

Jurisprudencia comparada sobre aborto: cuando los feminismos impregnan el derecho

Compared jurisprudence on abortion: when feminisms pervade the law

Patricia González Prado
Departamento de Filosofía del Derecho
Universitat Autònoma de Barcelona

Fecha de recepción 01/11/2019 | De aceptación: 06/04/2020 | De publicación: 15/06/2020

RESUMEN

Analizo críticamente la jurisprudencia sobre aborto de la Corte de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Español, la Corte Suprema Mexicana y la Corte Suprema Colombiana. Indago los conflictos de derecho que estructuran estos pronunciamientos, las instituciones jurídicas en las que fundan las respuestas a dichos conflictos, y las continuidades y rupturas del reconocimiento del derecho a abortar. Me interesan las contribuciones feministas que las sentencias incorporan y la producción, desde los feminismos, de los argumentos que permiten el abandono del punitivismo en materia de interrupción del embarazo y la estructuración del reconocimiento de esta expresión de la autonomía sexual.

PALABRAS CLAVE

Aborto, autonomía sexual, feminismos jurídicos, jurisprudencia, viabilidad

ABSTRACT

I critically analyze the abortion jurisprudence of the United States Court, the Spanish Constitutional Court, the Mexican Supreme Court and the Colombian Supreme Court. I investigate conflicts of Law that structure these pronouncements, along with the legal institutions on which responses to these conflicts are based, and continuities and ruptures of the recognition of the right to abortion. I am interested in feminist contributions included in sentences, as well as in the feminist production of the arguments that allow the abandonment of punitivism on pregnancy interruption and structure the recognition of this expression of sexual autonomy.

KEY WORDS

Abortion, sexual autonomy, legal feminisms, jurisprudence, viability

Sumario. 1. Introducción. 2. La constitucionalidad del aborto; 2.1. *La Corte Suprema de los Estados Unidos*; 2.2. *El Tribunal Constitucional Español*; 2.3. *La Corte Colombiana y la despenalización del aborto con indicaciones*; 2.4. *La sentencia mexicana de resguardo al sistema mixto*. 3. Fundamentos que resuelven la tensión entre los derechos humanos de las mujeres y protección de la vida intrauterina; 3.1. *Concepción gradual de la vida y diferencia entre y derecho subjetivo y valor constitucional de la vida*; 3.2. *La falacia del argumento de la “protección de la vida desde la concepción” como impedimento para la legalización del aborto*; 3.3. *El sistema de plazos, la crítica al límite de la viabilidad y la inviabilidad del sistema de causales*. 4. Análisis crítico sobre la causal violación. 5. El impacto de las demandas feministas por el derecho al aborto en los máximos tribunales; 5.1. *El derecho a la intimidad, el resguardo priorizado en el ámbito anglosajón*; 5.2. *La incidencia progresiva de las agendas feministas de derechos incorporadas a través de tratados internacionales de derechos humanos de las mujeres*. 6. Conclusiones.

1. Introducción¹

En la danza, la espiral habilita cientos de posibilidades de movimientos al permitirnos mirar a nuestro alrededor alcanzando 360° de visión. Esta plástica línea curva es una interesante metáfora para pensar el aborto, las reflexiones que promueve, las definiciones que exige y su potencialidad transformadora en el ámbito jurídico.

A lo largo de este artículo analizo jurisprudencia de diferentes Estados a fin de identificar los conflictos que se repiten en materia de aborto, las salidas que Tribunales como el Constitucional Español, las Cortes de Colombia, México y la de los Estados Unidos han logrado, y la incidencia en las mismas de Convenios Internacionales, desarrollos teóricos y argumentativos impulsados desde los feminismos.

La forma de regular el aborto comprende los derechos humanos de las personas gestantes y entra en contacto no sólo con los ordenamientos nacionales sino también con los marcos de protección internacionales de derechos humanos. Las luchas feministas por la legalización, los fundamentos de las sentencias analizadas, y también los sectores de poder que se esfuerzan por mantener la penalización-privatización-clandestinidad del aborto, presentan continuidades más allá de las fronteras nacionales.

2. La constitucionalidad del aborto

¹ A lo largo de todo el trabajo utilizo el lenguaje de una forma no sexista, que evite la utilización del masculino como genérico de humanidad. Para ello las estrategias son diversas: desde el desdoblamiento de los sustantivos hasta el uso prioritario de nombres colectivos que hacen referencia tanto a hombres como mujeres y personas trans, y el uso del femenino plural como genérico cuando hace referencia a las personas.

2.1. La Corte Suprema de los Estados Unidos

La tantas veces citada sentencia al caso *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113, de 22 de enero de 1973) de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante C.S.E.U.), estableció en 1973 el derecho constitucional al aborto en ese país. Lo hizo al dictaminar que las leyes estatales que criminalizaban la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), al partir de una determinada concepción de la vida humana y pasar por alto el estado de la gestación, y los intereses de las mujeres gestantes, eran inconstitucionales. La sentencia se organizó sobre los derechos a la privacidad y la libertad personal, y fue por más que la simple declaración de inconstitucionalidad: estableció un *sistema de plazos* por trimestres, lo que supuso el reconocimiento de la autonomía de las mujeres para decidir la interrupción de un embarazo, con límites temporales. Rodríguez Ruiz señala que una de las grandes contribuciones de esta sentencia de lógica auto-referencial está en aproximarnos a la cuestión del aborto desde la posición jurídica de la mujer gestante (Rodríguez Ruiz Blanca, 2012: 58).

La sentencia realizó un repaso de distintas concepciones espirituales y teóricas a lo largo de la historia acerca del inicio de la vida, el aborto y su criminalización, y concluyó que el derecho nunca ha reconocido que el *no nacido* sea una persona en el pleno sentido de la palabra². Carmen Tomás Valiente coincide con Ian Shapiro en afirmar que el aspecto central de las discusiones en torno a *Roe* tiene que ver con las posturas de si corresponde o no a la Corte declarar un derecho fundamental no expresamente contemplado en el *Bill of Rights*, pero en absoluto centra la cuestión del acceso al aborto, en si el producto de la gestación debe ser considerado jurídicamente como persona (Tomás Valiente, Carmen, 2009:93). Sobre la defensa de la *vida humana potencial*, la C.S.E.U. reconoció el interés que el Estado tiene en su defensa, pero subordinándolo al derecho de la mujer a abortar. Luego definió los límites de ese derecho y se pronunció sancionatoriamente frente a condiciones fijadas por las leyes al regularlo, que no soportaban el control de constitucionalidad. En esta línea denegó a los Estados la facultad de conceder a los inseminadores poder de veto sobre la decisión de las gestantes de poner fin al embarazo, y la posibilidad de veto absoluto a los y las progenitoras sobre la decisión de abortar de sus hijas menores de edad (*Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, 428 U.S. 476, 1976).

² La Corte citó su propia jurisprudencia al señalar que “[la Constitución] está redactada para personas con opiniones fundamentalmente divergentes, y el accidente de que ciertas opiniones nos parezcan naturales y familiares o novedosas e incluso chocantes no debe determinar nuestro juicio sobre si las normas que las recogen están en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos” (410 U.S. 113, 117).

En 1992 la C.S.E.U. reafirmó el pronunciamiento de *Roe vs. Wade* en la sentencia al caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* (505 U.S. 833, 1992). Sin embargo, el razonamiento sobre el que se fundó la decisión original del caso *Roe* ha sido en gran medida abandonado por la Corte Suprema, parte del cambio en la forma de entender el derecho al aborto es reflejo de los cambios en la composición de la propia Corte (Shapiro Ian, 2009:15). Así se han restringido y modificado los argumentos del derecho al aborto con decisiones sobre su financiación y el respaldo a leyes que exigían que, antes que un/a médicox practicase un aborto a una mujer con un embarazo de veinte o más semanas, determinara si el feto era o no viable (*Webster vs. Reproductive Health Services*, 429 U.S. 490, 1989).

2.2. El Tribunal Constitucional Español

En el año 1985 el Estado Español despenalizó el aborto bajo un sistema de *indicaciones* y sancionó la Ley Orgánica 9/1985. La sentencia del Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE) del año 1985 es el antecedente que terminó de definir los límites del proyecto despenalizador que se convirtió en ley. Tal como señala Laurenzo, en esta oportunidad se admitió la legitimidad de tres indicaciones, pero a condición de que se incluyeran una serie de exigencias formales destinadas a evitar la práctica de abortos fuera de los casos indicados (Laurenzo Copello Patricia, 2005:22). Dicha sentencia resolvió un recurso de inconstitucionalidad planteado contra el *proyecto de ley (recurso previo de inconstitucionalidad)* que declaraba no punible el aborto en determinados supuestos. El recurso invocaba una supuesta vulneración del *derecho a la vida del no nacido*, o sea el núcleo central de la sentencia radica en si el *nasciturus* ostenta la consideración de persona y por tanto de titular del derecho fundamental a la vida, lo que la sentencia descarta (Tomás Valiente, Carmen, 2009:101).

El abogado del Estado situó correctamente la cuestión sometida a sentencia, distinguiendo entre el punto meta-jurídico, y por ello no justiciable –si es necesaria una norma penal que castigue el aborto–, y la cuestión jurídica de interpretar si la Constitución Española (en adelante C.E.) la impone. La conclusión fue negativa: sostuvo que la C.E. no impone la obligación de penalizar el aborto, y más aún, que no existe en el derecho español, ni en ordenamiento jurídico alguno, una absoluta y fatal correspondencia entre infracción jurídica y sanción penal. Afirmó entonces la imposibilidad de inferir la necesidad de una norma penal, como única solución o alternativa legítima para la tutela de un bien jurídico (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, alegaciones del abogado del Estado, punto A, p. 11).

Si bien este sistema funcionó mayormente garantizando el acceso, las barreras vinieron de la mano de recorridos institucionales excesivamente burocráticos, asimetrías territoriales entre una y otra Comunidad Autónoma, y la imposibilidad para acceder al aborto en centros públicos por objeción de conciencia y consecuente tercerización de la práctica. No obstante, en el Estado Español los feminismos no han desarrollado un activismo jurídico estratégico en la línea colombiana, mexicana, o argentina. Las estrategias han tensionado con mayor éxito transformaciones legislativas. Así en el año 2010 el Congreso aprobó la ley orgánica 2/2010 de *Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, que supuso la ampliación del reconocimiento de la autonomía sexual de las mujeres al pasar de un *sistema de indicaciones* a uno *mixto: de plazos*, en tanto permite el aborto libre hasta las catorce semanas, y de *indicaciones* en tanto prevé que puede interrumpirse el embarazo hasta las veintidós semanas en caso de *grave riesgo para la vida o la salud de la mujer o anomalías graves del feto*. Pero en el año 2015 una nueva ley orgánica regresiva privó a las adolescentes de 16 y 17 años de decidir en materia de aborto prescindiendo del consentimiento de sus progenitores, algo que había reconocido la ley 2/2010. Ello podría haber sido –e incluso ser– judicializado por la vulneración al principio de progresividad en materia de derechos humanos, y de compromisos internacionales asumidos por el Estado en relación con los derechos de las mujeres, en particular de las más jóvenes, pero a la fecha no ha sido objeto de cuestionamientos judiciales.

2.3. La Corte Colombiana y la despenalización del aborto con indicaciones

La Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante S.C.C.C. C-355/06), al igual que *Roe vs. Wade* decidió que la penalización absoluta del aborto contrariaba la Constitución. Hasta ese momento el ordenamiento jurídico colombiano consideraba que el aborto, en todos los casos, era delito. Ello dio lugar a un planteo articulado alrededor de la violación de la dignidad, la autonomía reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la igualdad y a la libre determinación, a la vida, a la salud y a la integridad, a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes y a las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos.

Esta sentencia de más de 600 páginas, analizó los conflictos, intereses y derechos puestos en juego en el acceso de las mujeres al aborto, incorporó aportes del derecho comparado y del marco internacional de derechos humanos de las mujeres. Declaró inconstitucional el Art. 122 del Código Penal colombiano, en el entendido que no se incurre en el delito de aborto cuando, con la voluntad de la mujer, la interrupción del

embarazo se produce: 1. Cuando la continuación constituya peligro para su vida o la salud; 2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; y 3. Cuando el embarazo sea el resultado de diferentes formas de violencia sexual (resolutivo 3º, sentencia 355-06).

La Corte reconoció de esta forma un *sistema de indicaciones*, al establecer que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica el sacrificio absoluto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, así como el desconocimiento de su dignidad humana al reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación. Declaró también inconstitucionales las limitaciones a la interrupción a mujeres menores de 14 años (resolutivo 4º) y reconoció que las situaciones especialmente previstas, no constituyen delito de aborto. No se trata entonces de meras *atenuaciones de las penas* sino del reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo. En los diez años que siguieron a esta sentencia (2006-2016) la Corte se pronunció en quince acciones de tutela a través de las cuales las mujeres solicitaron el amparo constitucional porque les negaron la IVE (Ariza y Bohórquez 2018). 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 IVE es a la vez un servicio de salud, y un derecho fundamental autónomo.

2.4. *La sentencia mexicana de resguardo al sistema mixto*

En 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal mexicano aprobó una reforma al Código Penal mediante la cual despenalizó el aborto en las primeras doce semanas de gestación y modificó la *Ley de Salud para el Distrito Federal* (en adelante L.S.D.F.). Se incorporó así la prestación del servicio de IVE de manera gratuita, a través de un *sistema de plazos*. Para ello utilizó una particular técnica político-legislativa: Reformuló la definición jurídico penal del aborto y afirmó que “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación”. Por lo tanto, el aborto únicamente puede penalizarse a partir de la semana trece de gestación, siendo lícitos los abortos consentidos dentro de las primeras doce semanas (Art. 144 Código Penal del Distrito Federal, en adelante C.P.D.F.).

Desde mi punto de vista la fórmula resulta innecesariamente forzada, se hubiera ganado mucho si, en lugar de apelar a la *autonomía calificadora del derecho penal*, se reconocía que, de conformidad al marco interno e internacional, el aborto voluntario se despenaliza porque no es un delito, sino un derecho humano de las mujeres y personas gestantes.

El presidente de la *Comisión Nacional de los Derechos Humanos* y el *Procurador General de México* promovieron una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En su decisión, la Corte afirmó que el derecho a la vida no es absoluto y que el momento a partir del cual debe empezar a protegerse, parte de la voluntad legislativa, a lo que agregó la consideración que la despenalización del aborto previa a las doce semanas de gestación tiene como fundamento la salud pública y la salud de la mujer³. Esta Corte ya se había pronunciado en el año 2002 sobre la indicación de malformaciones fetales, entonces concluyó que la norma penal excluía del castigo legal a las mujeres cuando estaban gestando un producto con malformaciones fetales. Es decir, la norma penal las estimaba delincuentes pero les perdonaba la cárcel (Beltrán y Puga, 2018: 62).

El giro argumentativo que da la Corte entre una y otra sentencia refleja la incidencia de la perspectiva de género en el derecho, y la importante movilización pro y anti derechos en relación con la autonomía sexual de las mujeres en México. Recién en la sentencia del 2008 la Corte reconoció 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. Las mujeres dejaron de ser delincuentes para convertirse en personas con autonomía sexual.

La sentencia del 2008 sirvió también para impulsar acciones garantizadoras de la IVE, entre las que destaco la regulación sobre la objeción de conciencia, que marca una diferencia cualitativa respecto de otros países: Se estableció que la Secretaría de Salud del Distrito Federal debe contar permanentemente con personal no objetor, aunque se reconozca el derecho (individual) del personal médico a negarse a realizar abortos legales, con base de sus creencias personales (Artículo 16 Bis 7 de la L.S.D.F.). Esta regulación garantiza la autonomía de las mujeres y personas gestantes, en tanto, resulta eficaz en la organización de los servicios públicos de salud sexual y reproductiva. Se diferenció así de la sentencia de la Corte colombiana, que reconoció como un derecho la objeción de conciencia y guardó silencio respecto del conflicto que se produce cuando se instrumentaliza la institución para obstaculizar el acceso de las mujeres a la salud —en el ámbito público— y a la justicia, estrategia privilegiada de los conservadurismos religiosos-mercantilistas.

En el 2011 la Corte mexicana se pronunció sobre otras acciones de inconstitucionalidad interpuestas por sectores pro derechos de las mujeres contra las reformas estatales de protección de la vida prenatal,

³ Acciones de Inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007.

promovidas como una reacción a la sentencia de 2008, por grupos anti derechos de las mujeres. Como explica Alma Beltrán y Puga si se hubiera alcanzado la mayoría calificada, la Corte podría haber resuelto invalidar las normas estatales de protección de la vida prenatal por violar los derechos constitucionales de las mujeres, o validarlas realizando una interpretación que las armonizase con los derechos de las mujeres. Pero no se tomó ninguno de estos caminos porque las acciones se desestimaron y no se entró al estudio de fondo (Beltrán y Puga Alma, 2018:72). Este resultado fue asumido por sectores conservadores como un triunfo a la defensa absoluta de la vida intrauterina, pero siguiendo la línea de la Corte marcada en la sentencia de 2008, tales declaraciones no resultan incompatibles con ampliaciones en la despenalización del aborto.

3. Fundamentos que resuelven la tensión entre los derechos humanos de las mujeres y protección de la vida intrauterina

3.1. Concepción gradual de la vida y diferencia entre y derecho subjetivo y valor constitucional de la vida

La sentencia del TCE 53/85, al igual que la jurisprudencia estadounidense sobre aborto, parte de una concepción gradual sobre la vida humana, de ahí que el conflicto se produzca entre ese bien jurídico, que reconoce merece protección estatal, pero que no es una persona, y los derechos de las mujeres embarazadas (Tomás Valiente, Carmen, 2009:102)⁴. Se reconoce además el nacimiento como hecho constitutivo de subjetividad jurídica, punto que ha sido ratificado en sentencias posteriores por el T.C.E. De ahí que se verifique como un equívoco jurídico-filosófico plantear, en relación con el derecho de las mujeres al aborto, un conflicto de intereses con un/a *otro/a*. El fundamento jurídico séptimo afirma que “...la vida del *nasciturus* (...) es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental...”, pero de ninguna manera es posible tratar a tal producto con el mismo estatus que a una persona, y la C.E. no señala, ni podría señalar, que tal protección ha de implementarse exclusivamente a través del derecho penal.

⁴ “...Manifiesto también mi acuerdo sin reservas con la idea de que el *nasciturus* no es titular de un derecho fundamental a la vida (...), constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido. Cualquier jurista conoce la compatibilidad y la enorme diferencia entre ambos conceptos, pues solo es titular de derechos quien es persona y el *nasciturus* no es persona. Así pues, según la sentencia, no hay un conflicto entre los derechos de la mujer y un inexistente derecho fundamental del *nasciturus* a la vida, sino un conflicto entre los derechos fundamentales de la mujer embarazada y un bien jurídicamente protegido que es la vida humana en formación (fundamento jurídico 9) (STC 53/85, punto 3 del voto particular del ministro Francisco Tomás y Valiente p. 33).

Por su parte, el máximo tribunal colombiano reconoció que su Constitución se pronuncia a favor de una protección general de la vida, que toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no solo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico (S.C.C.C. C-355/2006, p. 211). Da cuenta así de la amplitud del concepto y del *bien jurídico vida*, que se distingue claramente del *derecho subjetivo a la vida*⁵. Por ello, reconociendo los límites del derecho como disciplina, se inhibió de pronunciarse sobre el comienzo de la misma expresando que no le corresponde a la Corte Constitucional esa decisión (S.C.C.C C-355/2006, p. 215). Incluso respecto del derecho a la vida, y al quedar claro que mórula/embrión/feto no son titulares de este, la Corte recordó que no se trata de un derecho absoluto, porque este tipo de derechos son ajenos al ordenamiento colombiano, tan ajenos como al estadounidense y al español analizados.

Sobre la *eficacia* de la penalización del aborto para lograr sus fines protectorios, la Corte colombiana tomó particularmente en cuenta la cantidad de muertes de mujeres en ese país, vinculadas a la clandestinidad e inseguridad del aborto, y las desigualdades que evidencian esas muertes, que afectan principalmente a mujeres jóvenes, desplazadas por las situaciones de conflicto armado y pertenecientes a comunidades afrodescendientes u originarias.

3.2. La falacia del argumento de la “protección de la vida desde la concepción⁶” como impedimento para la legalización del aborto.

La invocación insistente a *la protección de la vida desde la concepción*, como justificación de la penalización del aborto, parece desconocer el reiterado fracaso jurisprudencial de esta *posición* en el derecho comparado. Hay a mi entender por lo menos tres cuestiones que este argumento desconoce: 1) la falta de consenso sobre el comienzo de la existencia de ser humano/a; 2) la comprobada ineficacia de la penalización del aborto como medida de protección al producto de la gestación, 3) el carácter facultativo de la tipificación penalizadora.

⁵ “...El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición... Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto...” (S.C.C.C C-355/2006, p. 215).

⁶ Una primera observación que debe realizarse en atención al término *concepción*, es su sentido religioso en tanto alude a la doctrina católica de la concepción de Jesús por la virgen María y por ello la falta de rigor científico del mismo. En el ámbito de la biología se habla de fecundación e implantación.

En la sentencia mexicana el voto concurrente del magistrado Sergio Valls Hernández siguió la interpretación de la Corte colombiana, y distinguió entre *valor vida* y *derecho a la vida* (Acciones de Inconstitucionalidad 146/2008 y 147/2008, de 28 de agosto de 2008. 256). En cuanto a la ineficacia de la penalización del aborto como medida de protección del producto de la gestación, la Corte Suprema mexicana sostuvo:

La imposición de la pena no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación, pues nuestra realidad social es otra y de lo contrario, se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las mujeres. Por ende, no puede plantearse que la amenaza penal es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de interrupción voluntaria del embarazo (...) la sanción no puede ignorar la racionalidad y la necesidad pues, de lo contrario, se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza como inmediato fundamento de la sanción. (Acciones de Inconstitucionalidad 146/2008 y 147/2008, de 28 de agosto de 2008, pp. 183-184).

Expresó también que las partes recurrentes no podían desconocer, por los lugares institucionales que ocupaban, la cantidad de muertes y daños a la salud de las mujeres por abortos clandestinos en México, y las desigualdades de género, procedencia étnica y clase que esas muertes y daños revelan. A esta consideración hay que sumar otra, informada por la Asamblea Legislativa del D.F.: de facto ya se había despenalizado el aborto, pues no existían denuncias por la comisión de dicho delito, el problema de justicia social radicaba en los índices de muertes y daños por abortos clandestinos (Acciones de Inconstitucionalidad 146/2008 y 147/2008, p. 79). La situación desnudaba que la penalización no protegía tampoco la vida intrauterina, tal amparo requiere de políticas públicas integrales dirigidas a evitar embarazos involuntarios en lugar de a establecer barreras -siempre ineficaces- al aborto. Advierto entonces que resulta necesario romper con los afanes armonizadores de protección de la vida prenatal y los derechos de las mujeres cuando de regular la permisividad del aborto se trata. Limitar el acceso al aborto a las personas gestantes no protege la vida en ninguna de sus expresiones involucradas, ni la prenatal, ni la de las mujeres.

Por último, en relación con el carácter facultativo de la tipificación penalizadora, este fue uno de los puntos organizadores de sentencia mexicana de 2008, para muchos, la *ratio decidendi* de la misma: la Corte declaró constitucional las reformas sobre la base de considerar que la despenalización del aborto está dentro del margen de maniobra de la función legislativa, así declaró que la Asamblea Legislativa del D.F. no estaba obligada a penalizar una conducta específica. Recién después de esta afirmación pasó a analizar las razones dadas por la Asamblea para despenalizar, en términos de salud pública, desigualdades y acceso a derechos sexuales y reproductivos.

3.3. El sistema de plazos, la crítica al límite de la viabilidad y la inviabilidad del sistema de causales

Comparto con Francisca Pou (2009:148) que, cambiar la técnica de regulación tradicional y retirar el derecho penal en lugar de simplemente aumentar el número o el alcance de las excepciones que operan sobre un trasfondo general de penalización, es la solución jurídica más respetuosa de la autonomía sexual de las personas gestantes, y por ello, la que mejor resuelve el conflicto de intereses que plantea el aborto.

El sistema de plazos reconoce la referida autonomía ya que no requiere invocar ninguna indicación, ni acreditar el cumplimiento de requisitos como certificaciones médicas, denuncias o situaciones sociales desfavorables. En este sentido diversas autoras se han pronunciado por la inviabilidad del sistema de causales (Bergallo Paola 2018, Ramón Michel y Cavallo Mercedes 2018), en línea con lo que estableció la Corte canadiense en la conocida sentencia “R.c. Morgentaler” como fundamentación para prescindir del derecho penal en el tratamiento jurídico del aborto. Ramón Michel y Cavallo proponen un modelo elaborado asentado en el principio de legalidad para abandonar las indicaciones, que ellas llaman “regulaciones basadas en los médicos” y pasar a regulaciones basadas en las mujeres. Su razonamiento es el siguiente 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 (Ramón Michel Agustina y Cavallo Mercedes, 2018:40).

Coincido con estas autoras en la *inviabilidad del sistema de causales*, sin embargo, el problema que identifico en los sistemas de plazos tiene que ver con el establecimiento de límites temporales para interrumpir la gestación. Tales límites resultan arbitrarios, ineficaces para proteger la vida intrauterina y desprotegen a las mujeres más expuestas a condiciones de vulnerabilidad, las que llegan a un tercer trimestre con un embarazo involuntario en el cuerpo.

La pauta de la viabilidad de vida extrauterina del feto, instalada por la jurisprudencia norteamericana como límite al aborto, no es una pauta rígida y estática, sino que depende del acceso a tecnología hospitalaria, en particular en los servicios de neonatología. Dicha pauta es el límite para realizar abortos, por cualesquiera de los métodos recomendados por la O.M.S. No obstante, si estamos ante etapas gestacionales en las cuales el feto es viable de vida extrauterina autónoma y la gestante que porta ese embarazo decide, por la razón que sea, no seguir adelante con el mismo, ha de reconocérsele y garantizársele la posibilidad de interrumpirlo, en función de su autonomía sexual, corporal, su derecho a la vida y a la salud. Esa IVE posterior al límite de viabilidad, debe compatibilizarse con el respeto a la posibilidad de vida autónoma del feto, realizándose como parto prematuro o cesárea, según la voluntad de la gestante y las recomendaciones médicas⁷.

Asumo que reflexiono ante un *caso límite*, y precisamente por ello entiendo que pone a prueba un principio inspirador de nuestro marco de derechos humanos: el que prohíbe todo acto de instrumentalización/objetualización de una persona, sujeta, ser humana. Ello me lleva a concluir que las gestantes no pueden ser forzadas a portar un embarazo involuntario, sea cual fuere el estadio en que este se encuentre. Si existe la posibilidad de adelantar un parto por diferentes razones médicas como preeclampsia, enfermedades gestacionales o preexistentes agravadas por la gestación, si incluso en muchos lugares del mundo es común adelantar una cesárea, según las conveniencias del personal médico que ha de intervenir u otras necesidades de las gestantes, mucho más ello debe estar garantizado cuando las gestantes autónomamente toman la decisión de dejar de alojar en sus cuerpos un embarazo.

⁷ En este sentido también ha criticado a la sentencia norteamericana la profesora Blanca Rodríguez Ruiz, al señalar que *Roe vs. Wade* afirma sin justificar por qué, que, cuando el feto es viable, la prohibición del aborto es conforme a la Constitución: "... Parece razonable concluir con la Corte que el interés de los poderes públicos en proteger la vida humana sólo puede calificarse de imperioso desde que esa vida es individualizable de la mujer que la gesta. De ahí, sin embargo, no se deduce automáticamente la obligación de las mujeres de llevar a término un embarazo no deseado. No analiza la Corte, por ejemplo, la posibilidad de obligar a las mujeres a dar a luz prematuramente al feto que no desean, para que los poderes públicos puedan asumir directamente su cuidado, en consonancia con el interés que dicen tener en su protección..." (Rodríguez Ruiz Blanca, 2012:59).

Las alternativas punitivistas vulneran los derechos humanos de las mujeres porque solo resultan eficaces para exponerlas a riesgos para su vida y salud, revelándose ineficaces para prevenir o evitar tales interrupciones. Los Estados no debieran abandonarlas/nos en los excepcionalísimos casos en que deciden/mos interrumpir el embarazo que portan/mos una vez superado el umbral de la viabilidad, porque es empujarlas/nos una vez más a la clandestinidad y a la inseguridad.

4. Análisis crítico sobre la causal violación

Jurisprudencia como la colombiana, la mexicana, la estadounidense y la española han consagrado o reconocido la constitucionalidad de la causal *violación* dentro de los abortos legales. Sin bien entiendo que dicha causal resulta valiosa en contextos de penalización generalizada y despenalización por sistema de supuestos o indicaciones, no puedo dejar de advertir que la misma traza un límite arbitrario entre un conjunto de embarazos involuntarios y abona confusiones persistentes como la del consentimiento a la práctica sexual con el consentimiento al embarazo.

La indicación violación permite saltar, en ordenamientos como el español, otro límite que considero arbitrario -el plazo de catorce semanas para la interrupción voluntaria-, en tanto habilita la práctica hasta las veintidós semanas de gestación. Pero es necesario señalar que la base argumentativa que sostiene la causal violación es aplicable a todo embarazo involuntario, haya sido o no producto de un acto violento. Así la doctrina de la *inexigibilidad de otra conducta*, invocada en la S.T.C. 53/85 se puede extender a todas las situaciones de embarazo involuntario, en tanto no es posible *exigir* a las mujeres o personas gestantes que asuman una maternidad forzosamente o que continúen con el desarrollo de la vida en gestación que deciden no albergar en sus cuerpos.

La violación profundiza la serie de imposiciones violentas y heterónomas que puede sufrir una gestante, pero no hay razones jurídicas para invocar la doctrina de la *no exigibilidad de otra conducta* solo en estos casos⁸. De lo contrario, se estaría asumiendo que el deseo sexual es idéntico al deseo de maternidad, lo que es a todas luces falso; o se estaría encubriendo un castigo a quienes viven una sexualidad separada de la reproducción, sin importar el riesgo que todo embarazo involuntario puede suponer para la

⁸ “...Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos (S.T.C. 53/85 décimo primer fundamento jurídico, punto b) p. 27).

vida y la salud de las gestantes. Cuando se niega el aborto en estas situaciones de embarazo y en cambio se permite si es producto de violación, los argumentos no logran superar el sentido común, que es misógino, puritano y patriarcal.

La sentencia colombiana sostuvo que es responsabilidad del Estado, independientemente de si el ataque fue perpetrado por actores públicos o privados, mitigar los efectos de la violencia sexual ofreciendo el aborto y otros servicios de salud para salvar a la mujer de verse forzada a continuar con un embarazo involuntario. El punto que critico de este supuesto es la reducción que se hace del daño que supone para la vida, la salud, la integridad personal de las mujeres, todo embarazo involuntario. Es de suponer que si tal embarazo es producto de la violencia sexual el sufrimiento se acrecienta en función de la cadena de violencia patriarcal (la agresión sexual, el embarazo producto de esta, las dificultades para acceder a un aborto), pero entiendo que la base argumentativa que justifica la interrupción del embarazo en este supuesto, es la misma que opera en otras situaciones de embarazo involuntario: El forzamiento estatal a continuarlo, por la criminalización de la autonomía sexual que imprime, es generador de daño y resulta en sí mismo una forma de violencia contra las mujeres.

El consentimiento, la voluntad a la que se refiere la Corte es la de asumir una maternidad o al menos llevar a término el embarazo. Esta voluntad no puede confundirse ni presuponerse tácita, a partir de la voluntad expresada ante una relación sexual. El hecho que no haya existido como antecedente violencia sexual, no hace a un embarazo involuntario “un poco voluntario”, o “menos dañoso” como regla general, al proyecto de vida y a la salud de la mujer o persona gestante de que se trate. El daño es subjetivo y su dimensión depende de una multiplicidad de factores –recursos materiales, sociales, simbólicos– presentes o ausentes, en cada situación en la que se hace ajenas/extranjeras a las gestantes respecto de su propio cuerpo, sea agrediéndolas sexualmente, forzándolas a continuar embarazos involuntarios o la acumulación de ambas.

Con esto no estoy diciendo que sea igual sufrir una violación, que disfrutar de una relación sexual, sino que estoy afirmando que el eje justificatorio del aborto ha de girar en torno a si un embarazo es asumido como voluntario por la mujer que lo porta y logra transformarse en parte de un proyecto vital o, por el contrario, es significado como una amenaza, algo desestructurante, un daño. En este caso, forzar la continuación es generador de violencia institucional por parte del Estado, que tiene una obligación de debida diligencia de prevenirla.

5. El impacto de las demandas feministas por el derecho al aborto en los máximos tribunales

5.1. El derecho a la intimidad, el resguardo priorizado en el ámbito anglosajón

La intimidad en relación con la sexualidad ya había brindado protección al ser invocada por el máximo tribunal estadounidense para invalidar leyes que impedían acceder a la anticoncepción (*Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965). La Corte estadounidense encontró en *el derecho a la intimidad*, una herramienta útil para reconocer libertades, para quienes efectivamente podían gozar de ellas en ese espacio secreto, reservado, designado como *vida privada*. Este remedio ha sido, no obstante, objeto de fuertes críticas feministas, la jurista italiana Tamar Pitch apunta que las argumentaciones *prochoice* en el marco de la *privacy* de las anglosajonas, por un lado, niegan a la cuestión del control de la reproducción y del poder sobre ella su carácter de cuestión pública y por otro, la colocan dentro de una esfera de libertad personal, expuesta a las reivindicaciones idénticas u opuestas del inseminador o de quien hipotéticamente represente al feto. No hacen referencia a una sujeta sexuada, por el contrario, suponen una vez más un sujeto libre de vínculos, cuya elección es libre en tanto que racional. Y es racional en la medida en que se basa en un cálculo costes-beneficios (Pitch Tamar, 2003:84).

Catherine MacKinnon también ha denunciado la ideología machista que subyace a la invocación de la intimidad como protección del derecho al aborto. Estas líneas de pensamiento defienden el derecho constitucional al aborto a partir del derecho de igualdad ante la ley. Así lo desarrolló, antes de ser jueza de la Corte Suprema, Ruth Bader Ginsburg, quien expresó que las regulaciones sobre el aborto afectan "... al control autónomo de una mujer sobre todo el curso de su vida, a su capacidad para situarse en relación con el hombre, la sociedad y el Estado como una ciudadana independiente y autosuficiente..." (*nomination of Ruth Bader Ginsburg* en Shapiro, Ian, 2009:61). El problema central para Ginsburg es el de la discriminación por razón de sexo, en tanto que solo a las mujeres se le imponen límites a su libertad, que los hombres no tienen, cuando se restringe el derecho al aborto.

Comparto estas perspectivas críticas, la llamada *privacy* anglosajona es estructuradora del derecho al aborto y a la autonomía sexual, pero ambos la desbordan. La intimidad ofrece una protección desigual a las mujeres en relación con los hombres, pero también hacia adentro del propio colectivo. A estas/nosotras las "sujetas de derecho" *situadas*, la mera inactividad estatal, la omisión de intromisión en la vida privada no nos garantiza un acceso igualitario al aborto. La intimidad funciona para aquellas sujetas que tienen la

información para decidir un aborto, están libres de constricciones internas e interpersonales y pueden pagarlo.

5.2. La incidencia progresiva de las agendas feministas de derechos incorporadas a través de tratados internacionales de derechos humanos de las mujeres

En el caso español -al igual que en el mexicano-, el foco de análisis constitucional se dirigió a las reformas despenalizadoras y no a las normas previas que lo criminalizan⁹. El abogado del Estado destacó que la parte recurrente no mencionó siquiera los derechos humanos de las mujeres en juego en la cuestión del aborto, y, de hecho, los fundamentos jurídicos de la sentencia son marcadamente pobres al respecto¹⁰, apenas puede extraerse del octavo fundamento jurídico el reconocimiento de la *autodeterminación consciente y responsable de la propia vida*, como manifestación de la dignidad.

Esta escasez de perspectiva de género que evidencia esta sentencia de los años 80', de una recién recuperada democracia después de cuarenta años de dictadura, aparece descompensada con la amplitud del reconocimiento a la objeción de conciencia que la misma realiza, algo que hasta la fecha ha cimentado barreras para que las mujeres accedan al aborto en los centros de salud y hospitales del Estado Español. La sentencia 53/1985 admite la objeción como parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa. Sin embargo, como señala Lorenzo la ausencia de una reglamentación específica que fije los límites y requisitos de este derecho favorece la tendencia a la objeción masiva en muchos servicios de los centros sanitarios públicos, hasta el punto de que en muchas regiones de España resulta prácticamente imposible acceder a esta prestación si no es mediante el recurso a clínicas privadas, situación que produce injustas asimetrías territoriales (Lorenzo Copello Patricia, 2005:48).

Veintiún años después, al momento de la sentencia colombiana C-355/2006, mucho se había avanzado a nivel internacional y regional en materia de derechos humanos de las mujeres. Ello demostró su

⁹ Sin embargo, el magistrado Francisco Tomás y Valiente, en su voto particular sostuvo que el tipo delictivo era a su juicio, de muy dudosa constitucionalidad, pero no cabía pronunciamiento al respecto en tanto ese análisis de constitucionalidad no fue objeto del recurso. (STC 53/85, punto 5 del voto particular del ministro Francisco Tomás y Valiente, p. 34).

¹⁰ Así lo señaló también en su voto particular Francisco Rubio Llorente cuando consideró un error "... no haber entrado a fondo en el problema, que la tipificación penal del aborto consentido plantea, desde el punto de vista del derecho de la mujer a su intimidad y a su integridad física y moral (...) la sentencia ignora absolutamente los derechos fundamentales que la Constitución consagra y de los cuales sí son titulares las mujeres embarazadas..." (S.T.C. 53/85, p. 39-41). En el mismo sentido se expresó en su voto particular Francisco Tomás y Valiente: "...Frente a tan abstractas consideraciones de la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, se deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada..." (apartado 5°).

peso decisivo en la construcción de la fundamentación de la declaración de inconstitucionalidad de la penalización absoluta del aborto, y en la recepción de un sistema de indicaciones, que se basa en el reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos humanos, y se apoya en la agenda feminista plasmada en Convenios y Conferencias internacionales¹¹. En esa oportunidad la Corte Constitucional Colombiana llegó a adelantar que no respetar y garantizar estas hipótesis extremas, en las que las mujeres tienen derecho al aborto importa incurrir en malos tratos inhumanos y degradantes. El magistrado ponente Jaime Araújo Rentería dijo:

Imponerle a la mujer el rol exclusivamente reproductivo constituye una discriminación (...) penalizar el aborto consentido por la mujer es considerarla solo como maquina reproductora, olvidando que ella puede querer y decidir otras cosas para su vida. Obligarla a llevar un embarazo sin su consentimiento es imponerle un proyecto de vida que puede sacrificar todas sus expectativas... la penalización viola la dignidad de las mujeres: Tratar a las mujeres conforme al derecho fundamental a la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Constitución, es siguiendo a Kant tratarla como algo más que una máquina reproductora (...) En todos los casos en que no se le da a la mujer su libertad de no procrear, cuando se le obliga contra su voluntad a tener un hijo se le instrumentaliza y cosifica, se le trata de manera indigna como vientre sin conciencia del cual se sirven o sobre el cual deciden los demás (C- 355-06, p. 282).

Por otra parte, la sentencia rechazó el requerimiento de cualquier tipo de autorización de terceras personas para acceder a los servicios de salud reproductiva, como la del esposo/pareja o de los padres, algo que también había sido planteado en la jurisprudencia estadounidense y en el recurso previo de inconstitucionalidad que motivó la S.T.C.E. 53/85. También se pronunció respecto de la judicialización de atenciones post-aborto y la violación del secreto profesional. Así explicó que la dignidad de las mujeres

¹¹ La Corte precisó el marco jurídico del recurso planteado, destacando los siguientes: 1) la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, en tanto declaró que los derechos humanos de las mujeres y la niñas, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales, y que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional; 2) la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994, que reconoció los derechos reproductivos como una categoría de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales; 3) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 4) la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *Convención de Belém do Pará*.

incluye el respeto de su intimidad, que resulta vulnerada, por ejemplo, cuando se les impone a proveedores de salud el deber legal de denunciar evidencias de aborto a las autoridades públicas.

Dicha sentencia dio un lugar fundamental al análisis de las desigualdades estructurales, materiales, simbólicas, de género, clase y procedencias presentes hacia adentro de este colectivo. La perspectiva de género e interseccional da cuenta de su impacto en el derecho colombiano. El máximo tribunal apeló también a la *CEDAW* para requerir la eliminación de todas las formas de discriminación de género que estereotipan a las mujeres por sus funciones de crianza, inhibiendo su capacidad para tomar decisiones de manera libre e informada sobre si desean o no fundar una familia y cuándo desean hacerlo. También se fundó en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, incorporó el criterio de la *capacidad progresiva o evolutiva* de niñas y adolescentes para tomar sus propias decisiones y señaló, en relación al *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, que la autonomía comprende las decisiones que inciden *en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla*, o, en otros términos, que *el libre desarrollo de la personalidad debe evaluarse en cada una de las etapas de la vida* (S.C.C.C. C-355/2006, p. 271). Por ello declaró la inconstitucionalidad de la previsión penal colombiana que, bajo el argumento de “proteger”, tipificaba como delito todo aborto realizado a una niña menor de 14 años.

Otro reconocimiento de importancia en el citado fallo, fue el de la operatividad de los derechos humanos fundamentales y principios constitucionales, como límites a la potestad legislativa en materia penal. En efecto, dicha Corte ha sostenido que la dignidad humana, protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (S.C.C.C. C-355/2006, p. 236 y sentencia T-881/2002). La *intangibilidad de bienes no patrimoniales*, según indica la Corte, se expresa por ejemplo en la prohibición de asignar roles de género estigmatizantes, o infringir sufrimientos morales deliberados. La autonomía se entiende como libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que una persona se desarrolla, implica que cada ser humano deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles. En esta línea la Corte entendió que el acceso a la IVE, compromete el núcleo de la autonomía de las mujeres, constituyéndose en límite a la potestad legislativa penal.

Es posible destacar un cambio sustancial entre esta sentencia y la estadounidense, la española y la tímida jurisprudencia mexicana: la incorporación del marco de derechos humanos de las mujeres y de una perspectiva crítica no androcéntrica del derecho, cuestiones claves para la promoción estatal de la autonomía sexual. El reconocimiento de los prejuicios y estereotipos de género, tanto en la sociedad colombiana como en la administración de justicia que integran y la contextualización de las desigualdades de acceso a la justicia que sufren las mujeres por el hecho de serlo, constituyen importantes avances, por tratarse del tribunal de mayor jerarquía del país. La Corte Colombiana se posicionó de esta sentencia en adelante como la institución coordinadora del avance de la despenalización en Colombia y en los diez años sobrevinientes 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) (Niño Contreras Ma. Isabel y Rincón Juan, 2018).

6. Conclusiones

El análisis de la jurisprudencia comparada en materia de aborto presenta particular interés porque, más allá de las especificidades locales, la demanda por la despenalización y legalización del aborto recoge fundamentos de alcance global: las luchas feministas por el reconocimiento del derecho a la IVE reclaman y se fundan en la autonomía sexual, la dignidad, la libertad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad –no discriminación y, en última instancia, por el reconocimiento de la subjetividad plena.

Se evidencia en los pronunciamientos de los diferentes tribunales supremos la progresiva incidencia del marco internacional de derechos humanos de las mujeres. La producción de análisis críticos al derecho, la denuncia de su androcentrismo reproductor de desigualdades y la violencia que se imprime a las gestantes cuando se penaliza su autonomía ha sido tarea de los movimientos, organizaciones y juristas feministas, en los márgenes del derecho dominante, tensándolo a través de una exigencia de justicia, para luego ser incorporado a la legalidad. Ello ha permitido iniciar el abandono de la consideración del aborto como delito para reconocerlo como derecho humano, vinculado a la autonomía de las gestantes. En este sentido Bodelón ha puesto de relieve el papel creador y conceptualizador de derechos del movimiento feminista, a partir del profundo conocimiento sobre las cuestiones de violencia y desigualdades de género (Bodelón Encarna, 2008:297).

Sin embargo, sería un claro error afirmar un evolucionismo ascendente. Lo que surge de los desarrollos jurisprudenciales es la tensión permanente a la que está expuesto el reconocimiento del derecho a abortar. Así, por ejemplo, los cambios en la jurisprudencia estadounidense sobre aborto revelan su dependencia de las concepciones personales y políticas de los jueces y juezas del máximo tribunal, y de los cambios político-partidarios en ese país. Esto no es algo que se observe exclusivamente en los Estados Unidos, se desnudan así las pretensiones de una *objetividad desideologizada*, a la vez que se renuevan esperanzas y esfuerzos hacia la construcción de conocimiento y jurisprudencia situadas.

De los pronunciamientos analizados es posible identificar continuidades en las líneas justificatorias de quienes reivindican el derecho a la IVE, en las resoluciones de los máximos tribunales, y en las argumentaciones de quienes luchan por mantener el aborto penalizado-privatizado. Así se han escrito cientos de páginas sobre la protección de la vida y la diferencia entre el derecho subjetivo y el bien jurídico constitucionalmente tutelado, se han desarrollado teorías como la de la viabilidad-gradualidad en la protección de la vida intrauterina, se ha afirmado el carácter facultativo de la tipificación penal y se ha reconocido, con mayor o menor extensión y contundencia, que la legalización debe justificarse en los derechos humanos de las mujeres.

Ninguno de los fallos analizados considera que exista base jurídica para sostener que el producto de la gestación es equivalente a un/a sujeto/a de derechos, ninguna de las sentencias ha sostenido que la vida humana deba protegerse manteniendo penalizado el aborto, todas en diferente medida han reconocido la importancia de la autonomía de las gestantes para establecer sus planes de vida, la libertad personal, la inexigibilidad de otra conducta cuando se decide abortar. Diversas autoras que han analizado la jurisprudencia latinoamericana reciente en materia de aborto son coincidentes en señalar que las sentencias de los máximos tribunales estatales ponen en evidencia un cambio de encuadre y sientan un precedente regional favorable para la constitucionalización del aborto (Beltrán y Puga 2018, Bergallo 2018, Ramón Michel y Cavallo 2018).

En esos procesos de reconocimiento o ampliación de los reconocimientos existentes he desarrollado cuestiones que entiendo deben reactualizar debates sobre parámetros regulatorios establecidos como límites a la IVE. A hilo de ello defiendo la necesidad de abandonar los diversos límites temporales, sobre los cuales no hay consenso en el derecho comparado, y legalizar la IVE durante todo el período de embarazo. Tal regulación permite armonizar el tránsito a la vida autónoma pre-término del feto, en los casos de

interrupciones de tercer trimestre, con la autonomía sexual, libertad y dignidad personales de las personas gestantes, sin abandonarlas a abortos clandestinos bajo la amenaza de criminalidad, ni forzarlas a continuar con embarazos que no quieren alojar en sus cuerpos.

También he mencionado que esta reflexión se hace sobre casos límite y minoritarios pero que, por ello mismo, dan cuenta de las gestantes más vulnerabilizadas por la interacción de categorías como la edad (suelen ser las mujeres más jóvenes, niñas las que advierten tardíamente el embarazo) la diversidad funcional, la salud integralmente considerada, la situación económico social. Esta propuesta rompe con la relación inaugurada por la Corte estadounidense entre viabilidad- progresividad-proporcionalidad.

Una de las cuestiones más instaladas, que resulta necesario problematizar para arribar a este debate, es la interpretación que se hace de la protección de la vida prenatal en forma incremental como sinónimo de proporcionalidad entre las reformas despenalizadoras del aborto y las protectoras de la vida intrauterina. Cuando postulo el reconocimiento del derecho a interrumpir los embarazos sin límite temporal, no estoy afirmando un derecho de forma absoluta, estoy señalando condiciones mínimas que debieran acompañar cada embarazo y nacimiento, la decisión de llevarlos a término por quienes los albergan en sus cuerpos, como condición también para un tránsito de la vida prenatal a la extrauterina que resulte habitable.

La protección de la vida no desaparece cuando se permite la IVE sin límite temporal, sino que está llamada articularse a través de las políticas públicas, los derechos sexuales y reproductivos, la prevención y protección ante las violencias patriarcales, espacios estos que tienen las mayores y mejores posibilidades de promover y garantizar esa tutela, en desmedro del ineficaz derecho penal. Ello no desconoce que la protección de la vida es un bien constitucional, internacionalmente protegido, despenalizar el aborto sin límite de plazos es precisamente no desproteger las vidas de las gestantes más expuestas a la vulnerabilidad.

Otra propuesta que he desarrollado defiende la extensión de las justificaciones ensayadas jurisprudencialmente para la causal violación, a todos los abortos voluntarios. En este camino las perspectivas críticas feministas a la noción de consentimiento han permitido distinguir entre el consentimiento a la práctica sexual y el consentimiento a llevar un embarazo a término. La *inexigibilidad de otra conducta*, invocada para permitir interrumpir embarazos involuntarios producto de una violación puede extenderse hasta cubrir embarazos involuntarios producto de prácticas consentidas, en tanto es la

involuntariedad del embarazo la que hace que no sea exigible su continuación sin violentar la vida, salud, libertad, proyectos vitales de las gestantes.

Las elaboraciones feministas en el ámbito del derecho han incidido de manera clave en sentencias como la mexicana y colombiana, y más tímidamente- en la española y estadounidense. Las sentencias no son solo obras interpretativas sino también disputas de sentido. En esa línea, los feminismos han dado forma a derechos como el de una vida libre de violencia de género, el derecho al aborto, a la identidad de género autopercibida, entre muchos otros. El reconocimiento judicial de la constitucionalidad de las demandas de autonomía sexual de las mujeres, da cuenta de un andamiaje teórico que resulta medular -y ya no marginal, sectario, opcional-, a la comprensión del derecho vigente.

BIBLIOGRAFÍA:

ARIZA S. Y BOHÓRQUEZ V.; “Niñas y adolescentes: su (in)capacidad para decidir sobre el aborto. Estudio comparado de Colombia y la Argentina” en *El aborto en América Latina*, Bergallo P., Jaramillo I. y Vaggione J. compiladores, Siglo XXI Editores Argentina, 2018, pp.243-270.

BELTRÁN y PUGA A.; “La jurisprudencia constitucional sobre el aborto en México” en *El aborto en América Latina*, Bergallo P., Jaramillo I. y Vaggione J. compiladores, Siglo XXI Editores Argentina, 2018, pp 57-80.

BODELÓN GONZÁLEZ, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico. pérdidas en la traducción jurídica del feminismo” en *Género, violencia y derecho*, España, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 275-300.

BODELÓN GONZÁLEZ, E.; “Violencia institucional y violencia de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Núm. 48, 2014, pp. 131-155.

LAURENZO COPELLO, P.; “El aborto en la legislación española: una reforma necesaria”. Documento de trabajo 68/2005. España, Fundación Alternativas, 2005.

NIÑO CONTRERAS M. y Rincón J.; “Radiografía de los argumentos conservadores contra el aborto en Colombia Sugerencias para un movimiento pro liberalización” en *El aborto en América Latina*, Bergallo P., Jaramillo I. y Vaggione J. compiladores, Siglo XXI Editores Argentina, 2018, pp 379-406.

PITCH, T.; *Un derecho para dos: La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, UNAM, 2003, 308pp.

POU JIMÉNEZ, F.; “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, pp. 137-152, disponible en www.anuariodh.uchile.cl

RAMÓN MICHEL A. y CAVALLO M. “El principio de legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos” en *El aborto en América Latina*, Bergallo P., Jaramillo I. y Vaggione J. compiladores, Siglo XXI Editores Argentina, 2018, pp. 31-56.

RODRÍGUEZ RUÍZ, B.; “Género en el discurso constitucional del aborto”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* Núm. 156, 2012, pp. 49-83.

SHAPIRO I.; TOMÁS VALIENTE C.; *et al. La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico, 2009, 171pp.