

Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate

por **CECILIA M. HOPP**⁽¹⁾

El objetivo del trabajo es analizar las alternativas de política criminal en relación con el aborto. Partiremos desde la observación del evidente fracaso de la finalidad declarada de la penalización: la protección de la vida intrauterina. La persistencia de la prohibición nos plantea varias preguntas: ¿Cuál es la verdadera función de la penalización?; ¿Cuáles son los resultados de esta política?; ¿Qué alternativas hay?

Analizaremos, en consecuencia, los discursos que sustentan la penalización y la despenalización; indagaremos en las razones dadas para sostener una u otra regulación, las finalidades que proponen y buscaremos los resultados que producen.

La hipótesis del trabajo es que los discursos más difundidos que proponen la despenalización no contienen un quiebre argumentativo sustancial ni postulan la consecución de finalidades diferentes de los discursos criminalizantes: proponen los mismos objetivos y generarán iguales resultados; se trata, por tanto, de un mero cambio de estrategias.

Estos discursos y estas prácticas contribuyen a la consecución de *otros* objetivos no declarados: promueven y refuerzan un estereotipo de mujer⁽²⁾, cuya función social es la de ser madre y controlan la sexualidad femenina.

.....

(1)

(2) Esta premisa supone que el lenguaje tiene una función simbólica que construye la realidad y las relaciones de poder (performatividad del lenguaje). VAN DIJK, TEUN A., "El análisis

Por otro lado, a partir del análisis de los diversos discursos producidos por las distintas corrientes teóricas feministas podremos acercarnos al significado simbólico y práctico de la penalización del aborto. Así veremos la necesidad de modificar las leyes y los discursos en torno a la interrupción de embarazos para modificar las implicancias que supone la penalización. La crítica feminista denuncia los discursos que predominan en la discusión del aborto y ponen al descubierto que tales normas y prácticas suponen el tratamiento de las mujeres como seres disminuidos que deben ser tutelados, asimismo, sostienen que la penalización del aborto refuerza los estereotipos de género que destinan a todas las mujeres a ser madres⁽³⁾ e implican un impedimento para el ejercicio de la libertad sexual⁽⁴⁾.

I | Discursos a favor de la penalización

El Código Penal argentino contempla el tipo penal del aborto dentro de los delitos contra la vida, tal enunciado implica una defensa de la prohibición del aborto en razón de que se debe proteger la vida humana. Se asume en la norma que hay vida antes del nacimiento y se la "protege" a través del derecho penal.

Quienes defienden la penalización del aborto entienden que se trata de proteger los derechos subjetivos de un ser humano, considerado jurídi-

.....
crítico del discurso", *Anthropos*, 186, Barcelona, septiembre-octubre 1999, pp. 23/36.

BUTLER, JUDITH, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2001. El Derecho es, desde este punto de vista, un discurso y como tal, tiene la virtualidad de modificar la realidad, no sólo, ni principalmente, a través de su coercibilidad, sino como un fuerte emisor de enunciados que reproducen y refuerzan determinados símbolos y prácticas. Es en este sentido que el objetivo de incidir en la modificación de las normas jurídicas forma parte de la batalla cultural que hay que librar para deconstruir estereotipos perjudiciales para los y las más débiles, para permitir el habla de quienes son nombrados, de modo tal que se nombren a sí mismos.

(3) PITCH, TAMAR, *Un derecho para dos, la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pp. 99/100.

(4) LAURENZO COPELLO, PATRICIA, "Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate", en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona Grupo Antígona UAB, 2009, p. 234.

camente como una persona, el feto sería la "víctima" del delito. Éste es el discurso más corriente en torno a la cuestión, al menos en Argentina⁽⁵⁾.

Sin embargo, no es la única forma de legitimar la penalización del aborto, puesto que otras lecturas referidas a la misma posición sostienen que un feto no puede ser considerado un sujeto de derecho, pero que el Estado tiene interés en la reproducción de los seres humanos⁽⁶⁾, un interés demográfico.

Tanto el discurso que supone proteger la vida como aquel que defiende un interés del Estado esconden e invisibilizan gran parte de lo que está involucrado en el problema: a la mujer.

Es especialmente llamativo que al defender los intereses del feto y, como contraposición, no considerar los derechos fundamentales de las mujeres, no se discute seriamente la injerencia que supone la imposición de proseguir embarazos no deseados y la carencia de alternativas.

El discurso que hace referencia a derechos tiene su raíz en la consideración de los seres humanos libres e iguales que deben ser respetados en razón de su dignidad humana, no se comprende, en tal sentido, por qué es que se enfatiza solamente en los derechos de uno de los "sujetos" y se desoyen las objeciones de las mujeres que son usadas como medios para la reproducción. Así podemos vislumbrar que estos discursos no tienen un interés genuino por los derechos. Esta versión parcial del debate deja ver, a través de sus intersticios, que debe haber detrás de esta postura alguna otra finalidad y una falta de compromiso con lo que se afirma: hay derechos humanos para todos, pero no para todas.

En los discursos que proponen una amplia penalización del aborto encontramos argumentos que se refieren al problema exactamente de la misma manera que si se refirieran a un homicidio o que si la gestación no sucediera dentro del cuerpo de una mujer. Este olvido respecto de los intereses de las mujeres embarazadas que no quieren estarlo crea y refuerza el este-

(5) BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed. actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2006, tomo 1, pp. 511/514.

(6) DWORKIN, RONALD, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

reotipo referido a que la función social de las mujeres es la reproducción y que es contrario a la naturaleza, no es normal, no desear la maternidad⁽⁷⁾. La prohibición de abortar supone la obligación de ser madre⁽⁸⁾.

En este sentido, es interesante mencionar el concepto de "madre" que se tiene en la sociedad, podemos citar una investigación empírica en la que se concluyó que: "Para las personas entrevistadas, madre es una categoría existencial de las mujeres que abarca desde el momento en que se quedan embarazadas hasta que se mueren. Constituye la máxima realización como mujer y no puede competir con ningún otro objetivo vital, porque entonces sería una mala madre, una mala mujer. Obviamente se percibe la maternidad como una característica inherente de la condición femenina, lo que lleva a pensar que su deseo de ser madres responde a una inclinación natural por el simple hecho de ser mujer. Además a lo largo de las entrevistas, se destaca la función de pilar primordial de la madre en la constitución de la familia, y de sus definiciones de madre se desprende que ellas son quienes llevan la mayor responsabilidad en el cuidado y educación de los hijos/as"⁽⁹⁾.

Esta asimilación de los conceptos de mujer, madre y familia, tienen su reflejo explícito en las normas, a modo de ejemplo, tenemos el art. 86 del Código Penal: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º. si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (...)". Como puede verse, la norma usa de manera intercambiable la palabra "mujer" y "madre", como si fueran sinónimos.

En el mismo sentido, tenemos el art. 63 del Código Civil: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Asimismo el art. 65 del mismo Código nos dice: "Se tendrá por

(7) LAURENZO COPELLO, PATRICIA, Op. cit., p. 231.

(8) BERGALLO, PAOLA, "De la Libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción", en Paola Bergallo (comp.), *Justicia, género y reproducción*, Bs. As., Librería, 2010, p. 11.

(9) GONZÁLEZ, NOELIA I., "El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad", en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona, Grupo Antígona UAB, 2009. Disponible en: <http://158.109.129.18/centreantigona/docs/VOL1.pdf>, pp. 212/213.

reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella o del marido". Podemos observar en estas normas que la definición biológica de maternidad es adelantada a un momento anterior al nacimiento, justamente porque lo que se sugiere es que la mujer tiene una tendencia natural hacia la maternidad. Asimismo es particularmente interesante que el art. 65 del Código Civil habla de "la madre" (que ya lo es porque está embarazada) y "su marido", quien aún no es padre, porque no tiene responsabilidad alguna hasta luego del nacimiento⁽¹⁰⁾.

Las normas que prohíben el aborto y que abiertamente destinan a la mujer a ser madre conviven, aparentemente de manera *armoniosa*, con la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que dice expresamente que las mujeres tienen derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos" (art. 16.e CEDAW). Y con los principios fundamentales del Estado de Derecho y de los derechos humanos que imponen el tratamiento igualitario de todos los seres humanos y el respeto de la autonomía ética, que incluye la autodeterminación sexual (art. 19, CN) y de la dignidad humana.

Un interesante ejemplo discursivo sobre la invisibilización de la mujer en las cuestiones referidas a la protección de la vida intrauterina es el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Portal de Belén" (Fallos 325:292) donde se toman discursos científicos, sobre medicina y biología en los que se afirma que la vida comienza desde la *concepción* y por ello cualquier procedimiento, en el caso, cualquier medicamento, que impida las condiciones necesarias para que la gestación comience resulta violatoria de la vida y por ello, impermissible. De esta manera los jueces de la CSJN han trasladado la decisión valorativa referida a cuándo comienza la vida y con qué intensidad se la debe proteger, a la decisión de ciertos científicos (y omitiendo las opiniones divergentes desde esas mismas disciplinas y desde otras) y lo hacen sin tomar en cuenta a las mujeres, como si no formaran parte de la situación.

Se puede añadir que la postura a favor de la penalización del aborto plantea un problema social o colectivo complejo desde el punto de vista fáctico

(10) Nótese que el Código Civil tiene una presunción de paternidad fuerte en razón del matrimonio entre la mujer que ha parido y un hombre, estrictamente, desde el punto de vista jurídico, se puede hablar de maternidad solamente a partir del parto y es en tal momento en el que, también jurídicamente, el marido de esa mujer es padre. Pero, asistemática y reveladamente, la ley habla de madre, embarazada y mujer, como si no hubiera diferencia alguna.

y valorativo, como si fuera un problema individual de confrontación entre una mujer “mala” (desnaturalizada, rebelde, subversiva, arrogante y egoísta) frente a la debilidad del feto e incluso adversa a los derechos del otro progenitor. Plantear la cuestión de esta manera no solamente es reduccionista, sino que omite las diferencias relevantes entre la posición de las mujeres y los varones en torno a la reproducción (diferencias, éstas sí, naturales e ineludibles, porque solamente las mujeres pueden estar embarazadas). Plantea al feto como un ente independiente de la mujer (lo cual es ontológicamente falso)⁽¹¹⁾ y a las mujeres y varones como sujetos neutros, desvinculados de sus circunstancias y de su sexo, valora las situaciones como si fueran iguales cuando no puede haber igualdad⁽¹²⁾. Es a partir de éste planteo reduccionista que se logra esconder el dominio sobre el cuerpo, la sexualidad y la función de las mujeres. Se sostiene la defensa de derechos de fetos y varones que tienen como ineludible consecuencia la subordinación del uso del cuerpo y el plan de vida de las mujeres (pero esto último no es declarado).

2 | Discursos no pronunciados y efectos no reconocidos en torno a la penalización del aborto

Si bien el embarazo es algo que sucede naturalmente, es el Estado el que valora en forma negativa su interrupción; esta decisión no tiene nada de natural, ni de científico. En este sentido, la biologización de la discusión sobre el aborto esconde la asignación social del rol de madres a las mujeres, la atribución de una función y finalidad a la sexualidad femenina que no es libremente determinada y la intervención en la definición de la relación de la mujer con su propio cuerpo, con su sexualidad y con su feto.

Resulta más o menos obvio en una sociedad liberal que la relación de una persona con su cuerpo y su sexualidad no pueden ser impuestas ni definidas coercitivamente. De manera inconsecuente con este razonamiento, penalizando

.....

(11) La separación es ficcional y valorativa, ya que los fetos o embriones se encuentran dentro del cuerpo de la mujer, conectados a ella y dependen físicamente de la mujer. Desde un punto de vista fáctico el feto no es un ente distinto de quien lo gesta, ni siquiera el feto viable, mientras se encuentre dentro del cuerpo de la mujer.

(12) PITCH, TAMAR, Op. cit., pp. 93/95

la interrupción de embarazos, se imponen ciertas relaciones de una persona con las consecuencias de su propia sexualidad. No carece de significado, en este sentido, que solamente se intervenga en la relación de las mujeres con el producto de sus sexualidades y que la sociedad intervenga en la atribución de valor a esa relación, que se imponga un significado al vínculo entre la mujer, su sexualidad, el embarazo y el feto. Resulta, sin embargo, contraintuitivo (para una mente liberal) pensar que un tercero (la sociedad) pueda entender y valorar algo tan íntimo y ligado inseparablemente al cuerpo y la subjetividad de otra persona; se traiciona así el principio liberal por excelencia referido a que cada persona es quien mejor puede juzgar sobre sus propios intereses. Es por ello que cualquier individuo puede decidir si acepta tratamientos invasivos sobre su cuerpo cuando tiene una enfermedad, y puede rechazarlos⁽¹³⁾. Lo mismo debería suceder con el embarazo⁽¹⁴⁾.

Otro punto que no se puede soslayar es el resultado de la penalización del aborto. La persecución penal en estos casos es absolutamente ineficaz. Este tipo penal dice proteger la vida, sin embargo, es inútil a tales fines⁽¹⁵⁾: el resultado de la amenaza penal es que en Argentina se realizan entre 460.000 y 600.000 abortos por año⁽¹⁶⁾ y lo cierto es que ninguna mujer que desea abortar se ve fácticamente impedida de hacerlo y un número extremadamente pequeño de abortos tienen alguna consecuencia penal⁽¹⁷⁾.

En cuanto a las consecuencias reales de la penalización del aborto, encontramos que aproximadamente 100 mujeres mueren por año en Argentina⁽¹⁸⁾, mujeres pobres. Asimismo, los pocos abortos que son denunciados son aque-

(13) Sobre ello ver el reciente fallo de la CSJN A. 523. XLVIII "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias".

(14) PITCH, TAMAR, Op. cit., pp. 93/95

(15) BERGALLO, PAOLA, Op. cit., p. 11.

(16) CARBAJAL, MARIANA, *El aborto en debate (aportes para una discusión)*, Bs. As., Paidós, 2009, p. 34.

(17) Si bien no existen datos oficiales, se han registrado 22 condenas por aborto entre los años 2002 y 2008. No obstante, se debe considerar que el proceso penal representa ya una pena, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, 4ta ed., Madrid, Trotta, 2000. Los procesos penales por aborto parecen ser bastante más numerosos, BERGALLO, PAOLA, Op. cit. p. 12.

(18) Se trata del promedio muertes por aborto desde el regreso a la democracia hasta 2008. Más impresionante aún es la cifra de egresos hospitalarios por complicaciones derivadas de

llos que se practican en malas condiciones sobre mujeres pobres que han intentado abortar y debieron asistir a hospitales públicos debido a complicaciones relacionadas con los altos riesgos que corre su salud y su vida al someterse a un aborto inseguro⁽¹⁹⁾.

Es hoy indiscutible que la prevención de embarazos no deseados es la mejor estrategia para evitar abortos y es todo lo que se puede hacer para proteger la vida intrauterina. Hoy hay mujeres informadas que tienen ciertas posibilidades de prevenir embarazos no deseados⁽²⁰⁾ y hay muchas más mujeres que no acceden a información para planificar embarazos ni a los métodos necesarios para prevenirlos⁽²¹⁾. El Estado es consciente de que la información acerca de la salud reproductiva, anticoncepción, educación sexual y planificación de embarazos es necesaria para que las mujeres podamos decidir sobre nuestras sexualidades y prevenir consecuencias no deseadas, tales como embarazos y enfermedades. Se declara que existen políticas públicas en este sentido, pero ellas en la práctica no llegan a las mujeres más pobres.

Tanto la presencia como la ausencia de estos recursos son una clara representación del biopoder del Estado, que ya no se sostiene por dejar vivir o hacer morir, sino que debe hacer vivir o dejar morir⁽²²⁾, la mayor medicalización de unas mujeres, el mayor acceso a salud de un sector de

.....
abortos realizados en condiciones insalubres y clandestinas, sobre esto ver Carbajal, Mariana, 2010, Op. cit. .

(19) BERGALLO, PAOLA, Op. cit., p. 12.

(20) La cuestión de que una mujer quiera abortar es mucho más compleja que si desea o no ser madre, querer o no querer la maternidad es solamente un aspecto del asunto, de hecho, es un error con consecuencias graves asimilar el sexo al embarazo y el embarazo a la maternidad, estas tres cuestiones tienen una relación de causalidad, pero no es una relación necesaria. Por otro lado, se cuestiona la efectiva libertad de elegir, aún disponiendo de información necesaria, acerca de la posibilidad de tener sexo sin riesgos de embarazo, MACKINNON, CATHERINE, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Valencia, Ed. Cátedra, 1995.

(21) Es interesante que los métodos anticonceptivos más accesibles, fáciles de usar y seguros son de uso masculino. Federici relata que hacia fines del siglo XV las mujeres comenzaron a perder el saber acerca de la anticoncepción, debido a la prohibición de la anticoncepción y que luego, al reaparecer el control de natalidad, los medios para conseguirla fueron de uso masculino, FEDERICI, SILVIA, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Bs. As., Tinta limón, 2004, p. 156.

.....
(22) FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, La Plata, Altamira, 1996, pp. 194/199.

la población y el menor acceso a prevención de otras mujeres, quienes por ello o bien se reproducirán más, o bien morirán más frecuentemente, supone el ejercicio de un poder y un control científico sobre las poblaciones: habrá políticas que fomenten la vida y otras que fomenten la muerte. La política criminal argentina acerca del aborto parece favorecer la muerte⁽²³⁾, contrariamente a lo que dice el Código Penal, y aquellos discursos que proponen sostener la penalización.

La penalización del aborto medicaliza el cuerpo de las mujeres, quienes deben declarar su sexualidad, someterla a debate, para prevenir embarazos, y sacrifica cuerpos de quienes no lo someten a tales inspecciones. Acudir a un médico en relación con un aborto supone someter la decisión moral sobre el propio cuerpo al escrutinio de otro, a su evaluación moral⁽²⁴⁾, no acudir al médico para abortar, muchas veces supone la muerte, y acudir al médico habiendo abortado puede suponer ir presa⁽²⁵⁾.

.....

(23) No solamente se fomenta la muerte por abortos inseguros, sino que la consecuencia de la penalización, la cárcel, también es un lugar de muerte. Parece bastante claro que la función actual del sistema penal es el de eliminar de la sociedad a los pobres, que representan un peligro para la sociedad de consumo y ya no son necesarios como ejército de reserva, BAUMAN, ZYGMUNT, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999 pp.113/120, se deposita a los pobres en la cárcel para dejarlos morir allí, es claro que actualmente la cárcel está cumpliendo una función punitivista y de terror, MELOSI, DARIO y PAVARINI, MASSIMO, *Cárcel y Fábrica*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.

(24) PITCH, TAMAR, Op. cit., pp. 85/87.

(25) Esta situación enormemente conflictiva, que vulnera los derechos humanos de las mujeres referidos al acceso a servicios de salud adecuados, es resuelta correctamente en el plenario de la CNA Crim. y Corr. "Natividad Frías" (del 26 de agosto de 1966). La obligación de los médicos de los hospitales públicos de guardar secreto profesional debe prevalecer sobre el deber de funcionario público de denunciar los delitos sobre los que tome conocimiento en ocasión de la relación con una paciente que ha abortado. Tal interpretación es fundamental para preservar el derecho a la salud, a la vida y a la intimidad de las mujeres que acuden a hospitales públicos a causa de abortos complicados. Se debe destacar que el Estado no puede poner a una persona en la situación de elegir entre su vida y su libertad. En tal sentido, las consecuencias de la aceptación de las denuncias de los médicos serían también problemáticas porque es evidente que la "confesión" de la mujer no es libre y por eso no debería ser tomado en cuenta en un proceso penal, puesto que tal declaración sería claramente violatoria del principio fundamental de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum prodere*), art 18, CN. Otra objeción importante a la posibilidad de que el médico del hospital público pueda denunciar abortos sobre los que conoció al atender a una paciente es que se generaría una desigualdad en el derecho a la intimidad de las mujeres que pueden pagar una consulta médica privada (con un médico que no es funcionario público y no tiene ese deber de denunciar) y aquellas que solamente pueden acudir a los servicios de salud pública y consultar a médicos- funcionarios. Un razonamiento así ha adoptado la CSJN en el reciente fallo "Baldivieso" (Fallos 333:405), referido al delito de transporte de estupefacientes.

Pero, ¿qué significa la imposición de ser madre?; ¿Es la prohibición del aborto el único dispositivo que provoca la maternalización de las mujeres?; ¿Es efectivamente la necesidad de producir más vidas la que sustenta la prohibición del aborto?

La maternalización de las mujeres a través de la penalización del aborto no tiene directamente que ver con producir más niños. La regulación del aborto interviene, regula y limita, en definitiva, la sexualidad femenina porque le impone consecuencias, a diferencia de la sexualidad masculina, que no las tiene⁽²⁶⁾ la sexualidad de los hombres es libre, la de las mujeres, que tienen prohibido abortar, tiene fuertes ataduras⁽²⁷⁾.

La obligación de soportar embarazos, entre otras circunstancias, pone a las mujeres estructuralmente en una posición más débil frente a los hombres, puesto que no solamente se debe parir, sino cuidar a los niños, de modo tal que las mujeres somos menos elegibles en los empleos y cobramos menores salarios, pues los trabajos femeninos son valorados en menor medida⁽²⁸⁾ y porque tarde o temprano tendremos que parir y criar, quedarnos en casa y hacer la comida. Estas condiciones resultan en una menor elegibilidad en los puestos de trabajo y una menor posibilidad de tener ingresos económicos adecuados para lograr el sustento económico propio, de modo tal que se empuja a las mujeres al matrimonio o la prostitución⁽²⁹⁾, las otras alternativas son considerablemente más difíciles de alcanzar para las mujeres que para los varones.

3 | Fines no declarados del control sobre el aborto

Es interesante indagar ahora en las razones que podemos encontrar para el sometimiento de las sexualidades y las vidas femeninas. La reproduc-

(26) MACKINNON, CATHERINE, Op. cit.

(27) Ataduras que deberíamos amar cuidar y ver como adorables, como nuestra consagración personal.

(28) FRUG, MARY J., "Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)", en *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006, pp.240/244 y FEDERICI, SILVIA, Op. cit., pp. 156/163.

(29) FRUG, MARY J., Op. cit., pp. 235/236.

ción necesaria para el capitalismo no es algo biológico solamente, se trata de la necesidad de que gran parte del trabajo humano no es ni puede ser remunerado. El trabajo reproductivo es también aquello necesario para que el trabajador pueda, al terminar la jornada de trabajo, comer, vestirse, y tener cierto ocio. Los niños deben ser educados y cuidados, pero los trabajadores no tienen tiempo para ello. Todo esto debe estar dado en las casas, es trabajo continuo y no remunerado, que es necesario para que el trabajador reponga todas sus fuerzas para entregarlas al empleador, se trata de un *plus* de plusvalía necesario para el sistema productivo⁽³⁰⁾.

La prohibición del aborto, el poder diciendo que no se puede realizar determinada conducta, no puede provocar que efectivamente se produzcan más bebés, pero puede constituir un discurso acerca de lo que una mujer *debe ser*. La penalización del aborto nunca protegió ni protegerá la vida, es, más bien, un mecanismo de marginación⁽³¹⁾ de modelos desviados de femineidad, que puede castigar a las disidentes o no hacerlo, pero no deja de constituir un poderoso dispositivo simbólico y material para ubicar a las mujeres donde es necesario que estén, dentro de la normalidad "heteroimpuesta"⁽³²⁾, pero fuertemente internalizada⁽³³⁾. La maternidad es un estereotipo que es valorado positivamente por casi todos los varones y mujeres, parece ser como un estigma al revés (o positivo), ser "solterona" y sin hijos, o ser prostituta son estigmas, no entran dentro de las caracte-

.....

(30) RUBIN, GAYLE, "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo", *Nueva Antropología*, Vol. VIII, N°30, México, 1986. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/30/cnt/cnt7.pdf>, pp 98/100.

(31) Puede establecerse, en tal sentido, un paralelo con lo postulado por BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Bs. As., Siglo XXI, 2002, acerca de la cárcel.

(32) Impuesta por el sistema de producción y el patriarcado, íntimos aliados del Estado.

(33) En este sentido es interesante la cita de Bourdieu" (...) el fundamento de la violencia simbólica no reside en las conciencias engañadas que bastaría con iluminar, sino en unas inclinaciones modeladas por estructuras de dominación, que hacen posible la complicidad de las víctimas con los dominadores", la transformación de las condiciones sociales de producción de las inclinaciones es, por ello, muy difícil y solamente se producirá cuando las dominadas (toleradas) puedan adoptar sobre los dominadores (tolerantes) y sobre sí mismas un punto de vista diferente del que los dominadores establecen y definen sobre lo real o lo justo o lo natural. La violencia simbólica se realiza a través del acto de conocimiento y de reconocimiento, que se produce sin el conocimiento consciente y la voluntad del sujeto, lo que le confiere poder hipnótico, BOURDIEU, PIERRE, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 58.

rísticas que se espera que tengan las mujeres y por ello son desacreditadas⁽³⁴⁾, discriminadas⁽³⁵⁾.

4 | La discusión sobre los permisos para abortar

En la actualidad, y desde 1922, la ley argentina permite abortos en algunos casos; sin embargo, corrientemente se entiende que está totalmente prohibido abortar⁽³⁶⁾, de modo tal que esa creencia favorece que, en la mayoría de los casos, los permisos dados por la ley no tengan efectiva implementación⁽³⁷⁾.

Para comprender esto es particularmente interesante comparar las normas de diversos países que han sancionado leyes con indicaciones similares que las del Código Penal argentino, permitiendo la interrupción voluntaria de embarazos peligrosos para la vida o la salud de la mujer, o en casos de violación. En este sentido, podemos observar que España, Italia y Colombia presentan regulaciones similares y obtienen resultados distintos en la práctica y discursivamente, pues los permisos sí tienen implementación.

En el caso de Argentina, los permisos aparecieron muy tempranamente y no resultan de un debate producto de la declarada necesidad de despenalización del aborto; por otro lado, esto es bastante obvio, teniendo en cuenta que es indudable que el art. 86 del Código Penal ha sido escrito por hombres para regular los cuerpos de las mujeres, dado que en 1922 las mujeres no votaban, eran consideradas jurídicamente como incapaces de hecho (conforme al có-

(34) Ejemplos claros de esto son los insultos más comunes: para una mujer, "puta", para un varón, "hijo de puta".

(35) GOFFMAN, ERVING, *Estigma. La identidad deteriorada*, Bs. As., Ed. Amorrortu, 1993, p 13.

(36) Es esperable que esta tendencia cambie a partir del reciente fallo de la CSJN "F., A.L. s./ medida autosatisfactiva", del 13/3/2012, donde el Máximo Tribunal da claras directivas en orden a cómo se interpreta correctamente el art. 86 del Código Penal y de qué manera deben obrar los médicos al momento de recibir una solicitud de realización de un aborto no punible. Allí se enfatiza en que la interpretación restrictiva de los permisos para abortar resulta contraria al principio de legalidad en materia penal, ya que priva a las mujeres de un permiso y un derecho legalmente previstos, imponiendo cargas extra legales para ejercer aquel derecho, y extiende el ámbito de lo punible a circunstancias que se encuentran permitidas por la norma.

(37) BERGALLO, PAOLA, Op. cit., p. 11.

digo civil anterior a 1968) y mucho menos existía un movimiento feminista en Argentina que pudiera hacer oír la voz de las mujeres⁽³⁸⁾. Justamente porque nunca se entendió que los permisos del art. 86 del Código Penal significaran verdaderamente la despenalización del aborto, no hubo planteos serios de inconstitucionalidad de esta norma y la Corte Suprema argentina nunca debió pronunciarse al respecto.

Por el contrario, la reforma de la prohibición absoluta del aborto en España fue en 1985, en el marco de un proceso de democratización que contó con un movimiento feminista considerable. En tal momento se habló explícitamente de la necesidad de despenalizar el aborto y se llegó a sancionar los permisos referidos a los casos en los que la salud física o psíquica o la vida de la mujer estuvieran en riesgo, o para casos de violación o graves malformaciones del feto (art. 417 bis del Código Penal español anterior a la reciente reforma que ha despenalizado totalmente el aborto en las primeras doce semanas). En este caso, la ley española se implementó de manera tal que prácticamente todos los abortos en ese país se realizan legalmente. Esta norma ha suscitado un planteo de inconstitucionalidad inmediatamente luego de la sanción de la ley, que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, en el sentido de la constitucionalidad de los permisos.

En el caso colombiano, se consiguió la despenalización parcial del aborto a partir de un planteo de inconstitucionalidad de la ley que prohibía de manera absoluta la interrupción de embarazos, realizado por una agrupación muy amplia de feministas (llamada LAICIA) formada específicamente para plantear el litigio estratégico frente a los estrados del Tribunal Constitucional⁽³⁹⁾. Se planteaba explícitamente la necesidad de despenalizar el aborto. En este sentido fue que el Tribunal Constitucional colombiano, en su sentencia C-355-2006, declaró inconstitucional la prohibición absoluta del aborto y sostuvo que era necesario que se dictara una ley que permitiera abortar en caso de riesgo para

(38) Becker explica la forma en que se establecen las normas y sostiene que los grupos con intereses contrapuestos pueden tener mayor o menor influencia en esa imposición. En este sentido, es posible establecer a un grupo como desviado sin su consentimiento, cuando ese colectivo no está organizado o no reacciona ante las proposiciones de leyes que desvaloran sus características, prácticas o intereses, BECKER, HOWARD, *Los extraños*, Bs. As., Ed. Tiempo contemporáneo, 1977, cap. 7.

(39) WOMEN'S LINK WORLDWIDE, "La liberalización del aborto en Colombia", *Hojas informativas*, n°2, mayo 2007. Disponible en: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/02_WomensLinkWorldwide.pdf

la salud o la vida de la mujer, en casos de violación, incesto o inseminación artificial no consentida y graves malformaciones del feto. Estos permisos fueron sancionados legalmente y tienen efectiva implementación.

Por último, Italia es otro país en el que se entiende que el aborto está permitido y, en líneas generales, lo está en la práctica. En la legislación italiana es posible interrumpir el embarazo dentro de los primeros 90 días, si representa serio peligro para la salud física o psíquica de la embarazada, teniendo en cuenta sus condiciones sociales, económicas o familiares, o por las circunstancias en las que se produjo la concepción, o debido a una anomalía o malformación del feto. Pasados los noventa días se permite abortar solamente si el embarazo o el parto ponen en riesgo la vida de la mujer o cuando existan malformaciones del feto que reporten peligro para la embarazada (ley 194/1978). Esta ley fue producto también de un amplio debate referido a la despenalización del aborto y los movimientos feministas fueron actores importantes que influyeron en el debate⁽⁴⁰⁾.

Como puede verse, los permisos en los distintos países son similares, pero las consecuencias fácticas de estas normas son distintas. Esto parece tener que ver, no solamente con la voluntad política de implementar los permisos (redactar reglamentaciones, controlar el cumplimiento de las normas), sino con los discursos que sustentaron las normas al momento de su sanción y que las sustentan actualmente.

La situación en Argentina es la consecuencia de las prácticas sustentadas por los discursos que no avalan la despenalización del aborto y refleja que las mujeres, como grupo con intereses determinados, contrapuestos con los de otros grupos, como, por ejemplo, la iglesia y otros sectores conservadores, no tenemos aún suficiente poder para lograr la imposición de nuestros intereses a través de la fuerza de la ley, ni logramos modificar las interpretaciones de las normas, determinadas por grupos que, evidentemente, han tenido y siguen teniendo mayor capacidad de *lobby*⁽⁴¹⁾.

.....
 (40) PITCH, TAMAR, Op. cit.

(41) Esta explicación puede darse a partir de la teoría del conflicto, PAVARINI, MASSIMO, Op. cit., pp. 138/141. Es interesante ver cómo en Argentina el movimiento de diversidad sexual, representado especialmente por la CHA y la FAGLTB, han logrado instalar el debate público en torno al reconocimiento de sus sexualidades a través de una ley que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo y han obtenido el reconocimiento de estos derechos a través de litigios estratégicos que han culminado con sentencias que reconocen a parejas

Según nuestras leyes, son los médicos quienes deben poner en práctica los permisos, pero ellos no tienen seguridad acerca de sus alcances y efectiva vigencia y acuden a los tribunales para que las interpreten, generando una situación incompatible con la finalidad (declarada) de la norma permisiva, pues en la mayoría de los casos judicializados el tiempo que transcurre es demasiado para evitar los peligros o el sufrimiento de las mujeres que lo solicitan⁽⁴²⁾.

5 | Discursos por la despenalización

Quienes sostienen que el aborto no debería ser penado suelen poner énfasis en que se trata de un problema social, de salud pública, debido a la enorme cantidad de muertes *maternas* que se producen a causa del aborto clandestino.

Por otro lado, se sostiene que en cualquier caso la decisión entre abortar o no hacerlo es dramática y que la mujer que elige abortar lo hace asumiéndolo con gran dolor, se presenta al aborto como una tragedia existencial (individual) y social.

Se pone énfasis en el problema moral del aborto y en la falta de alternativas de la mujer al momento de tomar la decisión, se sostiene que por el enorme costo psicológico que supone el drama del aborto⁽⁴³⁾, la mujer no decidirá irresponsablemente ni de manera caprichosa⁽⁴⁴⁾.

.....
homosexuales el derecho a casarse. Es curioso que en Argentina hayamos logrado la ley que habilita el matrimonio igualitario, antes que la legalización del aborto. Esto se debe, a mi modo de ver, a que el movimiento de diversidad sexual ha logrado una posición de poder mayor que los movimientos de mujeres, las voces de quienes tienen sexualidades no heteronormativas han logrado ser oídas y han demostrado la legitimidad de sus discursos, cosa que las mujeres no hemos logrado, aún no hemos podido hablar nosotras mismas sobre nuestros cuerpos frente a la opinión pública.

(42) El fallo "F., A.L." tiene la clara finalidad de terminar con esta tendencia, aún así, se advierte que los grupos conservadores, muchas provincias y algunas corporaciones médicas siguen oponiéndose a la implementación de los permisos, a pesar del marco de seguridad jurídica que brinda la interpretación clara y explícita que realizó el Címero Tribunal, los resultados reales y simbólicos de esta nueva pugna por el significado de la ley y su implementación en la práctica se verán en algún tiempo.

(43) Sobre este tipo de discurso es interesante la declaración de la UBA a favor de la despenalización del aborto (Premat, Silvina, Op. cit.).

(44) DWORKIN, RONALD, Op.cit.

Otra estrategia discursiva para la despenalización del aborto tiene que ver con resaltar las dificultades económicas y la falta de alternativas para llevar adelante la maternidad.

Todos estos discursos maternalizan a las mujeres y el modelo de despenalización que corresponde a tales perspectivas parece ser el de indicaciones: se permite abortar en razón de algunas dificultades, que deben ser sometidas al escrutinio social (en ambos casos, al juzgamiento del médico). Se propone, conforme a estas premisas, que se debe dar a la mujer una entrevista obligatoria con algún funcionario, generalmente un médico, que explique otras alternativas, donde se discutan las razones de la mujer para decidir abortar. El aborto no es, entonces, una cuestión de la mujer, sino un asunto de la sociedad, algo sometido a debate.

Por otro lado, los discursos de despenalización más corrientes también suelen sostener que lo que se busca es proteger la vida y a las mujeres⁽⁴⁵⁾. El planteo de tales construcciones discursivas es, por tanto, muy similar al de los discursos criminalizantes: plantean al aborto como algo malo, como un problema⁽⁴⁶⁾. En el caso de quienes sostienen que debe ser criminalizado, tal como dijimos anteriormente, se pone énfasis en la dimensión individual de la desviación de la mujer que no quiere cumplir con su cometido natural. En el caso de los discursos de despenalización, el enfoque del problema es más bien social, se encuentra la causa de la desviación respecto del rol natural en la incapacidad de la sociedad de darle a la mujer las condiciones necesarias para que lo ejerza con toda la alegría y amor que merece el cumplimiento del deber, es por ello que por piedad, o por el interés de la sociedad de que no se produzcan muertes por abortos, se les permite a las mujeres solucionar el dilema fatal lícitamente.

Los discursos despenalizadores plantean explicitar la tolerancia frente al aborto, tolerancia que se encuentra, sin lugar a dudas, también en las sociedades en las que la ley criminaliza el aborto, pues siempre la cifra negra es total en los casos en que las interrupciones de embarazos se producen en la esfera privada y no se hacen públicas (aquellos abortos que llegan a ser gestionados

.....
 (45) PITCH, TAMAR, Op. cit., pp. 88/93.

(46) WEIGEND, EWA y ZIELIŃSKA, ELEONORA, "Das neue polnische Recht des Schwangerschaftsabbruchs: politischer Kompromiß und juristisches Rätselspiel", ZStW 106 (1994) Heft 1, Berlín, Walter de Gruyter, 1994.

por el sistema penal lo son porque la mujer tiene complicaciones de salud derivadas del mismo, en casi todos los casos).

6 | La crítica feminista a los discursos de penalización y a algunos discursos de despenalización

La penalización no acepta la disposición de nuestros cuerpos como derivación de nuestro derecho de autodeterminación reproductiva y sexual. Los que defienden nuestro derecho a abortar han entendido que no dejaremos de hacerlo y quieren proteger nuestras vidas, al tiempo que promueven que no abortemos, proponen que “lo menos peor” es tolerar nuestra desviación, para tener oportunidad de controlar nuestros cuerpos, confrontar con nuestras razones y tomar nuestras decisiones⁽⁴⁷⁾.

En este sentido, puede señalarse que es una constante en todos los permisos para abortar que la práctica sea realizada por un médico, lo cual saca al aborto de la esfera de estricta autodeterminación de la mujer y niega la posibilidad de un ejercicio libre del poder de decidir⁽⁴⁸⁾. La cuestión de la intervención del médico debe ser repensada en el actual contexto, pues existen métodos abortivos que permiten su realización de manera completamente privada y en las condiciones elegidas por la mujer, sin que impliquen mayores riesgos para su salud; se trata del aborto con medicamentos, que resulta menos doloroso, menos riesgoso, menos traumático, más económico y da mayores posibilidades de realizarlo de manera autónoma (no controlada) por parte de la mujer⁽⁴⁹⁾. Podría pensarse en un sistema de información pública acerca de los fármacos que provocan abortos y el acceso sencillo y libre a ellos, esto favorecería la po-

(47) PITCH, TAMAR, Op. cit., pp. 88/93.

(48) Respecto de esta cuestión, Pitch señala que la despenalización de algunos delitos sin víctimas supone el incremento del control social a través de su medicalización y menciona la existencia de movimientos liberales que prefieren devolver estos conflictos a la justicia para que se tome en cuenta la autonomía y los derechos individuales de quienes están involucrados, PITCH, TAMAR, *Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003b..

(49) GÓMEZ PONCE DE LEÓN, RODOLFO y RIZZI, RICARDO, “Misoprostol: su uso para los abortos no punibles”, *Hojas informativas*, n°11, julio de 2009. Disponible en: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/11_Ponce-de-Leon&Rizzi.pdf

sibilidad de ejercer la decisión autónomamente por parte de aquellas mujeres que no consideren necesaria ni deseable la consulta con el médico.

En la mayoría de los países, el permiso para abortar está supeditado a que concurran ciertos motivos. Estas circunstancias deben ser constatadas por alguien, que suele ser el mismo médico o una junta médica, en la cual se discute acerca de la incidencia del embarazo en la mujer, excluyendo a la interesada de dicha discusión⁽⁵⁰⁾. Las mujeres no solamente no podemos abortar por cualquier razón que consideremos válida o suficiente, sino que además no decidiremos en definitiva acerca de si es permisible abortar o no. La ley argentina y la colombiana, a modo de ejemplo, no dejan en ningún caso la decisión de abortar a las mujeres, la mujer embarazada puede consentir o no el aborto, pero su consentimiento y la afirmación de que concurre una de las causas previstas en la ley para abortar legalmente no son suficientes para legitimar el aborto. Quien, en definitiva, decide si se realizará o no la práctica es el médico, que además de tal poder de decisión, tiene oportunidad de expresar e imponer sus concepciones morales respecto de lo que debe hacer la mujer con su embarazo; en este sentido, la reglamentación española, italiana y alemana imponen en la implementación del procedimiento para habilitar la interrupción de embarazos la discusión obligatoria referida a las opciones y ayudas que tiene la mujer para evitar el aborto; se trata de una medida muy común de paternalismo sobre la decisión de la mujer.

Otro método de control moral sobre el cuerpo de la mujer que tienen los médicos es la objeción de conciencia que⁽⁵¹⁾, en muchos casos, suele no estar regulada razonablemente, de tal manera que en algunos casos los abortos permitidos no puedan llevarse a cabo porque nadie quiere admitir que los realiza.

Las leyes que despenalizan el aborto; parecen fomentar, en cambio, la medicalización de los abortos imponiendo una situación de mayor estrés a las mujeres, que implican en general ciertas esperas y afrontar situaciones que podrían evitar si pudieran conseguir las píldoras y la información para abortar libremente, fomentan la mortificación moral de la mujer que no cumple su rol,

(50) BRUCH, ATTORNEY, "Neue Entwicklung im Rect. Des Schwangerschaftsabbruchs in Kanada", ZStW 105 (1993) Heft 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1993, p. 644.

(51) PITCH, TAMAR, 2003, Op. cit., p. 91 y ALEGRE, MARCELO, "Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en SELA, *Derecho y sexualidades*, Buenos Aires, Librería, 2009.

generando mayor sufrimiento en ella⁽⁵²⁾, que es quien experimenta el proceso de significación simbólica de la gestación que se desarrolla en su cuerpo; un aborto no reflexionado y sin riesgos suele ser la mejor forma de evitar sufrimientos a quien se lo practica⁽⁵³⁾.

Sucede que las legislaciones que permiten el aborto resultan de la tolerancia de tal práctica y de una intención explícita de controlar las condiciones en las que se realiza. La tolerancia debe ser entendida como una alianza implícita y desigual entre los tolerantes y los tolerados. En un régimen como el argentino actual, de penalización legal y tolerancia en la práctica, la sociedad regularmente renuncia a ejercer violencia física contra las mujeres que abortan (la acción penal), siempre y cuando ellas mantengan estas prácticas y sus identidades⁽⁵⁴⁾ dentro de lo privado⁽⁵⁵⁾. En las propuestas de despenalización que presentan la cuestión como la tolerancia de aquello que no se puede evitar, la condición es no reivindicar el aborto como una libertad, sino considerarlo como un remedio a un mal, tal como es interpretado por la sociedad patriarcal que maternaliza a las mujeres. La condición de la tolerancia es la invisibilidad⁽⁵⁶⁾, toda mujer que abortó sabe que debe evitar que se sepa, no debe decirlo, pues es un estigma con el que es mejor cargar en privado, antes que ser anatemizada socialmente, juzgada por el cura, la familia o los médicos. El incumplimiento de tal condición, en el régimen de penalización, tiene implícita la consecuencia de la violencia penal. Si se cancelara la persecución penal, las formas de violencia no estarían ya institucionalizadas, pero se ejercerían a través de la opinión de aquellos que conozcan la decisión de la mujer, pues se considerará que todos y cada uno de los miembros de la sociedad y la sociedad misma, tendremos

.....

(52) Esto es factible cuando la persona que realiza un acto desviado se califica a si misma como desviada, generándole un sentimiento de culpa y provocando que la persona se auto-castigue (BECKER, HOWARD, Op. cit., pp. 38/39).

(53) PITCH, TAMAR, 2003, Op. cit., p. 91

(54) En relación con el ocultamiento de la identidad de la mujer que se rebela frente a los mandatos culturales que le imponen ser madre, es interesante la observación de Becker, quien sostiene que el que es calificado socialmente como desviado puede tener otra opinión sobre sí mismo y creer que los desviados son aquellos que le imponen la regla (BECKER, HOWARD, Op. cit., p. 24).

(55) JONES, DANIEL, "Estigmatización y discriminación a adolescentes varones homosexuales", en Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones (comps.), *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Bs. As., Libros del Zorzal, 2008, p. 55.

(56) MECCIA, ERNESTO, *La cuestión gay, un enfoque sociológico*, Bs. As., Ed. Gran Aldea, 2006, p. 53.

algo que decir, y tenemos derecho a hacerlo, ante la decisión de la mujer sobre su propio cuerpo.

Lograr la tolerancia frente a nuestras decisiones, tal como postulan los discursos sanitaristas de despenalización, es insuficiente pues ella lleva implícita la violencia simbólica que tiende a sostener y reproducir el *statu quo* estereotipante, maternalizante, que controla nuestras sexualidades, las juzga y pretende moldearlas, normalizarlas y ajustarnos a un rol heteroimpuesto.

La igual consideración de las mujeres como seres humanos autónomos supone la permisión del aborto y su legalización contribuiría a mejorar las condiciones materiales de vida de las mujeres. Nosotras necesitamos, entre otras cosas, poder abortar para poder tener una sexualidad libre y para poder construir un plan de vida que podamos llevar adelante libremente.

Asimismo, se sostiene desde el feminismo radical⁽⁵⁷⁾ que resulta inadecuado y peligroso tratar el aborto como un derecho derivado de la privacidad de las decisiones sobre el propio cuerpo porque es justamente en el ámbito privado en el que las mujeres son oprimidas. Las condiciones estructurales del sistema patriarcal de relaciones de poder entre los sexos produce la falta de dominio pleno de las mujeres sobre su sexualidad, la mujer no determina cuándo y cuánto sexo tener ni en qué condiciones, sino que son los hombres los que imponen sus deseos sexuales, de manera más o menos explícita y son ellos, en la relación con la mujer y por la posesión, regularmente, del acceso económico a la posibilidad de conseguir los métodos anticonceptivos, quienes determinan si se utilizarán o no⁽⁵⁸⁾. Como contraposición a ese dominio, no son los hombres los que cargan con las consecuencias del sexo. Las mujeres son las que cargan con los embarazos y las que estarán atadas a los niños, no los hombres. Se postula, desde este enfoque, que las mujeres deberíamos tener la posibilidad de tener sexo sin consecuencias, de igual modo que lo hacen los hombres⁽⁵⁹⁾.

La importancia de este enfoque consiste en denunciar que no es plausible dejar a las mujeres para que gestionen sus derechos en el ámbito de las re-

(57) MacKINNON, CATHERINE, Op. cit.

(58) Idem nota (57).

(59) Idem nota (57).

laciones sociales y con los hombres, pues existen condiciones estructurales que no permiten una negociación igualitaria; en este sentido, resulta de gran importancia el reconocimiento del derecho a abortar y a que el aborto sea completamente financiado por el Estado, puesto que si las mujeres debieran encontrar quién se los pague, deberían trasladar la decisión nuevamente a los hombres, que poseen el poder económico para pagarlo o no hacerlo⁽⁶⁰⁾.

En cuanto a la cuestión de la maternalización, es interesante la cita de Frug⁽⁶¹⁾: “La maternalización (...) recompensa a las mujeres por asumir completamente la responsabilidad de los hijos después del parto y penaliza conductas que entren en conflicto con la maternidad. La maternalización se da también a través de las normas tales como las restricciones al aborto que obligan a las mujeres a convertirse en madres, y a través de normas del derecho de familia que favorecen a las madres por sobre los padres”.

La mujer es y debe ser madre, el aborto va en contra de su función social y natural y la mujer que aborta debe sufrir porque en tal acto se niega a sí misma, la mujer que aborta subvierte su rol negando que ella sea para ser madre⁽⁶²⁾. La concepción del aborto como un drama no es la única construcción posible del suceso, se puede vivir el aborto como la expresión de un acto regular de autodeterminación, una mujer no maternalizada entendería su sexo y su cuerpo como algo independiente de la maternidad y por tanto, cada vez que la mujer esté embarazada deberá tener una alternativa.

7 | La política criminal en torno del aborto

Desde el punto de vista de la política criminal, podemos afirmar también que la penalización es claramente inadecuada para conseguir los fines que se propone: evitar abortos (entendidos como un daño) y proteger vidas (en el caso

(60) MACKINNON, CATHERINE, Op. cit., p. 342.

(61) FRUG, MARY J., Op. cit., p. 228.

(62) CARTABIA, SABRINA, “Aborto: la vida o la libertad, la violencia de una falsa opción”, en *Filosofía del Derecho*, Año 1, número 1, Bs. As., Infojus, 2012, pp. 52/53..

de los abortos criminalizados, las vidas de los fetos y en los no punibles, las de fetos y mujeres).

Si el aborto es un problema, el derecho penal difícilmente pueda darle alguna solución, muy por el contrario, el derecho penal tiende a profundizar los conflictos que pretende tratar y crea otros adicionales⁽⁶³⁾.

No puede ser dejado de lado, teniendo en cuenta las especiales características que tiene la práctica de abortos, que puede ser realizada en privado, sin intervención de terceros. La interrupción de un embarazo suele ser un hecho verdaderamente no conflictivo⁽⁶⁴⁾. La mayoría de los abortos son realizados en secreto, muy pocas personas, además de la mujer que aborta, se enteran del hecho, salvo que se produzcan complicaciones. Estas complicaciones para la salud de la mujer se dan por las malas condiciones en que se realiza el aborto quienes se realizan abortos inseguros son las que no pueden pagar los altos precios del mercado negro de abortos clandestinos y seguros, son las mujeres pobres las que ponen en riesgo sus vidas y las que deben ir a establecimientos públicos a exhibir las pruebas de su crimen a cambio de que se les salve la vida, es allí donde comienzan los procesos penales de aborto, de modo tal que se produce una extraordinaria selectividad⁽⁶⁵⁾ que genera que solamente mujeres pobres sean acusadas por abortos, cuando es claro que las mujeres de todas las clases sociales lo hacen.

La criminalización secundaria, aunque muy excepcional, recae desproporcionadamente sobre las mujeres más débiles⁽⁶⁶⁾ y profundiza las diferencias sociales, generando más pobreza y estigmatización no solamente a las mujeres criminalizadas, sino también a sus familias⁽⁶⁷⁾.

Por último, podemos afirmar que el proceso de criminalización secundaria del aborto responde a la misma lógica que la criminalización secundaria de

(63) BARATTA, ALESSANDRO, "Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en *Doctrina Penal*, año 10, N° 37 a 40, Bs. As, Depalma, 1987, p. 632.

(64) Tamar Pitch califica al aborto como un delito sin víctima (ver Op. cit., 2003b, p.60)..

(65) Idem nota (63), p. 634.

(66) PAVARINI, MASSIMO, Op. cit., pp. 147/148 y ZAFFARONI, EUGENIO R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2005, p. 111.

(67) Idem nota (63), p. 633.

cualquier delito. Esto explica que las seleccionadas sean mujeres pobres, que no accedieron a la información sobre anticoncepción, o no pudieron adquirir los métodos anticonceptivos, las que no pudieron elegir no tener relaciones sexuales, o las condiciones en que las tuvieron. Las mujeres encarceladas por abortar son aquellas que no tienen recursos por sí mismas ni tienen a quién acudir para que les pague un aborto seguro, son mujeres expuestas a la violencia y a las enfermedades. Mujeres cuyos hijos no tendrán lugar en la sociedad, esos hijos que ellas abortan no solamente no son queridos por ellas, sino que tampoco serán cuidados por el Estado. Son ésas mujeres, cuyos vientres ya no importan para producir fuerza de trabajo o el ejército de reserva⁽⁶⁸⁾, las seleccionadas para ser criminalizadas.

8 | Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos analizado los discursos que justifican las distintas alternativas de política criminal en torno del aborto. Hemos podido reflexionar acerca de los que justifican su penalización y aquellos que promueven la despenalización.

A partir de estos discursos, podemos concluir que estas normas producen resultados muy distintos que los que proponen y declaran: ninguna de estas estrategias discursivas y prácticas se ocupan verdaderamente de proteger la vida intrauterina.

Ante tal evidencia, hemos querido indagar en los verdaderos resultados de estos discursos y podemos afirmar que las políticas que regulan el aborto y lo postulan como un problema moral tienen como finalidad encubierta, no declarada, la de formar, sostener y apoyar un modelo de mujer-madre y controlar las sexualidades femeninas.

La regulación del aborto en tales términos no es tanto ni principalmente una política criminal que pretenda prevenir daños o defender la sociedad, sino, antes bien, una medida de control social que atribuye a las mujeres una subjetividad, modelando nuestras aspiraciones, posibilidades de vida, conductas y sexualidades, a través del control de nuestros cuerpos.

(68) BAUMAN, ZYGMUNT, Op. cit.

Bibliografía

- ALEGRE, MARCELO, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, en SELA, *Derecho y sexualidades*, Buenos Aires, Librería, 2009.
- BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed. actualizada y ampliada, Bs. As., La Ley, 2006, tomo 1.
- BARATTA, ALESSANDRO, “Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal*, año 10, N° 37 a 40, Bs. As, Depalma, 1987.
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Bs. As., Siglo XXI, 2002.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- BECKER, HOWARD, *Los extraños*, Bs. As., Ed. Tiempo contemporáneo, 1977.
- BERGALLO, PAOLA, “De la Libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción”, en Paola Bergallo (comp.), *Justicia, género y reproducción*, Bs. As., Librería, 2010.
- BOURDIEU, PIERRE, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000.
- BRUCH, ATTORNEY, “*Neue Entwicklung im Rect. Des Schwangerschaftsabbruchs in Kanada*”, ZStW 105 (1993) Heft 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1993.
- BUTLER, JUDITH, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2001.
- CARBAJAL, MARIANA, *El aborto en debate (aportes para una discusión)*, Bs. As., Paidós, 2009.
- CARBAJAL, MARIANA, “El debate del aborto”, nota publicada en el diario *Página 12*, 21/08/2010, Bs. A<a *Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006.
- GOFFMAN, ERVING, *Estigma. La identidad deteriorada*, Bs. As., Ed. Amorrortu, 1993.
- GÓMEZ PONCE DE LEÓN, RODOLFO y RIZZI, RICARDO, “Misoprostol: su uso para los abortos no punibles”, *Hojas informativas*, n°11, julio de 2009. Disponible en: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/11_Ponce-de-Leon&Rizzi.pdf
- GONZÁLEZ, NOELIA I., “El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad”, en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona, Grupo Antígona UAB, 2009. Disponible en: <http://158.109.129.18/centreantigona/docs/VOL1.pdf>.
- JONES, DANIEL, “Estigmatización y discriminación a adolescentes varones homosexuales”, en Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones (comps.), *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Bs. As., Libros del Zorzal, 2008.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate”, en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol 1., Daniela Heim y Encarna Bodelón González (coords), Barcelona Grupo Antígona UAB, 2009.
- MACKINNON, CATHERINE, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Valencia, Ed. Cátedra, 1995.

- MECCIA, ERNESTO, *La cuestión gay, un enfoque sociológico*, Bs. As., Ed. Gran Aldea, 2006.
- MELOSSI, DARIO y PAVARINI, MASSIMO, *Cárcel y Fábrica*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.
- PAVARINI, MASSIMO, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1988.
- PITCH, TAMAR, *Un derecho para dos, la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.
- PITCH, TAMAR, *Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003b.
- PREMAT, SILVINA, "Apoya la UBA despenalizar el aborto", publicado en el diario *La Nación*, 12/08/2010, Buenos Aires.
- RUBIN, GAYLE, "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo", *Nueva Antropología*, Vol. VIII, N°30, México, 1986. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/30/cnt/cnt7.pdf>
- VAN DIJK, TEUN A., "El análisis crítico del discurso", *Anthropos*, 186, Barcelona, septiembre-octubre 1999, pp. 23/36.
- WEIGEND, EWA y ZIELIŃSKA, ELEONORA, "Das neue polnische Recht des Schwangerschaftsabbruchs: politischer Kompromiß und juristisches Rätselspiel", *ZStW* 106 (1994) Heft 1, Berlín, Walter de Gruyter, 1994.
- WOMEN'S LINK WORLDWIDE, "La liberalización del aborto en Colombia", *Hojas informativas*, n°2, mayo 2007. Disponible en: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/02_WomensLinkWorldwide.pdf
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2005.