus curiae* Alliance Defense Fund, Centre for Legal Studies at C-FAM & Americans United for Life, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

En los *amicus curiae* presentados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (fertilización *in vitro*) c. Costa Rica" resalta la similitud de los argumentos utilizados. Además de argumentos de respeto a la vida, definición de la vida desde la concepción, y la necesidad de alinearse con instrumentos internacionales de derechos humanos, los *amicus* resaltan que la fecundación *in vitro* no es un tratamiento médico, pues no "cura" el problema de la fertilidad.

siglo veintiuno editores

> Aunque la FIV se pone en práctica, la mayoría de las veces, con una intención altamente humana y respetable: remediar la esterilidad de las parejas; cabe hacer la precisión de que la fecundación *in vitro* no constituye terapia para una enfermedad, ni un tratamiento –estrictamente hablando– para salvar la vida humana de los solicitantes, sino una técnica que tiene como finalidad imitar los procesos normalmente necesarios para que se verifique una concepción (*amicus curiae* Berit Institute for Family, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

Por ello, la FIV es usada para alterar o cambiar la condición social de falta de hijos, pero su uso no se dirige a mejorar la salud de la persona. La FIV al no "curar" enfermedad alguna y de estar habilitada, como ocurre en otros países, es usada por personas fértiles que desean tener un hijo sin que este cuente con un padre o madre identificable o un hijo que cuente con determinadas "características" (*amicus curiae* Population Research Institute, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

También resaltan la existencia de otros tratamientos contra la infertilidad, que no incluyen la manipulación de óvulos fecundados, y recomiendan la naprotecnología, definida como un tratamiento natural contra la esterilidad.

> La tecnología procreativa natural, o naprotecnología (NPT), ofrece un sistema más eficiente que la FIV, más económico, que resuelve los problemas que provocan la infertilidad desde su raíz y que respeta la vida humana, tanto de la mujer como de los embriones y los neonatos (*amicus curiae* Alejandro Leal Esquivel, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

> En este acápite expondremos un método menos gravoso que la FIV, el cual permite que las parejas infértiles se curen de dicha enfermedad y que puedan tener hijos sanos. Dicho método es la naprotecnología (NPT). Consiste en un enfoque médico sistemático para optimizar las condiciones físicas necesarias para una concepción natural (*amicus curiae* Population Research Institute, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

siglo veintiuno editores

> Existen otras técnicas menos costosas económicamente, más exitosas y menos invasivas y riesgosas, que solucionan el problema originario de la infertilidad y efectivizan el deseo de las mujeres y sus parejas de tener hijos biológicos: la naprotecnología (*amicus curiae* Instituto Solidaridad y Derechos Humanos, caso "Artavia Murillo y otros [fertilización *in vitro*] c. Costa Rica").

ANÁLISIS DE PRENSA ESCRITA

Como evidencia sobre la domesticación y encuadre general, se presenta el análisis de los argumentos utilizados a nivel local en contra de la anticoncepción de emergencia. Para esto se realizó una búsqueda en dos diarios peruanos de circulación nacional, *El Comercio* y *La República*. Estos diarios fueron elegidos porque se han mantenido en circulación con ediciones diarias durante los años de interés de este estudio. Se buscaron y seleccionaron todas las noticias, los editoriales y las columnas de opinión que mencionan el tema de anticoncepción oral de emergencia, publicados entre enero de 1990 y diciembre de 2016. La búsqueda en el diario *La República* se hizo de forma manual, a partir de versiones impresas. En *El Comercio* se hizo la búsqueda manual entre los años 1990 y 1999. Entre 2000 y 2016, el diario tiene un archivo electrónico que fue consultado usando las palabras y frases "aborto", "abortivo", "anticoncepción oral de emergencia", "AOE" y "píldora del día siguiente". De los artículos seleccionados se separaron las columnas de opinión que mencionan el tema de la AOE, y se analizaron aquellas que tuvieran una posición contra la AOE, es decir que mencionan de manera explícita oposición a su distribución gratuita, que son abortivas, que van contra el orden constitucional y la vida, y/o que pueden dañar la salud de las mujeres que las toman. Algunas columnas fueron clasificadas como informativas, pues sólo mencionaban el debate sin mostrar una postura sobre la AOE.

Tabla 13.4. Columnas por diario según posición acerca de la AOE

Posición	Diario		Total
	La República	*El Comercio*	
En contra de la AOE	4	21	25
A favor de la AOE	16	25	41
Ninguna/informativo	1	3	4
Total	21	49	70

siglo veintiuno editores

En total se analizaron 25 columnas de opinión publicadas entre 2004 y 2016. Como muestra la tabla 13.5, antes de 2004 el tema de la AOE no fue tratado por los columnistas de estos diarios, hecho que demuestra la conexión entre los debates en el plano judicial, del Ejecutivo y en la prensa escrita. En 2004, la comisión de alto nivel creada para analizar y emitir un informe científico-médico y jurídico sobre la AOE se pronunció favorablemente. Con base en esta información, la entonces ministra de Salud Pilar Mazetti opinó de manera positiva respecto de la distribución de la AOE en los establecimientos de salud públicos. En ese contexto aparecen columnas de opinión contra la AOE.

Las columnas de 2006 y 2009 surgen en torno al debate de las sentencias del Tribunal Constitucional, las de 2010 en la coyuntura de resistencia del Ministerio de Salud por retirar la AOE.

El pequeño número de columnas de opinión en 2016 en respuesta al amparo que permitió distribuir la AOE puede ser explicado por dos hechos de la coyuntura política del país. En julio de 2016, el Cardenal Cipriani, uno de los voceros críticos de la distribución de la AOE, declaró en su programa radial semanal sobre la AOE y el aborto para víctimas de violencia sexual: "Las estadísticas nos dicen que hay abortos de niñas, pero no es porque hayan abusado de las niñas, sino porque, muchas veces, la mujer se pone, como en un escaparate, provocando", una insinuación de que las niñas y mujeres son responsables de la violencia sexual de las que son víctimas. Estas declaraciones fueron duramente criticadas, lo que hizo que el Cardenal Cipriani se viera obligado por unos meses a evitar confrontaciones directas con el gobierno sobre el tema de la AOE y víctimas de violencia sexual. En este contexto, el 13 de agosto de 2016, unas semanas después de la adopción de la medida cautelar por el Ministerio de Salud, se organizó en Perú la primera marcha nacional en contra de la violencia de género, Ni Una Menos, que fue una de las marchas más multitudinarias organizadas en ese país en los últimos años.

El Comercio y *La República* se han distinguido hasta hace pocos años por mantener líneas editoriales de tendencias opuestas. *El Comercio* ha sido tradicionalmente un diario conservador, mientras que *La República* se creó como un diario más cercano a ideas progresistas, por lo que da cabida a columnas de opinión de intelectuales y políticos de partidos de izquierda, del movimiento de derechos humanos, y del movimiento feminista. Esto podría explicar por qué la gran mayoría de las columnas de opinión publicadas en *La República* fueron a favor de la AOE.

siglo veintiuno editores

Tabla 13.5. Columnas contra la AOE por diario según año de publicación

Año	Diario		Total
	La República	*El Comercio*	
2004	0	5	5
2005	0	1	1
2006	1	1	2
2009	2	5	7
2010	0	6	6
2012	1	1	2
2016	0	2	2
Total	4	21	25

Análisis de argumentos

Entre los columnistas, muchos de ellos no abogados, como Luis Solari, resalta el uso de argumentos legales del constitucionalismo religioso, similares a los utilizados en los casos judiciales analizados en la sección anterior. Parten de una premisa básica, una única definición de la concepción que es similar a la de la ley natural que ellos defienden, es decir, se habla de concebido desde la unión entre óvulo y espermatozoide, y desde ese momento de una persona independiente. Esto entendido como una verdad universal, no cuestionable. Además, se percibe el derecho constitucional como un derecho absoluto, con una sola interpretación. Por ello, se hace énfasis en señalar los derechos del concebido como absolutos, así como la necesidad de proteger el orden constitucional.

> En la Comisión de Alto Nivel, que se convocó para determinar si la AOE es abortiva, se presentaron tres votos singulares que demostraron con fundamentos la acción abortiva de dicho fármaco. Votaron por la moción de que la llamada píldora del día siguiente es claramente abortiva, al impedir la implantación del óvulo fecundado. […] La Constitución del Perú establece en el capítulo I, art. 2, sobre los derechos fundamentales de la persona: "El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece". Uno de los derechos fundamentales del ser humano está enunciado en el artículo que dice: "Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo".[14]

14 J. A. Ugarte, "La anticoncepción oral de emergencia es claramente abortiva", *El Comercio*, 14 de abril de 2004.

siglo veintiuno editores

> Sobre la base del ordenamiento jurídico peruano respecto del derecho fundamental a la vida, especialmente los principios *pro hominis*, *pro debilis* y precautorio, el Tribunal Constitucional llegó a la citada conclusión basándose, entre diversos fundamentos, en que "en el inserto de los cinco productos mostrados y autorizados en nuestro país como anticonceptivos orales de emergencia, en todos los casos se hace referencia al denominado tercer efecto, esto es, expresamente refieren […] previenen, interfieren o impiden la implantación [del niño concebido en el útero de la madre]". El efecto antianidatorio o antiimplantatorio del niño en fase temprana de su vida en el útero materno conlleva su muerte.[15]

> El asunto de fondo sin embargo está en lo que ha dicho el cardenal: "Una agenda que el Perú no quiere". La Constitución defiende a la persona humana desde su concepción, es decir, rechaza el aborto. Los que quieren cambiar este estado de cosas –subrepticiamente a través de fallos judiciales y literaturas médicas debatibles– deben modificar la Constitución. Recaben firmas para pedir un plebiscito y gánenlo, y se acabó el tema.[16]

Como en los casos judiciales analizados en la sección anterior, los autores de las columnas hacen referencia a evidencia científica para presentar sus argumentos como neutrales, científicos y no religiosos. Resalta que se citen los mismos autores (Moore o Sadler) que en los *amicus* presentados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo".

> El doctor Guzmán dice que el embarazo empieza en la implantación; dicha afirmación es inexacta. Desde el punto de vista científico, el inicio de la vida humana se produce en la fecundación o concepción (unión del óvulo y el espermatozoide) y desde ese momento está presente toda la información genética del nuevo ser (ADN con 46 cromosomas); lo anterior es reconocido en todos los textos actuales de Embriología Médica (Moore,

15 M. Cabrejos, "El tercer efecto de la píldora del día siguiente", *El Comercio*, 16 de enero de 2012.

16 R. Vásquez Kunze, "El príncipe y las coristas", *El Comercio*, 30 de agosto de 2016.

siglo veintiuno editores

> 2008; Sadler, 2006; O'Rahilly, 2001; Larsen, 1998). Más aún, ahora se sabe que el embrión en las primeras horas (y antes de la implantación) produce diversas hormonas (HcG, IL-1a, IL-1ß), las cuales lo ayudarán a implantarse interactuando con el endometrio materno (Lindhard, 2002; Licht, 2001; Lobo, 2001). Por lo tanto puede afirmarse que el embarazo (como estado de la madre gestante) también empieza en la fecundación.[17]

También se utilizan argumentos legales para defender la posición en contra de la distribución de la AOE. Es interesante que se citen los mismos instrumentos de derechos humanos en los distintos casos, así como jurisprudencia generada en la región.

> En concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, que el Perú ha suscrito y que dispone como consideración primordial el interés superior del niño, nuestro Código de los Niños y Adolescentes manda: "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos".[18]
>
> Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto de la forma y entidad en que la denominada "píldora del día siguiente" afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación […]; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto […]. En Ecuador y Chile se ha sentenciado en el mismo sentido.[19]

siglo veintiuno editores

17 G. Alvarado, "Defendamos la vida", *El Comercio*, 26 de marzo de 2010.
18 L. Solari, "¿Dónde está Salomón?", *El Comercio*, 22 de noviembre de 2006.
19 L. Solari, "Píldora del día siguiente: el debate continúa", *El Comercio*, 29 de octubre de 2009.

Un tema que se detectó de forma incipiente en algunos de los *amicus curiae* analizados, que aparece más claramente en las columnas de opinión, es el uso del argumento de la soberanía nacional, entendida como el derecho que tiene cada país de impedir otras interpretaciones del concebido. Este argumento parte de la premisa de que, en la región y países como Perú, existe una definición del concebido que no está sujeta a interpretaciones, es absoluta, y debe ser defendida, pues de alguna manera está vinculada y refleja valores de esa sociedad, del país. De esa manera, es válido usar el marco legal internacional cuando se ajusta a los valores domésticos, pero se deben rechazar opiniones de organizaciones extranjeras que no se alinean con los valores tradicionales de los países, presentados como valores de la Constitución. Así, la soberanía es presentada como el derecho y el deber para hacer respetar el orden constitucional doméstico.

> Por otro lado, han mencionado que la OMS señala que no es abortiva. Lo cual también es una verdad a medias. Por un lado la OMS no concuerda con nuestro sistema legal, porque considera al aborto como un "derecho reproductivo". Pero además la OMS considera que el embarazo recién comienza después de la implantación. En las leyes peruanas, se explicita la concepción (unión de espermatozoide y el óvulo) como inicio para ser sujeto de derechos. El dato aportado por la ciencia, en este caso la embriología, respalda a las leyes peruanas respecto del inicio de la vida de un nuevo ser humano. Por lo tanto, las leyes peruanas y la OMS parten de dos concepciones distintas de cuándo comienza la vida de un ser humano. Si la OMS señala que no es abortiva es porque precisamente no considera el tema de la vida humana previa a la implantación. La Constitución del Perú –por el contrario– protege al concebido, no al implantado.[20]

> El 8 de marzo el Ministerio de Salud decidió distribuir la píldora del día siguiente (AOE) en desacato a una resolución del Tribunal Constitucional (TC), argumentando que la OMS no la considera abortiva. Lo que no dijo es que el concepto de aborto de la OMS no es el que tiene la Constitución ni el TC.[21]

20 R. Paccini, "En contra de la anticoncepción oral de emergencia", *La República*, 31 de octubre de 2006.

21 F. Prieto, "Dos conceptos de aborto en juego", *El Comercio*, 22 de abril de 2010.

siglo veintiuno editores

> El tema de la píldora del día siguiente, más que un asunto confesional, es para el Perú un caso de soberanía nacional, de defensa constitucional y del Estado de derecho y, especialmente, de amor a los niños por nacer.[22]

CONCLUSIONES

El objetivo principal del capítulo es responder a la pregunta de si es posible hablar de un movimiento social transnacional contra el derecho al aborto en América Latina. El material analizado muestra que el movimiento contra el aborto en la región debe ser considerado como un movimiento social transnacional, pues cumple con las características señaladas por autores como Tarrow (2005, 2011). En este movimiento transnacional resalta el uso de argumentos legales, y de una aproximación al derecho y las leyes basada en lo que se ha denominado "constitucionalismo religioso" (Lemaitre, 2012).

En este constitucionalismo religioso se fundan argumentos como el de soberanía nacional. El uso de este tipo de argumentos a nivel local, así como la aparición del tema del aborto en campañas electorales, dan cuenta del fenómeno de domesticación.

Existe un encuadre común en los países, en los que se vincula la oposición hacia el derecho al aborto con la defensa de tradiciones y valores, y se evoca una identidad regional. La difusión de argumentos y estrategias similares ponen en evidencia no sólo un alto nivel de intercambio entre países, sino también el uso estratégico de jurisprudencia generada en la región, es decir, la resistencia a desarrollos legales a favor de la flexibilización de leyes en contra del aborto a nivel local tiene que ser entendida también como parte de una resistencia regional. Del mismo modo, las estrategias legales para limitar el derecho al aborto están dirigidas a crear no sólo jurisprudencia, sino también elementos que puedan dar cuenta de una estrategia legal latinoamericana en contra del derecho al aborto, con contenidos propios de la región.

El rol del argumento por la soberanía nacional debe ser analizado, pues no es exclusivo del movimiento contra el derecho al aborto; ha sido utilizado para criticar fallos de la Corte Interamericana de Derechos

22 M. Cabrejos Vidarte, "El tercer efecto de la píldora del día siguiente: consecuencias abortivas", *El Comercio*, 16 de enero de 2012.

siglo veintiuno editores

Humanos, así como para cuestionar la autoridad de organismos como la Organización de los Estados Americanos.

El análisis de *amicus curiae* pone de relieve además la capacidad de conformar coaliciones a nivel transnacional, así como de intervenir a nivel de mecanismos internacionales con argumentos legales y de derechos humanos. Muestra que el constitucionalismo religioso y el lenguaje de derechos humanos, lejos de ser estrategias locales, están siendo utilizados en la región para limitar el derecho al aborto a nivel local y a nivel regional.

REFERENCIAS

Americans United for Life (2012), *Defendiendo el derecho humano a la vida en Latinoamérica*, Washington DC, Americans United for Life.

De Jesús, L. y M. I. Franck (2014), "Aborto y derechos prenatales en América Latina y el Caribe. Un análisis comparativo de leyes y jurisprudencia relevantes tras la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Ars Boni Et Aequi*, 10(1): 11-100.

Della Porta, D. y M. Diani (2011), "Social Movements", en M. Edwards (comp.), *The Oxford Handbook of Civil Society*, Oxford, Oxford University Press.

Gianella Malca, C. (2017), "Abortion Rights Legal Mobilization in the Peruvian Media 1990-2015", *Health and Human Rights Journal*, 19(1): 133-147.

González Ruiz, E. (2005), *Cruces y sombras. Perfiles del conservadurismo en América Latina*, Lima, Promsex.

González Vélez, A. C. y P. Bergallo (2017), "The Health Exception in Latin America. An Autochtonous Experience of Transnational Advocacy", presentado en Congreso Anual de la Latin America Studies Association, Lima.

Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) (2012), *Derechos humanos de las mujeres y protección de la vida prenatal en México*, México, GIRE.

Irving, D. (1999), "When Do Human Beings Begin? Scientific Myths and Scientific Facts", *International Journal of Sociology and Social Policy*, 19(3-4): 22-46.

Lamas, M. (2008), "El aborto en la agenda del desarrollo de América Latina", *Perfiles Latinoamericanos*, 139.

Lemaitre, J. (2012), "By Reason Alone. Catholicism, Constitutions and Sex in the Americas", *International Journal of Constitutional Law*, 10(2): 493-511.

— (2014), "Catholic Constitucionalism on Sex, Women and the Beggining of Life", en R. Cook, J. Erdman y B. Dickens, *Abortion Law in Transnational Perpective*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, pp. 239-257.

siglo veintuno editores

Machado, M. d. D. C. (2012), "Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010", *Revista Brasileira de Ciência Política*, 7: 25-54.

Morán Faúndes, J. M. (2012), "El activismo católico conservador y los discursos científicos sobre sexualidad. Cartografía de una ciencia heterosexual", *Sociedad y Religión*, 22(37): 167-205.

Morán Faúndes, J. M. y M. A. Peñas Defago (2016), "Strategies of Self-Proclaimed Pro-Life Groups in Argentina Effect of New Religious Actors on Sexual Policies", *Latin America Perspectives*, 43(2).

Morán Faúndes, J. M. y J. M. Vaggione (2012), "Ciencia y religión (hétero) sexuadas. El discurso científico del activismo católico conservador sobre la sexualidad en Argentina y Chile", *Contemprânea*, 2(1): 159-185.

Motta, S. C. y A. G. Nilsen (2011), "Social Movements and/in the Postcolonial. Dispossession, Development and Resistance in the Global South", en S. C. Motta, A. Gunvald y A. G. Nilsen (comps.), *Social Movements in the Global South*, Londres, Palgrave Macmillan, pp. 1-31.

Mujica, J. (2009), "Microscopio. De la bioética a la biopolítica", Lima, Promsex.

Rodriguez de Assis Machado, M. y D. Aves Maciel (2017), "The Battle Over Abortion Rights in Brazil's State Arenas, 1995-2006", *Health and Human Rights Journal*, 19(1): 119-131.

Smith, M. (2011), "The International Pro Life Movement", presentado en Matercare International's 8th International Conference, Roma.

Tarrow, S. (2005), *The New Transnational Activism*, Cambridge, Cambridge University Press.

— (2011), *Power in Movement: Social Movements and Contentious Politics*, Cambridge, Cambridge University Press.

Vaggione, J. M. y D. Jones (2015), "La política sexual y las creencias religiosas. El debate por el matrimonio para las parejas del mismo sexo (Argentina, 2010)", *Revista de Estudios Sociales*, 51: 105-117.

Zárate Vidal, M. d. C. (2015), "Resistencias y movimientos sociales transnacionales", *Alteridades*, 25(50): 65-77.

siglo veintuno editores

14. Radiografía de los argumentos conservadores contra el aborto en Colombia
Sugerencias para un movimiento pro liberalización

María Isabel Niño Contreras
Juan Carlos Rincón Escalante

En 2016 en Colombia se cumplieron diez años desde que se despenalizó el aborto en tres casos: cuando está en riesgo la salud de la mujer gestante, cuando el embarazo es producto de una violación y cuando hay una malformación en el feto (Corte Constitucional, C-355 de 2006). Si bien se estima que durante estos diez años unas 44 000 mujeres han accedido a un aborto legal y seguro, se destaca asimismo que los obstáculos y las reacciones en contra no han sido menores. Los interesados en restaurar en Colombia la penalización total o, por lo menos, en evitar la implementación de la despenalización parcial, han intentado posicionar sus reclamos y argumentos en los foros legislativo y judicial y en los medios de comunicación nacionales.

Este capítulo describe las diferencias entre las posiciones conservadoras ante la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, el Congreso de la República y varios medios de origen liberal (*El Tiempo* y *El Espectador*) y conservador (*El Colombiano*). En este sentido, propone que:

1. los representantes de la oposición al aborto adaptan sus planteamientos para responder a las particularidades de la audiencia a la que le hablan;
2. al hacerlo, privilegian un discurso sobre los derechos del producto de la fecundación; y
3. los argumentos son similares a los empleados en otros países de América Latina.

Aunque consideramos que cualquier estrategia pro liberalización debe contar con una caracterización de los actores que participaron en los distintos foros, este texto se centra en los argumentos y no tanto en los participantes. Lo anterior es una consecuencia del espacio del que dispo-

siglo veintiuno editores

nemos aquí, además de ser una consideración que se desprende del interés por retratar de la manera más amplia posible cómo son los discursos que se opusieron a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante "IVE") en los diversos escenarios de discusión.

Para cumplir con el objetivo planteado, se hará un recuento de los estudios realizados en México y la Argentina, luego se explicará cómo se presentaron los argumentos en la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, el Congreso de la República y tres periódicos colombianos y se terminará ofreciendo una serie de conclusiones que esperan ser de utilidad para cualquier movimiento que busque respaldar la liberalización del aborto en América Latina.

LA OPOSICIÓN EN OTROS PAÍSES

México y la Argentina son países de especial utilidad como referencia para Colombia. En ambos la despenalización del aborto es parcial. En México, en todas las entidades federativas está permitido cuando el embarazo es producto de una violación; en el Distrito Federal, es legal dentro de las primeras doce semanas de gestación y en el resto de los estados mexicanos existen distintas causales de no punibilidad (Grupo de Información en Reproducción Elegida –GIRE–, 2015).[1] En la Argentina, por su parte, es legal abortar cuando está en riesgo la salud y vida de la mujer gestante y cuando el embarazo es producto de una violación (Ley 11 179, 1921, art. 86).

Esta sección hace una síntesis de estudios realizados en ambos países respecto de los actores conservadores que han tenido presencia en los debates sobre el aborto, sus argumentos típicos y la evolución de las estrategias retóricas.[2] Lo que encontramos en Colombia es muy similar a lo ocurrido en México y la Argentina, y por eso esperamos que lo aquí

siglo veintiuno editores

1 Peligro de muerte para la mujer (24 estados); imprudencial o culposo (29); inseminación artificial no consentida (13); alteraciones genéticas graves en el producto de la fecundación (16); causas económicas (2). Al respecto, véase GIRE (2015).

2 Los estudios utilizados en esta sección, aunque tenían condiciones materiales un poco distintas, en esencia comparten las mismas características que facilitan su comparación. Todos los estudios fueron llevados a cabo durante o después de la despenalización parcial del aborto en sus países, y se dieron en foros similares a los que analizamos en este texto.

planteado sirva como insumo para tener un marco de análisis mucho más amplio.

El hallazgo más interesante es que se presenta un desplazamiento estratégico de lo religioso hacia lo secular. En ese sentido, los jerarcas de la Iglesia católica no son los únicos que se movilizan en contra de la liberalización del aborto, ni los argumentos religiosos y morales son las únicas justificaciones de su oposición; el propio Estado, los médicos y la sociedad civil intervienen de manera activa en la construcción de argumentos y estrategias de carácter religioso y secular en contra del aborto.

En México y la Argentina, los jueces y los médicos son actores centrales en el proceso de disputa por la realización de prácticas de interrupción del embarazo (Morán Faúndes y otros, 2011). Este protagonismo no es casual, pues ambos actores son los que deciden con regularidad cuáles casos de aborto se encuadran, o no, dentro de las causales establecidas legalmente. La participación de los jueces y médicos en este proceso de disputa no está del todo exenta de la influencia de la Iglesia, pues su actuar, junto con el de los legisladores, tiene raíces en el catolicismo (Vaggione y Mujica, 2013: 26).

En México encontramos la particularidad de que el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), institución encargada de la defensa y promoción de los derechos fundamentales, fue quien demandó ante la Suprema Corte de Justicia la ley que despenalizó el aborto en el primer trimestre del embarazo en el Distrito Federal (Madrazo Lajous y Vela Barba, 2013). Más adelante veremos que en Colombia la institución análoga a la CNDH –la Procuraduría General de la Nación– también lideró la oposición conservadora (desde 2009 hasta 2016).

En cuanto a los argumentos esbozados por estos actores, la literatura ha encontrado que comparten dos características: la primera es que defienden un orden moral amparado en los valores de la tradición y la segunda es que pese a que "sus acciones y discursos operan en consonancia casi perfecta con el posicionamiento político de las jerarquías de la Iglesia católica y de algunas evangélicas en materia de sexualidad" se revisten estratégicamente de un carácter secular (Morán Faúndes y otros, 2011: 124). Por esa mezcla de la influencia católica con la necesidad de adaptar el lenguaje para obtener resultados en foros laicos, la oposición ha tenido que apelar a justificaciones no sólo de carácter religioso o moral, sino también jurídicas, científicas y relacionadas sobre todo con los canales de incidencia facultados por los sistemas democráticos (Drovetta y Morán Faúndes, 2011).

siglo veintiuno editores

La oposición en México y en la Argentina ha construido, entonces, sus argumentos conservadores en los mismos escenarios y con iguales armas que su contraparte (Madrazo Lajous y Vela Barba, 2013). Las consideraciones religiosas o morales, en este sentido, han sido desplazadas estratégicamente por el lenguaje de los derechos humanos en los discursos conservadores (Carbonelli y otros, 2011). En términos concretos, la oposición ha fundamentado sus posturas con alusiones no sólo a consideraciones religiosas, sino también a discursos científicos, legislación internacional, redes transnacionales, a la emotividad de las imágenes y al discurso de los derechos humanos (Felitti, 2011: 3). A continuación vamos a enunciar dos de los argumentos conservadores más importantes y frecuentes en estos debates públicos.

LA DEFENSA DE LA VIDA DE QUIEN "ESTÁ POR NACER"

En los países de referencia el argumento más común en contra de la IVE es aquel que la equipara con un asesinato. En México se presenta una variación muy interesante de este argumento que no encontramos en los estudios sobre la Argentina ni en nuestras búsquedas en Colombia: la vida de quien "está por nacer" se defiende también desde el derecho a la procreación de los hombres.

Sobre la primera acepción del argumento, Madrazzo Lajous y Vela Barba (2013) sintetizan muy bien sus aspectos más importantes:

> La posición que defienden los sectores conservadores opuestos al aborto se funda en la premisa de que la condición de individuo de la especie humana se adquiere indefectiblemente a partir de la fecundación, momento en el cual el óvulo fecundado, además, adquiere la condición de "persona", igualándolo así con todo/a sujeto ya nacido/a (Peñas Defago, 2009: 139).

Como complementos a este argumento, los conservadores suelen citar:

1. el derecho natural (Madrazo Lajous y Vela Barba, 2013: 144);
2. estudios científicos que prueban su posición inicial sobre la vida del feto; e
3. invocaciones a la protección de la vida a partir del derecho internacional (Carbonelli y otros, 2011).

En México, la vida de quien "está por nacer" se protege también desde el derecho a la procreación de los hombres –que se ve supuestamente

Siglo veintiuno editores

violado "por no exigir que estos participen de la decisión de interrumpir un embarazo" (Madrazo Lajous y Vela Barba, 2013: 61)–. Para la CNDH, el derecho a la procreación consiste en que todas las personas pueden elegir entre participar, o no, en el coito heterosexual y que, una vez ejercido este derecho "deja de ser una libertad y se bifurca: por una parte, otorga un derecho de protección –oponible al Estado– para que no se impida llevar el embarazo a término; por la otra, se transforma en un conjunto de obligaciones a cargo de 'los progenitores'" (Madrazo Lajous y Vela Barba, 2013: 65).

LA DEFENSA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE MÉDICOS Y JUECES MATERIALIZADA EN EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Una de las estrategias utilizadas por los oponentes al aborto es alegar la objeción de conciencia (Carbonelli y otros, 2011). Aunque en México y en la Argentina este derecho es de carácter individual, es decir, requiere que cada prestador del servicio lo ejerza al momento de enfrentarse a cada caso, la lucha conservadora ha buscado convertirlo en institucional, con el objetivo de que hospitales enteros puedan objetar conciencia y no tener que prestar el servicio de la IVE (Vaggione, 2012). Incluso los propios jueces invocan la objeción de conciencia para no proteger el derecho de las mujeres por la vía judicial. En la pugna entre el derecho a la objeción de conciencia y el ejercicio de la IVE, los conservadores no dudan en afirmar que la balanza se debe inclinar siempre por la objeción.

Tanto la defensa de la vida como la objeción de conciencia se presentan de tal manera que puedan tener legitimidad en ambientes seculares. Esta secularización estratégica es entendida por la literatura como una reacción a la agenda y logros de las organizaciones de mujeres y también como una expresión del deseo de los conservadores de generar mayor incidencia en los foros jurídicos y políticos (Drovetta y Morán Faúndes, 2011). Es claro entonces que en México y la Argentina las estrategias conservadoras no son simples ni homogéneas. También es claro que el desplazamiento estratégico de los argumentos conservadores en estos dos países, aunque sofisticado en su intervención pública y en el aprovechamiento de los espacios democráticos, no significa "el retraimiento de la jerarquía católica o de argumentaciones basadas en el Magisterio" (Vaggione, 2010: 76).

siglo veintiuno editores

LA OPOSICIÓN EN COLOMBIA

ARGUMENTOS EN EL FORO JUDICIAL

Para el grupo de personas que se oponen a la IVE en cualquier caso, la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional fue la primera y más contundente derrota en la historia de Colombia. Después de años de estricta penalización, de una jurisprudencia de carácter incuestionablemente conservador[3] y de un debate público nacional dominado por las voces que equiparaban el aborto con el homicidio de los no nacidos (Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, 2008: 175-196), hubo dos cambios trascendentales: se despenalizó el aborto en tres casos y, además, se posicionó en la agenda pública el discurso que identifica la IVE como un asunto relacionado con la salud pública nacional y con los derechos de las mujeres. Es decir, ante la hegemonía del argumento biológico y la pregunta acerca de cuándo inicia la "vida humana" se planteó un punto de vista que cambió los términos de la discusión.

Además, a partir de ese momento la Corte Constitucional se posicionó como el coordinador del avance de la despenalización en Colombia. En los diez años que le siguieron a la C-355 de 2006, fueron múltiples las sentencias que desarrollaron el tema hasta el punto de considerar la IVE como un derecho fundamental de las mujeres (T-585 de 2010). En respuesta directa a esa actividad de la Corte, los otros desarrollos normativos empezaron a conversar en los mismos términos. Es así como Presidencia, el Ministerio de Protección Social (hoy Ministerio de Salud) y la Superintendencia de Salud emitieron decretos y circulares que apuntaban a la reglamentación de la IVE.

En ese contexto, los interesados en restaurar en Colombia la penalización total o, por lo menos, en obstaculizar la implementación de la despenalización parcial, tuvieron que hacer presencia en tres espacios relacionados con el ordenamiento jurídico:

1. la Corte Constitucional, que a través de las sentencias de tutela intervino en los temas relacionados con la aplicación caso a caso de las nuevas excepciones;

3 El término "conservador" es ambiguo y poco claro, pero permite acentuar un aspecto ideológico importante: "El intento de conservar, de proteger, un orden sexual que se considera amenazado". Al respecto, véase Vaggione (2010: 15).

siglo veintiuno editores

2. el Consejo de Estado, máximo tribunal administrativo, que revisó lo expedido por Presidencia y la Superintendencia de Salud; y
3. el Congreso de la República, en el que se presentaron múltiples intentos de anular la sentencia mediante la expedición de nueva regulación.

Esta sección del capítulo tiene como propósito dar cuenta de cuáles fueron los argumentos que los representantes conservadores plantearon en cada foro,[4] de modo tal que quedará en evidencia que, de acuerdo con las características propias de cada espacio, hubo una adaptación en los discursos. Por ejemplo, es muy diferente lo expuesto en el Tribunal Constitucional y en el Consejo de Estado, donde los argumentos en contra se construyeron principalmente en un lenguaje de derechos fundamentales y en consideración a elementos de competencia e interpretación legal, de lo expuesto en el Congreso de la República, donde los argumentos se construyeron en su mayoría sobre justificaciones morales y de conveniencia política.

Corte Constitucional

El Tribunal Constitucional colombiano tiene una reputación en el país de ser defensor de las causas minoritarias.[5] Esa idea parece influenciar la manera en que los actores utilizan este foro. No en vano los movimientos de mujeres e incluso los actores que se oponen al aborto han adecuado su lenguaje en términos de derechos fundamentales. A continuación, analizaremos la adaptación del discurso conservador.

Después de la sentencia de constitucionalidad que modificó la interpretación del Código Penal, la mayoría de las intervenciones de la Corte Constitucional en el tema de la IVE fueron en casos particulares que llegaron a instancia de revisión después de haber pasado por dos instancias

siglo veintiuno editores

4 Consideramos que estos cuatro foros –Corte Constitucional, Consejo de Estado, Congreso de la República y medios de comunicación– son equiparables, pues pese a conservar entre sí diferencias importantes en cuanto acceso, lenguaje y composición, son escenarios donde se presentan y se amplifican discusiones públicas. Utilizar la categoría "argumentos" como rasero de comparación nos permite observar cuáles fueron las coincidencias y disimilitudes conceptuales que se presentaron en cada foro y cómo los actores variaron.

5 La Corte es percibida socialmente como un espacio donde se reivindican asuntos importantes para las minorías. Esta percepción se fundamenta gracias a su origen en la Constitución de 1991 –considerada garantista– y a varias de sus decisiones progresistas –aborto, eutanasia, dosis mínima, matrimonio igualitario, salud, desplazados–.

previas. Gracias a la acción de tutela,[6] recurso creado por la Constitución de 1991 y que permite a cualquier ciudadano exigir la protección de sus derechos fundamentales sin mayores obstáculos formales, varias mujeres argumentaron que las múltiples barreras que los actores institucionales les imponían para llevar a cabo los abortos eran una vulneración de sus derechos fundamentales. Por ese motivo, la mayoría de las sentencias analizadas en este texto fueron casos en sede de revisión de tutela en la cual la mujer solicitó el amparo constitucional porque le negaron la IVE (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-636 de 2011, T-959 de 2011 y T-532 de 2014).

Dada la naturaleza de la acción legal en cuestión, la presencia de argumentos conservadores no provino de actores organizados, sino de sujetos que tenían poder de decisión gracias a competencias legales y sociales: eran profesionales de la salud, funcionarios de Entidades Promotoras de Salud (EPS), jueces de tutela en primera y segunda instancia y el procurador general y sus delegados. La mayoría de estos actores compartían la característica de apelar de manera directa o indirecta a su religión (catolicismo o alguna de sus variantes) al momento de justificar sus posiciones.

Ahora, en cuanto a los argumentos, buena parte del debate presente en las sentencias revisadas se concentró en el material probatorio; es decir, disputas sobre la acreditación adecuada y certera de la causal invocada por la mujer que solicita la IVE (Corte Constitucional, T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-636 de 2011, T-959 de 2011, T-585 de 2010 y T-841 de 2011). La reacción práctica más persistente a la despenalización consistió en obstaculizar la realización de los abortos mediante justificaciones burocráticas, o en poner en duda los motivos expresados por las mujeres. En ese aspecto, se

siglo veintiuno editores

6 La acción de tutela es un mecanismo legal del que disponen todos los ciudadanos cuando consideren que se les ha vulnerado algún derecho fundamental. Este mecanismo de defensa es inmediato, su presentación no requiere muchas formalidades y puede interponerse contra autoridades públicas y también contra particulares. Todos los jueces de Colombia tienen competencia para conocer sobre estos casos y la Corte Constitucional puede revisar algunos de estos fallos de tutela –en especial cuando considere que esa revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave–. Cuando se incumple la decisión que toma el juez respecto de la acción de tutela hay desacato que puede ser sancionable con arresto de hasta seis meses y con multas de hasta veinte salarios mínimos mensuales (Decreto 2591/2001). La acción de tutela es un mecanismo popular y recurrente entre los colombianos; según un informe de la Defensoría del Pueblo, durante el año 2013 se interpusieron 454 500 tutelas, de las cuales 115 147 buscaban reclamar algún servicio de salud.

destacan dos argumentos conservadores encontrados en los debates ante el Tribunal Constitucional:

1. Plantean que la IVE es un delito con excepciones que protege la vida del producto de la fecundación y no un derecho que tienen las mujeres sobre sus cuerpos. Por eso, las solicitudes de IVE se tramitan como procedimientos punitivos en los que se privilegia el debate probatorio por encima de otro tipo de consideraciones –como las relacionadas a los derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad e igualdad de las mujeres que solicitan la interrupción–. En la mayoría de los casos analizados, los jueces de tutela y profesionales de la salud condicionan la realización de un aborto legal y seguro al cumplimiento de requisitos excesivos e innecesarios como órdenes judiciales (T-171 de 2007, T-388 de 2009 y T-636 de 2011) y sobre todo a la existencia de pruebas científicas que acrediten más allá de toda duda la causal que se alega (T-988 de 2007, T-946 de 2008, T-959 de 2011, T-585 de 2010 y T-841 de 2011).
2. Bajo la presunción de que las mujeres en general mienten, expresada por los operadores en el proceso judicial, se asume que en todas las solicitudes de interrupción del embarazo hay un abuso del derecho para conseguir abortos legales en cualquier circunstancia. Por eso, los jueces de tutela y los profesionales de la salud cuestionan todas las pruebas presentadas por las accionantes al considerar que las mujeres que solicitan la IVE tienen motivos ocultos y no están amparadas en las causales "excepcionalísimas" de la despenalización.

siglo veintiuno editores

La forma en que operan estos argumentos puede entenderse mejor en dos casos de tutela: el primero es el de una menor de 13 años que quedó embarazada como resultado de una violación. Su madre solicitó la interrupción y el juez de tutela la negó porque consideró que "a pesar de la existencia de la denuncia penal, no se puede tener como claramente establecido que el embarazo sea fruto del acceso carnal abusivo" (T-208 de 2008). El segundo caso es el de una mujer con parálisis cerebral, que también quedó embarazada en iguales circunstancias. Su madre pidió la interrupción y la EPS la negó con el argumento de que no existía una sentencia de interdicción judicial y un examen psicológico que constatara que el acceso carnal no había sido consentido (T-988 de 2007). En ambos casos queda claro cómo los jueces de tutela y los profesionales de

la salud encuadran las solicitudes de interrupción del embarazo como procesos punitivos en los que debe acreditarse la causal que se alega por encima de otras consideraciones constitucionales. En estos casos es evidente también la presunción de mala fe sobre lo que dicen las mujeres.

El otro argumento está relacionado con la libertad de culto de los médicos y jueces. Esta disputa pretende no sólo plantear el debate como una tensión entre el derecho a objetar conciencia y todos los derechos involucrados en la IVE, sino también argumentar que la balanza se debe inclinar siempre a favor de la libertad de conciencia. La posición anterior se evidencia en los casos estudiados por la Corte, en los que los médicos, además de objetar conciencia, no remiten a las accionantes a ningún otro especialista (T-209 de 2008 y T-946 de 2008), o ponen trabas en el procedimiento (como exigir que el médico que certifica la afectación a la salud de la mujer sea un profesional que tenga un contrato con la entidad prestadora de salud a la cual la mujer está afiliada) (T-841 de 2011). Tal vez más sorpresivo aún es cuando los jueces de la República, enfrentados a las acciones de tutela, también objetan conciencia y citan la biblia y no la sentencia C-355 de 2006 (T-388 de 2009).

Consejo de Estado

El Consejo de Estado tiene la reputación de ser un espacio en el que se aplica el derecho desde una concepción formal y conservadora.[7] En los asuntos relacionados con la IVE, este alto tribunal anuló la normatividad expedida por el Poder Ejecutivo y fue uno de los ámbitos donde prosperaron los reclamos conservadores.

Como componente interesante en sus decisiones se encuentra que uno de los intervinientes más sobresalientes fue el procurador general de la Nación, Alejandro Ordóñez, quien ocupó ese cargo desde el 15 de enero de 2009 hasta el 7 de septiembre de 2016, y quien antes había formado parte del Consejo de Estado (en el período 2000-2008). Es de conocimiento público que el exprocurador Ordóñez se ha opuesto de

siglo veintiuno editores

7 No sólo en el tema de la IVE el Consejo de Estado ha adoptado una posición conservadora. En 2002 este alto tribunal determinó que la Ley 581 de 2000 o Ley de Cuotas (que busca garantizar la participación de las mujeres en niveles decisorios de la administración pública, en un mínimo del 30%) representaba apenas una recomendación para el presidente de la República, que no era exigible de manera alguna y que no constituía una obligación para la Corte Suprema de Justicia incluir mujeres en las ternas que presenta al Congreso para la elección de magistrados de la Corte Constitucional. Véase Consejo de Estado, sentencia del 26 de noviembre de 2002, ministro ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

manera ferviente a la interrupción del embarazo[8] y que su influencia sobre este tribunal no ha sido inferior.[9] Fue el propio Consejo de Estado quien lo postuló en la primera terna que lo llevaría a ser el director de la Procuraduría General.

Las sentencias analizadas en esta sección fueron casos en los que se declaró la nulidad del Decreto 4444/2006, expedido por el presidente de la República, y de las Circulares Externas 58 del 27 de noviembre del 2009 y 03 del 27 de septiembre del 2011, proferidas por la Superintendencia de Salud (Consejo de Estado, 2008-2000256/2013 y 2012-2000017/2013). La normatividad anulada buscaba reglamentar aspectos relacionados con la aplicación práctica de la IVE después de la despenalización parcial.

Por la naturaleza mencionada, los actores que construyen los argumentos son el propio Consejo de Estado, la Procuraduría y algunos intervinientes que demuestran cierto grado de organización (la Clínica San Ignacio de Loyola, perteneciente a la Universidad Javeriana, dirigida por padres jesuitas; Luis Rueda, reconocido activista conservador).

Los argumentos que se identifican en los casos estudiados son los siguientes:

1. Que tanto el decreto como las circulares afectan de manera grave el derecho fundamental a la objeción de conciencia y libertad de cultos. Para los accionantes, exigir a los médicos que, al momento de objetar conciencia, remitan a la mujer a otro especialista que sí esté dispuesto a practicar el procedimiento es una medida desproporcionada; a su vez, consideran que las entidades prestadoras de salud deberían poder objetar conciencia como institución. Las fuentes de este argumento son el art. 18 de la Carta Política colombiana, que garantiza la libertad de conciencia, y el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Consejo de Estado, 2008-2000256/2013 y 2012-2000017/2013).

siglo veintiuno editores

8 "Las posturas más polémicas de Ordóñez en su era de procurador", *El Espectador,* 8 de septiembre de 2016, disponible en <www.elespectador.com>; "Procurador Alejandro Ordóñez reitera rechazo al aborto", *W Radio,* 13 de mayo de 2013, disponible en <www.wradio.com.co>.

9 J. E. Lewin, "El Consejo de Estado que tiene temblando al procurador", *La Silla Vacía,* 20 de enero de 2016, disponible en <www.lasillavacia.com>.

2. Insisten que, al ser la objeción de conciencia un derecho fundamental, este debe ser reglamentado e implementado de forma especial; es decir, a través de una ley estatutaria y no mediante sentencias de tutela de la Corte Constitucional ni, mucho menos, circulares y decretos expedidos por ministerios y superintendencias. En este tema, es interesante ver que la Procuraduría General de la Nación, en una de sus intervenciones, invoca la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés) para argumentar que el gobierno no puede reglamentar la interrupción del embarazo, pues estos documentos internacionales establecen que los cambios que se introduzcan al sistema de salud respecto del aborto deben hacerse a través del proceso legislativo nacional (Consejo de Estado, 2008-2000256/2013).
3. Señalan que la IVE no es un servicio de salud obligatorio que debe garantizar y financiar el Estado porque la sentencia C-355 de 2006 no tuvo ningún impacto sobre el sistema general de salud y también porque los servicios de salud deben procurar la vida y no la muerte (Consejo de Estado, 2008-2000256/2013).

siglo veintiuno editores

En esta sección del capítulo quisimos mostrar que

1. los argumentos conservadores que se presentaron tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado se construyeron principalmente en consideración a justificaciones de derechos fundamentales, competencia legal e interpretación jurídica, y que
2. en ese sentido, los actores adaptaron sus argumentos de acuerdo con el lenguaje, las reglas y la percepción pública del foro judicial y también en función de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006.

ARGUMENTOS EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

El Poder Legislativo colombiano tiene fama de ser ineficiente, en especial en puntos álgidos que son de gran impacto en la opinión pública. En el caso del matrimonio igualitario, por ejemplo, la Corte Constitucional le dio un plazo de dos años al Congreso para que regulara la mate-

ria, pero esa fecha pasó sin ninguna normatividad expedida (Corte Constitucional, C-577 de 2011). Curiosamente, esa ineficiencia afecta tanto a los conservadores como a quienes quieren una normatividad más progresista: pese a la multiplicidad de proyectos presentados, ninguno es aprobado.

La mayoría de los proyectos de ley analizados tenían como propósito penalizar o desincentivar la IVE. Es notable que el interés legislativo se despertó por la decisión de la Corte Constitucional. Desde 1998 hasta el 10 de mayo de 2006 (fecha de la sentencia C-355) se presentaron tres proyectos de ley (PL); en su mayoría a favor de la despenalización del aborto en determinadas circunstancias (PL 236/03; PL 64/05; PL 187/05). Después de la sentencia se presentaron once proyectos de ley y en su mayoría buscaban penalizar o desincentivar el aborto.

La identificación de los actores y sus raíces políticas es mucho más sencilla en el Parlamento. Por ejemplo, las exsenadoras del Partido de la Unidad Nacional Claudia Wilches Sarmiento y Claudia Rodríguez de Castellanos fueron autoras de cuatro y dos proyectos de ley respectivamente en contra de la IVE.[10] Ambas parlamentarias pertenecen a Iglesias cristianas.

En lo referente a los argumentos, encontramos que los discursos conservadores que se presentaban con fuerza y regularidad antes de la sentencia que despenalizó de forma parcial el aborto, y que se caracterizaban por ser en especial morales y religiosos, fueron utilizados libremente en este foro, lo que marcó una diferencia directa con los espacios judiciales. Nos referimos a los siguientes:

1. Plantean la existencia de una naturaleza humana única que comprende la vida como regalo de Dios y como hecho biológico que inicia desde el momento de la fecundación. En este sentido, el reconocimiento y la validez de las normas jurídicas dependen de su correspondencia con esta naturaleza humana. Por ende, cualquier norma que busque despenalizar el aborto contradice esta naturaleza y no es ni puede ser una norma jurídica (Congreso de la República, 60/09 Cámara,

10 Los proyectos de ley no prosperaron por tres razones. La primera es por tránsito de legislatura, es decir, que los proyectos no fueron discutidos dentro del límite de tiempo establecido legalmente (dos años). La segunda razón es porque sus autoras decidieron retirarlos. Y la última, es porque los proyectos fueron archivados en un debate por votación de la mayoría de los parlamentarios.

siglo veintiuno editores

217/10 Senado; 154/09 Senado; 86/06 Senado; 06/11 Senado y 94/10 Senado).

2. Proponen que la protección del derecho a la vida desde el momento de la fecundación goza de inmunidad constitucional según una interpretación del preámbulo y los arts. 2, 5, 11, 42, 43, 44 y 93 de la Carta Política. También proponen una lectura del derecho internacional, en especial de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, que proscribe la despenalización de la IVE y protege la vida desde el instante de la fecundación (Congreso de la República, 153/09 Senado; 21/10 Senado; 16/12 Cámara; 06/11 Senado; 154/09 Senado; 157/12 Cámara y 08/11 Senado).
3. Plantean discusiones sobre la naturaleza biológica de las mujeres encaminadas a demostrar cómo el aborto es un desconocimiento de esa naturaleza única. Este argumento opera bajo el supuesto de que como las mujeres siempre quieren ser madres, el aborto es una decisión tomada por los hombres para obtener beneficios, como evitar la responsabilidad de un hijo, a un bajo costo (Congreso de la República, 16/12 Cámara; 60/09 Cámara; 217/10 Senado; 154/09 Senado; 86/06 Senado; 157/12 Cámara; 08/11 Senado y 104/06 Cámara).
4. Traen a colación un supuesto cuerpo sólido y amplio de evidencia científica para demostrar los efectos físicos, psicológicos y sociales que los abortos producen en las mujeres. Los estudios mencionados se centran en señalar que una mujer que aborta tiene un mayor riesgo de desarrollar diferentes enfermedades mentales. Incluso afirman que se ha comprobado con rigor científico que las mujeres que paren tienen una mejor salud mental que las que abortan o las que nunca han estado embarazadas. Con esto en cuenta, los congresistas argumentan que, si lo que se busca es prevenir la muerte de mujeres gestantes, deben adoptarse políticas públicas concentradas en la prevención de enfermedades de las mujeres y en el cuidado prenatal (Congreso de la República, 94/10 Senado).
5. Denuncian, de un lado, que la Corte Constitucional no respetó su precedente a favor de la vida del producto de la fecundación y, de otro lado, que si la Corte quería cambiar su jurisprudencia tenía que demostrar que las razones anteriores habían perdido justificación; cosa que, a juicio de estos acto-

siglo veintiuno editores

res, no sucedió en la sentencia C-355 de 2006 (Congreso de la República, 86/06 Senado; 60/09 Cámara; 217/10 Senado; 153/09 Senado;154/09 Senado y 06/11 Senado).

6. Y de la mano con lo anterior, utilizan un argumento que es muy común en contra de las decisiones judiciales: afirman que la sentencia que despenalizó el aborto de manera parcial es ilegítima porque no es democrático que un cuerpo colegiado que no fue elegido por votación popular decida sobre el derecho fundamental a la vida de un grupo de seres humanos (los fetos) (Congreso de la República, 16/12 Cámara y 154/09 Senado).

De la presentación de estos argumentos podemos concluir que

1. los actores conservadores en el Congreso de la República construyeron principalmente sus argumentos en atención a justificaciones seculares y morales; y
2. estos argumentos se presentaron de forma particular y distinta al foro judicial, pues utilizaron un lenguaje muy emotivo, con referencias directas y constantes a Dios y con justificaciones sobre conveniencia pública. Lo anterior tiene mucho sentido dado que el Congreso es un foro esencialmente político, en el que cada uno de los parlamentarios representa fuerzas dentro de la sociedad.

siglo veintiuno editores

ARGUMENTOS EN LA PRENSA

Con el objetivo de identificar los argumentos de los conservadores en los medios de comunicación, seleccionamos tres periódicos colombianos (*El Espectador*, *El Tiempo* y *El Colombiano*) para realizar un archivo de prensa de lo publicado entre el 2006 (año de expedición de la sentencia) y finales del 2015. Para este ejercicio, nos valemos del concepto de encuadre [*framing*], explicado de la siguiente manera por Tarrow (1997): "Es un proceso en el que los actores sociales, los medios de comunicación y los miembros de una sociedad interpretan en conjunto, definen y redefinen el estado de las cosas". Es decir, hay una pugna por entender una *forma* de ver un tema.

Para los alcances de este texto, entendemos los medios de comunicación como un foro más de intervención de quienes defienden posiciones conservadoras; esto, dado que el debate público nacional y las decisiones de las Cortes y el Congreso están siempre en conversación a través de los

medios de comunicación. Nuestro interés, en este sentido, es proponer una tipología de los argumentos en contra de la interrupción del embarazo recogidos en la prensa con sus respectivos ejemplos.

La elección de *El Tiempo* y *El Espectador* como objeto de estudio se debe a consideraciones prácticas y a las características de cada uno de los medios. Primero, se eligieron porque tuvimos acceso al archivo de prensa de la Fundación Oriéntame en el cual se hace seguimiento a esos dos periódicos, lo que facilitó estudiar el universo de noticias por ellos publicado. Segundo, porque son los medios impresos más antiguos en circulación.[11] Tercero, porque en medios impresos y digitales son los periódicos más consultados del país.[12] Y cuarto, porque son periódicos de referencia para las élites políticas e intelectuales del país.

Sin embargo, después de una revisión inicial, consideramos que debido a los principios liberales que rigen *El Tiempo* y *El Espectador* los argumentos conservadores no tenían suficiente representación. En total, entre los dos medios se encontraron 481 menciones al tema de la IVE entre enero del 2007 y junio del 2015, la mayoría de ellas en representación de posiciones favorables a la sentencia C-355 de 2006 e, incluso, a la despenalización total. Por eso, para la elaboración de este capítulo expandimos la búsqueda para incluir a *El Colombiano*, periódico tradicional antioqueño que es reconocido por tener principios conservadores que rigen su ejercicio periodístico. Se encontraron 115 menciones en este medio en el que, en efecto, se otorga más espacio a quienes profesan argumentos de índole conservadora.

Como se verá a continuación, los argumentos conservadores que se ven representados en los medios son similares a los expuestos en los foros judiciales y, en especial, en el Congreso de la República. Esto, creemos, se debe a que los medios son vistos, por una parte, como una extensión del espacio de debate dado en las Cortes y en el Congreso y, por otra

siglo veintiuno editores

11 *El Espectador* fue fundado el 22 de marzo de 1887; *El Tiempo*, el 30 de enero de 1911.

12 En marzo del 2016, *El Tiempo* recibió 24,9 millones de visitas a su página, mientras que *El Espectador* 15,4 millones. Al respecto, véase S. Serrano, "Así se camella en cuatro medios que leen los colombianos por internet", *Vice*, 22 de abril de 2016, disponible en <www.vice.com>. En cuanto a circulación, no hay datos de suscriptores públicos, pero el Estudio General de Medios (EGM) del 2015 reveló que *El Tiempo* cuenta con 3 515 548 lectores, y *El Espectador* con 1 843 604. Al respecto, véanse "Audiencia de *El Tiempo* continúa en crecimiento", *El Tiempo*, 7 de junio de 2015, disponible en <www.eltiempo.com> y "Creció un 6% el número de lectores de *El Espectador*", *El Espectador*, 7 de mayo de 2015, disponible en <www.elespectador.com>.

parte, como un escenario en el cual es posible influenciar las discusiones de procesos judiciales y la elaboración de políticas públicas. Aunque no es el objetivo de este texto profundizar en lo siguiente, un hallazgo interesante fue que los tres medios estudiados realizaron una cobertura constante en reacción a las decisiones judiciales sobre el aborto, lo que garantizó que los términos empleados en el encuadre fuesen similares a los que se usaron en el foro judicial.

A partir de la información observada encontramos que los debates retratados por la prensa estudiada se pueden agrupar en tres grandes tipos de argumentos:

a) el argumento moral,
b) el argumento de conveniencia/política pública, y
c) el argumento constitucional/de derechos.

Los actores que se ven representados en este foro son columnistas, ciudadanos que envían cartas, miembros de la Iglesia que envían colaboraciones y los editoriales de los periódicos que en general son escritos por personas cercanas a la dirección de los medios.

Dicho lo anterior, es importante hacer una precisión. Las dinámicas de publicación internas de los medios de comunicación responden a complejas relaciones de poder. Por eso, ciertas voces se ven privilegiadas sobre otras y las barreras construyen sesgos ideológicos. Aunque un estudio sobre las características de los actores en los medios colombianos es fascinante y útil, excede los alcances de este texto. Observar los argumentos que se adoptaron, sin embargo, muestra que los medios de comunicación son un foro particularmente permeable tanto a las decisiones de los jueces como a los movimientos más populares que se ven en el Congreso.

A continuación se presentará cada categoría con una síntesis del argumento típico que se hallaría en ese espacio y sus respectivos ejemplos.

El argumento moral

Al igual que en los foros discutidos en la sección anterior, en los medios de comunicación hay una posición constante que cuestiona la moralidad de permitir la IVE. Sin embargo, y debido a las características de los medios de comunicación, la emotividad de este argumento es explotada al máximo. De manera precisa, el argumento moral se presenta de dos formas:

siglo veintiuno editores

a) bajo la idea de que el aborto es un asesinato y por ende es un acto que no debería ser protegido por el ordenamiento jurídico colombiano, y
b) mediante la aceptación de la despenalización parcial pero defendiendo el derecho a objetar conciencia bajo justificaciones morales.

En un artículo publicado por *El Tiempo*, se retoma la voz de una mujer de escasos recursos que decidió no abortar y manifestó: "No soy nadie para matar a un bebé".[13] Esta expresión es la posición típica defendida en múltiples ocasiones por columnistas, ciudadanos (a través de las cartas de los lectores) y miembros de la Iglesia. Otro ejemplo de este argumento se presenta en una carta de los lectores de *El Tiempo* en la que la autora se pregunta: "No sé por qué no pensamos en esos pequeños seres que tienen derecho a vivir y ser queridos por tantas familias que desean un hijo".[14]

Es en *El Colombiano*, sin embargo, donde encontramos de manera recurrente este argumento. En una columna del 7 de octubre de 2008, Beatriz Eugenia Campillo escribe que la IVE es un "crimen contra una criatura que no ha nacido, del que la madre y el médico son responsables, y eso por no mencionar los que de forma oculta promueven el delito que se camufla bajo el nombre de un derecho sexual y reproductivo".[15] Juan Gómez escribe en 2011 en el mismo diario: "Para mí, el aborto es el asesinato de la criatura más indefensa de la humanidad. Es una criatura que no tiene cómo defenderse, que no tiene manera de protestar, que no tiene quién la defienda si no es su propia madre".[16]

Cuando la lucha normativa se centra en el tema de la objeción de conciencia, quienes entienden el aborto como un tema moral hacen una variación del argumento: pese a que la ley permita el asesinato de un ser humano indefenso, las personas, en especial los profesionales de la salud y los operadores judiciales, tienen el derecho a apartarse de ese mandato legal. En una columna de 2008, Jorge Merchán Price argumenta, en este

siglo veintiuno editores

13 Redacción *El Tiempo*, "Un aborto inflado", *El Tiempo*, 10 de mayo de 2007, disponible en <www.eltiempo.com>.
14 Carta de los lectores, "Un milagro de vida", *El Tiempo*, 20 de febrero de 2007, disponible en <www.eltiempo.com>.
15 B. E. Campillo Vélez, "Una sociedad incoherente", *El Colombiano*, 7 de octubre de 2008, disponible en <www.elcolombiano.com>.
16 J. Gómez Martínez, "El derecho a la vida", *El Colombiano*, 5 de octubre de 2011, disponible en <www.elcolombiano.com>.

sentido, que "la conciencia de los médicos y con ella la moral médica universal se encuentran secuestradas, en virtud de la muy arbitraria y caprichosa sentencia de la Corte Constitucional".[17] Lo propio hace Germán Torres, un médico, en una carta de los lectores publicada en *El Tiempo,* al decir que quienes opinan sobre el aborto lo hacen con profunda ignorancia dado que creen que "el feto es como un muñeco de trapo en el vientre que no siente ni piensa", cuando en realidad sí lo hace, y recuerda que "los médicos con ética, en su mayoría, somos educados para la vida y no para asesinar".[18]

Tal vez el argumento prototípico de quienes objetan conciencia, y que va de la mano con los hallazgos en otros países sobre la inevitable influencia de la Iglesia católica sobre los operadores judiciales, lo presenta el juez décimo civil municipal de Cúcuta, José Yáñez Moncada, cuyo testimonio es recogido en una nota de prensa en la que explica por qué se negó a conceder una tutela a una mujer que invocó la causal de malformación del feto:

> Se debe a que soy un defensor acérrimo de la vida, me crié defendiéndola y respetándola, además de que soy un ferviente practicante de la fe católica y cristiana, la cual no me ha coadyuvado, sino que ha sido la base para alimentar mi convicción, de ser incapaz de tomar una decisión en pro de la naturaleza que se pretende.[19]

siglo veintiuno editores

Conveniencia/política pública

Dado que en la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional reconoce el aborto como un problema de salud pública –en atención a la cantidad de abortos clandestinos– los conservadores responden a ese argumento de dos maneras: primero, cuestionan las cifras de abortos clandestinos para (a) dudar de su realidad y (b) argumentar que la mejor forma de combatirlos es con la prohibición; y segundo, manifiestan que si lo que se busca es hablar de la salud de las mujeres, no pueden ignorarse los efectos secundarios de los abortos.

17 J. Merchán Price, "Carta de un médico contra el aborto", *El Tiempo,*10 de mayo de 2008, disponible en <www.eltiempo.com>.

18 G. Torres, "La polémica sobre el aborto (I)", *El Tiempo*, 11 de mayo de 2008, disponible en <www.eltiempo.com>.

19 H. Coronel Noguera, "Tutela sobre aborto enreda a juez", *El Espectador*, 11 de diciembre de 2008, disponible en <www.elespectador.com>.

De esa manera, monseñor Fabián Marulanda, secretario general de la Conferencia Episcopal, escribe en *El Espectador* que "el aborto sigue ahí como algo que no ha tenido una real solución, porque el problema no consiste en legalizarlo, sino en realizar campañas educativas más de fondo".[20] Y el entonces presidente del Partido Conservador, José Darío Salazar, dijo en *El Tiempo* que "la única forma de contrarrestar la proliferación de los abortos es prohibiéndolos".[21]

El principal esfuerzo en los medios de comunicación, sin embargo, ha consistido en posicionar la idea de que existe una cantidad importante de efectos secundarios negativos que enfrentan las mujeres al abortar y que no son tenidos en cuenta por las autoridades judiciales ni por quienes promueven la despenalización. Al respecto, escribió J. M. en *El Colombiano*:

> Un estudio dirigido por David Fergusson, psicólogo y epidemiólogo neozelandés, señala que el 42% de las mujeres que se habían sometido a aborto voluntario antes de cumplir 25 años experimentaron un estado depresivo en los cuatro años siguientes y presentaron una tasa significativamente mayor de problemas mentales y con mayor frecuencia estados depresivos que los que ocurrían en mujeres de la misma edad que nunca habían estado embarazadas.[22]

La columnista Carmen Elena Villa Betancourt escribió en *El Colombiano*:

> Me pregunto si la "Clínica de la mujer" presentará acompañamiento psicológico en el trauma postaborto, que deja tantas heridas durante años, no propias del "prejuicio social", sino más bien de su condición intrínseca de generar vida, y de haber convertido el vientre en un sepulcro.[23]

siglo veintiuno editores

20 F. Marulanda, "Las excomuniones de la Iglesia son sensatas", *El Espectador*, 4 de mayo de 2008, disponible en <www.elespectador.com>.

21 Redacción *El Tiempo*, "Ponentes del proyecto sobre aborto, divididos", *El Tiempo*, 26 de agosto de 2011, disponible en <www.eltiempo.com>.

22 "Coloquios de J. M.", *El Colombiano*, 30 de agosto de 2011, disponible en <www.elcolombiano.com>.

23 C. E. Villa Betancourt, "Clínica de la mujer: ¿un proyecto vanguardista?", *El Colombiano*, 10 de agosto de 2009, disponible en <www.elcolombiano.com>.

Argumento constitucional y de derechos fundamentales

Ante la consolidación jurisprudencial de la IVE como un derecho fundamental protegido por la Constitución, la reacción conservadora se concentró en dos estrategias:

a) argumentar que el aborto es un delito con tres excepciones, no un derecho fundamental de las mujeres, y
b) cuestionar la competencia de la Corte Constitucional para regular temas como la objeción de conciencia.

Como muestra del primer argumento, encontramos esta publicación de J. M. en *El Colombiano* cuando la Corte Constitucional ordenó que se instaurara una cátedra sobre el aborto en los cursos de educación sexual:

> Ni los Ministerios de Educación y de la Protección Social, ni la Superintendencia de Salud pueden ordenar a las EPS que "se respete el derecho de las mujeres a abortar", porque moralmente el aborto no es un derecho sino un delito. Además jueces y médicos tienen derecho a alegar objeción de conciencia cuando se trata de ordenar la ejecución de un aborto, y el Tribunal de Ética Médica no puede violar la conciencia moral de un facultativo que se niegue a realizar estos procedimientos.[24]

Esa es la posición que utiliza la Procuraduría cuando solicita la nulidad de la sentencia que entiende la IVE como un derecho fundamental, pues, según el Ministerio Público, "[lo que] estamos pidiendo es que se decrete la nulidad de la sentencia que eleva a la condición de derecho al aborto, lo cual se establecía como un delito no criminalizado".[25] En el mismo sentido, Beatriz Eugenia Campillo escribe:

> Frente al tema del aborto hay un grave problema de manejo del lenguaje jurídico. Es preocupante que los empleados públicos y la ciudadanía empiecen a hablar de ley, y de abortos legales e ilegales, cuando en Colombia *no existe ley del aborto, existe sentencia que despenaliza, no legaliza.* Por tanto hay que decir que el aborto sigue siendo delito, pero que en esas tres causales no se

24 "Coloquios de J. M.", *El Colombiano*, 3 de noviembre de 2009, disponible en <www.elcolombiano.com>.

25 Colprensa, "Aborto no puede tener condición de derecho", *El Colombiano*, 29 de octubre de 2009, disponible en <www.elcolombiano.com>.

XXI siglo veintiuno editores

> le asignará ninguna sanción penal ni a la mujer, ni al "médico". Por tanto los abortos son punibles o no punibles.[26]

Estos argumentos reconocen la sentencia C-355 de 2006 pero proponen una interpretación restrictiva. Dentro de este tipo de argumentos también se presenta aquel que señala que el verdadero derecho en cuestión es el de la vida y que es la Corte Constitucional la que lo vulnera cada vez que entiende el aborto como un derecho. Esta es una manifestación del argumento moral, pero le agrega algún tipo de validez jurídica. En ese sentido, el siguiente ejemplo:

> Muchos entre quienes defienden el aborto como un derecho de la mujer han pretendido reducir la posición contraria a una cuestión de moral religiosa, desconociendo que, cuando hablamos de la defensa de los derechos fundamentales, personalísimos, inalienables e indisponibles, nos referimos en primer lugar al Derecho Natural, que es anterior a cualquier ordenamiento jurídico positivo. Si el derecho a la vida es el presupuesto de todos los derechos y libertades, y su garantía y protección se constituye en la condición para la legitimidad de los estados contemporáneos, entonces, Colombia y muchos otros países a la vanguardia de la promoción del aborto, como China, Estados Unidos, Chile, España y, en general, la Unión Europea, están yendo en contravía del sentido común y de distintas fuerzas sociales.[27]

Entonces, el foro de los medios de comunicación es distinto a los otros estudiados, debido a que abre la puerta a una pluralidad de posiciones, pero está relacionado de manera directa con los argumentos que se expresan en esos otros espacios. Los medios, al estar en conversación con jueces, parlamentarios y movimientos sociales (conservadores y liberales), son ámbito para probar argumentos, proponer nuevas visiones y, también, consolidar enfoques particulares de entender la realidad.

siglo veintiuno editores

26 B. E. Campillo, "Clínica: aporte al debate", *El Colombiano*, 21 de septiembre de 2009, disponible en <www.elcolombiano.com>.

27 J. D. García Ramírez, "De objetores a sospechosos", *El Colombiano*, 23 de octubre de 2009, disponible en <www.elcolombiano.com>.

ALGUNOS APORTES PARA UN MOVIMIENTO PRO LIBERALIZACIÓN DEL ABORTO

La experiencia colombiana en cuanto a la evolución de los argumentos conservadores en el tema de la IVE es útil por varias razones: primero, confirma los hallazgos de estudios previos similares en otros países y agrega un nuevo marco de referencia para quienes estén llevando adelante luchas pro liberalización en otras partes del mundo, así como para quienes busquen seguir avanzando el derecho de las mujeres en Colombia; segundo, permite identificar las tipologías de argumentos que respondieron a coyunturas particulares en Colombia, pero que seguramente aparecerán en otros países dado que la estructura lógica del debate se mantiene, así como las actitudes ante espacios como los Congresos y el Poder Judicial; y finalmente, ofrece pistas para las discusiones que se llevarán a cabo en países que estén en etapas similares del debate. A partir de nuestro estudio, queremos sugerir algunas ideas que pueden servir al momento de elaborar estrategias de intervención en el debate público nacional.

En primer lugar, queda en evidencia que la oposición conservadora al aborto en Colombia adopta, como en otros lugares de América Latina, argumentos seculares más allá de su siempre presente argumento moral que equipara la IVE a un asesinato. Esto ocurre sobre todo en los foros judiciales y puede interpretarse como un desplazamiento estratégico de argumentos (si entendemos que su propósito es lograr mayor incidencia en estos espacios).

Es importante anotar, sin embargo, que esa secularización no abandona del todo las justificaciones religiosas y morales, pues estas permanecen en la mente de quienes defienden las posiciones en contra de la despenalización. Este último aspecto se puede observar en los términos en que se construyen los argumentos seculares: la mujer gestante siempre es nombrada como "madre"; el producto de la fecundación es "niño", "bebé", "criatura inocente"; el aborto lo describen como un "asesinato/delito" y como algo que tiene que ver con la vida y la muerte.

Consideramos que conocer de antemano la forma en que se utilizan estos argumentos en los foros judiciales es útil para el movimiento a favor, pues le da la posibilidad de analizar cómo desvirtuarlos, qué estrategias aplicar ante las distintas cortes y cómo estas justificaciones opuestas se relacionan y conversan con sus propios argumentos. Además, este es un testimonio de la utilidad que tiene convencer a determinados actores en posiciones clave de poder. Si la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, no hubiese adoptado el enfoque de salud pública de las

siglo veintiuno editores

mujeres, que luego evolucionaría hasta hablar de la IVE como un derecho fundamental, las posiciones conservadoras no se habrían visto en la necesidad de modificar su lenguaje. La generosa adopción de esos argumentos en los medios de comunicación es también un indicio del efecto que tienen los triunfos judiciales a través de lenguajes jurídicos técnicos y propuestas de enfoque que modifiquen los términos del debate.

En segundo lugar, creemos que el éxito de los argumentos conservadores no está relacionado necesariamente con su organización formal, sino con la identidad y las características de los actores que presentan dichas justificaciones.

En Colombia, por lo menos, nos resultó difícil identificar una estrategia coordinada por parte de los actores conservadores que obtuvieron triunfos en el Consejo de Estado y en los casos de tutela. Como mencionamos durante el texto, los médicos, jueces y otros funcionarios públicos fueron actores protagónicos y sus argumentos tuvieron acogida, principalmente, dado el poder legal, social o institucional que poseían, dentro de las solicitudes de interrupción del embarazo, y dada su identificación como creyentes católicos.

Como entendemos que el éxito de sus estrategias no dependió de manera exclusiva de su nivel de organización, consideramos que cualquier movimiento a favor de la liberalización deberá contemplar estrategias que intenten matizar la centralidad de estos actores (jueces y profesionales de la salud) en los procesos de interrupción del embarazo y también estrategias que tengan como objetivo informar y persuadir a estos actores. Por ejemplo: capacitaciones con médicos y jueces, charlas informativas, litigio estratégico no sólo a nivel nacional, sino local, etc.

Aunque es fundamental hacer un estudio que caracterice a los actores, los hallazgos de este capítulo permiten pensar que la volatilidad emocional que representa el tema del aborto va a crear siempre los mismos tipos de obstáculos espontáneos y voluntarios. Es así como un país como Chile, por ejemplo, donde se acaba de aprobar una despenalización parcial, debe estar a la expectativa de las oposiciones de los médicos, la obstaculización por parte de los funcionarios de las entidades prestadoras de salud y la complicidad de jueces regionales que tienen posiciones muy fuertes sobre estos temas. Nos parece útil que esto se tenga en cuenta y se contrarreste con intervenciones educativas que ayuden a cambiar los marcos de entendimiento. Después del triunfo jurídico del movimiento pro liberalización en Colombia, el éxito de los conservadores fue entorpecer la ejecución del derecho en la práctica.

En tercer lugar, es fundamental que un movimiento proliberalización tenga la posibilidad de acompañar los casos particulares. En Colombia,

siglo veintiuno editores

la mayor parte del desarrollo normativo sobre la IVE provino de acciones de tutela presentadas por mujeres que se encontraron con los obstáculos del sistema de salud. Los argumentos adoptados por la Corte Constitucional en esos casos, directamente influenciados por lo dicho por las accionantes, son hoy el régimen jurídico vigente en este tema. Por ende, es fundamental que en esos lugares (litigio constitucional) haya presencia del movimiento para acompañar y representar a las mujeres y también para participar en la construcción de las reglas legales aplicables para estos casos. Los activistas deben comprender que el caso a caso es el ámbito en que se presenta la principal evolución del debate sobre el aborto una vez que se obtienen avances legales a nivel nacional.

En cuarto lugar, la contramovilización o polarización que pueda presentarse en estos casos es, en última instancia, un aspecto inevitable de cualquier cambio social que está relacionado con los intereses e ideas que se mueven en torno al tema que se discute y no necesariamente con el lugar donde se dé el cambio. Cualquier estrategia de liberalización, entonces, debe estar preparada no sólo para obtener el triunfo inicial, sino para soportar la contramovilización que surgirá una vez despenalizado el aborto –más allá de si el cambio se dio en las cortes o en el Congreso–.

En quinto lugar, los litigios de alto impacto no pueden descuidar los medios de comunicación como un campo esencial de intervención y de debate público. Dado el interés noticioso y la polémica que genera el aborto, es útil prever que en los medios se dará una dura batalla argumentativa y estar preparado para dar explicaciones que neutralicen las posiciones conservadoras y que sirvan para posicionar los encuadres favorables para la liberalización.

Es útil, entonces, presentar los argumentos que cambian el enfoque sobre el tema de la manera más clara y concreta posible, y pensar además cuáles son las características y los intereses de los medios en cuestión. Prestarse como fuente, educar periodistas, crear lazos con los opinadores y no descuidar ese espacio, siempre evitando caer en las trampas de los argumentos religiosos y emocionales de la contraparte, ayuda a que los medios se unan en el proceso de consolidar ciertas posiciones pro liberalización. No intervenir en la opinión pública permite que los ataques a la institucionalidad sean más efectivos y produzcan consecuencias nefastas.

En sexto lugar, dada la centralidad de los actores a la hora de entender la estrategia conservadora contra el aborto, valdría la pena hacer un estudio que se concentrase de forma especial en sus características ideológicas, demográficas, institucionales y confesionales. Este elemento, aunque interesante y fundamental al objetivo de este capítulo, esca-

XXI siglo veintiuno editores

pó a nuestro alcance. Planteamos, de todas maneras, algunas preguntas que sirven de punto de partida: ¿puede identificarse una organización en los actores conservadores? Si no, ¿cómo viajan los mismos argumentos y cómo surgen en las intervenciones ante los tribunales a lo largo y ancho del país? ¿Cuál es el rol de las Iglesias y los grupos de médicos? ¿De dónde sale la concertación? En el caso de los medios de comunicación: ¿quiénes fueron las fuentes consultadas de manera más habitual? ¿Qué cercanía tenían con el medio? ¿Qué perfil tienen los periodistas que realizan la cobertura? ¿Cómo encaja el medio en la relación entre el gobierno y los dueños del conglomerado? ¿Cómo es, además, el perfil de las personas que los leen?

REFERENCIAS

Benford, R. y D. Snow (2000), "Framing Processes and Social Movements. An Overview and Assessment", *Annual Review of Sociology*, 26: 611-639.

Brown, J. (2008), "La cuestión del aborto en Argentina. Una mirada a partir de la prensa periódica", *Question*, 1(20).

Carbonelli, M., M. Mosqueira y K. Felitti (2011), "Religión, sexualidad y política en la Argentina. Intervenciones católicas y evangélicas en torno al aborto y el matrimonio igualitario", *Revista del Centro de Investigación. Universidad La Salle*, 9(36): 25-43.

Drovetta, R. I. y J. M. Morán Faúndes (2011), "Los debates por el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en la prensa escrita nacional", en M. A. Peñas Defago y J. M. Vaggione (comps.), *Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina*, Córdoba, colección Religión, Género y Sexualidad, pp. 15-22.

Felitti, K. (2011), "Estrategias de comunicación del activismo católico conservador frente al aborto y el matrimonio igualitario en la Argentina", *Sociedad y Religión. Sociología, Antropología e Historia de la Religión en el Cono Sur*, 21(34-35): 92-122.

González Prado, P. (2011), "Obstáculos al aborto no punible. Análisis de casos en Argentina desde una lectura feminista", en M. A. Peñas Defago y J. M. Vaggione (comps.), *Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina*, Córdoba, colección Religión, Género y Sexualidad, pp. 257-284.

Greenhouse, L. y R. B. Siegel (2011), "Before (and After) 'Roe v. Wade'. New Questions About Backlash", *Yale Law Journal*, 120(8): 2028-2087.

Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) (2015), *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México, 2015*, disponible en <informe2015.gire.org.mx>.

Jaramillo Sierra, I. C. y T. Alfonso Sierra (2008), *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.

siglo veintiuno editores

Lemaitre Ripoll, J. (2013), *Laicidad y resistencia. Movilización católica contra los derechos sexuales y reproductivos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Madrazo Lajous, A. y E. Vela Barba (2013), "Conservando esencias. El uso conservador del lenguaje de los derechos fundamentales (dos estudios de caso)", en J. M. Vaggione y J. Mujica (comps.), *Conservadurismos, religión y política. Perspectivas de investigación en América Latina*, Córdoba, colección Religión, Género y Sexualidad, pp. 41-90.

Morán Faúndes, J. M. (2001), "De patologías y terapias. El discurso científico del conservadurismo religioso sobre la sexualidad y el cuerpo", en M. A. Peñas Defago y J. M. Vaggione (comps.), *Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina*, Córdoba, colección Religión, Género y Sexualidad, pp. 285-305.

Morán Faúndes, J. M., M. E. Monte, L. Sánchez y R. Drovetta (2011), "La inevitable maternidad. Actores y argumentos conservadores en casos de aborto no punible en la Argentina", en M. A. Peñas Defago y J. M. Vaggione (comps.), *Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina*, Córdoba, colección Religión, Género y Sexualidad, pp. 127-156.

Peñas Defago, M. A. (2009), "Los estudios en bioética y la Iglesia católica en los casos de Argentina y Chile", en J. M. Vaggione (comp.), *El activismo religioso conservador en Latinoamérica*, Córdoba, colección Religión, Género y Sexualidad, pp. 47-76.

Price, R. y T. M. Keck (2015), "Movement Litigation and Unilateral Disarmament. Abortion and the Right to Die", *Law and Social Inquiry*, 40(4): 880-907.

Tarrow, S. (1997), *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Alianza.

Vaggione, J. M. (2010), *El activismo religioso conservador en América Latina*, Córdoba, colección Religión, Género y Sexualidad.

— (2012), "La 'cultura de la vida'. Desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos", *Religião e Sociedade*, 32(2): 57-80.

Vaggione, J. M. y J. Mujica (2013), "A modo de introducción. Algunos puntos de discusión en torno al activismo (religioso) conservador en América Latina", en J. M. Vaggione y J. Mujica (comps.), *Conservadurismos, religión y política. Perspectivas de investigación en América Latina*, Córdoba, colección Religión, Género y Sexualidad, pp. 17-40.

Wedkin, J. (2010), "Supreme Court Litigants and Strategic Framing", *American Journal of Political Science*, 54.

Ziegler, M. (2009), "The Framing of a Right to Choose. 'Roe v. Wade' and the Changing Debate on Abortion Law", *Law and History Review*, 27(2): 281-330.

Siglo veintiuno editores

PROYECTOS DE LEY Y ACTOS LEGISLATIVOS

Congreso de la República, *Proyecto de Ley 64/05 Cámara*, "Por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consenti-

miento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas".

— *Proyecto de Ley 187/05 Senado*, "Por medio de la cual se crea la adopción por vía notarial para los casos de embarazos no deseados, acceso carnal violento, acto sexual violento e inseminación artificial no consentida y se dictan otras disposiciones".
— *Proyecto de Ley 86/06 Senado*, "Por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Protección a la mujer en estado de embarazo y en el post parto, se establecen los programas de promoción a la acogida de la vida y se dictan otras disposiciones".
— *Proyecto de Ley 104/06 Cámara,* "Por la cual se establece la protección a las mujeres embarazadas como resultado de un acceso carnal violento, de una inseminación artificial no consentida, o cuyo embrión o feto tenga posibilidades de cualquier tipo de discapacidad o enfermedad".
— *Proyecto de Ley 60/09 Cámara, 217/10 Senado*, "Por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Protección a la mujer en estado de embarazo y en el post parto, se establecen los programas de promoción a la acogida de la vida y se dictan otras disposiciones".
— *Proyecto de Ley 153/09 Senado*, "Por la cual se declara el día 25 de marzo de cada año el día nacional del niño o niña por nacer y de la mujer embarazada".
— *Proyecto de Ley 154/09 Senado,* "Por la cual se reforman los arts. 122, 123 y 124, se adicionan los arts. 106, 107, se crea un artículo del Código Penal (Ley 599 de 2000), y se dictan otras disposiciones".
— *Proyecto de Ley 21/10 Senado*, "Por la cual se protege la maternidad, el parto digno, se declara el 25 de marzo de cada año como el día nacional del niño y la niña por nacer y de la mujer embarazada y se dictan otras disposiciones".
— *Proyecto de Ley 94/10 Senado*, "Por la cual se establece la adopción del hijo que está por nacer –*nasciturus*– y cunas de vida para recién nacidos, y se dictan otras disposiciones".
— *Proyecto de Acto Legislativo 06/11 Senado,* "Por medio del cual se adiciona el art. 11 de la Constitución Política, sobre el derecho fundamental a la vida humana".
— *Proyecto de Acto Legislativo 16/12 Cámara*, "Por medio del cual se adiciona el art. 11 de la Constitución Política".
— *Proyecto de Ley 157/12 Cámara, 08/11 Senado*, "Por la cual se establecen las cunas de vida para recién nacidos, y se dictan otras disposiciones".
— *Proyecto de Ley 89/13 Cámara*, "Por la cual se establece el acompañamiento y apoyo a la mujer embarazada fruto de una conducta no consentida".

siglo XXI editores

15. La legalidad no es suficiente
El impacto del fundamentalismo y las políticas Trump sobre el acceso al aborto en Puerto Rico y otros países

Esther Vicente
Patricia Otón Olivieri

La legalidad es una cosa, la legitimidad es otra. Planteamos que la lucha por el derecho al aborto no termina con la legalización. La activación política de las mujeres y de otros sectores defensores de los derechos humanos ha de continuar tras lograr la legalidad del aborto. Sólo la fuerza de este movimiento como conciencia social constante y la práctica cotidiana de las mujeres en el ejercicio de su agencia y libertad reproductiva pueden contrarrestar los múltiples obstáculos y amenazas que se plantean en las sociedades contemporáneas a la legitimación del aborto como necesidad social y derecho fundamental.

Presentamos la situación del derecho al aborto en Puerto Rico donde existe un régimen de legalidad desde 1973. Resaltamos las amenazas que han confrontado las mujeres para acceder al aborto generadas por el activismo de los sectores conservadores y fundamentalistas, por las limitaciones al uso de los fondos públicos para proveer servicios de salud necesarios para hacer realidad el derecho al aborto y las creadas por las políticas públicas de la administración Trump.

Los ataques al derecho al aborto, la falta de acceso a los servicios necesarios para concretizarlo en los países donde es legal y su prohibición en otros demuestran la persistencia de la cultura de desigualdad que relega a las mujeres al papel de reproductoras de la especie humana. En años recientes, además, la libertad reproductiva de las mujeres se ha convertido en prebenda electoral y concesión a los sectores ultraconservadores y fundamentalistas en las contiendas político-partidarias.

Tanto en los países donde se ha alcanzado un régimen de legalidad como en los que se lucha para que el derecho al aborto se reconozca y el acceso a este se amplíe, observamos procesos y una discursividad que deslegitima este derecho. Tomamos como punto de partida el trayecto del ejercicio y la práctica del aborto en Puerto Rico, su reconocimiento como derecho y los procesos de deslegitimización que ha confrontado, para pasar por un breve recorrido sobre la historia de este derecho en los

siglo veintiuno editores

Estados Unidos donde se han forjado limitaciones al acceso refrendadas por leyes estatales, federales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de ese país. Finalmente aportamos una mirada al momento actual y al impacto de las políticas de la administración Trump sobre el derecho al aborto en los Estados Unidos, Puerto Rico y en otros países.

Entendemos que queda como tarea pendiente esbozar una doctrina jurídica que garantice la preeminencia de la libertad reproductiva de las mujeres sobre los procesos electorales, que reconozca y respete la agencia ética de las mujeres, que aísle los derechos humanos de las mujeres a la autonomía reproductiva, a la integridad y control del cuerpo y a la dignidad de las luchas de poder partidistas. Debe ser una doctrina jurídica que libere de las campañas de religiones y pseudorreligiosos que montan su apostolado sobre el control de los úteros de las mujeres, pero que no se inmutan ante la destrucción de cientos de vidas por las bombas mortíferas que los países más desarrollados lanzan a las comunidades empobrecidas.

Este capítulo se divide en cuatro secciones. La primera cubre el estado vigente en Puerto Rico sobre el derecho al aborto y la realidad de su consecución en un país donde impera el modelo de legalidad. La segunda gira en torno al proceso de deslegitimación del derecho al aborto y ofrece un recuento de los discursos y prácticas que utilizan los sectores conservadores fundamentalistas para restarle legitimidad. La tercera discute cómo ese sector ha logrado limitar este derecho en los Estados Unidos y el impacto que ello ha tenido en Puerto Rico y otros países. La cuarta sección presenta algunas de las políticas públicas sobre salud sexual y reproductiva esbozadas por la administración Trump en los Estados Unidos durante sus primeros meses de gobierno y el efecto que han tenido fuera de las fronteras de ese país.

siglo veintiuno editores

EL ABORTO EN PUERTO RICO: ANTECEDENTES JURÍDICOS

En Puerto Rico, el estado actual de los derechos sexuales y reproductivos está muy ligado a la relación política y jurídica del país con los Estados Unidos. Puerto Rico fue colonia de España por espacio de cuatro siglos. En el año 1897 y luego de luchas por parte de la clase dominante criolla, la Corona española concedió a Puerto Rico una Carta Autonómica. Durante la guerra entre España y los Estados Unidos, ese país invadió a Puerto Rico el día 25 de julio de 1898. Cuando la guerra terminó, España y los Estados Unidos acordaron el Tratado de París,

mediante el cual España renunció a su soberanía sobre Cuba y cedió a Puerto Rico, Guam y las Filipinas a los Estados Unidos. El artículo IX del Tratado dispuso que los derechos civiles y el estatus político de los naturales de los territorios cedidos serían determinados por el Congreso de los Estados Unidos. En virtud de esa disposición, el Congreso y el Tribunal Supremo han justificado los poderes exclusivos del Congreso para disponer sobre la condición política de Puerto Rico (Rivera Ramos, 2005: 241).

Puerto Rico se ha definido por los poderes estadounidenses como un *territorio que pertenece a pero no forma parte de los Estados Unidos.* Esta doctrina se ha elaborado en una línea de casos conocidos como los *casos insulares.* Conforme al esquema constitucional de los Estados Unidos, Puerto Rico está sujeto a los poderes plenarios del Congreso por virtud de la Cláusula Territorial de la Constitución.[1] El Tribunal Supremo ha decidido que las garantías constitucionales que se denominen como fundamentales aplican a Puerto Rico por su propia fuerza (*ex propio vigore*), ya sea por virtud de la Decimocuarta o de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (Rivera Ramos, 2001: 91; 1996: 255-261).[2]

La judicatura de Puerto Rico, por otra parte, cuenta con la facultad para resolver casos y controversias en los que se plantee la inconstitucionalidad de una ley, un reglamento o una práctica gubernamental al amparo de la Constitución de Puerto Rico y sus determinaciones tienen fuerza de precedente. El Tribunal Supremo de Puerto Rico es el foro de mayor jerarquía en el país para adjudicar dichas controversias y ha utilizado ese poder en el pasado para dejar sin efecto legislación discriminatoria contra las mujeres casadas, los hijos nacidos fuera del matrimonio, las personas que quieren divorciarse sin revelar la causa de la ruptura del vínculo matrimonial, la pareja de hecho que ha aportado al patrimonio común, entre otros.

La Constitución de Puerto Rico contiene varias disposiciones al amparo de las cuales se sustentan los reclamos por discriminación basada en el sistema sexo-género, la orientación sexual y la identidad de género. Entre otros, cabe resaltar los principios y derechos de dignidad, igualdad, libertad, intimidad y la protección contra la discriminación por razón de sexo incluidos en la Carta de Derechos establecida en el art. II de la Constitución.

1 Véanse los casos "Harris c. Rosario", 446 US 651 (1980); "Franklin California Tax-Free c. Puerto Rico", 2015 WL 4 079 422 (1er Cir. 2015); "Pueblo c. Sánchez Valle", 2015 TSPR 25.

2 Véase "Torres c. Com. of Puerto Rico", 442 US 465, 471 (1979).

siglo veintiuno editores

Otra avenida para el reconocimiento de derechos constitucionales en Puerto Rico surge por la relación jurídica y política con los Estados Unidos, como hemos explicado anteriormente. En ocasiones y en particular en torno a los derechos sexuales y los derechos reproductivos, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico ha dilatado la consideración de proyectos de ley y el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha rechazado atender las controversias relacionadas bajo el amparo de tecnicismos legales. Es así que se han evadido asuntos tales como la eliminación del delito de sodomía consensual, el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y la aclaración de los artículos del Código Penal en torno al aborto. A continuación presentamos un resumen del desarrollo del derecho al aborto y la situación actual sobre el acceso a su ejercicio en Puerto Rico.[3]

Las mujeres en Puerto Rico, al igual que las de otros países, se han practicado abortos en respuesta a una necesidad social y en el ejercicio de su autonomía personal. Desde antes del caso "Roe c. Wade",[4] existían clínicas encubiertas como oficinas médicas y espacios en los que comadronas y enfermeras proveían el servicio de terminación de embarazos. A pesar de que el aborto se tipificaba como delito en el Código Penal de Puerto Rico, se tramitaban muy pocos casos (Colón y otros, 1999: 80-81). El director médico de uno de los hospitales de la capital daba cuenta en sus informes de que "por lo menos el 60% de los casos de pérdida de embarazos atendidos por el hospital eran el resultado de abortos inducidos" (Ramírez de Arellano y Seipp, 1983: 144).

Luego de la Revolución Cubana en los años 1960 se establecieron en San Juan, Puerto Rico, varias clínicas regenteadas por médicos cubanos. Los servicios que ofrecían se anunciaban en revistas y periódicos de los Estados Unidos. Muchas mujeres norteamericanas acudían a la Isla a recibir servicios de terminación de embarazo, mientras que las residentes no podían costear los servicios en esas clínicas y recurrían a las comadronas y a las enfermeras. En este período el gobierno mostraba una actitud de *mirar para el otro lado* en lugar de intervenir con los proveedores (Ramírez de Arellano y Seipp, 1983: 145-147).

siglo veintiuno editores

3 Para un análisis más exhaustivo véase: Vicente y Otón Olivieri (2012: 299-323).

4 Véase la Ley 136 de 15 de mayo de 1937 que, entre otros asuntos, prohibía "la inducción, enseñanza y práctica del aborto" y que incluía como excepción la "indicación terapéutica hecha por un médico con miras a la conservación de la salud o vida".

A instancias de la Iglesia católica se fundó un partido político llamado Partido de Acción Cristiana (PAC), que participó en las elecciones de los años 1960 y 1964. El PAC proponía llevar al gobierno los valores religiosos conservadores en torno a la reproducción y la moralidad; pero perdió las elecciones de manera estrepitosa. El gobierno continuó su política de no intervención con los proveedores de servicios de terminación de embarazo. Algunos han planteado que esta postura gubernamental respondía a una visión malthusiana dirigida al control poblacional, acompañada de una política de promoción de la esterilización como método de control de natalidad (Colón y otros, 1999: 79-96).

Más allá de las prácticas y propósitos gubernamentales las experiencias de las mujeres en Puerto Rico en torno al aborto demuestran

> una moralidad de la situación, en la cual se negocian posiciones ideológicas en conflicto –las dominantes y las contestatarias– frente a los deseos y las necesidades propias constreñidas a su vez por las condiciones sociales y materiales que las enmarcan. En este proceso [...] prevalece la experiencia de vida sobre las normas, sobre la moralidad abstracta, particularmente cuando esta vivencia concreta, cotidiana, impone límites que requieren transgredir los deberes socialmente establecidos (Colón y otros, 1999: 150).

siglo veintiuno editores

El aborto se legalizó en Puerto Rico desde que fue reconocido como un derecho constitucional fundamental de las mujeres en 1973, tras la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en "Roe c. Wade".[5] En este caso se cuestionó una ley del estado de Texas que criminalizaba y prohibía todo aborto que no se llevara a cabo para salvar la vida de la mujer embarazada. El Tribunal declaró inconstitucional la ley y reconoció que el derecho a la intimidad incluye el derecho de la mujer a decidir terminar un embarazo. Concluyó que el Estado no podía interferir con la decisión de abortar de una mujer a menos que tuviese un interés apremiante que justificara su intervención o reglamentación. Reconoció que el Estado podía tener un interés apremiante en proteger al feto luego de la viabilidad. A pesar de ello, aun en esas circunstancias debía proveerse acceso al aborto para preservar la vida o la salud de la mujer embarazada.

En el caso de "Roe", el Tribunal dividió el embarazo por trimestres y estableció que en el primer trimestre la decisión de terminarlo corres-

5 "Roe c. Wade", 410 U.S. 113 (1973).

ponde a la mujer en consulta con su médico; en el segundo trimestre el Estado puede regular el procedimiento para preservar la salud de la mujer y en el tercer trimestre se puede regular o prohibir, excepto cuando el aborto fuese necesario, conforme al criterio médico, para preservar la vida o la salud de la mujer embarazada.

El mismo año en que se resolvió el caso "Roe", el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en "Doe c. Bolton",[6] declaró inconstitucional una ley del estado de Georgia que prohibía los abortos excepto cuando fuesen necesarios para preservar la vida o la salud de la mujer, en casos de anormalidades fetales o de agresión sexual. Entre otras condiciones, esta ley exigía que todos los abortos se llevaran a cabo en hospitales acreditados y que un comité del hospital, además de dos médicos y el médico de la mujer, diera su aprobación al aborto. El Tribunal consideró inconstitucionales estas restricciones por interferir con el derecho de la mujer a decidir terminar un embarazo.[7] En 1975 se resolvió el caso "Bigelow c. Virginia", que trató sobre el derecho de las clínicas de aborto a anunciarse. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió que los estados no podían prohibir los anuncios de las clínicas. Consideró que tal prohibición violaba las garantías de la Primera Enmienda de la Constitución de libertad de palabra y libertad de prensa.

En el caso "Bellotti c. Baird",[8] resuelto en 1979, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley del estado de Massachusetts que requería a las mujeres menores de dieciocho años obtener el consentimiento de sus progenitores o un consentimiento judicial antes de procurarse un aborto. El Tribunal determinó la inconstitucionalidad de la ley cuestionada porque confería un veto absoluto a los progenitores o a un juez, sobre la decisión de la menor, independientemente de la madurez de esta o de que el aborto fuese en su mejor interés. El Tribunal concluyó que a las menores debía brindárseles la oportunidad de acudir a esta instancia para solicitar autorización para el aborto sin que tuviesen primero que buscar el consentimiento de sus progenitores. Indicó, además, que estos procesos judiciales debían ser confidenciales y expeditos.

En 1980, el Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo la ocasión de expresarse respecto del derecho al aborto en el caso "Pueblo c. Duarte Mendoza".[9] Antes de la decisión en este caso, en 1974 el Tribunal de

6 "Doe c. Bolton", 410 U.S. 179 (1973).
7 "Bigelow c. Virginia", 421 U.S. 809 (1975).
8 "Bellotti c. Baird", 443 U.S. 622 (1979).
9 "Pueblo c. Duarte Mendoza", 109 D.P.R. 596 (1980).

siglo veintiuno editores

Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico resolvió el caso de "Montalvo c. Hernández Colón",[10] en el que se impugnó la constitucionalidad de la prohibición del aborto contenida en el Código Penal de Puerto Rico. El Tribunal resolvió que las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre derechos fundamentales como lo es el derecho a la intimidad utilizado para fundamentar el aborto en el caso "Roe c. Wade", aplican en Puerto Rico.

En "Pueblo c. Duarte Mendoza", se impugnó la ley que penalizaba el aborto. El Tribunal Supremo de Puerto Rico señaló que el caso de "Roe c. Wade" regía sobre la controversia, reconoció el derecho al aborto en Puerto Rico y determinó que la práctica del aborto no constituía conducta delictiva. Además, revocó la convicción por el delito de aborto al médico acusado quien lo practicó a una joven de 16 años de edad durante el primer trimestre del embarazo. El Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoció que el derecho al aborto determinado en el ordenamiento jurídico puertorriqueño es más amplio que el establecido por la jurisprudencia de los Estados Unidos. No adoptó el esquema de trimestres del caso "Roe", sino que extendió el criterio dispuesto en "Roe" para el primer trimestre a todo el período del embarazo. Esto significa que en cualquier momento del embarazo, la mujer en consulta con su médico puede tomar la decisión de terminarlo para proteger su vida o su salud física o mental.

En "Pueblo c. Duarte Mendoza", se reconoció, además, que no puede concederse un veto absoluto a los progenitores respecto de la voluntad de abortar de una menor, siempre que esta cuente con madurez intelectual suficiente para tomar la decisión de terminar su embarazo. En el caso se adoptó una interpretación amplia del concepto "salud" que incluye tanto aspectos físicos como emocionales. El Tribunal no consideró necesario declarar inconstitucional la disposición de ley sobre aborto contenida en el Código Penal de Puerto Rico, sino que la interpretó de la manera más amplia posible y cónsona con la doctrina de "Roe c. Wade". El Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso "Pueblo c. Duarte Mendoza" estableció aspectos muy importantes sobre el derecho al aborto, a saber: extendió el derecho al aborto a todo el período del embarazo sin restricciones, reconoció el derecho al aborto a las menores con madurez suficiente para tomar la decisión, sin exigir el consentimiento de los progenitores, y adoptó una definición amplia del concepto de salud al indicar que "implica tanto salud física como salud

siglo veintiuno editores

10 "Montalvo c. Hernández Colón", 377 F. Supp. 1332 (D.P.R. 1974).

mental". Este es el derecho vigente en Puerto Rico al presente. Todavía el Código Penal, que fue enmendado en 2014, contiene el lenguaje que se impugnó en el caso de "Pueblo c. Duarte Mendoza", por lo que la interpretación judicial amplia expuesta en ese caso sigue vigente.

En 1981, el Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo ante sí otro caso relacionado con el aborto. En "Pueblo c. Najul",[11] consideró el carácter del consentimiento de la mujer para realizarse un aborto. El caso trató acerca de las condiciones bajo las cuales se llevó a cabo un aborto de una mujer que acudió a recibir el servicio, acompañada por un policía con quien había mantenido relaciones sexuales y de quien había quedado embarazada. A pesar de que la mujer rechazó el procedimiento en más de una ocasión, el médico realizó el aborto. Tanto el médico como el policía fueron acusados del delito de aborto. En este caso, no hubo consentimiento informado según concluyó el Tribunal. Ante ello, se confirmaron las convicciones y el Tribunal Supremo reiteró el derecho de la paciente a consentir al procedimiento de aborto.

siglo veintiuno editores

PROCESO DE DESLEGITIMACIÓN DEL DERECHO AL ABORTO EN PUERTO RICO

Más allá de la legalidad y del estatus de derecho constitucional fundamental de que goza el aborto en Puerto Rico, mediante diversos procesos políticos y el uso de discursos demonizadores, ha ocurrido una dinámica de deslegitimación que afecta el acceso a los servicios de salud que permiten su concreción.

Ya para 1999, un estudio conducido por varias investigadoras puertorriqueñas planteaba que la persistencia de la deslegitimación del derecho al aborto entre quienes desempeñaban funciones públicas y liderazgo político generaba grandes dificultades para hacer realidad el acceso al ejercicio de este derecho (Colón y otros, 1999: 6). En ese libro, titulado *Políticas, visiones y voces en torno al aborto en Puerto Rico*, se presenta un análisis de los discursos utilizados por el movimiento antiaborto en campañas publicitarias, actividades proselitistas y comparecencias ante los foros legislativos para restar legitimidad al derecho al aborto. Las autoras concluyeron que el argumento central del movimiento antiaborto hacía énfasis en la defensa del feto. Mediante el uso de las tecnologías de

11 "Pueblo c. Najul", 111 D.P.R. 417 (1981).

ultrasonido, la fetoscopía y la cirugía fetal, dicho movimiento promovía la invisibilización de la mujer como sujeto activo en el proceso de procreación de los seres humanos y presentaba al feto como un ente desconectado del útero de la mujer, desvalido y necesitado de protección, y proclamaba que el aborto era un crimen (Colón y otros, 1999: 117).

El antiaborto que se hace llamar "pro vida" logró tener un impacto significativo en el discurso cultural y político. El argumento central que ha utilizado gira en torno al derecho a "la vida del feto" en contraposición a los derechos de las mujeres. Esta postura argumenta que la vida humana comienza con la concepción y que merece toda la protección sin importar la etapa de desarrollo en que se encuentre. Atribuye al feto comportamientos y características que lo humanizan, como por ejemplo que sufre dolor y llora y utiliza imágenes visuales obtenidas mediante las nuevas tecnologías reproductivas para mostrar al feto como un ente separado e independiente de la mujer embarazada. El foco para este movimiento no es el cuerpo de la mujer, sino el feto que flota autónomo en una especie de envase en el que se lleva a cabo el misterio de la vida. Este acercamiento invisibiliza a la mujer, resta importancia a su rol, su cuerpo y su vida. En un momento inicial el movimiento antiaborto utilizaba fetos embalsamados en envases de cristal, fotos de fetos y efectos similares. Diversos investigadores han planteado que ante el desarrollo de las tecnologías reproductivas el movimiento antiaborto ha optado por proyectar y difundir imágenes que presentan al feto como una criatura completa que aún no ha nacido. Entre los recursos lingüísticos y las tácticas visuales utilizadas por el movimiento antiaborto, Colón y otros (1999) han identificado los siguientes:

- presentación de fotografías de un feto en el tercer trimestre del embarazo, el cual aparece independiente de la placenta, separado del cordón umbilical e identificado con la palabra "bebé" o "*unborn baby*" [bebé no nacido];
- presentación o distribución de fotos de fetos en las etapas iniciales del embarazo, etiquetadas con la palabra "bebé", o colocadas en medio de las imágenes de fetos con más tiempo de desarrollo y de bebés recién nacidos;
- proyectar una imagen única del feto como bebé, en lugar de presentar todas las etapas que atraviesa la forma de vida humana –blastocito, embrión, feto–;
- uso de metáforas para establecer una identidad entre un objeto y otro, a través de frases tales como: "El feto es un ser humano", "El aborto es un asesinato", "El aborto es un crimen";

siglo veintuno editores

- presentación de la película antiaborto *A Silent Scream* [*Un grito en el silencio*] acompañada de una narración que instruye a la audiencia sobre las imágenes supuestamente captadas al interior del vientre por la técnica de ultrasonido durante un aborto de un feto de doce semanas y que utiliza frases como: "El feto hace...", "El niño percibe...", "El niño sintió...";
- sustitución de una imagen de una parte por el todo mediante la divulgación de la foto de los pies diminutos de un feto de diez semanas que, contrario a sus otras características físicas, se asemejan a los de una criatura recién nacida, de la foto se elimina la placenta, las paredes del útero, el cordón umbilical, el torso distorsionado del feto;
- comparar al aborto con la eutanasia, el infanticidio y el Holocausto mediante la presentación de fotos de fetos desmembrados junto a las de prisioneros judíos destrozados en los campos de concentración;
- plantear el aborto como una imposición imperialista que responde a políticas de control poblacional genocidas y racistas;
- argumentar que el aborto es causa de la criminalidad y de la violencia social, pues participa de la cultura hedonista e individualista de negación al respeto hacia los otros seres humanos y hacia la vida;
- alegar que el aborto constituye una negación de la naturaleza de las mujeres y destruye la moral sexual y familiar;
- regalar un muñequito de goma que representa a un feto-bebé a quienes participen o estén presentes en actividades educativas;
- argumentar el valor superior de la vida del feto sobre otros derechos, sin considerar la calidad de vida de la mujer embarazada, la de su familia o la que podrá tener el feto si llegase a nacer.

siglo veintiuno editores

Todas estas estrategias que humanizan al feto y cosifican a la mujer embarazada se han utilizado por dirigentes de la Iglesia católica y de las diversas sectas evangélicas o protestantes que existen en Puerto Rico en comparecencias ante los foros legislativos, en conferencias ofrecidas en las escuelas religiosas privadas y en actividades auspiciadas por seguidores del movimiento.

Los mensajes del sector antiaborto crean confusión entre la población y tienen un impacto muy perjudicial para las mujeres que confrontan embarazos no deseados y que se encuentran en el proceso de tomar de-

cisiones sobre su salud reproductiva. Ante todo este campo discusivo, se desenvuelven las experiencias de las mujeres que defienden el aborto como un derecho y una necesidad social. Inicialmente, el derecho al aborto se instauró en el ordenamiento jurídico puertorriqueño por efecto de la decisión del caso "Roe c. Wade" por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos; sin embargo, las mujeres mediante sus prácticas reproductivas y su participación en el debate político han colocado en la palestra pública discursos contestatarios a los del movimiento antiaborto.

La conciencia de las mujeres y de quienes tienen el poder político se convierte en un espacio de lucha para los sectores ultraconservadores de un lado y los grupos feministas, las organizaciones defensoras de los derechos humanos y algunos integrantes del sector de la salud del otro. El estudio antes mencionado, publicado en 1999, documentó cómo las mujeres puertorriqueñas habían lidiado con estos debates hasta entonces. Las investigadoras analizaron los discursos sobre el aborto, la maternidad, la sexualidad y la salud reproductiva esbozados por cinco grupos focales de mujeres. Cuatro grupos focales fueron integrados por mujeres de entre 20 y 41 años de edad; algunas se habían realizado abortos y otras lo habían considerado como opción, pero habían decidido llevar a término su embarazo. También realizaron un grupo focal con mujeres jóvenes provenientes de sectores sociales de bajos ingresos que habían decidido llevar su embarazo a término. Las investigadoras indicaron:

> La legalidad también influye en nuestras visiones y actitudes sobre el aborto y sobre nosotras mismas cuando optamos por esta alternativa ante un embarazo no deseado. Pudimos constatar el efecto que produce en la conciencia de muchas mujeres el involucrarse en este proceso decisional en un contexto en el cual este no se criminaliza. Por más que las mujeres en los grupos focales señalaron haber tenido sentimientos de ambivalencia, culpa o estigma, ninguna planteó haberse sentido como una delincuente o haber tenido que lidiar con el peso adicional de una posible acusación criminal. Observamos, en este sentido, una diferencia con las mujeres que se realizan abortos en aquellos países en los que impera la ilegalidad. […]
>
> Sin embargo, la legalidad no es condición suficiente para hacer viable el derecho al aborto en un clima de legitimidad, ni garantiza el acceso para las mujeres de todos los sectores sociales. En nuestro país el aborto no se reconoce como una necesidad social y un derecho nuestro que debe ser satisfecho como servicio público. Se define como una opción que las mujeres

siglo veintiuno editores

> debemos asumir individualmente, privadamente, en un clima de condena social, incluso por parte de funcionarios gubernamentales. Es una situación que contrasta con la práctica en una sociedad como la cubana, donde se ha minimizado el estigma ante el aborto y este se encuentra legitimado como un servicio de salud pública (Colón y otros, 1999: 202-203).

Los discursos que atacan el ejercicio del derecho al aborto como un crimen tienen efectos estigmatizantes y limitan de manera grave el acceso a los servicios de salud sensibles y respetuosos; constituyen una afrenta a la dignidad de las mujeres y a su capacidad de tomar decisiones éticas y autónomas en torno a la reproducción y a la sexualidad. Los sectores ultraconservadores religiosos y los líderes políticos que dependen de ellos para ser electos muestran gran capacidad para colocar sus valores en el centro de los debates públicos.

En años recientes observamos en Puerto Rico y en toda la región latinoamericana y caribeña una capacidad de respuesta más acendrada entre las mujeres y los grupos defensores del derecho al aborto. Llegado el siglo XXI, casi dos décadas después de publicado el estudio al que hemos hecho referencia, importantes sectores de mujeres puertorriqueñas confrontan los esfuerzos deslegitimizadores del derecho al aborto con discursos contestatarios, al asumirlo como propio y no como un beneficio de la relación colonial entre los Estados Unidos y Puerto Rico. Así por ejemplo, el 14 de marzo de 2015 y en el marco del 154º Período de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) celebrado en la sede de este organismo, un nutrido grupo de activistas, organizaciones de derechos humanos y estudiantes de las facultades de Derecho de la Universidad Interamericana y la Universidad de Puerto Rico presentaron ponencias.

La situación de los derechos de las mujeres se expuso con un informe titulado *Puerto Rico: territorio hostil para las mujeres*, el cual denuncia la existencia de patrones generalizados de violencia, discriminación en el empleo, pobreza, falta de acceso a la vivienda y trata humana (Clínica de Derechos Humanos, 2015). En torno al derecho al aborto, dicho informe señala que existe desinformación entre la población y las mujeres en particular sobre si el aborto es legal o ilegal en el país. Peor aún, denuncia que los estudiantes de medicina y de enfermería muestran confusión sobre este asunto. El informe reclama que esta es una de las principales barreras para obtener servicios de aborto adecuados y genera situaciones discriminatorias, persecución y estigma, en especial entre las poblaciones de menor nivel de estudios y preparación académica. Añadimos

siglo veintiuno editores

que debido a la deslegitimación creada por el sector antiaborto, en las clínicas que ofrecen servicios de terminación de embarazos resulta muy difícil reclutar médicos, enfermeras y otro personal calificado.

Otro hallazgo presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revela que los planes médicos no cubren los servicios de aborto electivos y que el sistema de salud pública no ofrece acceso suficiente a servicios de aborto en los casos de embarazos producto de violación, incesto o que presentan riesgos para la vida de la mujer embarazada, a pesar de que existe normativa legal que sí autoriza proveer estos servicios costeados con fondos públicos. Esta situación, concluye el informe, tiene un impacto mucho mayor sobre las mujeres que viven en condiciones de pobreza, las menores de edad, las afrodescendientes y las inmigrantes.

En otra audiencia llevada a cabo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 4 de abril de 2016, se presentó el informe titulado *Deuda pública, política fiscal y pobreza en Puerto Rico,* en el que se denunció que, a pesar de que el aborto es legal y está reconocido como un derecho constitucional, aún se mantienen en el Código Penal varios artículos que lo sancionan como delito cuando no se practica en consulta con un médico. Ello crea confusión entre la ciudadanía, pues el sector fundamentalista antiaborto promueve la idea de que los artículos del Código Penal se deben interpretar como si todo aborto fuera un delito (Clínica de Derechos Humanos, 2016: 144). El movimiento antiaborto utiliza este mensaje de forma demagógica, y desconoce y oculta el precedente establecido en el caso "Pueblo c. Duarte Mendoza".

Todo esto se ha agravado debido a la situación económica que afronta Puerto Rico en la actualidad –tema que no podremos abordar en este texto– y por la llegada de Donald Trump a la presidencia de los Estados Unidos. Comentaremos sobre las políticas adoptadas por la administración Trump en otra sección de este capítulo. Sin embargo, aún antes de la llegada de dicha administración y casi inmediatamente después de reconocido el derecho al aborto como uno fundamental, en los Estados Unidos también se evidencia un proceso de deslegitimación y limitación del acceso a esta práctica. Es sabido que el movimiento antiaborto de la región latinoamericana y caribeña se alimenta de las experiencias, mensajes y financiamiento del movimiento en los Estados Unidos. Por ello es importante conocer lo que ha ocurrido con el derecho al aborto en ese país, luego del caso "Roe c. Wade".

siglo veintuno editores

RETROCESOS DEL DERECHO ABORTO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Tras el avance que representó la decisión del caso "Roe c. Wade", el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha adoptado múltiples opiniones que limitan el acceso al derecho aborto, mediante la restricción del uso de fondos públicos para ofrecerlos, la imposición de normas de consentimiento parental, el requerimiento de períodos de espera, requisitos más estrictos a las clínicas y a los médicos y el uso de tecnología costosa para mostrar la imagen del feto e intentar disuadir a la mujer de su decisión de terminar un embarazo, entre otras.

En 1980 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió el caso de "Harris c. McRae",[12] y rechazó la impugnación de la Enmienda Hyde que restringe el uso de fondos públicos del programa Medicaid para proveer servicios de aborto. Esta restricción continúa vigente en los Estados Unidos y Puerto Rico a la altura del siglo XXI.

En el año 1983, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de "Ciudad de Akron c. Akron Center for Reproductive Rights"[13] declaró inconstitucionales varias normas que limitaban el aborto, contenidas en una ordenanza de la ciudad de Akron, Ohio. Las normas invalidadas, entre otras medidas, requerían a las mujeres menores de 15 años de edad obtener consentimiento de los progenitores o de un tribunal para poder practicarse un aborto; requerían a los médicos brindar información a las mujeres para disuadirlas de procurar un aborto; imponían un período de espera de veinticuatro horas antes de firmar el consentimiento para un aborto y requerían que todos los abortos de segundo trimestre se llevaran a cabo en un hospital. El Tribunal expresó con claridad que la ciudad no podía poner estas medidas en vigor. Luego, como indicaremos más adelante, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos cambió su determinación sobre algunas de estas restricciones.

Una decisión importante de 1986 fue la del caso de "Thornburgh c. American College of Obstetricians and Gynecologists".[14] En este, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional, entre otras restricciones, el artículo de una ley del estado de Pennsylvania que requería a los médicos usar técnicas de aborto que maximizaran la probabilidad de sobreviven-

siglo veintiuno editores

12 "Harris c. McRae", 448 U.S. 297 (1980).

13 "Ciudad de Akron c. Akron Center for Reproductive Rights", 462 U.S. 416 (1983).

14 "Thornburgh c. American College of Obstetricians and Gynecologists", 476 U.S. 747 (1986).

cia del feto, a pesar de que dichas técnicas aumentaban los riesgos a la vida y a la salud de la mujer embarazada.

En 1989, en "Webster c. Reproductive Health Services",[15] el Tribunal Supremo se enfrentó a la impugnación constitucional de una ley del estado de Missouri que prohibía el uso de instalaciones públicas para realizar cualquier aborto, excepto aquellos necesarios para salvar la vida de la mujer; requería a los médicos hacer pruebas de viabilidad después de las veinte semanas de gestación, además de imponer otras restricciones. El Tribunal rechazó la impugnación y sostuvo la validez de estas restricciones. Sin embargo, no revocó la decisión de "Roe".

Más adelante, en el caso de "Ohio c. Akron Center for Reproductive Health",[16] resuelto en 1990, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo la validez constitucional de una ley del estado de Ohio que, entre otras disposiciones, prohibía llevar a cabo un aborto a una menor sin que se notificara a uno de sus progenitores o tuviese una orden judicial.

En 1992, el Tribunal resolvió uno de los casos más impactantes en torno al derecho al aborto, posterior a "Roe c. Wade". En "Planned Parenthood c. Casey",[17] el Tribunal se apartó del análisis de los trimestres de "Roe" y adoptó un nuevo criterio para el análisis de medidas sobre el derecho al aborto. Así estableció la nueva doctrina conocida como el criterio de análisis de la carga indebida. Conforme a esta, las leyes, reglamentos o actuaciones estatales que afectan el acceso al aborto pueden sobrevivir un ataque constitucional siempre y cuando no coloquen o generen una *carga indebida* para la mujer que procura un aborto de un feto antes de la viabilidad. En el caso "Casey" se impugnó una ley del estado de Pennsylvania que, entre otras cosas, requería un tiempo de espera de veinticuatro horas para llevar a cabo el aborto, consentimiento de los progenitores de una menor con opción de obtener el permiso mediante orden judicial y la certificación de la mujer casada de que había informado al cónyuge antes de realizarse el aborto. El Tribunal utilizó el nuevo criterio de análisis de carga indebida y sostuvo la validez de todas las restricciones incluidas en la ley de Pennsylvania, excepto el requisito de certificación de la mujer casada de que había notificado al cónyuge. Este último se consideró una carga indebida por, entre otras cosas, colocar a la mujer en peligro de sufrir violencia por parte de su pareja y se declaró inconstitucional.

siglo veintiuno editores

15 "Webster c. Reproductive Health Services", 429 U.S. 490 (1989).
16 "Ohio c. Akron Center for Reproductive Health", 497 U.S. 502 (1990).
17 "Planned Parenthood c. Casey", 505 U.S. 833 (1992).

En 2006, en el caso "Ayotte c. Planned Parenthood of Norhtern New England",[18] el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo la constitucionalidad de una ley del estado de New Hampshire que requería notificar a los progenitores o tutores de mujeres menores de edad cuarenta y ocho horas antes del aborto, pero proveía a las menores la opción de solicitar autorización judicial. El Tribunal consideró que la ley no constituía una carga indebida al ejercicio del derecho al aborto porque permitía acudir al tribunal y no requería notificación a los progenitores ni la autorización judicial en casos de emergencia.

En años recientes, el Tribunal Supremo ha emitido dos decisiones sobre el tema del aborto. La primera, en el caso "McCullen c. Coakley",[19] del 26 de junio de 2014, en el que declaró inconstitucional una enmienda de la ley Reproductive Health Care Facilities Act del estado de Massachusetts. La norma impugnada protegía a las mujeres que visitaban las clínicas de aborto y definía como delito acercarse a menos de treinta y cinco pies de la entrada de una clínica de salud reproductiva para protestar o para ofrecer consejería disuasiva a las mujeres que acudían a buscar servicios. A esta zona se la denomina "zona de amortiguación" [*buffer zone*]. La parte demandante en este caso estaba constituida por personas que intentaban intervenir con las mujeres que acudían a las clínicas de aborto. Alegaron que su intención era llevar a cabo consejería en la acera [*sidewalk counseling*], para ofrecer otras alternativas a las mujeres en sustitución del aborto y asistirlas con dichas opciones. Reclamaron que la norma sobre la zona de amortiguación violentaba sus derechos al amparo de la Primera Enmienda y la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos. El caso concluyó que la norma impugnada violaba el derecho a la libertad de expresión contenido en la Primera Enmienda de la Constitución por limitar esta libertad de forma excesiva. Estableció que las zonas de amortiguación sirven para adelantar el interés legítimo del Estado de mantener la seguridad del público en las calles y aceras adyacentes a las clínicas. Sin embargo, concluyó que la medida le imponía obstáculos serios a la expresión de los demandantes porque no les permitía el uso de sus dos métodos primarios de comunicación, a saber, las conversaciones personales y la entrega en mano de literatura disuasiva. El Tribunal Supremo determinó que no existía una relación razonable entre el interés estatal legí-

siglo veintiuno editores

18 "Ayotte c. Planned Parenthood of Northern New England", 546 US 320 (2006).

19 "McCullen c. Coakley", 573 U.S. (2014).

timo de proteger al público y la restricción a la libertad de expresión impuesta.

El caso más reciente "Whole Woman's Health y otros c. Hellerstedt y otros",[20] resuelto el 27 de junio de 2016, trata sobre la impugnación de dos disposiciones de una ley aprobada en 2013 por el estado de Texas. La primera disposición de la ley impugnada le requería a los médicos proveedores de servicios de aborto que tuviesen privilegios o estuviesen autorizados para practicar en un hospital a una distancia no mayor de treinta millas de la instalación donde se ofrecía el servicio de aborto. La otra disposición imponía a las clínicas de aborto cumplir con los estándares mínimos exigidos a los centros de cirugía [*surgical-center requirements*]. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos reafirmó que el Estado tiene un interés legítimo en asegurarse de que el aborto se lleve a cabo bajo circunstancias que garanticen la seguridad máxima de la paciente. Sin embargo, añadió que el Estado no puede crear una carga indebida a la mujer en el ejercicio de su derecho al aborto. Al amparo de estos fundamentos, el Tribunal resolvió que las reglas eran innecesarias, pues tenían el propósito o efecto de colocar un obstáculo sustancial a la mujer interesada en realizarse un aborto. Por lo tanto, ambas disposiciones de la ley de Texas fueron declaradas inconstitucionales. Este caso muestra la magnitud de los intentos del sector antiaborto por restringir el acceso a este derecho, que van más allá de imponer cargas a las mujeres y utilizan incluso la reglamentación de los proveedores de servicios.

Según indican los informes que publica el Guttmacher Institute, en los Estados Unidos se han aprobado medidas que tienen efectos limitativos para el acceso al aborto tales como: el requisito de que el aborto sea realizado por un médico y en un hospital; el establecimiento de límites gestacionales para practicar el aborto; la imposición de hacer una prueba de ultrasonido antes de realizar el aborto; el requisito de recibir consejería previo al procedimiento; la exigencia de períodos de espera desde que se solicita el servicio hasta que en efecto se ofrece; el permitir a las instituciones médico-hospitalarias rehusar proveer servicios de aborto y la limitación del acceso al aborto con medicamentos.[21]

siglo veintiuno editores

20 "Whole Woman's Health y otros c. Hellerstedt y otros", 579 U.S. (2016), 136 S.Ct. 2992 (2016).

21 Véase Guttmacher Institute, "An Overview of Abotion Laws", disponible en <www.guttmacher.org>.

IMPACTO DE LAS POLÍTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN TRUMP SOBRE EL DERECHO AL ABORTO EN PUERTO RICO Y OTROS PAÍSES

En el presente vivimos un renovado ataque al derecho al aborto desde la administración Trump en los Estados Unidos que no sólo afecta a las personas que viven en ese país, sino también tiene repercusiones muy perjudiciales a nivel mundial, en especial en el Sur Global. Entre las medidas de mayor impacto negativo destacan la adopción de la Regla de Mordaza Global, las enmiendas propuestas a la Ley Affordable Care Act (conocida como "Obamacare") y las destinadas a eliminar el financiamiento a las entidades que proveen servicios de salud sexual y reproductiva, la orden ejecutiva sobre inmigración que prohíbe el ingreso de inmigrantes de ciertos países y las acciones dirigidas a deportar personas indocumentadas, en especial las provenientes de países de América Latina.

Envalentonados por la cultura misógina y antilibertad reproductiva promovida desde la administración Trump, los sectores fundamentalistas religiosos antiaborto han vuelto a ejercer presión en los diversos foros gubernamentales para eliminar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Utilizan los mismos argumentos del pasado, alegan que el feto siente dolor, que la vida comienza en el momento de la concepción, reparten fetos plásticos en sus actividades proselitistas y fotos alteradas que presentan al feto como un bebé. También hacen referencia a una supuesta condición de depresión postaborto y plantean que miles de mujeres quedan afectadas por esta práctica para toda la vida, sin presentar prueba al respecto.[22]

siglo veintiuno editores

LA REGLA DE MORDAZA GLOBAL [*GLOBAL GAG RULE*]

Una de las primeras actuaciones de Trump para limitar el acceso al aborto fue la adopción de la Regla de Mordaza Global. Es importante recordar que la enmienda Helms,[23] vigente desde 1973, ya había restringido el uso de los fondos del gobierno estadounidense para la prestación de servicios de aborto. Mediante la Regla de Mordaza Global, el gobierno de los Estados Unidos no sólo inhibe la libertad de expresión, sino que muestra su postura discriminatoria respecto de los derechos sexuales y

22 Notas tomadas por la autora Patricia Otón Olivieri durante la conferencia "El aborto: realidades médicas y jurídicas" del jueves 2 de marzo de 2017 en San Juan, Puerto Rico.

23 *Helms Amendment (1973) to the Foreign Assistance Act of 1961* (FAA).

los derechos reproductivos, lo que sienta un precedente peligroso, pues representa un retroceso en el adelanto alcanzado a nivel mundial sobre la defensa de estos derechos y su importancia en el contexto de la salud (Otón Olivieri, 2010). El gobierno de los Estados Unidos obliga a las organizaciones que ofrecen servicios de salud a aceptar las condiciones que les impone o a renunciar a los fondos necesarios para sus programas de planificación familiar y otros servicios de salud, les requiere renunciar a su derecho a la libertad de expresión y a la posibilidad de proporcionar a las pacientes información médica completa y rigurosa (Center for Reproductive Rights, 2003).[24]

La Regla de Mordaza Global fue impuesta por primera vez en 1984 por el entonces presidente Ronald Reagan, quien la anunció en una conferencia en México.[25] El propósito de esta Regla era y es restringir la capacidad de brindar servicios de aborto y de abogar por este derecho a las ONG extranjeras que reciben fondos de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid, por sus siglas en inglés). Esta política prohíbe a las organizaciones que acceden a dicho financiamiento utilizar *sus propios fondos* (no procedentes del gobierno) para proveer servicios de aborto, realizar actividades de incidencia política en sus países para lograr reformas legislativas sobre el aborto, proveer consejería médica y hacer referidos a otras organizaciones (Center for Reproductive Rights, 2003).

En 1993, durante su presidencia, Bill Clinton dejó sin efecto la Regla de Mordaza Global promulgada por Reagan. Fue restablecida en enero de 2001 por el presidente George W. Bush.[26] El presidente Obama la dejó sin efecto el 23 de enero de 2009.[27] Es obvio que el poder de restringir el acceso a servicios de salud a miles de mujeres, un asunto de vida o muerte en muchos de nuestros países, se ha convertido en una prebenda

siglo veintuno editores

24 Véase además, United States Agency for International Development (Usaid), Office of Population (2001).

25 P. Baker, "Obama Reverses Rules on U.S. Abortion Aid", *The New York Times*, 23 de enero de 2009, disponible en <www.nytimes.com>; "President Trump Signs Measure Reversing Obama Era Rule Protecting Women's Access to Basic Health Care", Center for Reproductive Rights, 13 de abril de 2017, disponible en <www.reproductiverights.org>; C. Tangoren, "Failure to Fund: The Mexico City Policy's Impact on Global Health", *The Yale Global Health Review*, 14 de mayo de 2017, disponible en <yaleglobalhealthreview.com>. Véase además, United States Agency for International Development (Usaid), Office of Population (2001) y Nowels (2003).

26 Íd.

27 J. Lobe, "Health: Obama Lifts 'Global Gag Rule'", *IPS News*, 23 de enero de 2009, disponible en <ipsnews.net>.

eleccionaria en manos del Partido Republicano y símbolo de conservadurismo antimujer para los candidatos a la presidencia estadounidense.

El 22 de enero de 2017 se celebró la Marcha de las Mujeres que movilizó millones de personas en los Estados Unidos y en el mundo entero para denunciar los planes anunciados por el presidente Trump durante su campaña. Un día después de esa marcha, desoyendo el clamor interno y externo, Trump dejó sin efecto el memorando del presidente Obama que había eliminado la Regla de Mordaza y la restableció ampliando su alcance.[28]

Aparte de las medidas para ampliar la restricción del derecho al aborto, la administración Trump ha logrado recortar el financiamiento a los servicios de planificación familiar ofrecidos a través de la organización Planned Parenthood Federation of America (PPFA). Estos planes de recortes de fondos dejarán desprovistas de servicios de salud sexual y reproductiva a muchas mujeres y generarán un ambiente y un contexto cultural que afectará a todas en general.[29] En los Estados Unidos, sólo pueden ofrecerse servicios auspiciados con fondos del gobierno federal para atender terminaciones de embarazos en situaciones de violación, incesto o cuando la vida de la mujer embarazada está en peligro.[30] En países extranjeros, ni siquiera pueden utilizarse para estos casos.

El memorando suscripto por Donald Trump para reinstaurar la Regla de Mordaza Global expande las prohibiciones y obstrucciones al uso de fondos del gobierno mucho más lejos que las órdenes de mordaza aprobadas por otros presidentes estadounidenses del Partido Republicano. Además de prohibir a las organizaciones internacionales que reciben financiamiento de los Estados Unidos usar *sus propios fondos* para ofrecer abortos, les restringe las posibilidades de referir mujeres a otras organizaciones que ofrezcan los servicios, realizar acciones de incidencia política para promover el reconocimiento del derecho al aborto y ofrecer testimonio en vistas o realizar actividades públicas sobre el impacto del aborto ilegal e inseguro. También prohíbe brindar apoyo económico a

siglo veintiuno editores

28 "Presidential Memorandum Regarding the Mexico City Policy", 23 de enero de 2017, disponible en <www.whitehouse.gov>.

29 A. Starrs, "Why GOP plans on health care will hurt all women", *CNN*, 7 de marzo de 2017, disponible en <edition.cnn.com>.

30 La enmienda Hyde (1976) es una enmienda aplicable al Medicaid que requiere ser reautorizada anualmente como un anejo a la Ley del Presupuesto del Departamento de Salud de los Estados Unidos. Véase A. Salganicoff, C. Rosenzweig y L. Sobel, "The Hyde Amendment and coverage for abortion services", *KKF*, 16 de octubre de 2017, disponible en <kff.org>.

organizaciones que defiendan el derecho al aborto para financiar otros proyectos dirigidos a ofrecer servicios de salud relacionados con otras intervenciones médicas, tales como vacunación, atención de malaria, tuberculosis y otros servicios clínicos.

La Regla de Mordaza Global enunciada en Casa Blanca por un Trump rodeado de hombres de su administración es muy simple y breve pero tendrá un efecto prolongado y duro. Se limita a indicar:

> Por este medio revoco el memorando presidencial del 23 de enero de 2009 para el secretario de Estado y el administrador de la Agencia de Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (Política de Ciudad de México y de Asistencia a la Planificación Familiar Voluntaria), y reinstalo el memorando presidencial del 22 de enero de 2001 para el administrador de la Agencia de Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (Restauración de la Política de Ciudad de México).
> Instruyo al secretario de Estado a que en coordinación con el secretario de Salud y Servicios Humanos, hasta donde la ley lo permita, implementen un plan para extender los requisitos del memorando reinstaurado a toda asistencia global de salud provista por todos los departamentos y agencias.
> Instruyo además al secretario de Estado a tomar todas las acciones necesarias, hasta donde la ley lo permita, para asegurar que ningún dinero proveniente de los contribuyentes de los Estados Unidos sea utilizado para financiar organizaciones o programas que apoyen o participen en el manejo de programas de aborto forzado o esterilización involuntaria.[31]

Nótese que el segundo párrafo del memorando firmado por Donald Trump amplía el impacto de la Regla de Mordaza a toda asistencia de salud provista por cualquiera de los departamentos y agencias del gobierno de los Estados Unidos a países y ONG extranjeras. Es decir, su impacto no se limita a los programas u organizaciones que proveen servicios de planificación familiar, sino que alcanza a todos los servicios de salud que se apoyan a nivel global con fondos de los Estados Unidos. Entre otros, quedan cobijados por el mandato de Trump los programas y organizaciones dedicados a atender problemas de salud especialmente en países

31 "Presidential Memorandum Regarding the Mexico City Policy", cit.; traducción propia.

siglo veintiuno editores

en vías de desarrollo. Estos fondos alcanzan la suma de cerca de nueve mil millones de dólares estadounidenses destinados a proveer financiamiento para programas de VIH, tuberculosis, malaria, ébola, zika, salud infantil y otros.

El 2 de marzo de 2017 la Usaid emitió una revisión parcial del documento que rige la implantación de la Regla de Mordaza Global titulado "Standard Provisions for Non-U.S. Nongovernmental Organizations. A Mandatory Reference for ADS Chapter 303" (Usaid, 2017). La parte de estos estándares de la Usaid titulada "RAA 29 Protecting Life in Global Health Assistance (May 2017)" enuncia los criterios que se aplicarán a las asignaciones de fondos destinados a servicios de planificación familiar que realice la Agencia. Es obvio que más adelante se habrán de emitir estándares aplicables a otros programas de servicios de salud para cumplir con el mandato del presidente, por lo que estos estándares sólo atienden de modo parcial al impacto específico de la Regla de Mordaza Global de Trump.

Los estándares recientemente aprobados requieren que cualquier ONG constituida bajo las leyes de los Estados Unidos y recipiente de financiamiento gubernamental para programas de planificación familiar se comprometa a

- no proveer asistencia económica a ninguna ONG extranjera que realice abortos o abogue por el derecho al aborto como método de planificación familiar;
- no proveer apoyo financiero a cualquier ONG que conduzca ese tipo de actividad (Usaid, 2017: RAA29, [a] I, 1).

Los estándares establecen que el término "aborto" como método de planificación familiar significa que se realiza con el propósito de espaciar los nacimientos, incluyendo, pero sin limitarse a, abortos llevados a cabo para proteger la salud física o mental de la mujer. Excluyen de dicha definición los abortos realizados para proteger la vida de la mujer embarazada o para terminar un embarazo producto de una violación o un incesto (Usaid, 2017: RAA29, [a] I [10] I y II [13] i).

La sección II de los estándares sobre financiamiento para la planificación familiar revisados por Usaid establece que para recibir fondos las ONG extranjeras deben certificar que no realizan ni realizarán abortos o promoverán el derecho al aborto en los países recipientes de recursos de la Agencia, ni proveerán asistencia económica a ninguna otra ONG que realice dichas actividades durante la vigencia del financiamiento (Usaid, 2017: RAA29 [a] II [1]).

siglo veintiuno editores

En la región latinoamericana y caribeña existen las leyes más restrictivas sobre el aborto a nivel global y se estima que ocurren unos 6,5 millones de abortos inducidos al año y 2000 mujeres mueren anualmente como producto de abortos inseguros. El aborto está completamente prohibido en siete países de la región donde ni siquiera se permite para salvaguardar la salud o la vida de la mujer embarazada. Sólo está disponible sin restricciones durante el primer trimestre o antes de la viabilidad en Cuba, Ciudad de México, Uruguay y Puerto Rico.[32] La Federación Internacional de Planificación de la Familia, Mary Stoppes International, la Organización Mundial de la Salud, el Center for Reproductive Rights, y el Center for Health and Gender Equity (Change), entre muchas otras organizaciones, han manifestado su rechazo a la Regla de Mordaza Global porque sostienen que redundará en una disminución significativa del acceso a métodos anticonceptivos en los países en vías de desarrollo, lo que provocará un aumento exponencial en los embarazos no deseados que desencadenarán en abortos inseguros. Este es un asunto de vida o muerte para miles de mujeres.

siglo veintiuno editores

OTRAS AMENAZAS A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Otra amenaza a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres emana de la propuesta de la administración Trump de restringir o limitar los fondos del Título X de la Ley de los Estados Unidos Public Health Service Act (en adelante "Título X").[33] Este es el mecanismo que se utilizaría para cumplir la promesa electoral de desfinanciar la PPFA. Los conservadores del Partido Republicano alegan que la organización Planned Parenthood Federation of America apoya investigaciones sobre aborto y brinda estos servicios a miles de mujeres en los Estados Unidos y otros países.[34] A través del proyecto PPFA Global, esta organización apoya proyectos de servicios de salud reproductiva, de aborto y de abogacía por este derecho en países del continente africano, en Asia y en América Latina. Conviene recordar que cuando se limita el acceso a servicios de planificación familiar, aumentan los embarazos no deseados. La limitación de fondos a las organizaciones que proveen servicios de planificación familiar en los Estados Unidos y que apoyan organizaciones en el

32 Guttmacher Institute, "An Overview of Abotion Laws", cit.

33 PL 91-572, "Population Research and Voluntary Family Planning Programs", 84 Stat. sec 1.

34 Véase J. Diamonds, "Planned Parenthood rejects Trump proposal to stop abortion services", *CNN*, 6 de marzo de 2017, disponible en <edition.cnn.com>.

Sur Global tendrá también graves consecuencias sobre las vidas de las mujeres a nivel global.

A inicios del mes de marzo de 2017, la administración Trump presentó dos proyectos de ley (PL) separados pero complementarios,[35] para revocar la reforma de salud conocida popularmente como el "Obamacare" (Patient Protection and Affordable Care Act, también conocido como "Affordable Care Act" o "ACA" del 30 de marzo de 2010, PL 111-148).[36] Dichos proyectos de ley se consideran peligrosos para el pueblo estadounidense, en especial para las mujeres, para las familias de escasos recursos económicos y para las personas afrodescendientes. Se anticipa que una revocación de la Affordable Care Act, parcial o completa, afectará más a las millones de mujeres que quedarán sin seguro de salud y sin ninguna cobertura de métodos anticonceptivos o con una severamente limitada.[37] Se ha planteado que el cuidado de millones más está en riesgo por los ataques a los programas y proveedores de planificación familiar, servicios estos que son críticos para las mujeres de escasos recursos económicos, las mujeres afroamericanas y las personas no aseguradas.[38]

La revocación del Affordable Care Act resulta muy peligrosa, pues impedirá que las beneficiarias de Medicaid puedan utilizar su seguro médico para pagar por los servicios recibidos en los centros de Planned Parenthood Federation of America y prohibirá que los seguros de salud incluyan en su cobertura la práctica de aborto. Ello obligará a las mujeres a pagar de su bolsillo este servicio, aun en aquellos casos en que sea necesario para proteger su salud.

siglo veintiuno editores

CONCLUSIONES

El siglo XXI nos revela la naturaleza cíclica de los procesos sociales y políticos, la inestabilidad e indeterminación de los derechos y la importancia del trabajo de activación política de las mujeres y otros grupos discriminados. La historia del derecho al aborto en los países donde se ha reconocido su legalidad nos demuestra las grandes dificultades y amenazas que confronta para su consolidación y garantía. La politización del

35 J. Cohn y J. Young, "House Republicans Unveil Bill To Repeal Obamacare", *Huffington Post*, 3 de junio de 2017, disponible en <www.huffingtonpost.com>.
36 124 Stat., párrs. 119-1025.
37 A. Starrs, "Why GOP plans on health care will hurt all women", cit.
38 Íd.

cuerpo de las mujeres, la utilización del derecho al aborto y la libertad reproductiva de las mujeres como prebenda eleccionaria por parte de partidos políticos conservadores, el activismo religioso fundamentalista opositor del derecho al aborto y la crisis económica global son factores que se concatenan para detener y hacer retroceder los logros alcanzados en el campo de la libertad reproductiva.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y la legislación aprobada por el Congreso sólo son imperativas en ese país y sus territorios, pero lo cierto es que tienen un impacto más allá de esas fronteras. Así también el movimiento antiaborto estadounidense ha exportado sus métodos y discursos a otros países. Una de las estrategias más efectivas y dañinas para el avance del reconocimiento del derecho al aborto a nivel global ha sido la Regla de Mordaza Global que han utilizado los líderes del Partido Republicano al acceder a la presidencia de los Estados Unidos para coartar la provisión de financiamiento de cooperación a organizaciones foráneas. La administración Trump, iniciada en enero de 2017, ha ampliado las estrategias limitantes de la libertad reproductiva con políticas de aplicación interna y en el exterior.

La llegada al poder en los Estados Unidos de la administración Trump ha agudizado la tensión entre la legalidad del aborto –lo que dice la ley– y su legitimidad –lo que se considera válido–. El discurso antiaborto utilizado por los políticos en sus campañas electorales, la adopción de la Regla de Mordaza Global y de medidas represivas en torno a los servicios de salud sexual y reproductiva han creado un contexto que envalentona a los sectores antiaborto en los Estados Unidos y en toda la región latinoamericana y caribeña.

La meta de la autonomía reproductiva aún es elusiva, sin embargo, la creatividad de los movimientos sociales que la reclaman, su persistencia y evolución constante constituyen fuerzas reales que confrontan y dificultan la entronización de una cultura que esconde o adorna la injusticia con discursos engañosos que deshumanizan a las personas vivas. Las mujeres, con sus prácticas cotidianas y la utilización del aborto como necesidad social y libertaria, continuarán ejerciendo el derecho al aborto sea legal, legítimo o solo un ejemplo de nuestra moralidad práctica. Es ineludible mantener la activación política, la discusión, el estudio y el análisis de los procesos de desarrollo de los derechos que inciden en la construcción de la equidad de género, los derechos sexuales y los derechos reproductivos.

siglo veintuno editores

REFERENCIAS

Center for Reproductive Rights (2003), "The Bush Global Gag Rule: Endangering Women's Health, Free Speech and Democracy", disponible en <www.reproductiverights.org>.

Clínica de Derechos Humanos (2015), *Puerto Rico: territorio hostil para las mujeres*, informe presentado ante la CIDH en su 154º Período de Sesiones sobre la audiencia "Situación general de los derechos humanos en Puerto Rico", Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.

— (2016), *Deuda pública, política fiscal y pobreza en Puerto Rico*, informe presentado ante la CIDH, Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Colón, A., A. L. Dávila, M. D. Fernós y E. Vicente (1999), *Políticas, visiones y voces en torno al aborto en Puerto Rico*, Centro de Investigaciones Sociales, Universidad de Puerto Rico.

Nowels, L. (2003), "Population Assistance and Family Planning Programs: Issues for Congress", Issue Brief for Congress, Congressional Research Service.

Otón Olivieri, P. (2010), "Agenda inconclusa. Derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de salud", *Revista Jurídica U.P.R.*, 79(3): 851.

Ramírez de Arellano, A. B. y C. Seipp (1983), *Colonialism, Catholicism and Contraception*, Chapel Hill, University of North Carolina Press.

Rivera Ramos, E. (1996), "The Legal Construction of American Colonialism: The Insular Cases (1901-1922)", *Revista Jurídica U.P.R.*, 65: 225-328.

— (2001), *The Legal Construction of Identity. The Judicial and Social Legacy of American Colonialism in Puerto Rico*, Washington DC, American Psychological Association.

— (2005), "Antecedentes históricos de la autonomía política de Puerto Rico como Estado libre asociado. Elementos definidores de la autonomía política puertorriqueña y sus fuentes de derecho", *Revista Jurídica U.P.R.*, 74(2): 241-261.

United States Agency for International Development (Usaid) (2017), "Standard Provisions for Non-U.S. Nongovernmental Organizations. A Mandatory Reference for ADS Chapter 303", disponible en <www.usaid.gov>.

United States Agency for International Development (Usaid), Office of Population (2001), *Voluntary Population Activities-Restoration of the Mexico City Policy* , Memorandum February 15, disponible en <www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/cib0103.pdf>.

Vicente, E. y P. Otón Olivieri (2012), "Derechos sexuales y derechos reproductivos", en J. Colón e I. Alegría (eds.), *Puerto Rico y los derechos humanos. Una intersección plural*, Viejo San Juan, Callejón, pp. 299-323.

Sin venta

16. Movilización legal de mujeres y aborto
El caso de El Salvador

María Angélica Peñas Defago
Violeta Cánaves

Las discusiones acerca del reconocimiento de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres se desarrollan en un campo marcado por procesos históricos, culturales y territorialmente situados de tensión/reacción sobre el predominio de un modelo hegemónico del mundo. En parte, este proceso se explica al analizar los marcos de sentido desde donde se (re)construyen de manera situacional las prácticas sociales y culturales y desde donde se han nutrido el derecho y la medicina en relación con temas de género y sexualidad en América Latina.

Resulta de particular relevancia para el análisis de estas cuestiones el caso de El Salvador. Si se tiene como punto cúlmine la década de 1990, es posible notar que diferentes disputas políticas se transformaron en una serie de reformas legales que penalizaron por completo el aborto y declararon constitucionalmente el derecho a la vida desde la concepción. Estas reformas fueron logradas –en especial– gracias a una coalición de fuerzas conservadoras (la jerarquía de la Iglesia católica, la ONG católica Sí a la Vida y el partido conservador Alianza Republicana Nacionalista –Arena–), que luego de los acuerdos de paz de 1992 continuó en el poder hasta 2009. Con anterioridad a estas reformas, el Código Penal (CP) preveía una serie de causales de no punibilidad, y exceptuaba de pena a los abortos culposos, terapéuticos, por violación y eugenésicos.[1]

Una de las consecuencias de este cambio legal fue la fuerte persecución y condena penal a las mujeres que realizan abortos o partos extrahospitalarios a causa de emergencias obstétricas. Ante este panorama, gran parte de las acciones de los movimientos feministas y de mujeres de este país centroamericano se han centrado en estrategias de litigio e incidencia desde el campo de lo político/legal, a nivel nacional e internacional, en cuanto posible camino para reformar la legislación vinculada al aborto. Pero estas estrategias legales van más allá de la labor concreta en

1 Art. 169 del CP de El Salvador, sancionado el 13 de febrero de 1973.

siglo veintiuno editores

y desde los tribunales. A través de una combinación de acciones legales, mediáticas y sociales, las organizaciones buscan con estos casos evidenciar las consecuencias que un sistema de penalización absoluta conlleva sobre la vida y salud de las mujeres.

Desde un abordaje teórico, podemos inscribir este fenómeno de movilización legal encaminado a la reforma de la legislación sobre aborto en El Salvador en diversas líneas de análisis que dan cuenta de cómo de manera progresiva actores de la sociedad civil han adoptado estrategias de litigio, nacional e internacional, como vía para impulsar una serie de reformas políticas y legales y/o como herramienta de cambio social. Por lo general, los análisis a nivel regional se han centrado en indagar las interacciones entre las instituciones judiciales y el avance de los derechos humanos, con énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales, con el pedido por el reconocimiento efectivo del derecho a la salud integral como un pilar clave en estas reivindicaciones (Sieder y otros, 2005; Couso y otros, 2010).

En forma paralela, para importantes sectores de los movimientos de mujeres y feministas, el derecho al más alto nivel posible de salud se ha convertido en una de las herramientas clave utilizadas ante los tribunales de justicia y los foros internacionales de derechos humanos, desde donde abogan por la autonomía de las mujeres, la libertad, la igualdad y el derecho a una vida libre de violencias. En muchos casos, estos procesos de movilización legal se han traducido en una serie de reformas que habilitan nuevos marcos políticos, legales y de sentidos sociales, respecto de la consideración de la autonomía de las mujeres sobre sus cuerpos y sexualidades (Cabal y otros, 2003; Yamin, 2008, 2013; Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, 2008; Lemaitre, 2009; Cabal y Tood-Gher, 2009; Ruibal, 2015). Como veremos, en el caso salvadoreño, los movimientos feministas retomaron parte de estas estrategias que se daban en la región para avanzar en el reconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres.

Con estos antecedentes teóricos en consideración, nuestro objetivo aquí es rescatar y reflejar las complejidades y desafíos a los que se enfrentan las estrategias políticas y legales de las organizaciones feministas en El Salvador para revertir el sistema de penalización absoluta del aborto. En este sentido recuperaremos, por un lado, las principales acciones y discursos desarrollados por estos movimientos, prestando también atención a cómo se rearticularon sus estrategias ante las respuestas del Estado en cada momento. Asimismo, analizaremos los discursos de la Corte Suprema en los casos en que se desafió por esta vía el sistema de penalización absoluta. Por último, aunque con menor intensidad

siglo veintiuno editores

analítica, presentaremos de forma breve cuáles han sido las principales acciones de los sectores de oposición al aborto en El Salvador en las últimas décadas.

Esperamos que el mapa de actores, estrategias y discursos que reflejamos aquí contribuya al trabajo de movilización legal que llevan adelante diversos movimientos feministas y de mujeres en la región, como aporte a un análisis específico de una experiencia en un contexto altamente hostil para la autonomía reproductiva de las mujeres como el caso de El Salvador.

A estos fines, nos centraremos en dos momentos clave de movilización legal impulsada, en general, por los movimientos feministas salvadoreños. En un primer momento, abordaremos las acciones desplegadas ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema para intentar sentar la inconstitucionalidad del sistema penal salvadoreño. En un segundo momento, nos focalizaremos en las diferentes aristas que tiene la campaña "Las 17", enmarcada en diecisiete pedidos de indulto de mujeres que fueron condenadas a penas de homicidio agravado por el vínculo.

A nivel metodológico, este trabajo se apoya en un análisis documental y en entrevistas en profundidad. Por ello, se revisaron diferentes escritos legales, como las cuatro sentencias emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema salvadoreña, las demandas en este fuero y las realizadas en casos particulares en instancias de revisiones de sentencias, presentaciones ante organismos de derechos humanos, nacionales e internacionales, en especial en lo referente a exposiciones ante la Comisión de la Organización de Estados Americanos (OEA) e instancias de las Asambleas Generales de la OEA. En general, los documentos fueron facilitados por los actores principales involucrados en los procesos y vía los sitios web oficiales de los organismos internacionales. Además, se contemplaron entrevistas a actores centrales implicados en los procesos de movilización legal en torno al aborto en El Salvador, realizadas de modo presencial durante los meses de febrero de 2015 y enero y febrero de 2017.

XXI siglo veintiuno editores

LA REFORMA LEGAL DESDE LA CORTE SUPREMA

Desde 1997, cuando se reforma la legislación sobre aborto en El Salvador, y hasta la fecha, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido cuatro decisiones sobre el tema.

1. La primera acción de inconstitucionalidad presentada contra el sistema de penalización absoluta del aborto en el país fue promovida en 1998 por dos jóvenes estudiantes de derecho, sin conexión ni articulación con los movimientos de mujeres o feministas del país. Como parte de su trabajo final de tesis, los estudiantes presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que el Código Penal recientemente reformado violaba la Constitución al no contener las indicaciones tradicionales del delito de aborto –terapéutica, eugenésica y ética– (Martí Montalvo y Marroquín Galo, 1999).

El argumento central de los demandantes sostuvo en concreto que la violación constitucional se generaba como consecuencia de una *omisión legislativa*. Un argumento de comprobación y otro de verificación acompañaron el razonamiento jurídico de la demanda. Lo que se sostuvo específicamente fue que una mera remisión a las causales generales de exclusión de la responsabilidad penal resultaba "insuficiente y defectuosa de cara a cumplir con el mandato constitucional de previsión legal de tales supuestos" (Corte Suprema de Justicia, sentencia 18-98/2007: 2). La omisión constituía una violación a la Constitución, según los demandantes, porque los "derechos fundamentales comprometidos en el aborto, el principio de reserva de ley y el principio de proporcionalidad, implican un mandato constitucional de legislar sobre la materia" (18-98/2007: 12).

Los derechos constitucionales en juego eran los contenidos en los arts. 1, 2, 3 y 246 de la Constitución de la República de El Salvador. Estos son el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la dignidad y libertad, a la igualdad y no discriminación, a la seguridad jurídica, al acceso a la justicia, así como la supremacía de la Constitución por sobre las leyes.

De los argumentos de la demanda, tal como se encuentran traducidos en la sentencia, es posible observar el planteo como un experimento académico-constitucional. Sin abrir juicios de valor sobre los objetivos jurídico-políticos que tenían los demandantes, lo que puede leerse en la estructura de los argumentos es prácticamente un ensayo de derecho constitucional, en particular sobre la "inconstitucionalidad por omisión".

Nueve años después de iniciado este proceso, en 2007, la Corte Suprema denegó la acción de inconstitucionalidad. Las preguntas centrales que la Corte se planteó en esta decisión se refirieron a la existencia, o no, de un mandato constitucional por el cual el legislador deba regular los casos de aborto no punible, y si ese mandato había sido incumplido (18-98/2007: 23 y ss.). Estas preguntas, en consecuencia,

siglo veintiuno editores

no giraban en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del aborto en sí mismo, ni a argumentos que defendieran una u otra opción, sino que, en respuesta a la demanda, las consideraciones de la Corte versaron sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa. El Tribunal afirmó que las indicaciones de excepción del aborto, contempladas antes de la reforma, continuaban vigentes ahora de modo tácito a través de las causas generales de exclusión de las penas previstas en el art. 27 del Código Penal salvadoreño en el que se estipulan las causas excluyentes de responsabilidad.

Sin embargo, la Corte reconoció que el "sistema común de penalización" constituía una forma "incompleta" de regular el aborto dados los conflictos de intereses irresueltos que esta planteó. En particular, la Corte sostuvo que las causas generales de exclusión de penas "operarían frente a una conducta consumada, de manera que de forma preventiva la posible controversia no podría ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de un tratamiento médico que permita la conclusión del embarazo" (18-98/2007: 42).

En esta línea de razonamiento, la Corte hizo un llamado a la Asamblea Legislativa para que legislara "sobre las circunstancias que extra proceso penal deben concurrir en las indicaciones del aborto" (18-98/2007: 45), ya que la utilización del derecho penal como mecanismo de solución de estas controversias resultaba insuficiente.

siglo veintiuno editores

2. Tres años más tarde, referentes de organizaciones feministas salvadoreñas y el abogado Víctor Hugo Mata Tobar presentaron un nuevo recurso ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Como indica Ernesto Feusier (2012), una de las ventanas de oportunidades que puede haber impulsado esta acción de parte del movimiento de mujeres fue el cambio de los miembros titulares de esta Sala Constitucional en 2009.

El argumento central de la demanda sostenía que el art. 133 del CP era inconstitucional "por el exceso en la restricción o limitación del derecho a la libertad, vida, privacidad y de la prohibición de infligir tratos crueles inhumanos o degradantes a la mujer que aloja en su seno al embrión o feto, con o sin su consentimiento" (67/2010: 2). Así, esta demanda introdujo un análisis más sofisticado sobre la posibilidad y oportunidad de limitación de derechos fundamentales a través del uso del test de proporcionalidad. En lo que respecta a este test, y aunque no de manera explícita, tomaron como modelo el test "clásico", utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán, que prevé tres pasos: un examen de idoneidad,

un examen de necesidad y el test de proporcionalidad en sentido estricto (Clérico, 2014). Es uno de los métodos más respetados en cuanto a limitación de derechos fundamentales, y exige una serie de requisitos para que estos derechos puedan verse de alguna manera restringidos.

El test de proporcionalidad en sentido estricto, tal como es realizado en la demanda, implica la indagación de si "la intensidad de la intervención del legislador es proporcional a los intereses del bien que busca proteger" (67/2010: 2). En estas condiciones, la demanda sostiene que la norma penal no es proporcional, al "destruir" unos derechos fundamentales, los de la mujer, para salvar otros, los del embrión o feto.

El segundo motivo de inconstitucionalidad aducido por la demanda es la violación del principio de igualdad. Según se sostiene, con la prohibición absoluta el legislador no toma en consideración a las mujeres que desean interrumpir su embarazo por "causas justas" o "razones atendibles" (67/2010: 3).

Ninguno de estos ensayos, sin embargo, convenció a la Corte, que en muy breves consideraciones se remitió a los argumentos dados en la sentencia de 2007, al entender que los demandantes estaban también argumentando la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Así, negó la inconstitucionalidad del régimen de penalización total y reiteró que ante conflictos de intereses en casos de abortos terapéuticos, criminológicos o eugenésicos, las mujeres podrían valerse de las causales generales de excepción a las penas, otra vez aquí en referencia a las cláusulas de excepción de responsabilidad previstas en el art. 27 del CP.

La Sala Constitucional reforzó sin embargo el argumento de que la opción por la penalización común con excepciones generales era competencia del Poder Legislativo como "representante de la voluntad popular", y era en ese espacio donde se debía postular por un cambio en la regulación. Esto era así ya que esa opción, en opinión de la Corte, se relacionaba con "valoraciones sociales y de política criminal que rigen en un país en un determinado momento histórico" (67/2010: 6). Por otro lado, la Corte ensayó una respuesta al argumento que se basa en el test de proporcionalidad de una manera a nuestro juicio equivocada. Al alegar que "no es la pena la que restringe los derechos de la mujer embarazada" sino "la tipificación general y abstracta" del delito de aborto (67/2010: 6), la Corte pretendió transformar el marco de una discusión constitucional, basada en derechos fundamentales, en una discusión de política criminal, que debe leerse a través de un análisis de dogmática penal.

A pesar de la continuidad argumental con la decisión de 2007, respecto de la estipulación tácita de permisividad del aborto en casos excepcio-

siglo veintiuno editores

nales, en este fallo –a diferencia del fallo anterior– es importante resaltar que no se mencionan las deficiencias prácticas y legales que implica un sistema de penalización del aborto incompleto como el de El Salvador.

3. En 2013 el debate sobre el aborto se llevó otra vez a la Corte Suprema de Justicia, cuando la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico presentó un recurso de amparo a favor de Beatriz, una mujer de 22 años con lupus eritematoso discoide embarazada de un feto anencefálico. Aunque los médicos de Beatriz estaban a favor de interrumpir el embarazo, dada la restricción legal se solicitó un aval judicial. El amparo reclamaba que se respetara el derecho a la vida, la salud y la integridad física y moral de Beatriz. A una semana de esta presentación y ante la falta de respuesta efectiva de parte de la Corte, la Colectiva Feminista para el Desarrollo Local de El Salvador; la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico de El Salvador y el Center for Justice and International Law (Cejil) realizaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Días más tarde, las organizaciones peticionarias solicitaron a la CIDH que elevara a la Corte Interamericana el dictado de medidas precautorias.

La solicitud efectuada ante la Sala Constitucional de la Corte fue avalada por el procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Oscar Humberto Luna, quien en su dictamen respaldó el pedido de Beatriz por ser conforme tanto al derecho constitucional nacional como a las solicitudes realizadas al Estado salvadoreño por parte de diversos organismos de derechos humanos de Naciones Unidas, como el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, que venían reclamando a El Salvador que habilitase las vías necesarias de acceso a los abortos terapéuticos y en casos de violación. En este dictamen además, el procurador remarcó la necesidad de que la Asamblea Legislativa revisara y reformara la legislación sobre aborto en el país para atender oportunamente casos como el de Beatriz.[2]

El 28 de mayo de 2013 la Sala Constitucional de la Corte Suprema falló de manera tal que no hizo lugar al recurso de amparo al argumentar que

2 Procurador de Derechos Humanos, Pronunciamiento del procurador en el caso de aborto terapéutico de Beatriz García, San Salvador, 16 de abril de 2013.

siglo veintiuno editores

la Constitución de El Salvador protege la vida desde la concepción. Así, a pesar de haber reiterado en dos decisiones anteriores que las causales de excepción a la penalización total del aborto estaban previstas de modo implícito en las excepciones generales del art. 27 del CP, ante un pedido concreto, la Sala sostuvo que en respeto a la norma constitucional existía un "impedimento absoluto" para permitir la interrupción del embarazo. Es decir, consagró el "derecho a la vida desde la concepción" como un derecho absoluto, y derrumbó de manera torpe su propia construcción argumental previa.

El objeto de la controversia, en palabras de la Corte, consistía en determinar si "las autoridades demandadas omitieron brindar, de manera oportuna, a la señora B. G. el tratamiento idóneo y necesario para su condición, lo que habría provocado un aumento del deterioro de su salud y, con ello, el peligro inminente de pérdida de su existencia física, en contravención con el contenido de los derechos fundamentales a la vida y a la salud establecidos en los arts. 2 y 65 de la Constitución nacional" (310/2013: 11).

Como consecuencia de las razones aducidas y en particular de los vacíos en las argumentaciones y consideraciones de las sentencias de 2007 y 2011, cuando la Corte salvadoreña decidió el caso de Beatriz en 2013, no se contaba con ninguna referencia legal de acción para los pedidos de autorización de un aborto. Las sentencias anteriores sólo habían resuelto cuestiones abstractas y para hipótesis *ex post facto*, es decir, imaginando que las interrupciones de embarazo ya se habían cometido, por lo que las eximentes de responsabilidad penal entraban en juego. De manera expresa alegaron que "las eximentes de responsabilidad penal sólo son aplicables una vez consumado el delito y dentro de un proceso jurisdiccional ante autoridad competente, por lo que no pueden ser trasladadas a una etapa previa, a fin de resolver colisiones a los derechos fundamentales entre el binomio madre-hijo" (310/2013: 15).

La Corte, al igual que en las sentencias anteriores, reiteró la necesidad de discutir en los canales democráticos adecuados una eventual modificación de la legislación pertinente, y se excluyó ella misma nuevamente de ser una autoridad legitimada en el tema. Sin embargo, en esta ocasión, es de resaltar que la Sala reconoció a su vez la necesidad de contar con protocolos médicos y guías técnicas que permitan al personal de salud una "eficaz protección de la madre y del *nasciturus*" en los casos en que exista un "peligro real e inminente para la vida de la madre gestante" (310/2013: 14).

Asimismo, la Corte entendió que las autoridades hospitalarias eran quienes debían asumir los riesgos que conlleva el ejercicio de la profe-

siglo veintiuno editores

sión, y afirmó además que estos habían protegido los derechos de Beatriz y los del *nasciturus* –respecto de quien manifestó que tiene un derecho a la vida desde la concepción ratificado constitucionalmente–, por lo que no existía allí una violación de derechos. Sin embargo, obligó a las autoridades sanitarias a continuar monitoreando el estado de salud de Beatriz y "a brindarle el tratamiento que en cada momento resulte idóneo [...] así como a implementar los procedimientos que [...] se estimen indispensables para atender las futuras complicaciones que se presenten" (310/2013: 22).

Al día siguiente de este fallo, el 29 de mayo de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos requirió al Estado salvadoreño que tomase todas las medidas médicas necesarias para asegurar la debida protección al derecho a la vida e integridad personal de Beatriz, lo que se traducía en una orden para interrumpir el embarazo conforme lo indicaban las recomendaciones de los médicos que la atendían. El 3 de junio, con seis meses de gestación, se le practicó una cesárea. Cuando se dio a conocer esta noticia y dado lo avanzado del embarazo, la práctica se difundió no como la realización de un aborto, sino como un "parto inducido", cambio de terminología que fue entendido por diversos sectores contrarios al aborto como una conquista en la batalla contra el aborto.

En vinculación con este caso, en diciembre de 2013 la Colectiva Feminista para el Desarrollo Local de El Salvador, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico de El Salvador, Ipas Centroamérica y el Cejil presentaron una denuncia internacional ante la CIDH contra el Estado salvadoreño por las violaciones a los derechos humanos sufridas por Beatriz.[3]

4. Último en el tiempo se encuentra el fallo emitido por la Sala Constitucional en abril de 2014, esta vez producto de un recurso de inconstitucionalidad presentado en una nueva oportunidad por el abogado Víctor Hugo Mata Tobar, pero en esta ocasión en nombre propio. Mata Tobar fue quien acompañó legalmente a las activistas de los movimientos feministas en la acción que produjo el segundo pronuncia-

3 Esta acción no fue la primera denuncia en sedes internacionales que recibe El Salvador por su legislación restrictiva en materia de aborto. En el año 2012, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana presentaron también ante la CIDH una denuncia por el caso de Manuela, una mujer de 33 años que murió en 2010 producto de un agresivo cáncer, del cual no fue tratada de manera adecuada mientras estaba en prisión acusada de homicidio agravado tras sufrir una emergencia obstétrica.

siglo veintiuno editores

miento del Tribunal sobre el tema, y fue además uno de los abogados defensores de las mujeres condenadas por homicidios agravados por el vínculo a causa de haber sufrido emergencias obstétricas.

En la última sentencia de la Corte, la demanda acentuaba la violación al principio de legalidad ante la vaguedad e imprecisión del término "aborto" utilizado en el art. 133 del CP que regula el "Aborto consentido y propio". En la argumentación de la demanda, la ausencia de una "determinación clara y precisa del delito" deja al juez penal un margen de discrecionalidad violatorio del principio de legalidad, lo que hace que corresponda declarar la inconstitucionalidad de esa norma.

Asimismo, la demanda sostuvo que la pena contenida en aquel artículo –de dos a ocho años de prisión– resultaba demasiado severa y que en consecuencia "solamente aumenta el dolor y la marginalización de las personas" (170/2013: 3).

Por último, la demanda reclamó la declaración de inconstitucionalidad de todo el capítulo referido a los delitos contra el ser humano en formación, "por no comprender disposiciones que protejan el derecho fundamental que tiene toda mujer embarazada al cuidado de la salud en una forma inmediata y segura, lo cual conlleva una verdadera tortura" (170/2013: 3). Sobre este último punto, reforzó su argumento con el caso Beatriz.

Luego del caso Beatriz, el tema del aborto en El Salvador y sus políticas reproductivas repercutió con fuerza en el plano internacional y regional. Quizá la búsqueda de aprovechar esta oportunidad fue la razón de una pretensión tan amplia como la del actor en este caso. Sin embargo, la Corte prácticamente ignoró lo ocurrido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las extendidas repercusiones internacionales del año previo, y reiteró lo decidido en 2007 y 2011.

Una vez más, la Corte sostuvo que las colisiones de derechos entre la protección del *nasciturus* y la madre "pueden ser perfectamente solventadas mediante la aplicación debidamente razonada de alguna causa excluyente de responsabilidad penal" (170/2013: 4). El hecho de que el Código Penal no contenga una cláusula expresa que mencione cómo resolver los conflictos de derechos no invalida la decisión legislativa de proteger la vida del *nasciturus*, en el razonamiento del Tribunal. La postura del Código Penal permite resolver el conflicto "conforme a los principios de ponderación de intereses" (170/2013: 6). Este entendimiento, sin embargo, contradice abiertamente el "impedimento absoluto" que la protección constitucional de la vida desde la concepción supondría, tal como sostuvo la propia Sala en el caso Beatriz.

siglo veintiuno editores

Sobre el argumento de la vaguedad del término "aborto" utilizado en el Código Penal, la Corte sostuvo que la intelección es "sencilla": "Se trata de la provocación dolosa de un aborto por la propia gestante o brindando su consentimiento para que un tercero se lo practique" (170/2013: 11). Es de destacar que ante la acusación de indeterminación del término "aborto", la Corte utiliza (en la sencilla explicación) la misma palabra que busca definir.[4]

La Corte volvió a determinar que ante casos de conflictos de intereses entre la mujer y el feto el caso se rige por las excepciones de responsabilidad del art. 27, incs. 1 y 5 del CP, eximentes que este mismo Tribunal no aplicó un año antes en el extremo caso de Beatriz. Una vez más, el entendimiento de la Corte parece esquizofrénico, sin más. Por un lado sostiene la necesidad de ponderación, de resolver el caso concreto y de la ausencia de derechos absolutos en la Constitución, y por otro defiende la idea de "impedimentos absolutos" y lleva al extremo lo que considera necesario para que exista un peligro para la vida o salud de la mujer.

Una innovación de esta decisión fue que la Corte aclaró que las eximentes de responsabilidad penal también son aplicables para el personal médico y sanitario cuando realizan una "acción salvadora" en caso de "grave riesgo vital para la embarazada" (170/2013: 8).

Por otro lado, si bien la Corte repitió que la no inclusión de indicaciones en el Código Penal era una decisión de política criminal del Poder Legislativo, y no de la Sala, se observa aquí un giro argumentativo por parte de la Sala en cuanto afirmó que otra opción posible para evitar los conflictos de intereses en casos extremos sería la emisión de una resolución de carácter administrativo, desde la que se clarificara a los profesionales de la salud las causales de excepción a la punibilidad del aborto. De este modo, la Corte no sólo volvió a habilitar a la Asamblea Legislativa para que modificase las circunstancias que permiten a las mujeres acceder a un aborto legal, sino que aquí además habilitó al Poder Ejecutivo para labrar guías o documentos técnicos en los cuales se prevean estos casos.

siglo veintiuno editores

4 El argumento planteado en la demanda sobre la vaguedad se explica quizá como una estrategia ante el encarcelamiento de mujeres luego de haber presentado evidencia de "abortos espontáneos". El fin que la demanda busca es distinguir los casos de "abortos provocados" de los de "abortos espontáneos", ya que en El Salvador las penas suelen ser las mismas para ambos casos. Véase desarrollo desde esta perspectiva más adelante en el análisis de "Las 17" en este capítulo.

Algunas consideraciones sobre las cuatro decisiones de la Corte Suprema de Justicia resultan relevantes. Sin embargo, es importante primero destacar los canales por cuales estos casos llegan a la Corte. En términos de estrategia de movilización legal, el segundo y el cuarto fueron casos en que de manera clara había una conexión con el activismo feminista salvadoreño. De hecho, en estas acciones se procuró aprovechar cambios de coyunturas –como por ejemplo cambios en la composición del Tribunal–, así como presionar cambios de criterio. El tercer caso –Beatriz– fue asimismo crucial desde la perspectiva de las influencias transnacionales y de apoyo regional e internacional de los reclamos domésticos. El primer caso, sin embargo, no responde a una estrategia activista, sino que constituye, como hemos mencionado, un experimento académico-constitucional de dos estudiantes particularmente preocupadas por lograr un pronunciamiento de la Corte en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión.

A nivel de las cuatro resoluciones de la Corte, un punto que puede observarse se refiere a los términos en que la Sala enmarcó la discusión sobre el aborto. El Salvador contempla dentro de su Constitución la protección de la vida desde la concepción, ha ratificado tratados de derechos humanos y posee legislación nacional de prevención y erradicación de la discriminación contra las mujeres. La Corte, sin embargo, parece preferir utilizar argumentos de dogmática penal y en general de derecho penal en sus razonamientos. Si bien hay una mera mención a los tratados de derechos humanos en la tercera y la segunda sentencia, y el argumento de la constitucionalización de la protección de la vida desde la concepción es el factor determinante para negar la interrupción del embarazo de Beatriz, la Corte en general enmarca la discusión en términos penales, y no constitucionales.

Otro punto que merece ser mencionado es la estrategia de la Corte en cuanto a la contradictoria y oscura remisión a los otros poderes del Estado. En la primera sentencia, la Corte sostuvo que las causales de excepción generales permiten al juez la potestad de elegir cuándo es aplicable la no punibilidad. Sin embargo, también desde este mismo momento, la Sala repite el mantra que reza que es el Poder Legislativo el que tiene que modificar esta insuficiencia legal, porque es el que representa la voluntad popular.

En fin, resultan curiosos –por elegir una palabra benevolente– los reiterados intentos de la Sala de aplicar un "método de ponderación" como técnica para resolver estos conflictos de derechos entre la madre y el feto.

siglo veintiuno editores

"LAS 17". ACCIONES COLECTIVAS MÁS ALLÁ DE LOS TRIBUNALES

Luego de los fracasos de reforma legal desde las cortes, las estrategias legales en torno al aborto emprendidas por los movimientos de mujeres, feministas y aliados se profundizaron y diversificaron en El Salvador, no sólo en la esfera internacional, sino también dentro del país. Así, las estrategias de movilización legal de los movimientos feministas buscaron impactar más allá de las arenas de la Corte Suprema y los tribunales judiciales, al entender la movilización legal en un sentido amplio que incluye, junto con la pretensión de enmarcar el acceso al aborto en términos de derechos de las mujeres, la creación y el fortalecimiento de redes de actores clave, acciones callejeras, estrategias en medios, etc. (Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, 2008).

Como lo adelantáramos, uno de los efectos de la restricción legal que pesa sobre el aborto en El Salvador es la fuerte persecución policial y condena judicial contra las mujeres que se practican abortos. Incluso, mujeres que tuvieron abortos espontáneos o emergencias obstétricas han sido enjuiciadas y encarceladas. En muchos de estos casos, las penas que se les aplican no son por abortos, sino que durante el proceso judicial, que la mayoría de las veces ha evidenciado graves vicios (Agrupación Ciudadana, 2012; Viterna y Guardado, 2014), los delitos denunciados al comienzo como aborto son luego recaratulados como homicidios agravados por el vínculo, por lo que una posible condena de aborto –cuya pena máxima es de ocho años de prisión– puede ascender a treinta o hasta cincuenta años de prisión. La mayoría de estos procesos son iniciados por personal sanitario de los servicios de salud pública a que acuden las mujeres en busca de ayuda por emergencias obstétricas.

Una investigación de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto realizada entre 2000 y 2011 determinó que en la totalidad de los juzgados de instrucción y tribunales de sentencia de El Salvador, el 57,36% de las denuncias de las mujeres condenadas por emergencias obstétricas y abortos proviene de los hospitales públicos y del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (Agrupación Ciudadana, 2012). Este mismo estudio, cuando profundiza el análisis en los expedientes judiciales, determina que las *notitia criminis* efectuadas por familiares, vecinos y/o patrones de las mujeres que se desempeñan en trabajos domésticos, fueron realizadas, en general, con el objetivo de contactar un centro de salud y/o a la policía para que prestaran asistencia sanitaria a las mujeres, y estos funcionarios públicos fueron los que con posterioridad iniciaron la acción penal ante la policía o la Fiscalía General de la República (Agrupación Ciudadana, 2012).

XXI siglo veintiuno editores

En cuanto al perfil socioeconómico de las mujeres condenadas por abortos o a causa de emergencias obstétricas, vemos que un 37,98% se dedica a los oficios domésticos sin retribución económica alguna, en tanto el 18,6% tiene como fuente de ingreso su labor como empleadas domésticas (Agrupación Ciudadana, 2012). Sólo el 3,10% del total de las mujeres procesadas trabaja por cuenta propia, y sólo un 6,21% tienen un empleo en instituciones públicas y/o cuenta con estudios de grado universitario (Agrupación Ciudadana, 2012).

Ante este escenario de fuerte persecución y condena judicial contra mujeres puestas en condiciones de vulnerabilidad, en abril de 2014 organizaciones de mujeres y derechos humanos de El Salvador, recuperando acciones similares emprendidas por la organización Las Libres de México,[5] presentaron ante la Asamblea Legislativa diecisiete solicitudes de indulto para mujeres que habían sido condenadas de manera injusta a penas de homicidios agravados por el vínculo como consecuencia de haber sufrido emergencias obstétricas o abortos. La estrategia del indulto ya había sido utilizada sin éxito en un caso similar en el país en 2007, por uno de los abogados que años más tarde se sumaría de forma activa al equipo de los cinco abogados que llevan adelante la defensa de las mujeres condenadas por homicidios.[6]

En cuanto al proceso de los indultos, y según determina el Decreto 436, los pedidos deben ser presentados de manera fundada ante la Asamblea Legislativa, que por medio de su Comisión de Justicia y Derechos Humanos, comprobará el cumplimiento de los requisitos formales, para luego elevar las actuaciones ante la Corte Suprema de Justicia para que emita un informe (Decreto 436, arts. 13 y 14). La Corte Suprema deberá en dicho informe exponer las razones morales, de justicia o de equidad que favorecen el indulto, y tomar en consideración, además, como razones que favorecen su otorgamiento, el padecimiento de una enfermedad crónica degenerativa, daño orgánico severo, edad y el tiempo que haya cumplido de la pena impuesta la persona condenada (Decreto 436, art. 17). Si el informe de la Corte es desfavorable, la Asamblea Legislativa no podrá otorgar la gracia (Decreto 436, art. 18).

Como en el resto de las acciones, estas solicitudes de indultos no se centraron sólo en la estrategia legal, sino que se dieron en el marco de una extensa campaña de difusión nacional e internacional denominada

siglo veintiuno editores

5 Entrevista presencial a referente del frente Movimiento Feminista, febrero de 2015.

6 Entrevista presencial a abogado de Agrupación Ciudadana, febrero de 2015.

"Una flor para las 17". Como parte de las acciones de difusión, se reforzaron las labores en los medios masivos y redes sociales, en los que se convocó a referentes de la cultura, la ciencia y a organismos internacionales para que se pronunciaran a favor de la campaña.[7] Otra estrategia de gran impacto fue la divulgación de las historias de vida y los vicios procesales en las condenas de las diecisiete mujeres, para lo cual se utilizaron diferentes formatos de difusión como *spots* y cortos audiovisuales. Estas acciones coadyuvaron a que los expedientes y condenas judiciales se despojaran de tecnicismos y encarnasen cuerpos, rostros e historias de mujeres reales, quienes compartían un trasfondo común, situaciones de extrema vulnerabilidad y un sistema de justicia incapaz de atender y entender estas situaciones estructurales.

A nivel de acciones regionales e internacionales, podemos destacar la presentación de un informe del estado de situación de persecución y condena a las mujeres realizada por el director general de Amnistía Internacional ante el pleno de la Asamblea Legislativa,[8] así como las presentaciones llevadas ante esta Asamblea y la Corte Suprema por parte de la Confederación Sindical de la Comisión Obrera de Valencia, la Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas, el Parlamento Europeo, entre otros. Se realizaron además, presentaciones de cartas a favor de las diecisiete en diversas embajadas y consulados de El Salvador en América Latina. Junto con estos pronunciamientos, en enero de 2015, luego de que se consiguiera el indulto de Guadalupe, una serie de expertos de las Naciones Unidas instaron a El Salvador a que habilitase el indulto de las restantes dieciséis mujeres.[9] Si bien eso no se concretó, pronunciamientos de este tipo reforzaban los debates en la esfera pública, lo que impactó además en los futuros panoramas legislativos que se abrieron luego de estas acciones.

Ahora bien, si se toman en consideración los resultados legales concretos vinculados con la solicitud de indulto de las diecisiete, podemos decir que sólo se logró por este medio la libertad de una de las mujeres, Guadalupe, única de las solicitantes que tuvo informe favorable de la Corte Suprema. Más allá de esto, y dado lo antes referenciado respecto

siglo veintiuno editores

7 Para más información de las acciones vinculadas a esta campaña, véase <las17.org>.

8 L. Bernal, "Amnistía Internacional pide a CSJ indulto para 'las 17'", *Contra Punto*, 24 de septiembre de 2014, disponible en <www.contrapunto.com.sv>.

9 Ohchr, "Indulto a Guadalupe: expertos de la ONU instan a El Salvador a que se indulte a las mujeres que se encuentran en prisión por haber tenido complicaciones durante el embarazo y a derogar las leyes de aborto restrictivas", 28 de enero de 2015, disponible en <www.ohchr.org>.

del impacto internacional de estas acciones, así como su repercusión política y social en El Salvador, creemos que deviene necesario el análisis de los principales argumentos presentados por la defensa de las mujeres a los fines de los indultos, en cuanto patrones de violaciones a los derechos fundamentales de las mujeres condenadas.

Creemos que la identificación de estos patrones violatorios de los derechos de las mujeres resulta central, ya que podemos evidenciar este tipo de discursos no sólo en El Salvador sino en otros contextos judiciales de América Latina (Peñas Defago, 2015).

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Uno de los argumentos expuestos por la defensa de las diecisiete remite a una constante: la violación del principio de inocencia durante los procesos judiciales. En diversas ocasiones la vulneración a este principio consagrado en el art. 6 del Código Procesal Penal (CPP) salvadoreño[10] es referenciada en virtud de que en las sentencias se observa cómo los jueces en sus narrativas estaban enfocados en demostrar la culpabilidad de las mujeres, antes que en una evaluación basada en la sana crítica racional. Ejemplo de esto es la emisión continua de sentencias fundadas casi con exclusividad en pruebas de carácter indiciario, aun cuando se encontraban a disposición otras pruebas que refutaban los indicios argüidos por la fiscalía.

En esta línea, podemos mencionar el caso de Alba Lorena en el cual a pesar de que durante el juicio se probó una constante intermediación de testigos al momento de los hechos, el juez determinó su responsabilidad sobre la base de que fue la "única" persona que pudo dar a luz y tener contacto con la criatura. En este fallo además se asociaron, también sobre la base de pruebas de carácter indiciario, las lesiones a una voluntad dolosa de causar la muerte.[11]

La falta de pruebas fehacientes respecto de las causas de los decesos por las cuales fueron condenadas las mujeres estuvo precedida en todos los casos por una presunción de culpabilidad de tipo dolosa por parte

siglo veintuno editores

10 Art. 6: "Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio oral y público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. La carga de la prueba corresponde a los acusadores".

11 Solicitud de indulto Alba Lorena Rodríguez Santos ante Asamblea Legislativa, 1º de abril de 2014.

de los jueces. En los casos de Guadalupe y Mirian las pericias forenses establecieron que la causa de muerte era indeterminada, en tanto en los casos de Alba Lorena y Teresa tampoco se pudo determinar con claridad meridiana cuál fue la causa del deceso. En el caso de Carmen, ni siquiera se determinó con exactitud la edad gestacional del producto. No obstante ello, todas fueron condenadas por delitos de homicidios agravados dolosos (Viterna y Guardado, 2014).

La falta de pertinencia y/o la inexistencia de pruebas durante los juicios se dieron también en relación con la comprobación de los estados sociosanitarios de las mujeres al momento de que se produjeron las emergencias obstétricas. El perfil de las mujeres condenadas remite a situaciones de vulnerabilidad económica y social cuyos únicos recursos sanitarios disponibles fueron los servicios de salud pública, que encabezan estadísticamente el listado de sujetos denunciantes, violando así el secreto profesional. Los debates en torno al deber de guardar secreto profesional por parte de los funcionarios de salud en estos casos se tensionan, no sólo ante la existencia de protocolos internos que los obligan a denunciar –así como por una interpretación incorrecta entre el deber de guardar secreto y las causas de liberación de ese deber (arts. 187 del CP, y arts. 205 y 265, inc. 2, del CPP)–,[12] sino además por el estigma que acarrea sobre los actores sanitarios el estar "presumiblemente" envueltos en casos de aborto (Amnistía Internacional, 2014).

Hay una reiteración en las historias clínicas respecto de la situación en que llegaban las mujeres, con fuertes hemorragias, aturdidas, desorientadas, etc. Como analizaron Viterna y Guardado (2014), en la mayoría de los reportes médicos se omiten datos básicos, como la cantidad estimada de pérdida de sangre –información necesaria a los fines de determinar un *shock* hipovolémico–, la presión arterial de las mujeres y/u

siglo veintiuno editores

12 Art. 187 del CP: "El que revelare un secreto del que se ha impuesto en razón de su profesión u oficio será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de profesión u oficio de uno a dos años". Art. 205 del CPP: "No podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad, los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los abogados, notarios, los profesionales y auxiliares de las ciencias relacionadas con la salud, según los términos del secreto profesional, y los funcionarios, empleados y demás servidores públicos sobre secretos de Estado". Art. 265 del CPP: "Tendrán obligación de denunciar o avisar la comisión de los delitos de acción pública: [...] 2) Los médicos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejerzan profesiones relacionadas con la salud, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté bajo el amparo del secreto profesional".

otras patologías conexas al momento de ser atendidas, lo que incide en su capacidad de comprender lo que estaba sucediendo durante el desenvolvimiento de los hechos. Incluso, cuando existieron este tipo de pericias fueron dejadas de lado por los tribunales, como en el caso de Johana Iris Rosa, cuya pericia psicológica determinó que tenía una personalidad que evidenciaba una perturbación emocional postrauma, a su criterio, vinculada con una reiteración de abusos sexuales sufridos durante la niñez y/o adolescencia.[13]

Estas irregularidades procesales fueron además potenciadas a la hora de los veredictos de culpabilidad por una deficiente defensa de las acusadas, que en su mayoría contaron con defensa de carácter público (Agrupación Ciudadana, 2012; Amnistía Internacional, 2014). En el desarrollo de las actuaciones de las defensas se observa una escasa proactividad en el ofrecimiento de pruebas, solicitud de recursos, así como un limitado y/o nulo conocimiento del abordaje de derechos sexuales y reproductivos.

La falta de contundencia probatoria de las pericias, la selección arbitraria de pruebas testimoniales, la deficiente capacidad de las defensas, entre otros hechos procesales evidenciados en los casos, configuraron un entramado múltiple y complejo de injusticias que se tradujeron en elevadas penas para las mujeres. Junto con esto, los relatos judiciales encaminados a establecer la culpabilidad de las mujeres antes que a impartir justicia fueron entrelazados con otro de los ejes expuestos en los indultos, esto es, la persistencia de estereotipos de género.

siglo veintiuno editores

LA "CULPA" DE SER MUJER

Otro de los ejes que atraviesan todas las solicitudes de indulto remite a la presencia de una serie de estereotipos de género en las sentencias. Los pedidos de indulto dejaron constancia de que este actuar de los órganos judiciales iba en contra de lo establecido en los arts. 5 y 12 de la Convención Cedaw.[14] En relación con la violación al art. 5 de la Cedaw, en

13 Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, sentencia 0401-68-2008, Departamento La Libertad, 27 de enero de 2008.

14 Cedaw, art. 5: "Los Estados parte 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

los escritos también se recuperó la resolución del Comité Cedaw (2009) en el caso "L. C. c. Perú".[15]

Esta denuncia se extendió en los escritos no sólo al sistema judicial, sino también a los equipos de salud que realizaban las denuncias contra las mujeres. En los casos de María Verónica, Guadalupe y María Teresa, pueden leerse los reproches del personal de salud y los equipos médicos legistas de "falta de instinto maternal" que les achacaban a las mujeres cuando estas llegaban en estado de emergencia al hospital.[16]

Veamos otro de los ejemplos de estereotipos de género argumentado esta vez por el Tribunal de condena de María Teresa:

> Este juzgador no da credibilidad a lo que dice la acusada, en cuanto a que desconocía que estaba embarazada, ello en razón que estamos en presencia de una persona con estudios de bachiller, que tiene 28 años, con experiencia ya en el parto, debido a que ha procreado a un menor que actualmente tiene siete años de edad. […] *Lo anterior hace sostener que la imputada conocía perfectamente que estaba embarazada, ya que por la experiencia de ser madre, su edad y acervo cultural no ignoraba que a falta de su período menstrual se encontraba en estado de gravidez y por consiguiente tenía la obligación de cuidar y proteger a ese menorcito que llevaba en su vientre y en ese sentido el hecho de haberse apersonado a la fosa séptica, lo hizo con intención de expulsarlo violentamente para que en su interior no tuviera la oportunidad de respirar y así causarle la muerte, para luego decir que tuvo un aborto, sin prever que ello se complicaría y que obligatoriamente acudiría a un centro hospitalario, auxiliada por miembros de la Cruz Roja.*[17]

siglo veintiuno editores

---

al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos". Art. 12: "1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

15 Comité Cedaw, Comunicación nº 22/2009, Cedaw/C/50/D/22/2009.

16 Solicitud de indulto María Teresa Rivera, Asamblea Legislativa, 1º de abril de 2014; solicitud de indulto María Verónica Figueroa Marroquín, Asamblea Legislativa, 1º de abril de 2014; solicitud de indulto Guadalupe Vázquez, Asamblea Legislativa, 1º de abril de 2014.

17 Tribunal Tercero de San Salvador, sentencia 148-2012-2015, 28 de septiembre de 2012, p. 11; el destacado nos pertenece.

En este extracto no sólo quedan patentes declaraciones cargadas de estereotipos de género, sino que además se silencia todo lo expuesto durante el juicio por María Teresa cuando se le consultó por los síntomas del embarazo. María Teresa respondió en la audiencia pública que no sentía nada y que la regla le venía por períodos de tres días, por lo que ante esa situación de normalidad nunca acudió al médico.[18] Junto con esta negación de la palabra de María Teresa, el juez descartó un testimonio de una vecina que ratificaba el desconocimiento del embarazo, y consideró en su lugar los dichos de la empleadora de María Teresa, quien afirmó que once meses antes de los hechos esta le había pedido en una ocasión permiso para ausentarse por un estudio relacionado con un posible embarazo. A pesar de lo evidente en términos de plazos, un embarazo de once meses, el juez se basó en este testimonio para corroborar su posición de que María Teresa sabía de su embarazo y había actuado con malicia.[19]

Estos relatos judiciales pretenden, sobre la base de una concepción de los géneros vinculados con ataduras biológicas, definir virtudes, capacidades y defectos de las mujeres y anclarlas desde aquí a una suerte de destino individual y social. Nociones como la de "instinto maternal" denotan la articulación de discursos con intenciones de mantener el statu quo apoyado en una especie de destino biológico (Peñas Defago, 2015). Este discurso de la naturalización que atraviesa una y otra vez los debates en torno al aborto y a otros temas relacionados con la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres responde a una lógica política e intelectual por mantener una disposición jerárquica de ordenación social (Fassin, 2012). Este relato de jerarquización opera social y culturalmente al cristalizar criterios y retratos e instituir los límites y parámetros en que se desglosa una serie de funciones y roles que las "buenas mujeres" deberían desplegar para ser parte de esta categoría o bien ser "el afuera", "las otras", las malas mujeres (Peñas Defago, 2015).

siglo veintiuno editores

GARANTÍA DE DOBLE INSTANCIA PENAL

Uno de los argumentos expuestos en los pedidos de indulto, y que fue desatendido de manera sistemática por la Corte Suprema de Justicia, remite a la violación de la garantía de la doble instancia penal.

18 Íd.
19 Íd.

La garantía de la doble instancia está dirigida, con el más amplio alcance que se le puede otorgar, a favor del imputado. Se puede caracterizar este derecho como la garantía e imposibilidad de que se ejecute una pena antes de que un tribunal fiscalice la legalidad de la sentencia de condena. En esta línea de razonamiento, en las solicitudes de indulto se traían a colación antecedentes establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo vinculado al derecho a recurrir el fallo en cuanto garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso, aspectos consagrados en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La referencia a estos antecedentes regionales fue enmarcada dentro del organigrama constitucional, en el cual el art. 144 de la Constitución nacional establece que este documento constituye ley para la República de El Salvador. Es a partir de este precedente que en los indultos se hizo constar la violación a la garantía de la doble instancia, para lo cual se traía a colación en los escritos lo vinculado al caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica". Este precedente requiriere además que el recurso sea accesible y evita que se torne ficticio,[20] al permitir el examen integral de la decisión recurrida[21] y sin limitar la revisión a aspectos formales o legales.[22]

En los casos de María del Tránsito, María Verónica, Johana Iris Rosa y María Teresa uno de los fundamentos de la Corte para rechazar el indulto fue que esta no era la vía idónea para evaluar los casos, sino que deberían las objeciones proceder vía recursos ordinarios. El problema de tal objeción fue que al momento de ser condenadas, el Código Procesal Penal vigente en esa época, no preveía un recurso de apelación. Junto con esto, se suma el hecho de que las defensas públicas rara vez informaban de la existencia de –y/o diligenciaban– un recurso extraordinario de casación, como ocurrió en el caso de María del Tránsito.

siglo veintiuno editores

AVANCES Y DESAFÍOS EN LA ACTUALIDAD SALVADOREÑA

Gracias a las diferentes acciones legales promovidas y/o acompañas por la Agrupación Ciudadana, a la fecha se ha liberado a más de una docena de mujeres en El Salvador. Incluso, además del proceso de revisión de

20 Corte IDH, "Herrera Ulloa c. Costa Rica", 2/7/2014, párr. 164.
21 Ibíd., párr. 165.
22 Ibíd., párr. 166.

sentencia de María Teresa, en abril de 2016, como parte de las estrategias legales de la Agrupación Ciudadana, se logró por primera vez el otorgamiento de la libertad provisional de Flor Arely, acusada de homicidio agravado.[23]

En otro sentido, y como parte de las acciones legales post "Las 17", se han elevado pedidos de conmutación de la pena. Esta, a diferencia del indulto, es otorgada por el Poder Ejecutivo a través de la tramitación ante el Ministerio de Justicia, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia (Decreto 436, arts. 30, 33 y 34).

Más allá de estos avances en materia de defensa de las mujeres encarceladas por emergencias obstétricas, y de la repercusión internacional que han tenido las acciones legales de los movimientos de mujeres en El Salvador, estos procesos de promoción de reforma legal del aborto no han estado librados de arduas confrontaciones con sectores que defienden la penalización absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo.

Un ejemplo de lo anterior se presentó cuando en 2014 se dio a conocer la campaña de "Las 17" y Amnistía Internacional presentó ante la Asamblea Legislativa un informe sobre las consecuencias que la penalización absoluta del aborto implica para los derechos humanos de las mujeres. En este marco, la ONG Sí a la Vida junto con la ONG evangélica Alliance Defending Freedom (organización estadounidense especializada en litigio conservador) realizaron un llamado para sumar abogados en El Salvador para defender el sistema de penalización absoluta del aborto.[24]

Otro de los cambios recientemente observados en el ámbito de las organizaciones conservadoras remite al accionar de Sí a la Vida, la organización católica con mayor visibilidad pública en el país. En los últimos años, Sí a la Vida viene profundizando sus acciones de incidencia en el campo internacional de los derechos humanos. En 2015 presentó una solicitud de registro ante la Organización de los Estados Americanos (OEA) con el fin de habilitar su actuación en este organismo, en cuanto parte de la sociedad civil. En el escrito, Sí a la Vida en ningún momento hace referencia explícita a algún contenido religioso, ni en lo identitario, ni respecto de las líneas de acción que la ONG dice promover y defender.[25]

siglo veintiuno editores

23 G. Marisela Morán, "Otorgan libertad a mujer acusada de abortar", *Contra Punto,* 11 de mayo de 2016, disponible en <www.contrapunto.com.sv>.

24 "Fortín: 'Son capaces de mentir y están mintiendo'", *El Salvador.com*, 24 de septiembre de 2015, disponible en <www.elsalvador.com>.

25 OEA, "Solicitud de registro presentada por la Fundación Sí a la Vida", 19 de octubre de 2015, disponible en <scm.oas.org>.

Estos cambios de estrategias de los sectores conservadores de la sociedad civil empiezan a ser más evidentes luego de la amplia repercusión nacional e internacional que tuvo el caso Beatriz. Podemos hipotetizar que, a diferencia de décadas pasadas, la mayor visibilización pública que adquirió el tema del aborto puede haber impactado en los discursos y modos de acción de los sectores conservadores, que de manera progresiva secularizaron sus identidades y discursos para ingresar en las esferas de debate legal, nacional e internacional, en que fueron avanzando los feminismos en sus demandas.

Pero la resistencia a la despenalización del aborto en El Salvador no es sólo asunto de la sociedad civil. Diputados y referentes de Arena, partido político históricamente aliado con la organización Sí a la Vida en este tema, vienen generando acciones de rechazo a la movilización de los movimientos feministas. En julio de 2016, en el marco de vivos debates sobre las revisiones de sentencias de "Las 17", el diputado Ricardo Velásquez Parker (Arena) presentó un proyecto de reforma del Código Penal tendiente a elevar las penas por aborto a treinta y cincuenta años de cárcel, bajo el fundamento de que constituye un homicidio agravado por el vínculo. Este proyecto intenta legitimar las condenas judiciales no sólo por aborto, sino también para quienes, como "Las 17", fueron condenadas por homicidios agravados luego de sufrir emergencias obstétricas.

Estas recientes acciones de los sectores contrarios al aborto marcan también un cambio en la dirección de sus estrategias, sobre todo luego de haber perdido la hegemonía de su poder político cuando desde 2009 gobierna en el país el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). Como señala Mala Htun (2003), en América Latina las ventanas de oportunidades para la aprobación de políticas favorables a los derechos sexuales y reproductivos suelen darse en contextos políticos de tensión entre las Iglesias conservadoras y el gobierno de turno. Es posible asumir que la ruptura de la alianza entre el Poder Ejecutivo nacional, en manos de Arena por décadas, y los sectores más conservadores de la Iglesia católica de El Salvador incentivó también un cambio en los campos de maniobra y las tácticas de los actores de oposición al aborto, que se focalizan ahora más que antes sobre las acciones de litigio y promueven aún más el endurecimiento de las penas.

En este marco de disputas políticas y como parte del acumulado de acciones de los movimientos feministas, el 12 de octubre de 2016 la diputada Lorena Peña (FMLN) presentó ante la Asamblea Legislativa un proyecto de ley de despenalización del aborto en casos de violación, riesgo de vida, salud y en caso de trata de personas.

XXI siglo veintiuno editores

Si bien a la fecha ninguno de los dos proyectos ha sido discutido en pleno por la Asamblea Legislativa, las organizaciones feministas han denunciado en los ámbitos nacional e internacional las serias implicancias legales que la iniciativa de Velázquez Parker implicaría para la vida y la salud de las mujeres salvadoreñas. Junto con ello, las agrupaciones y colectivos feministas continúan fortaleciendo las acciones de incidencia ante la Asamblea, con especial atención a la circulación de voces de expertos en el tema en miras de avalar la propuesta de despenalización del aborto presentada por Lorena Peña y de amplificar el espectro de voces que acompañan la demanda por la despenalización del aborto en el país.

REFLEXIONES ABIERTAS

El recorrido por las experiencias de movilización legal feminista en El Salvador denota cómo la autonomía reproductiva de las mujeres continúa, para muchos sectores, atada a un "destino reproductivo". El análisis de esta situación deja en evidencia cómo las matrices de inteligibilidad médica y judicial operan con el mismo trasfondo, esto es, la negación de la condición de sujetas de derecho pleno de las mujeres.

Ante tales contextos, las lecturas acerca de los resultados que se obtienen gracias a la movilización legal de los movimientos de mujeres y feministas que luchan por reformar las legislaciones sobre aborto e incidir en los marcos de sentido en que se conciben las mujeres como sujetas de derecho, pueden ser diversas. En ocasiones, esas movilizaciones pueden traducirse en efectos no sólo legales, sino también simbólicos a mediano y largo plazo.

Los efectos extralegales de la movilización legal feminista no pueden ser ignorados, debido a que la lectura del éxito que consiguen puede darse en virtud de la alta visibilización pública que adquieren los casos, fenómenos que pueden impactar sobre una serie de sistemas de significados culturales y simbólicos que inciden a su vez en los repertorios de acción de los sectores contrarios al aborto.

Parte de estos efectos extralegales de la movilización legal feminista contemporánea es la construcción de puentes entre estrategias y activistas en la región y en el mundo. Asimismo, estos puentes (re)construyen el derecho en cuanto "sabidurías intersubjetivas" (McCann, 1998). Dentro de los movimientos feministas (latinoamericanos e internacionales), la solidaridad, apoyo y planeamiento sobre los casos domésticos y los problemas comunes no tiene punto de retorno.

siglo veintiuno editores

REFERENCIAS

Amnistía Internacional (2014), *Al borde de la muerte. Violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en El Salvador*, Madrid, Amnistía Internacional.

Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico (2012), *Del hospital a la cárcel. Consecuencias para las mujeres por la penalización sin excepciones, de la interrupción del embarazo en El Salvador*, San Salvador, Acdateye.

— (2016), *Análisis de efectos de la legislación actual sobre aborto, en la sanidad pública y en la salud de las mujeres*, San Salvador, Acdateye.

Arcidiácono, P. y G. Gamillo (2011), "Política social y judicialización de los derechos sociales", *Temas y Debates*, 15(22): 65-85.

Cabal, L., M. Roa y L. Sepúlveda-Oliva (2003), "What Role Can International Litigation Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America?", *Health and Human Rights*, 7(1): 50-88.

Cabal, L. y J. Todd-Gher (2009), "Reframing the Right to Health. Legal Advocacy to Advance Women's Reproductive Rights", en A. Clapham y M. Robinson (comps.), *Realizing the Right to Health*, Zurich, Rüfer and Rub, pp. 120-134.

Centre for Reproductives Rights (2001), *Persecuted. Political Process and Abortion Legislation in El Salvador: A Human Rights Análisis*, Nueva York, CRR.

Clérico, L. (2014) "Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad (control de proporcionalidad)", en J. Rivera, S. Elias, L. Grosman y S. Legarre (comps.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 499-529.

Couso, J., A. Huneeus y R. Sieder (comps.) (2010), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press.

Fassin, E. (2012), "Las 'selvas tropicales' del matrimonio heterosexual. La ley natural y las leyes de la naturaleza en la teología actual del Vaticano", *Trace*, 61: 15-27.

Feusier, O. (2012), *El delito de aborto frente a un derecho penal garantista*, tesis de maestría en Derecho Penal, Universidad Centroamericana José Simeón, El Salvador.

— (2015), "Desde el dogmatismo hacia la exclusión: Apuntes sobre el delito de aborto en El Salvador", *Rev. Redbioética/Unesco*, 6(2): 46-69.

Haraway, D. (1999), "Las promesas de los monstruos. Una política regeneradora para otros inapropiados/bles", *Política y Sociedad*, 30: 121-163.

Htun, M. (2003), *Sex and the State. Abortion, Divorce, and the Family Under Latin American Dictatorships and Democracies*, Nueva York, Cambridge University Press.

Jaramillo Sierra, I. C. y T. Alfonso Sierra (2008), *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre.

Lemaitre, J. (2009), *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre.

Martí Montalvo, R. y J. Marroquín Galo (1999), *La debida regulación penal de los casos de aborto no punible según la constitución vigente*, tesis para optar por

siglo veintiuno editores

el título de Licenciados en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador.

McCann, M. (1998), "How Does Law Matter for Social Movements?", en B. Garth y A. Sarat (eds.), *How Does Law Matter?*, Evanston, IL, Norwestern University Press, pp. 76-107.

Peñas Defago, M. A. (2015), "Estereotipos de género. La perpetuación del poder sexista en los tribunales argentinos", *Estudios Feministas*, 23(1): 35-51.

Ruibal, A. (2015), "Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina", *Política y Gobierno*, 22(1).

Sieder, R., L. Schjolden y A. Angell (comps.) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave Macmillan.

Yamin, A. (2008), "Beyond Compassion. The Central Role of Accountability in Applying a Human Rights Framework to Health", *Health and Human Rights*, 10(2): 1-20.

— (2013), "Sexual and Reproductive Health and Rights and Goal 5. Taking Stock, Looking Forward", en M. Langford, A. Sumner y A. Yamin (comps.), *Millennium Development Goals and Human Rights. Past, Present and Future*, Londres, Cambridge University Press.

Viterna, J. y S. Guardado (2014), "Independent Analysis of Systematic Gender Discrimination in the El Salvador Judicial Process against 17 Women Accused of the Aggravated Homicide of their Newborns", disponible en <scholar.harvard.edu>.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional, sentencia 310/2013.

—, sentencia 170/2013.

—, sentencia 18-98/2007.

—, sentencia 67/2010.

siglo veintuno editores

Acerca de los autores

Natalia Acevedo Guerrero. Abogada con opción en Historia de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho por la Universidad de McGill, Montreal. Beneficiaria de la beca "Disability Rights Scholarship Program", de la Open Society Foundations. Activista por los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad.

Sonia Ariza Navarrete. Abogada por la Universidad Externado de Colombia. Docente en la Universidad de Palermo (Buenos Aires). Cursa actualmente el programa de Maestría en Derecho Comparado del Instituto Universitario Europeo (Italia).

Alma Beltrán y Puga. Abogada por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Magíster en Derecho por la Universidad de Columbia, Nueva York. Candidata doctoral por la Universidad de Los Andes, Colombia.

Paola Bergallo. Profesora asociada de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires) e investigadora adjunta del Conicet. Doctora en Derecho y magíster en Investigación Sociojurídica por la Universidad de Stanford, magíster en Derecho por la Universidad de Columbia, y abogada graduada con honores por la UBA. Ha sido becaria de la Fundación Hewlett, el Consejo de Investigaciones de Noruega, y las Universidades de Stanford y Harvard. Ha sido profesora invitada en diversas instituciones de la Argentina, América y Europa. Sus áreas de investigación incluyen el género, la salud y los derechos humanos, temas que ha abordado desde el derecho constitucional y los estudios sociojurídicos. Sus trabajos han sido publicados en prestigiosas revistas y editoriales universitarias (Eudeba, Harvard, Penn y Oxford, entre otras). Ha liderado proyectos de investigación para el Fondo de Población de Naciones Unidas (Unfpa), el Fondo Nórdico del Banco Mundial, la Agencia de Cooperación Japonesa, agencias de cooperación de Noruega, España y Canadá, el Centro de Derechos Reproductivos, e International Planned

siglo veintiuno editores

Parenthood Federation. Es parte del Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional desde 2000. Integra el comité ejecutivo de la Red Alas y el directorio de Chequeado.com. Colaboró con la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Observatorio de Género de la Justicia de la Ciudad.

Viviana Bohórquez Monsalve. Abogada por la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Central Europea. Candidata doctoral por la Universidad de Los Andes, Colombia.

Ana Carolina Bracarense. Escuela de Derecho de San Pablo, Fundación Getulio Vargas.

Oscar A. Cabrera. Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Magíster en Derecho por la Universidad de Toronto. Director ejecutivo del O'Neill Institute for National and Global Health Law, Universidad de Georgetown, y profesor visitante de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown.

Violeta Cánaves. Abogada por la Universidad Nacional del Litoral. Magíster en Derecho por la Universidad de Yale. Candidata doctoral por la Universidad de Yale. Profesora ordinaria de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

Sabrina A. Cartabia Groba. Abogada feminista, diploma de honor, por la Universidad de Buenos Aires.

Mercedes Cavallo. Abogada por la Universidad Torcuato Di Tella. Magíster en Derecho por la Universidad de Toronto, Canadá. Especialista en Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella. Candidata doctoral por la Universidad de Toronto. Docente de la Universidad Di Tella.

Eduardo A. Chia Ramírez. Abogado por la Universidad Nacional Andrés Bello, Chile. Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Católica Silva Henríquez, e investigador del Instituto Igualdad, Santiago de Chile.

siglo veintiuno editores

Beatriz Galli. Abogada por la Universidad Católica de Río de Janeiro (PUC-Rio). Magíster en Derecho por la Facultad de Derecho, Universidad de Toronto. Asesora de Políticas y Advocacy para América Latina de Ipas.

Camila Gianella Malca. Psicóloga por la Pontificia Universidad Católica, Perú. Doctora por la Universidad de Bergen, Noruega. Investigadora del Instituto Chr. Michelsen, Noruega.

Ana Cristina González Vélez. Médica por la UPB, Colombia. Magíster en Investigación Social en Salud por el Cedes. Candidata doctoral en Bioética, Ética y Salud Colectiva, Fundación Fiocruz, Brasil. Consultora internacional y especialista en temas de salud, género y derechos sexuales y reproductivos.

Diana Esther Guzmán. Abogada especialista en Derecho Constitucional. Magíster en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en investigación jurídica y candidata doctoral en Derecho por la Universidad de Stanford. Profesora asociada de la Universidad Nacional de Colombia.

Cecilia Marcela Hopp. Abogada por la UBA. Magíster en Derecho por la Universidad de Nueva York. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Candidata doctoral por la UBA. Profesora de la UBA y de la Universidad Torcuato Di Tella.

Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá. Abogada (con honores) por la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia, 1997) y doctora en Leyes por la Escuela de Derecho de Harvard (MA, EUA, 2007). Su producción académica se ha centrado en la pregunta por la reforma legal feminista y lo que ella ha dejado a las mujeres. Sus libros más recientes trabajan el problema de la producción de la familia y la desigualdad a través del derecho en el caso colombiano: *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad 1530-1980* (2013) y *Decisiones de custodia y visitas en Colombia. La perspectiva jurídica y familiar* (2015, junto con Karen Ripoll y Elviar Vargas). Ha sido consultora para el gobierno nacional en temas de derechos sexuales y reproductivos y de equidad de género. Asimismo ha presentado importantes contribuciones ante la Corte Constitucional colombiana y el Congreso de la República en lo relativo a la reforma del derecho de familia y los derechos de las mujeres.

siglo veintiuno editores

María Isabel Niño Contrera. Abogada y magíster en Derecho, Universidad de los Andes, Colombia. Investigadora en temas de derecho y género.

Patricia Otón Olivieri. Abogada y profesora adjunta, Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico y Salud Pública de la Universidad de Puerto Rico. Magíster en Derecho por la Universidad de Toronto. JD y MPHE Universidad de Puerto Rico. Educadora y activista en temas de salud, derechos sexuales y reproductivos.

María Angélica Peñas Defago. Abogada y doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora asistente de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho, UNC, Argentina.

Marta Rodriguez de Assis Machado. Máster y PhD en Filosofía y Teoría del Derecho, Universidad de San Pablo. Profesora de la Getulio Vargas Foundation Law School, San Pablo. Investigadora en el Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap). Global Fellow del Centre on Law and Social Transformation (CMI/Norway).

Nora Picasso Uvalle. Abogada, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México. Magíster en Derecho, Universidad de los Andes. Profesora de Cátedra de la Universidad de los Andes, Bogotá.

Agustina Ramón Michel. Abogada, Universidad de Tucumán. Magíster en Derecho por la Universidad de Texas. Candidata doctoral, Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Universidad de Palermo e investigadora del Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Argentina.

Rebecca B. Reingold. Abogada por la Universidad de Washington. Profesora adjunta de la Facultad de Derecho, Universidad de Georgetown. Investigadora en temas de salud y derechos humanos.

Juan Carlos Rincón Escalante. Abogado con opción en periodismo de la Universidad de los Andes. Maestría en Derecho (Investigación) de la Universidad de Los Andes. Profesor de cátedra de Periodismo de Opinión en la Universidad Javeriana. Editor de opinión en el periódico *El Espectador.*

siglo veintiuno editores

Jimena Soria Tello. Activista feminista. Relaciones Internacionales, ITAM. Analista del Grupo de Información en Reproducción Elegida.

Regina Tamés Noriega. Abogada, Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, American University. Directora del Grupo de Información en Reproducción Elegida. Coordinadora de la Red Alas.

Juan Marco Vaggione. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y en Sociología por la New School University. Investigador del Conicet y profesor titular de Sociología en la Facultad de Derecho de la UNC. Actualmente dirige el Programa en Derechos Sexuales y Reproductivos de esa facultad.

Esther Vicente. Abogada y catedrática de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. PhD Universidad de Londres. Magíster en Derecho por la London School of Economics and Political Science. JD Universidad de Puerto Rico. Activista en temas de derechos humanos, derechos sexuales y derechos de las mujeres.

siglo veintiuno editores