

Artículo publicado en Ramón Michel, Agustina & Paola Bergallo (2018) *La reproducción en cuestión: Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*. Eudeba: Buenos Aires.

La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina

Paola Bergallo* y Agustina Ramón Michel**

Las estimaciones de aborto clandestino y las cifras de vidas perdidas de mujeres a causa del aborto inseguro en América Latina son desconcertantes¹. Y las normas penales son una de las causas de estas estadísticas vergonzosas que prevalecen en la región. Pese a tratarse de una práctica segura cuando se realiza en ámbitos donde es legal y en condiciones adecuadas, las legislaciones latinoamericanas aun limitan el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo mediante usos extendidos del derecho penal. No obstante, estas normas han experimentado algunas transformaciones importantes en las últimas décadas. Los cambios recientes, aunque tenues, pueden observarse tanto en la reescritura de algunos códigos penales como en el proceso de constitucionalización gradual que ha experimentado su interpretación a la luz de los compromisos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos. Este artículo ofrece una caracterización de ese proceso de constitucionalización a través del análisis de las decisiones más importantes de las altas cortes que han abordado la cuestión en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador y México².

* Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Di Tella.

** Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

Una versión en inglés de este artículo fue publicada en Gargarella, Roberto y Juan Bertemeu, eds. *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and Rights*. Farnham, Ashgate, Cap. 3 (2016).

¹ Elizabeth Ahman e Iqbal H. Shah. “New estimates and trends regarding unsafe abortion mortality”. En *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, (2011). 115:121–126. *Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, 6ta ed. (Ginebra; World Health Organization, 2011).

² Al momento de escribir este artículo la Suprema Corte de Brasil también había emitido una importante sentencia sobre la interrupción del embarazo frente a un reclamo por el diagnóstico de anencefalia en el año 2012. Sin embargo, como la Corte eludió considerar el tema como una cuestión comprendida en la regulación penal del aborto y resolvió considerar que la situación ameritaba la inducción de un parte, este trabajo no aborda el estudio de la sentencia emitida en Brasil. Luis Roberto Barroso, “Bringing Abortion into the Brazilian Legal Debate.” En Rebecca Cook, Joanna N. Erdman, y Bernard M. Dickens. *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. (Filadelfia: Penn University Press, 2014). Luego, a fines de 2016, el Supremo Tribunal de ese país consideró que era inconstitucional penalizar la interrupción del embarazo en el primer trimestre del embarazo, pero la decisión sólo tiene validez sólo para el caso decidido, uno ocurrido en Rio de Janeiro, aunque podría sentar precedente para una decisión más amplia en el futuro. También se encuentra pendiente, desde febrero de 2017, una causa de aborto frente a la Corte Suprema uruguaya,

En la última década en especial, los tribunales superiores y las cortes constitucionales de varios países de América Latina se han pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas penales que rigen el aborto. Se trata de un fenómeno inédito en la región que, como precisaremos, tiene rasgos distintivos respecto a otras olas de constitucionalización y liberalización del aborto en parte de Europa y en Estados Unidos.

Estas nuevas decisiones judiciales reflejan una mutación gradual del encuadre de la discusión constitucional sobre los derechos reproductivos. Si bien los jueces latinoamericanos se han mostrado mucho más conservadores y temerosos que sus pares del Norte Global a la hora de enfrentar el debate, las nuevas decisiones sugieren una madurez creciente en el abordaje de una de las problemáticas más sensibles para las culturas católicas del continente y cierta sensibilidad al ambiente en que el derecho se implementa.

Este proceso incremental de constitucionalización se ha traducido sobre todo en una modulación de los rangos de uso del derecho penal habilitado al legislador democrático. Aunque la penalización continúa siendo la herramienta preferida en la política pública sobre aborto y los jueces no se han atrevido o no han querido cuestionar su uso si han apuntado, al menos, a fijar algunos límites otrora impensables. De hecho, en los países aquí examinados, la argumentación judicial ha dejado de entender la penalización categórica de la práctica como un mandato constitucional para exigir la definición de situaciones en las que se exceptúe el castigo o se prevean indicaciones específicas para el aborto. Para varios de los tribunales del continente además, los modelos de causales (o indicaciones), es decir, de previsión de situaciones en las que el aborto es legal, se convirtieron en el piso constitucional y convencional. En segundo lugar, otro rasgo de la constitucionalización del aborto en el discurso judicial de la región surge de las decisiones que, como en Argentina o Colombia, interpretaron que el mandato constitucional no se satisface con un mero modelo formal de causales sino que exige una serie de medidas que garanticen efectivamente la provisión y el acceso a servicios de aborto legal. En estas decisiones, las cortes desarrollaron sus aportes más originales sobre las dimensiones institucionales y los deberes individuales de profesionales de la salud y funcionarios públicos para garantizar el derecho a los abortos legales. Finalmente, la constitucionalización del tratamiento penal del aborto aparece también en la maduración experimentada por la argumentación judicial sobre el estatus de la

que, al igual que la brasilera más reciente, no incluimos en este artículo debido a que surgieron luego de que cerráramos la investigación para este trabajo.

protección constitucional de la vida prenatal y su ponderación frente a concepciones también gradualmente más elaboradas de la dignidad, la autonomía y la igualdad de género.

Para resaltar estos rasgos de la constitucionalización del aborto en América Latina, el resto del trabajo se organiza de la siguiente forma. La primera sección presenta una breve evolución de las pautas que los tribunales han marcado para delimitar los usos del derecho penal al regular el aborto. Esta sección ordena las sentencias de seis tribunales elegidos –Argentina,³ Bolivia,⁴ Colombia,⁵ Costa Rica,⁶ El Salvador⁷ y México⁸– para mostrar el desarrollo de demandas crecientes de rediseño e implementación del modelo de causales vigente en la mayoría de los países de América Latina. La segunda sección se detiene en el tratamiento diverso que las cortes han dado a la caracterización de la protección de la vida intrauterina. La tercera parte se enfoca en las definiciones de la dignidad, la autonomía y la igualdad que las cortes han elaborado al aplicar al plano reproductivo las normas que protegían estos valores en el ideario constitucional clásico. Una breve conclusión cierra el trabajo.

I. De los usos categóricos del derecho penal a las ponderaciones sensibles a la dimensión institucional de los derechos

Hacia el 2004, diez años después de los acuerdos adoptados en La Conferencia de Población y Desarrollo en el Cairo, pocos tribunales constitucionales y supremos de América Latina se habían pronunciado sobre las normas penales que regían el aborto. En las escasas circunstancias en las que los jueces habían enfrentado casos sobre el tema, las decisiones mostraban una impronta muy restrictiva. Con frecuencia, las sentencias se limitaban a reflejar las coordinadas argumentativas del discurso público en el que sobresalían las interpretaciones más conservadoras, muchas propugnadas por sectores de la Iglesia Católica, y las intuiciones más elementales alimentadas por el estigma que genera el aborto y la propia penalización.

En México, por ejemplo, en la decisión emitida por la Suprema Corte en 2002, los magistrados no habían alcanzado los votos necesarios para consensuar si las indicaciones de

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, “F.A.L s/ Medida autosatisfactiva”, 12 de marzo de 2012.

⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Sentencia* 0206/2014, 5 de febrero de 2014.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006.

⁶ Corte Suprema de Costa Rica, *Sentencia* 2004-02792, 17 de marzo de 2004.

⁷ Corte Suprema de El Salvador, *Sentencia* 18/98, 20 de noviembre de 2007.

⁸ Corte Suprema de México, *Sentencias* 146/2007 y 147/2007, 28 de agosto de 2008.

aborto fijadas en el código penal del Distrito Federal en el 2000 podían considerarse causales de justificación, es decir, instancias en las que el aborto ya no era un acto antijurídico para convertirse en una práctica legal que exigía la oferta de servicios de salud.⁹ En el marco de la legislación de Colombia donde en 1980 se habían eliminado las excepciones a la penalización, los magistrados de la Corte Constitucional habían rechazado incluso planteos sobre la constitucionalidad del aborto en caso de violación.¹⁰ En Argentina, la Corte Suprema había esquivado el debate sobre el permiso de aborto por anencefalia aprovechando que el proceso judicial se había dilatado tanto que su decisión consistía en autorizar “una inducción del parto” y no un aborto.¹¹ Finalmente, otro conjunto de tribunales, liderado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en el 2000, y luego acompañado por los superiores tribunales de Argentina y Ecuador, también se habían pronunciado sobre el tratamiento constitucional de prácticas que consideraban abortivas y, por tanto, prohibidas: la manipulación de embriones en las técnicas de reproducción humana asistida y la autorización de comercialización de la píldora de emergencia.¹²

En estas sentencias, como en los fallos que llegarían más tarde, los jueces latinoamericanos se obsesionaban en discutir los alcances del mandato constitucional de protección de la persona humana y la vida en su etapa gestacional. Los tribunales se enredaban una y otra vez en el debate sobre los parámetros para definir el comienzo de la vida. En los casos de Costa Rica y Argentina, luego de concluir la titularidad de un derecho a la vida en cabeza del embrión, derecho existente incluso antes de su implantación, las sentencias adoptaban un abordaje categórico que asumía un mandato de protección absoluta de la vida. En estos últimos países, además, las referencias a conocimientos científicos de fuente dudosa y la alusión a encíclicas papales formaban parte también del discurso judicial. Los magistrados argentinos y costarricenses consideraban que el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos

⁹ Francisca Pou Jiménez, “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile (2009), 5: 137-152.

¹⁰ Decisiones de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-133, 17 de marzo de 1994; Sentencia C-033, 30 de enero de 1997; y Sentencia C-647, 20 de junio de 2001. Cabal, Luisa, Mónica Roa, and Julieta Lemaitre. 2001. *Cuerpo y Derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina* (Bogotá, Colombia: Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 2001).

¹¹ Rebecca Cook, Martín Hevia, Joanna N. Erdman, y Bernard M. Dickens, “Prenatal management of anencephaly”, en *International Journal of Gynecology and Obstetrics* (2008), 102(3): 304-308.

¹² Con el correr de la década, los casos sobre anticoncepción de emergencia se fueron acumulando para incluir, entre los tribunales con abordajes restrictivos, también a Chile (2009) e incluso a Perú (2009), donde luego de una decisión permisiva de 2005, se retrocedió en 2009/10? con un pronunciamiento que limitaba la autorización de la AHE. Maria Alejandra Cardenas, “Banning Emergency Contraception in Latin America: Constitutional Courts Granting an Absolute Right to Life to the Zygote”, *Humboldt American Comparative Law Review* 6/3 (2009).

Humanos, y otras normas que implícita o implícitamente protegían el derecho a la vida en los textos constitucionales, exigían la protección de un derecho a la vida mediante normas con la estructura de una regla.¹³ De este modo, cualquier tipo de ponderación frente a otros derechos o intereses en conflicto quedaba excluida. Tampoco se incluía referencia alguna a los derechos sexuales y reproductivos, menos aun sobre las injusticias reproductivas basadas en el género y experimentadas especialmente por las mujeres.

A partir de 2004, este discurso categórico y simplón comenzó a experimentar mutaciones, en especial, en el marco de un nuevo conjunto de causas en las que se debatía la constitucionalidad de normas penales sobre el aborto. A partir de ese año, las altas cortes de Costa Rica, Colombia, El Salvador, México, Argentina, y Bolivia, en ese orden, fueron adoptando enfoques que reconocían la colisión de valores emergente del conflicto entre el interés o el derecho a la vida en gestación y los derechos de las mujeres. Hasta los jueces de la Corte Suprema de El Salvador, país reconocido por su extrema restricción del aborto, coincidían en el reconocimiento de esta colisión y la necesidad de una ponderación:

...existe una clara voluntad del constituyente de extender la protección del Estado a la vida prenatal, voluntad manifiesta en el tenor literal del inc. 2º del art. 1 de la Constitución. Sin embargo, respecto al período del embarazo, el legislador tiene la obligación de regular además, otros intereses en juego, de los cuales es titular la mujer embarazada como son su salud e integridad física, moral y psíquica, además de su dignidad humana. Y es que, si bien es cierto, como se ha afirmado, la tesis de un "derecho al cuerpo", o "derecho al vientre" de la madre es descartada por la reforma al art. 1 Cn., ello no implica la punición absoluta de todos los abortos, por la libertad de la mujer embarazada y los otros derechos que intervienen. Derechos que también están constitucionalmente reconocidos y que no pueden ser ignorados a la hora de decidir jurídicamente la solución a tan difícil conflicto.¹⁴

¹³ Verónica Undurraga, "Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law", en Cook, Erdman y Dickens, *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*.

¹⁴ Corte Suprema de El Salvador, Sentencia 18/98, 20 de noviembre de 2007. Considerando 5, párrafo 3.

La apelación a la necesidad de un juicio de balanceo o proporcionalidad devino, entonces, el punto de partida del nuevo encuadre constitucional del aborto en varios países de la región. Desde las decisiones de países con normas más restrictivas como El Salvador hasta la progresista Corte Constitucional colombiana, que aplicó un test de proporcionalidad más riguroso, coincidieron en la necesidad del balanceo. Aunque hacía más de tres décadas los tribunales de América del Norte y Europa asumían este punto de descanso, recién en 2004 la colisión de derechos o intereses se convirtió en el trasfondo de la lectura constitucional sobre el aborto en el discurso de varios países de América Latina.

Sobre ese mínimo punto de partida, el nuevo encuadre constitucional mostró otras dos coincidencias básicas. Por un lado, los seis tribunales mencionados descontaron la utilidad de la regulación penal como mecanismo para proteger la vida en gestación y lo hicieron sin cuestionarse ni por un momento la *ultima ratio* de las herramientas penales. Por otra parte, los magistrados también coincidieron en que era el poder legislativo, dentro del margen de configuración que marcaba la Constitución, quien estaba facultado a definir la extensión del recurso al poder punitivo. Entonces, en las sentencias analizadas, los jueces se abocaron centralmente a definir, primero, el alcance del mandato de protección de la vida intrauterina para luego establecer el rango de arbitrio marcaba la Constitución para que el congreso optara entre alternativas al castigo penal.

A partir de aquí, los tribunales arribarían a conclusiones diferentes. Los casos resueltos después del 2004 objetaban normativas penales sobre aborto de distinto alcance. En Colombia y El Salvador, se habían eliminado las causales de aborto que contemplaban códigos penales anteriores, y litigantes progresistas reclamaban una liberalización de normas que, a su juicio, vulneraban el mandato de ponderación con restricciones amplias de la práctica.¹⁵ En otros casos, como el de Argentina, Bolivia o Costa Rica, los magistrados analizaban normas de vieja data que establecían causales de no punibilidad que operaban ambiguamente, sea como excusas absolutorias sea como causales de justificación, y que en la práctica funcionaban como si el aborto estuviera en realidad totalmente prohibido.¹⁶ Finalmente, en México estaba en cuestión la

¹⁵ En Colombia, las causales de aborto se habían eliminado del código penal en 1979. En El Salvador, en 1997 se había reformado el Código Penal y la nueva norma ya no contemplaba las indicaciones previstas en el código anterior que databa de 1973.

¹⁶ Paola Bergallo, "The Struggle Against Informal Rules on Abortion", en Cook, Erdman y Dickens, *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. (Penn University Press, 2014).

constitucionalidad de la norma más liberal del continente que en 2007 había aprobado la legislatura del Distrito Federal al crear un sistema de plazos, excluyendo la penalización de los abortos realizados antes de la doceava semana.

Además de referirse a distintas regulaciones penales, los litigios se diferenciaban también porque habían sido planteados por actores que reivindicaban intereses opuestos. A veces, se trataba de grupos o mujeres que objetaban normas restrictivas, como en Colombia, El Salvador, Argentina o Bolivia. En otras ocasiones, actores enfurecidos por la adopción de normas liberalizadoras cuestionaban las nuevas regulaciones, como en México.

Los planteos reflejan la importante activación que ha adquirido la confrontación sobre los derechos reproductivos en el nuevo milenio. Ponen de manifiesto también el desarrollo de la sociedad civil y su nuevo interés por el litigio para reivindicar sus derechos o resistir los avances ya sean progresistas o conservadores.¹⁷ Sin embargo, en ese contexto de reglas penales divergentes y demandas de actores con intereses tan contrastantes, el discurso judicial de cada tribunal alcanzó conclusiones diversas al ponderar los derechos e intereses en juego. En especial, las cortes ofrecieron respuestas variadas a la hora de definir dos cuestiones en particular. Primero, mostraron disidencias al escrutar los rangos exigidos o permitidos por cada Constitución para el uso de la sanción penal en el marco del margen de configuración legislativo. Segundo, arribaron a conclusiones disímiles también sobre los estilos regulatorios que mandaba la Constitución para reducir incertidumbres y garantizar acceso a los abortos previstos en las indicaciones.

En la variedad de respuestas judiciales en estos dos planos puede verse el trayecto de transformación en las implicancias de la visibilización de las mujeres y sus derechos en el abordaje constitucional del aborto. Esa transformación ha oscilado entre un extremo en el que los jueces sólo avanzaron hacia reconocer la mera presencia de la mujer en el conflicto, hacia comprender que la visibilización es sólo el primer paso en el camino para la garantía de derechos, la cual exige numerosos compromisos para alcanzar niveles mínimos de efectividad en la legalidad del aborto.

¹⁷ Camila Gianella-Malca y Siri Gloppen. *Access denied. Abortion rights in Latin America* Camila Gianella-Malca, Siri Gloppen (2014).

Veamos entonces el desarrollo de este proceso de visibilización hacia la garantía en el encuadre constitucional del aborto que ha ido tornándose más sensible a la necesidad de construir ciertas certezas frente a la ley, enfrentar barreras de acceso y garantizar servicios de aborto legal

(a) Una demanda mínima: Las mujeres entran en escena pero la garantía de sus derechos puede esperar.

La Constitución exige contemplar excepciones al castigo penal pero no así reglas específicas que garanticen seguridad jurídica a las mujeres que buscan abortos ante esas excepciones. Con estas palabras podrían sintetizarse las opiniones de los tribunales supremos de Costa Rica y El Salvador que evaluaron la constitucionalidad de la legislación penal del aborto en fallos emitidos en 2004 y 2007, respectivamente. Estas sentencias muestran a un conjunto de jueces dispuestos a reconocer la necesidad de enfrentar un conflicto de derechos pero cautelosos a la hora de definir los límites constitucionales sobre la discrecionalidad legislativa en el empleo del derecho penal sobre el aborto.

En su fallo de 2004, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica llevó adelante una revisión abstracta de la constitucionalidad de las normas que definían la no punibilidad del aborto en caso de peligro para la salud de la mujer. El litigio fue planteado por un actor conservador que reclamaba como inconstitucional el trato diferenciado que dispendían las normas penales y civiles a las personas nacidas frente a las personas antes de su nacimiento. Con citas de una sentencia de la misma sala que en el 2000 había considerado inconstitucional la regulación de técnicas de reproducción asistida por vulnerar el derecho a la vida de los embriones, el demandante reclamaba la eliminación de la norma que definía como no punibles los abortos en caso de peligro para la vida o la salud de las mujeres o ante la violación.

Los jueces costarricenses rechazaron la solicitud, entendiendo que

en tal supuesto –cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes– no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud de la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado,

también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida¹⁸.

Los magistrados aceptaban la constitucionalidad de la regulación del aborto no punible (régimen de causales) en el Código Penal. La alusión a los potenciales riesgos para la salud o la dignidad de las mujeres mostraba a un tribunal que advertía la presencia de las mujeres pero consideraba que discernir cuando se aplicarían las normas sobre aborto no punible era competencia judicial en cada caso particular.

Unos años más tarde, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador debió evaluar el pedido de revisión abstracta de dos litigantes que consideraban inconstitucional la omisión de las causales para el aborto en el nuevo código penal de 1997. En la decisión adoptada en noviembre de 2007, la Sala rechazó el planteo de los actores. Para los magistrados salvadoreños, “el legislador ha desechado el sistema de indicaciones porque considera que cada uno de los casos comprendidos en las mismas puede ser resuelto conforme a las eximentes completas del artículo 27 del Código Penal”¹⁹. La definición genérica de las circunstancias que autorizaban el estado de necesidad y las causales de exclusión de la pena eran suficiente para satisfacer la exigencia constitucional de ponderación entre el derecho a la vida de la persona antes del nacimiento y los derechos de las mujeres en las situaciones específicas que preocupaban a los litigantes.

La falta de previsión expresa de causales no constituía una omisión inconstitucional para el tribunal. El régimen del artículo 27 del Código Penal salvadoreño comprendía “tanto exenciones de carácter antijurídico de hecho (causas de justificación), como de la responsabilidad personal del autor (causas de inculpabilidad)”²⁰. El legislador no podía ni penalizar de modo absoluto ni despenalizar de forma absoluta, pero tampoco debía ofrecer precisiones sobre el estatus de los casos en los que se justificaba o eximía de pena el aborto. Es más, como la regulación a través del “sistema general de penalización” incluía causales de justificación y excusas absolutorias, los jueces también aceptaban convivir con la incertidumbre generada por el hecho

¹⁸ Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia 2004-02792, 17 de marzo de 2004. Considerando VII

¹⁹ Considerando 2, párrafo 3.

²⁰ Considerando 2, párrafo 4.

de que no se definiera si las mujeres podían exigir la garantía de oferta de servicios de aborto legal o simplemente eximirse de castigo ante una acusación criminal.

Los jueces salvadoreños reconocían empero que existía una omisión parcial “en regular, con carácter previo y no como resultado de un proceso penal”²¹ cómo resolver la controversia de los derechos de la madre con el nasciturus. En este sentido, el tribunal consideró que

...el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a establecer dentro de la normativa jurídica, el ente estatal al que otorgará la competencia para conocer y decidir de la situación planteada, los requisitos que deban cumplirse así como las condiciones en las que ha de decidirse si determinada indicación procede o no, de manera previa a la judicialización penal del conflicto. *Utilizar únicamente como vía de solución el proceso penal es otra irresponsabilidad de un Estado que sólo atiende los efectos de los problemas sociales y no sus causas.*²²

En su decisión de 2007, la Sala de lo Constitucional mostraba así una tímida preocupación por la necesidad de regular. Pero años más tarde también abandonaría esta exigencia mínima. En efecto, cuando en el 2013 esta sala volvió a pronunciarse sobre el aborto ante el pedido de B. que reclamaba acceso a un aborto por peligro para su vida y salud ante un diagnóstico de feto anencefálico, los jueces directamente omitieron considerar las denuncias de las incertidumbres que provocaba la falta de regulaciones protocolares para actuar frente a casos como el de B y rechazaron la autorización del aborto.

(b) *El camino hacia un modelo de causales sin autorización judicial.*

La Constitución habilita establecer causales para el aborto legal. Estas causales funcionan como causas de justificación y, por tanto, los abortos permitidos se consideran autorizados por la ley y no requieren autorización judicial previa. A esta conclusión arribaron las cortes de

²¹ Considerando 6, párrafo 3.

²² Considerando 6, párrafo 8. “Por ello es que el legislador tiene la libertad para considerar la posibilidad de regular, dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad que un conflicto entre los derechos de la madre y los del nasciturus sea resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectará a uno o varios derechos se haya consumado.” (Considerando 6, párrafo 10)

Colombia, Argentina y Bolivia en una nueva generación de decisiones emitidas en la última década. Si bien, como veremos, se trata de un conjunto de pronunciamientos muy moderados y de estructura conservadora intensamente enfocados en la protección de la vida gestacional, los derechos de las mujeres comenzaron a ocupar un espacio del que hasta entonces habían carecido.

En 1979, Colombia se convirtió en el primer país latinoamericano en eliminar de su Código Penal las causales permitidas de aborto. Veinticinco años más tarde y a pesar de la extendida tolerancia a la práctica del aborto en el país,²³ la legislación colombiana “en los libros” continuaba sin prever un sistema de causales explícito que permitieran el aborto. Con ese trasfondo, y luego de haber rechazado otros litigios presentados a partir de los años noventa, la Corte Constitucional emitió su sentencia C-355 de 2006. En este renombrado fallo, el tribunal identificó un interés objetivo en la protección de la vida intrauterina previsto en la Constitución de 1991. Sin embargo, también reconoció la necesidad de un examen de proporcionalidad entre ese interés objetivo y diversos derechos de la mujer que podían colisionar con él y que los jueces fundaban en apelaciones a la igualdad, la libre determinación de la personalidad, y la dignidad. A diferencia de los jueces salvadoreños, el tribunal colombiano concluyó que el margen de atribución del legislador sobre la extensión del derecho penal para regular el aborto *exigía* prever como mínimo cuatro causales específicas para el aborto: en caso de peligro para la vida de la mujer, el peligro para su salud física o psíquica, el caso de violación y las malformaciones severas. Los magistrados aceptaban la necesidad de balanceo y aplicaban un test de proporcionalidad del que resultaba la obligación de prever causales de justificación para el aborto, es decir, situaciones en las que la conducta de la mujer y otros participantes no sería antijurídica y por tanto no sería necesario una autorización judicial previa. Asimismo, en la definición de las indicaciones, el tribunal preveía ciertos estándares mínimos de regulación que incluían la necesidad de que el peligro para la salud incorporara la salud física y la mental, y que fuera constatado por un solo médico en lugar de comités. También se definían pautas mínimas para el aborto por violación que demandaba la denuncia penal previa, y otras para el ejercicio de la objeción de conciencia.

La Corte reconocía la colisión entre un interés objetivo en proteger la vida fetal y varios derechos en cabeza de la mujer, aceptaba la necesidad de una ponderación, ponderaba, y excluía del margen de arbitrio legislativo un modelo de permisión del aborto que no contemplara un

²³ Isabel Jaramillo Sierra y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto*. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008).

mínimo de causales de justificación que además debían regularse.²⁴ La corte sentaba así las bases de un encuadre constitucional sobre el que ella misma se expandiría en sentencias posteriores y sobre el que construirían los jueces argentinos y bolivianos.

En Argentina, en marzo de 2012, en el caso *F., A.L.*, la Corte Suprema, se pronunció por primera vez sobre el régimen de causales previstas por el Código Penal desde 1922. El caso trataba de una adolescente violada por la pareja de su madre que había recurrido a los tribunales de la provincia de Chubut en búsqueda de autorización judicial para terminar el embarazo. El caso había sido resuelto a su favor por el Superior Tribunal de la provincia, pero el Asesor Tutelar General (una especie de defensor público de niños) apeló la decisión ante la Corte Suprema bajo el argumento que la sentencia violentaba el derecho a la vida que la Constitución y tratados de derechos humanos exigían proteger desde la concepción.

Tras un análisis pormenorizado de las normas constitucionales y convencionales en juego, la Corte argentina concluyó que la norma del Código Penal que permitía el aborto por violación era constitucional y convencional. Se trataba de una opción regulatoria que el legislador democrático había formulado dentro de los márgenes de su arbitrio definidos por la Constitución que no mandaba la penalización total del aborto. Y ante el debate suscitado en la doctrina y los tribunales argentinos por el alcance del permiso por violación, los jueces aclaraban también que se trataba de un permiso para cualquier víctima de violación, y no sólo las que padecían una incapacidad mental, como alegaban algunos.

A diferencia de los colombianos, los jueces argentinos no aludieron explícitamente a la interpretación de la norma penal que establecía el permiso de aborto por violación como una causa de justificación. Sin embargo, distintas referencias a través de la sentencia sugieren que así entendían la causal del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Por un lado, los magistrados insistieron en la improcedencia del requisito de autorización judicial para realizar esos abortos. Además, reconocieron un derecho al aborto no punible y exhortaron a regular y garantizar el acceso al mismo a las autoridades del sistema sanitario. En particular, sobre la exigencia de denuncia previa de la violación, que incluso los jueces colombianos habían demandando en el

²⁴ Verónica Undurraga y Rebecca Cook. “Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: the Colombian Court Decision C-355/2006,” en Susan Hoffman Williams, *Constituting equality: Gender equality and comparative constitutional rights* (Nueva York: Cambridge University Press, 2009).

caso C-355, la Corte de Argentina aclaró que sólo podía solicitarse a la víctima de violación una declaración jurada sobre el hecho.

En un sentido parecido, se pronunciaría a comienzos de 2014 el Tribunal Constitucional de Bolivia. En 2008, la Constitución del Estado Plurinacional incorporó en su texto una serie de normas que reconocían los derechos reproductivos de las mujeres. Apelando a esas fuentes, la diputada Patricia Mansilla Martínez se presentó ante el Tribunal a solicitar la adaptación de diversos artículos del Código Penal que había precedido la adopción del nuevo orden constitucional. En su planteo, argumentaba, primero, que la nueva constitución y los tratados internacionales suscriptos por el Estado exigían un modelo de plazos que omitiera el castigo penal del aborto antes de la doceava semana, para lo cual también era necesario regular “las condiciones sanitarias y los establecimientos de salud en los que el aborto debe ocurrir”²⁵. En segundo lugar, la parlamentaria solicitaba eliminar algunos requisitos previstos como precondition para acceder a los abortos no punibles ya contemplados en el Código Penal. Se refería a la improcedencia de la exigencia de autorización judicial para acceder a los abortos impunes, la necesidad de haber iniciado el proceso contra el presunto autor en el caso de violación, o la previsión de castigos para los proveedores de los abortos legales.

En su extensa sentencia los magistrados plurinacionales entendieron que correspondía:

ponderar si la penalización del aborto constituye una medida idónea y necesaria para precautelar la vida y restituir el equilibrio y armonía que sustenta el nuevo paradigma del “vivir bien” (suma qamaña).²⁶

Luego de rastrear las raíces de la protección de la vida gestacional y el tratamiento del aborto a través de los siglos, el tribunal llegó a la conclusión de que

si bien es cierto que la Norma Suprema garantiza los derechos sexuales y reproductivos de todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, el art. 66 de la CPE, no establece el derecho reproductivo como el derecho a la

²⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0206/2014, 5 de febrero de 2014. Considerando I.1.1, párrafo 17.

²⁶ Considerando III.8.7, párrafo 6.

interrupción voluntaria del embarazo; por lo cual el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no implica el derecho al aborto.²⁷

Por otra parte,

un aborto incondicional y en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado es una causa suficiente para que el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección, lo que alcanza de manera obligatoria al derecho penal en las fases más avanzadas del desarrollo del embrión.²⁸

El tribunal rechazó el reclamo de inconstitucionalidad porque la Constitución Plurinacional obligaba al legislador a proteger el feto mediante el derecho penal también antes de la doceava semana. No obstante, los jueces admitieron los planteos sobre las condiciones de acceso a los casos de aborto impune, concluyendo que no debía exigirse una autorización judicial del aborto ni demandarse más que la mera denuncia de la violación, con un estándar similar al fijado por la Corte argentina. En ese sentido, los magistrados plurinacionales entendieron que:

...se considera que la frase “siempre que la acción penal hubiera sido iniciada” del primer párrafo del art. 266 del CP, así como la frase “autorización judicial en su caso” contenidas en el último párrafo de la citada norma, constituyen disposiciones incompatibles con los derechos a la integridad física, psicológica y sexual, a no ser torturada, ni sufrir tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillante, a la salud física y a la dignidad en sus componentes al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de las mujeres, consagrados en los arts. 15, 18 y 22 de la CPE.²⁹

Para los magistrados de Bolivia, las exigencias de autorización judicial e inicio de la acción penal en caso de violación que restringían el acceso a los abortos impunes, eran interpretadas

²⁷ Considerando III.8.7, párrafo 7.

²⁸ Considerando III.8.7, párrafo 21.

²⁹ Considerando III.8.8, párrafo 10.

incluso como instancias de tortura y trato cruel. En esta sentencia, el caso *F., A.L.* y las decisiones pronunciadas por la Corte Constitucional colombiana a partir de 2007, el modelo de causales para el aborto comenzaba finalmente a implicar el reconocimiento de un derecho a interrumpir el embarazo en ciertas indicaciones que los jueces no deberían evaluar como requisito previo para que el sistema de salud avanzara en la interrupción.

(c) Los deberes individuales e institucionales frente al derecho al aborto legal.

Las sentencias mencionadas en el punto anterior sentaron las bases para la fundamentación de la nueva interpretación del modelo de causales que las cortes entendieron regulaba el aborto en Argentina, Bolivia o Colombia. Las decisiones establecieron también acuerdos básicos respecto de la improcedencia de la judicialización o el requisito de denunciar penalmente la violación como condición para acceder al aborto. Pero tanto en el caso *F., A.L.* como en las decisiones emitidas por la Corte Constitucional colombiana en los litigios sobre aborto que siguieron a la decisión C-355,³⁰ los magistrados de ambos países avanzaron una lectura constitucional del aborto que incorporaría una serie de innovaciones centrales para garantizar el funcionamiento práctico de la despenalización del aborto por causales. En este aspecto reside uno de los rasgos más interesantes y creativos de la jurisprudencia reciente sobre aborto. Una revisión exhaustiva de todas las innovaciones realizadas en este sentido excedería la extensión de este capítulo. Por lo tanto, sólo mencionaremos aquí tres contribuciones efectuadas por las cortes de Argentina y Colombia en apoyo a un modelo de causales para el aborto accesibles en la práctica.

En este sentido, un primer aporte relevante de la corte argentina consiste en la consideración del contexto en el que operaba el modelo de causales para el aborto. La Corte habló, así, de la imposición de procesos burocráticos dilatorios que generaban una “prohibición implícita” y, por tanto, una práctica *contra legem* de restricción de los abortos legales. También apuntó a los profesionales de la salud y a los distintos operadores de los poderes judiciales nacionales o provinciales y les recordó sus deberes profesionales. Asimismo, los magistrados reconocieron que imperaba en la cuestión “un importante grado de desinformación” por lo cual era necesario esclarecer la “confusión reinante” respecto de requisitos exigidos por el sistema de

³⁰ Entre las sentencias sobre aborto pronunciadas por la Corte Constitucional en casos concretos desde 2006 pueden verse las decisiones T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-388/09, T-585/10, T-636/11, T-841/11.

salud para obtener un aborto no punible, como la autorización judicial de los abortos que ninguna norma requería pero que la mayoría de los profesionales demandaba a las mujeres pacientes. Pero además de referirse a estos aspectos del contexto, la Corte reconoció que la práctica ilegal de denegar los abortos no punibles era “fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales” que exigían requisitos no previstos en la normativa. Estas prácticas irregulares y su potencial para frustrar el derecho a acceder a los abortos autorizados, podía interpretarse, según los jueces, como un acto de violencia institucional en los términos de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres³¹. En estos casos, el tribunal consideró que estaba en juego no sólo la responsabilidad internacional del país sino las responsabilidades individuales penales y de otra índole, consecuencia de las barreras de acceso a los servicios de salud.

Un segundo tipo de innovaciones surge de las exhortaciones y aclaraciones sobre los deberes institucionales de las distintas dependencias del Estado identificados por los jueces como precondition para garantizar el acceso a los abortos autorizados por la legislación. En este sentido, los magistrados argentinos hicieron hincapié en los deberes institucionales que incluían, por ejemplo: (a) el deber de poner a disposición las condiciones médicas e higiénicas para la provisión de los abortos legales; (b) el deber de implementar protocolos hospitalarios sobre aborto no punible; (c) el deber de crear un sistema que permita el ejercicio de la objeción de conciencia; y (d) el deber de implementar campañas de información. En el caso de las sentencias colombianas, la especificación de estos deberes regulatorios puede observarse, por ejemplo, en las pautas más detalladas propuestas para reglar el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los efectores del sistema de salud. Según la Corte Constitucional:

- (i) La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (artículo 1º y artículo 7º constitucionales) no puede ejercerse de manera absoluta. (ii) El ejercicio del derecho constitucional fundamental a la objeción de conciencia recibe en la esfera privada por la vía de lo dispuesto en el artículo 18 superior una muy extensa protección que solo puede verse

³¹ Ley de la República Argentina Nro. 26.485.

limitada en el evento en que su puesta en práctica interfiera con el ejercicio de derechos de terceras personas.³²

La objeción de conciencia es individual y no colectiva, ni institucional, ni judicial, ni de funcionarios públicos. En materia de Interrupción Voluntaria del Embarazo, sólo pueden ejercerla los profesionales de la salud directamente involucrados en el procedimiento.³³

Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; contrario sensu, ésta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente³⁴.

Finalmente, un tercer conjunto de innovaciones en el desarrollo de los esfuerzos judiciales por hacer accesibles los abortos previstos en el modelo de causales residió en la apelación a los distintos tipos de responsabilidad que puede involucrar la falta de oferta y acceso a los abortos en los casos indicados. En la sentencia argentina, la novedad radicaba en las alusiones a la responsabilidad internacional del Estado, por un lado, y en las advertencias sobre potenciales responsabilidades de tipo profesional, civil, administrativa y penal de los funcionarios y profesionales de la salud. En los litigios colombianos, la innovación en este sentido incluyó la aplicación de astreintes en casos de obstrucción del acceso a los abortos que había entendido constitucional la sentencia C-355.

(d) El margen de maniobra legislativa no exige pero tampoco excluye un modelo de plazos.

Según hemos descrito, la constitucionalización de los debates sobre el aborto en el discurso judicial de la región ha girado principalmente en torno al modelo de causales en el que el aborto está penalizado durante todo el embarazo. En este plano, hemos visto un avance tenue desde el reconocimiento de la constitucionalidad de dicho modelo hasta la especificación de

³² Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* T-388/09, 28 de mayo de 2009.

³³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006; *Sentencia* T-209/08, 28 de febrero de 2008; y *Sentencia* T-388/09, 28 de mayo de 2009.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* T-388/09, 28 de mayo de 2009.

ciertos deberes regulatorios e institucionales que tendieron a garantizar un acceso incremental a los abortos permitidos. Aunque este ha sido el foco mayoritario de la argumentación judicial, al menos dos tribunales se expresaron sobre el margen de determinación que tendrían los legisladores para regular el aborto a través de un modelo de plazos que permita su práctica a demanda.

En la sentencia C-355, los magistrados colombianos se interrogaron sobre la obligatoriedad de un sistema de plazos o mixto (que combina plazos para los primeros meses de gestación y luego causales con o sin límite explícito de edad gestacional) concluyendo que el margen de configuración del legislador incluye la opción por la restricción del recurso punitivo mediante ese sistema aunque no lo obligaba. Optar por un plazo en el que se permita el aborto a demanda hace parte del margen de arbitrio del legislador democrático.

También en México los jueces enfrentaron este interrogante en un planteo abstracto de constitucionalidad contra la normativa del Distrito Federal. En el 2007, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México que reformó el Código Penal incorporó un sistema de trimestres que excluye la penalización hasta la doceava semana. La constitucionalidad de la nueva regulación penal fue inmediatamente objetada en dos litigios impulsados por el Procurador General de la República y el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para objetar las reformas. Los demandantes consideraban que los legisladores de la ciudad habían excedido el reparto constitucional de competencias aprobando normas que vulneraban el derecho a la vida del concebido, discriminaban al progenitor masculino y a embriones menores de tres meses, y violentaban el principio de legalidad.

En una sentencia cuestionada por su abordaje minimalista, los magistrados mexicanos al igual que todos sus pares de la región comenzaron por sentar las bases de la protección de la vida como bien jurídico en la tradición legal mexicana. Pasaron luego a escrutar los deberes, prohibiciones y facultades del legislador democrático para penalizar y despenalizar conductas y concluyeron que las normas impugnadas se encontraban dentro del ámbito de penalización facultativa, no obligatoria y por lo tanto no podían reprocharse constitucionalmente. Para los magistrados de la Suprema Corte,

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante

un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto.³⁵

Si bien como advierte Pou³⁶, los magistrados desaprovecharon una oportunidad valiosa para desarrollar una lectura constitucional de los derechos de las mujeres y los derechos reproductivos contemplados en la Constitución, esta afirmación de un margen de configuración legislativa que incluye la opción por la limitación de la punición al embarazo avanzado constituye el desarrollo más permisivo en el encuadre constitucional del aborto adoptado jamás por un tribunal de América Latina.

II. El estatus constitucional de la vida gestacional

La cuestión del estatus jurídico de la vida prenatal ha estado presente en la mayoría de los debates contemporáneos sobre el aborto. Ha ocupado un espacio argmental central en fallos pioneros y hoy históricos como *Roe vs. Wade* y los del Tribunal Supremo alemán. De modo similar, en América Latina, la definición del estatus jurídico de la vida prenatal ha provocado extensas discusiones legales en convenciones constituyentes y en la redacción de la Convención Americana de Derechos Humanos. También participaron en el debate sobre el tema los organismos del sistema interamericano a través de dos pronunciamientos específicos: la opinión de la Comisión en *Baby Boy*³⁷ y la decisión de la Corte Interamericana en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.³⁸

La definición del estatus jurídico de la vida gestacional ha monopolizado también los debates constitucionales en los ámbitos nacionales. A pesar del lugar que las cortes han venido reconociendo los derechos de las mujeres y el mandato de ponderación, el tema continúa siendo el eje de la actividad interpretativa de nuestros tribunales. La jurisprudencia constitucional

³⁵ Corte Suprema de México, Sentencias 146/2007 y 147/2007, 28 de agosto de 2008. Página 180

³⁶ Pou Jiménez, ut supra 9.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 2141 “Baby Boy”, Case 2141, 6 de marzo de 1981, 25/OEA/ser. L./V./II.54, disponible en: http://www.wcl.american.edu/pub/humright/digest/Inter-American/english/annual/1980_81/res2381.html.

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*. 28 de noviembre de 2012, CDH-12.361/177. Ver también Fernando Zegers-Hochschild, Bernard Dickens, y Sandra Dughman-Manzur, “Human Rights to In Vitro Fertilization” en *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 123 (2013) 86–89.

examinada en este trabajo da cuenta de esta persistencia y ofrece un espectro de las distintas respuestas alcanzadas por los tribunales.

En un extremo de las conclusiones a las que arribaron los tribunales pueden ubicarse las de las altas cortes de Costa Rica y El Salvador que confirieron el carácter de persona a la vida en gestación. La Suprema Corte mexicana y la Corte Constitucional colombiana, por su parte, interpretaron se trataba de un bien constitucionalmente protegido o un valor constitucional, respectivamente. Los jueces plurinacionales de Bolivia reconocieron un derecho a la vida imperfecto de titularidad de los no nacidos. Finalmente, la Corte argentina eludió pronunciarse de forma expresa sobre el estatus de la vida prenatal pero concluyó que ni la Constitución ni los tratados de derechos humanos aprobados por el país exigían una penalización total como mecanismo para su protección.³⁹

Los tribunales de Costa Rica y El Salvador ofrecieron la lectura más conservadora al reconocer la personalidad del no nacido y un derecho a la vida de su titularidad. El tribunal costarricense llegó a esa conclusión ideando una interpretación poco elaborada de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la Constitución de ese país. Para estos magistrados, el ordenamiento jurídico no distinguía entre nacidos y no nacidos:

...en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.⁴⁰

Aunque con una dosis mayor de sofisticación, la corte salvadoreña se mantuvo en líneas similares a las de su par costarricense. En efecto, los jueces abrazaron una interpretación literal del texto constitucional, en el que los artículos 1 y 2 se refieren a la vida como un derecho fundamental garantizado a “toda persona,” y concluyeron que se trataba de un derecho reconocido a “todo ser humano desde el instante de la concepción”. Para el tribunal “la posición

³⁹ Como se observa, la mayoría constitucionalismo latinoamericano no ha apelado a la fórmula de interés estatal en la vida intrauterina instaurada en *Roe vs Wade* y confirmada en *Planned Parenthood of Southeastern Pa. vs Casey*, y *Gonzales vs. Carhart*, como base para sus decisiones.

⁴⁰ Considerando V.

del constituyente salvadoreño define que hay vida humana desde el momento de la concepción”, y por lo tanto, “el Estado y demás sujetos se encuentran obligados a garantizarle la vida desde ese mismo instante”⁴¹. Esta determinación sobre el estatus de la vida prenatal, sin embargo, no impidió que la Corte de El Salvador aceptara la necesidad de una ponderación.

En el caso de Bolivia, el razonamiento sobre el estatus jurídico de la vida intrauterina se desarrolló en distintas dimensiones. En primer lugar, la Corte dedicó varios párrafos a la descripción de las variadas concepciones sobre la vida y la muerte de las naciones y pueblos campesinos indígenas, desde una perspectiva de pluralidad no sólo de culturas sino también de vidas (como lo expresa el Preámbulo de la Constitución). De forma milenaria, la vida ha sido concebida por la mayoría de los pueblos del país como parte del cosmos y la *pacha* (madre tierra); es decir, no como algo aislado sino como creación de la *pacha*. De allí que la humanidad esté conectada con otros seres vivos y deidades. Según la Corte, la mayoría de los pueblos indígenas y campesinos se identifican con una cultura de la vida, dinámica, en donde nada es irremediable y el aborto se concibe como parte del ciclo de la vida.

Luego, de estas consideraciones filosóficas y culturales, la Corte se enfocó en el derecho internacional de derechos humanos y en el derecho nacional. Fundó en ellos su posición sobre el estatus de la vida intrauterina, con referencias a varias citas de cláusulas de tratados que aluden al derecho a la vida y se prestó especial atención a la Convención Interamericana, en concreto, las afirmaciones básicas de la Comisión en el caso *Baby Boy*: el artículo 4.1. de la Convención no puede leerse como un reconocimiento a un derecho absoluto a la vida desde la concepción. El fallo también recordó que la asamblea constituyente debatió dos propuestas referidas al derecho a la vida y que se resolvió optar por la que no especificaba “desde la concepción”.

Al llegar a este punto, sin embargo, el tribunal retrocedió y concluyó explícitamente que el mandato de protección de la protección de la vida humana es gradual: mientras más se aproxime a una célula su protección jurídica disminuirá, pero de ninguna manera desaparecerá. En la medida en que se desarrolle y se vaya asemejando a un ser humano la protección jurídica de la vida se incrementará. En otras palabras, el feto goza de protección constitucional y legal aunque en menor proporción que la que se otorga a la persona nacida (un derecho a la vida imperfecto). Esta determinación jurídica le permitió al Tribunal rechazar el pedido de inconstitucionalidad de

⁴¹ Considerando IV.1.C, párrafo 2.

las normas penales que castigaban al aborto de modo genérico, pero responder afirmativamente al pedido de mejorar las condiciones de acceso al aborto en caso de violación.

La Corte Constitucional de Colombia, en cambio, se apoyó en un menú amplio de argumentos que incluyeron referencias al derecho comparado, interpretaciones del derecho internacional de los derechos humanos, y desarrollos conceptuales en torno a la evolución de la vida intrauterina, para interpretar que la Constitución Política de 1991 le otorga a la vida el carácter de un valor y de derecho fundamental. Esta protección genérica de la vida supone que el Estado tiene la obligación de proteger la vida en un sentido tanto positivo como negativo. Distinguió la Corte entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental. En su lectura de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos –que constituyen el bloque de constitucionalidad colombiano–, el tribunal no encontró un derecho constitucional a la vida de titularidad del *nasciturus*. Esta conclusión, según la Corte, es compatible con reconocer que el Estado tiene una obligación de proteger la vida en gestación pues justamente la vida en el sistema constitucional colombiano es –además de un derecho– un valor fundamental. De este modo, la Corte alegó que la protección de la vida en gestación no tiene el mismo grado e intensidad que la protección a la persona humana, pero que ambos deben protegerse. Por otro lado, la Corte vio una obligación constitucional de ponderar y se preguntó, entonces, si la protección absoluta de la vida intrauterina (mediante la penalización absoluta del aborto) era constitucional teniendo en cuenta otros derechos (de las mujeres). Respondió que no se puede entender que “el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas de parte del Estado, sea de naturaleza absoluta” y concluyó que la Constitución exigía un modelo de indicaciones para regular el aborto.⁴²

Finalmente, la Suprema Corte de México consideró que la vida es un bien constitucionalmente protegido. Si bien esto implica un mandato de protección de la vida gestacional, esto no se traduce necesariamente, dijo la corte, en un mandato explícito que obligue a los gobiernos estatales a penalizar el aborto, sino que, por contrario, estos tienen un margen de discrecionalidad para definir el tipo y alcance de la regulación del aborto.

⁴² Debemos recordar que todos los fallos analizados son previos a *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

Las alusiones al derecho internacional de los derechos humanos ocuparon un lugar prominente del razonamiento judicial sobre la definición de la protección legal de la vida prenatal. Claro que no todas arribaron a la misma conclusión o hicieron la misma lectura de la norma central en disputa: el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos. En noviembre de 2012, la Corte Interamericana se pronunció extensamente sobre la interpretación de este artículo en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en el que un conjunto de parejas objetaba la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que en el 2000 había considerado inconstitucional el decreto que regulaba la fertilización in vitro en el país. En su fallo, los magistrados de la Corte Interamericana dedicaron extensos párrafos a ofrecer una interpretación sobre el alcance del artículo 4.1 que probablemente impacten en decisiones futuras sobre el tema en los ámbitos domésticos.

Como hemos visto, los tribunales de la región llegaron a conclusiones diversas sobre el estatus concedido a la vida intrauterina por los textos constitucionales y los tratados de derechos humanos. En la praxis, el reconocimiento del estatus de la personalidad prenatal que hicieron las cortes de Costa Rica y El Salvador ha resultado favorable a la aceptación de la legislación menos garantista de los derechos de las mujeres a un aborto legal.⁴³

El estatus de la vida intrauterina tiene una influencia determinante en la conformación de nuestra comprensión jurídica sobre el aborto. Como sugiere Madrazo cuando describe el conflicto en torno al aborto como una narrativa: “el estatus de la vida prenatal determina quién es el protagonista de esa narrativa y, al hacerlo, determina cuál es la situación, el conflicto, las soluciones aceptables y, sobre todo, los antagonistas de la narrativa. Básicamente: todos los elementos a partir de los cuales se construye una narrativa”⁴⁴. Sin embargo, es posible concebir que la determinación del estatus jurídico de la vida prenatal, incluso el reconocimiento a un

⁴³ La Suprema Corte de Estados Unidos en *Roe* parece haber intuido esta dificultad, cuando frente a la pregunta sobre si el feto era una persona de acuerdo con la Decimocuarta Enmienda estimó que una respuesta afirmativa era incompatible con el derecho al aborto. Para la Corte estadounidense la personalidad prenatal era una cuestión de todo-o-nada que determinaba las otras cuestiones atinentes al aborto. La Corte, entonces, declaró que el término ‘persona’ de la Decimocuarta Enmienda no alcanza a los no nacidos pues “nunca han sido reconocidos en la ley como personas en todo el sentido de la palabra”⁴³. De este modo, el conflicto se configuró entre los derechos constitucionales de las mujeres y el interés del Estado.

⁴⁴ Alejandro Madrazo, “Narratives of Prenatal Personhood in Abortion Law” en Cook, Erdman y Dickens, *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*.

derecho a la vida del no nacido, no sea el factor que defina fatalmente las respuestas constitucionales sobre el aborto.⁴⁵

III. La dignidad, la autonomía y la igualdad como instrumentos de contención de la herramienta penal

Las sentencias estudiadas exhiben un desarrollo incipiente e incremental en materia de derechos de las mujeres. Aunque este discurso aparece en las decisiones comentadas hasta aquí con distinta profundidad es una señal de progreso que las mujeres y sus derechos se hayan tornado visibles en la argumentación constitucional de la región. En esta sección nos interesa resaltarla presencia de tres principios o derechos, según el caso, que ocuparon un lugar de relevancia creciente en el discurso de las altas cortes sobre el aborto: la dignidad, la privacidad y la igualdad. Cabe destacar a modo de breve nota que, junto a la dignidad, la privacidad y la igualdad, los fallos también aludieron al derecho a la salud mientras con algunos avances trépidos en la articulación del concepto de derechos sexuales y reproductivos.

Las referencias a la dignidad tuvieron un lugar destacado en la argumentación constitucional reciente tanto respecto a los derechos de las mujeres como a la hora de proteger la vida intrauterina. La privacidad, en cambio, aun no ha sido recibida como parte sustancial del arsenal argumentativo constitucional pero ha aparecido en algunas referencias marginales. Los argumentos basados en la igualdad tampoco han desplegado aún todo su potencial pese a ser ésta uno de los valores más explotados en el constitucionalismo de la región. De todos modos, y con distintos grados de presencia, los tres ideales forman parte hoy del set de argumentos basados en derechos de la narrativa constitucional sobre el aborto en la región.

La *dignidad* ha sido un concepto ambivalente en el campo del derecho al aborto. Según lo adelantamos, se trata de una noción empleada desde distintas perspectivas, incluso en

⁴⁵ En 1975 y luego en 1992, el Tribunal Constitucional alemán revisó la legislación que despenalizaba parcialmente el aborto, aprobada por el Parlamento Federal. En ambas ocasiones, la Corte entendió que el Estado tenía una obligación constitucional de protección hacia el feto frente a las pretensiones de la mujer embarazada. Se apoyaba en una tríada: el derecho a la vida intrauterina, la vida como valor supremo derivado de la dignidad humana y el deber (no solamente un interés) del Estado en protegerla. En la primera decisión (1975) la mayoría de los magistrados alemanes juzgaron que el Estado solo podía cumplir con esta obligación empleando el castigo penal. La disidencia, al revés, sostuvo que el derecho penal era un recurso innecesario e inapropiado para regular el aborto. En la segunda sentencia años después, la mayoría retomó la posición de la minoría de 1975, y concluyó que el Estado podía proteger válidamente la vida fetal mediante distintos mecanismos, y que algunos eran más eficientes que otras. Uno de los mecanismos para hacerlo consistía en asegurar a las mujeres suficiente apoyo social de parte del gobierno.

competencia.⁴⁶ De hecho, en foros locales e internacionales de derechos humanos sobre derechos reproductivos, la dignidad ha sido invocada tanto para jerarquizar el estatus de la vida prenatal como para defender los derechos de las mujeres. Para algunas autoras, como Reva Siegel, es justamente esta textura abierta, esa permeabilidad a futuras construcciones de sentido, lo que la convierte en una noción interesante.⁴⁷

La dignidad goza de un peso abstracto importante en la mayoría de los sistemas constitucionales de tradición occidental. Al menos cuatro convenciones de derechos humanos contienen referencias explícitas a la dignidad humana.⁴⁸ Basándose en estos instrumentos, tanto el sistema universal de derechos humanos como el sistema interamericano, interpretaron la dignidad en su análisis jurídico sobre los derechos reproductivos y el aborto. También las cortes nacionales apelaron de forma recurrente al argumento de la dignidad.⁴⁹

Entre los fallos examinados, la decisión C-355 de Colombia es la que de un modo más contundente y denso acude a la idea de dignidad, dentro de un ámbito constitucional nacional donde este principio y derecho es fundamental tanto en el texto de la Constitución de 1991 como en la jurisprudencia generada a su alrededor.⁵⁰ Es probable que en la jurisprudencia constitucional comparada contemporánea, esta sea la decisión sobre aborto que mejor desarrolla el análisis de este valor. Para este tribunal la dignidad debe entenderse como límite a los márgenes de configuración del legislador. La penalización absoluta del aborto vulnera la dignidad de las mujeres pues aun en las peores situaciones el legislador estaría imponiéndole a la mujer el rol de instrumento reproductivo. La idea de cargas supererogatorias, como implicancias conceptuales de la dignidad, aparecen en el análisis de proporcionalidad efectuado por el tribunal al considerar la posición de la mujer frente a determinados eventos (el peligro para la salud de la mujer

⁴⁶ Reva Siegel, “Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates Over Abortion and Same-Sex Marriage”, en Yale Law School, *Public Law Working Paper* No. 259, I•CON 10 (2012), 355-379.

⁴⁷ Reva Siegel, “The Constitutionalization of Abortion”, en Michel Rosenfeld y Andras Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law 1057* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

⁴⁸ La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y la *Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”*.

⁴⁹ El constitucionalismo de Alemania en materia de aborto se destaca por el lugar central que le asignó a la dignidad, asociándola a la “vida”. Esto le permitió al Tribunal Constitucional extraer el sostén para, primero, oponerse a la liberalización del aborto, y luego, reconocer ciertos derechos de las mujeres y justificar restricciones (básicamente: consejería directiva y tiempo de espera obligatorio).

⁵⁰ Siegel, “Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates Over Abortion and Same-Sex Marriage”.

embaraza o el caso de violación). Según la Corte, en esos casos “resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación ...”⁵¹.

Esta lectura de la dignidad como principio anti-instrumentalización también puede vislumbrarse en el discurso de la Corte Suprema argentina:

de la dignidad de las personas (...), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente (...). En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo (...) resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado (...) que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar.⁵²

En los fallos de Colombia y Argentina el argumento de dignidad también aparece corporizado como el derecho a estar libre de torturas y malos tratos, que se fundamenta con referencias a la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en *K.L. vs. Perú* que encontró que la falta de regulación del aborto por anencefalia vulneraba varios artículos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.⁵³

También los jueces plurinacionales de Bolivia apelaron a esta argumentación basada en la dignidad. Para declarar la inconstitucionalidad del requisito del inicio de la acción penal para el acceso al aborto por violación, el tribunal se apoyó especialmente en el derecho a no ser torturada, ni sufrir tratos crueles, inhumanos, degradantes, a la salud física y a la dignidad en sus componentes al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de las mujeres. Además de esta formulación clásica, la Corte boliviana también ha empleado la dignidad de un modo ligeramente distinto; este principio, combinado con el de pluralidad, impiden la imposición de “un determinado tipo de moralidad o una concepción de lo bueno y malo” pues eso debe resolverse en el fuero interno de cada persona.⁵⁴

⁵¹ Considerando 10.1.

⁵² Considerando 16.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “K.N.L.H. v. Perú”, Comunicación nro. 1153/2003, 24 de octubre de 2005, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005).

⁵⁴ Considerando III.8.7, párrafo 11.

En un sentido similar, aunque más marginal en la fundamentación, la dignidad también ha sido empleada por la Corte Constitucional de Colombia asociada con el derecho a la autonomía entendida como libre desarrollo de la personalidad, que prohíbe “asignar a las mujeres roles de género estigmatizantes o infringirles sufrimientos morales en forma deliberada”⁵⁵.

Finalmente, la ambigüedad de los usos posibles de la dignidad aparece con claridad en las cortes de El Salvador y Costa Rica, que acudieron a la noción tanto como argumento conservador, para confirmar la constitucionalidad de regímenes restrictivos, como para justificar la existencia de causales de no punibilidad. La Corte salvadoreña remarcó la incidencia de la dignidad de la persona humana como valor constitucional y de la concepción personalista (expresadas en el preámbulo y el art. 1) en la controversia sobre el aborto. En efecto, el tribunal combinó una concepción centrada en la personalidad fetal con la dignidad para advertir que “la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad”⁵⁶. Al mismo tiempo, el fallo esboza un uso de la dignidad como límite a la instrumentalización de la mujer. En esa misma sintonía, los magistrados consideraron que el:

derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho típico y antijurídico, antes que sacrificar su propia vida, su integridad física u otros derechos personalísimos.⁵⁷

En este caso, la apelación al argumento ha funcionado para justificar las indicaciones de aborto. Sin embargo, al igual que en la jurisprudencia alemana, el principio de dignidad parece traducirse también en obligaciones positivas del Estado, una especie de deber de cuidado a los más desprotegidos. Según el tribunal, la dignidad humana tiene la

capacidad para determinar la orientación de los objetivos o tareas del Estado hacia políticas institucionales (...) *y asegurar la ayuda de los poderes o entes públicos frente a ataques o conductas provenientes de entes de esa naturaleza o sujetos de derecho privado*⁵⁸ (el énfasis nos pertenece).

⁵⁵ Ibid., Consideraciones y Fundamentos de la Corte (VI), párrafo 8.1.

⁵⁶ Considerando IV.1.A, párrafo 5.

⁵⁷ Considerando V.2.A, párrafo 7.

⁵⁸ Punto IV.1.A. par. 12.

Desde esta perspectiva, la Corte interpreta que en última instancia es constitucional recurrir a “la sanción penal de determinadas conductas” para garantizar la dignidad humana. Ahora bien, un paso más adelante el tribunal hace un esfuerzo de ponderación y afirma que si bien *existe una clara voluntad del constituyente de extender la protección del Estado a la vida prenatal*, el legislador tiene el deber “de regular además, otros intereses en juego, de los cuales es titular la mujer embarazada”⁵⁹. Esta línea interpretativa permite al tribunal concluir que la regulación vigente que abarca la regla general de penalización y las indicaciones de aborto (como estado de necesidad disculpante o exculpante), es acorde con el deber del legislador de potenciar los derechos “tanto de la madre como los del nasciturus”.

Finalmente, el de Costa Rica es el fallo que más claramente hace un uso conservador del argumento de la dignidad, operando ante todo para justificar la penalización. De manera categórica, esta corte vincula la protección del derecho a la vida del no nato con la dignidad del ser humano, sintetizados en el principio de inviolabilidad de la vida. Una de las implicancias de este principio, sostiene este tribunal, es el reconocimiento del derecho a la vida *a favor de todos*, sin excepción: “cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

Tanto la sentencia costarricense como la salvadoreña asimilan la vida de las mujeres con la del feto y reconocen a ambos, de “igual manera,” dignidad. Estos usos ilustran ampliamente la elasticidad del argumento y las tensiones que, como sugiere Siegel, están profundamente asociadas a la definición de la dignidad cuando de cuestiones de género se trata.⁶⁰

De estas distintas aproximaciones jurisprudenciales, se puede advertir en primer lugar el esfuerzo que ha llevado a cabo la jurisprudencia de la región e para incorporar la dignidad en la consideración de asuntos “de las mujeres”. Estos avances no se dan sin ambigüedades o resistencias, como lo reflejan los fallos de Costa Rica y El Salvador. Sin embargo, parece haber una redefinición del encuadre dominante de dignidad, aunque más no sea un inicio, con incipiente riqueza conceptual y jurídica. Aparece asociado a la integridad física y psíquica, al derecho a estar libre de torturas y malos tratos, y al principio de no instrumentalización. Si bien en este último punto resta desplegar otras implicancias como principio antiinstrumentalización, se dieron

⁵⁹ Pues el legislador salvadoreño se encuentra ante un mandato de “legislar y potenciar el contenido de los derechos que se establecen en la Constitución, tanto de la madre como los del nasciturus”.

⁶⁰ Siegel, “Dignity and Sexuality”, supra 53.

algunos pasos. Podría criticarse, por supuesto, en qué medida y de qué formas un modelo de causales no instrumentaliza a las mujeres que, sin encuadrar en las indicaciones de aborto tal como se las define actualmente, no quieren continuar con sus embarazos. Mas aun, en qué medida persistir con el paradigma penal ya sea con un modelo de penalización absoluto a la salvadoreña o de despenalización parcial con causales, no supone tratar a las mujeres indignamente. Por otro lado, encontramos que las referencias a las dimensiones más tradicionales de la dignidad apelan a los aspectos más negativos y desatienden las consecuencias positivas (en términos de deberes frente a la protección de la salud integral y el bienestar de las mujeres y frente a obligaciones estatales de mejorar las condiciones de su vida).⁶¹

Los avances reseñados en el trato de la dignidad contrastan con la inercia observable, en cambio, en las apelaciones a la *autonomía*, o una de sus formulaciones, la *privacidad*. Las altas cortes, incluso las más progresistas, han sido poco propensas a involucrarse con esta cuestión, acaso el argumento clásico y temido en los reclamos por la liberalización del aborto. De los seis fallos analizados, sólo el colombiano y el mexicano hicieron algunas referencias a la autonomía o la privacidad, en el resto cundió el silencio.

En la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, aparece bajo la forma de autonomía reproductiva asociada a la maternidad y el libre desarrollo de la personalidad. El tribunal define a la autonomía individual como “la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo”, que “cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los que les está vedada cualquier injerencia”⁶² pues, según la Corte, decidir por la persona supone arrebatarle su condición ética, reducirla a un objeto.

Por otro lado, el tribunal de México, que tenía la oportunidad de sentar las bases constitucionales de la norma más liberal de la región, se abstuvo de construir un argumento fuerte basado en la autonomía. En general, los votos emplearon el argumento de la privacidad para criticar la alternativa criminalizadora del aborto y no para hacer un punto positivo sobre su liberalización. Algunos votos individuales, sin embargo, merecen atención por su consideración de este valor. Uno de los salvamentos de voto, por ejemplo, ofrece una lectura amplia del derecho a la intimidad que abarca no sólo el espacio físico en que se desenvuelve normalmente la

⁶¹ Rosalind Dixon y Martha Nussbaum, “Abortion, Dignity and a Capabilities Approach” en Beverly Baines, Daphne Barak-Erez, Tsvi Kahana (eds), *Feminist Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

⁶² Considerando 8.2.

privacidad (intimidad) sino también las intromisiones en ese ámbito reservado de la vida privada (privacidad en sentido más amplio). Aunque no avanza en formulaciones sobre el plan de vida, conductas autorreferentes y demás nociones asociadas clásicamente a la autonomía, se trata de un voto valioso porque aborda lo que la mayoría ha esquivado. En ese sentido, el magistrado aplica la privacidad en varias cuestiones relacionadas al aborto y concluye:

el derecho a la intimidad de las mujeres es vulnerado cuando el Estado le impone a terceros denunciarla o exhibir su interrupción de embarazo, asimismo, la coloca en un estado de desprotección ya que ante el temor de una acusación prefiere no acudir a servicios médicos seguros para que le atiendan cualquier complicación o efecto relacionado con un aborto ilegal. Los alcances del derecho a la intimidad de las mujeres también, obedecen a derechos ganados que reconocen la autonomía y control de su sexualidad, aun en los casos en que tengan una pareja.⁶³

Este abordaje conservador se repitió respecto al derecho al cuerpo, en las excepcionales ocasiones en las que los magistrados aludieron a él. La Corte de El Salvador descartó expresamente que existiera un derecho al cuerpo y argumentó que tal pretensión estaba constitucionalmente prohibida dado el reconocimiento de la persona humana. En el resto de los tribunales hubo silencio, y solo de modo marginal las Cortes colombiana y mexicana consideraron la libertad de las mujeres de decidir sobre su cuerpo.

A diferencia de la autonomía que ha sido un valor más esquivo a la jurisprudencia latinoamericana, la *igualdad*, en su sentido tradicional y en tanto equidad, es un ideal más arraigado en la tradición constitucional de la región. Quizás eso explique su rol incipiente pero más amplio en la argumentación de las sentencias examinadas. Si bien no gozaron de la misma atención que el derecho a la vida, hay unas modestas referencias a la igualdad

La Corte constitucional colombiana hizo un racconto del camino de las mujeres hacia la igualdad jurídica. Para eso se apoyó en la Constitución de 1991 y las nuevas cláusulas sobre igualdad de oportunidades, prohibición de discriminación hacia las mujeres y acciones afirmativas. Fue una de las pocas Cortes que aludieron a la igualdad de género. Sin embargo, el

⁶³ Considerando B.6.2, párrafo 5.

tribunal no desarrolló el argumento mucho más, sino que se limitó a referirse a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) para enfatizar que las leyes que penalizan las intervenciones sanitarias que afectan especialmente a la mujer son discriminatorias y violan la obligación de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente.

La sentencia más original y abundante en su consideración de la igualdad fue la del Tribunal Plurinacional en Bolivia. Incorporó referencias contundentes sobre el machismo, el patriarcalismo y la colonización ausentes en el resto de la jurisprudencia regional. Estas ideas fueron reforzadas también con alusiones a los compromisos de la reforma constitucional en materia de igualdad de género, la justicia social, y el vivir bien. Es más, el Tribunal dedicó un apartado especial, “la reconstrucción del Estado sobre la base de paradigmas de igualdad: el género y la despatriarcalización”, en el que hace consideraciones sociológicas sobre la desigualdad entre varones y mujeres para luego señalar los compromisos constitucionales asumidos para desandar esas estructuras. Entre estos compromisos, la Corte enfatizó además que desde la reforma constitucional de 2008 la igualdad de género se constituyó en un valor constitucional (art.8 Const.) y, por tanto, debe guiar los objetivos y la actuación estatal (art. 9 Const.). Resulta claro, entonces, que, pese a que el fallo rechaza varios de los pedidos de inconstitucionalidad, favoreciendo solamente el aborto ya permitido por la ley penal, el fallo se estructuró bajo un paradigma de la igualdad de género que incorpora la dimensión material e histórica de la desigualdad.

Por supuesto, teniendo en cuenta la potencia liberalizadora de los argumentos basados en la igualdad, el desarrollo alcanzado por el discurso constitucional de la región aún es limitado y desparejo. En este sentido las cortes más progresistas parecen haber tenido dificultades notorias para sostener que la penalización del aborto es una medida discriminatoria basada en el sexo, o dar cuenta de las cargas del embarazo no deseado en su dimensión corporal y social, o articular la idea de igualdad en la diferencia.

Asimismo, como con los argumentos basados en la dignidad, los de igualdad tuvieron una impronta también conservadora. Ese fue el caso en Costa Rica, dónde el demandante alegó una violación del deber de trato igualitario entre la protección de la vida intrauterina y la persona

nacida. Y en México los demandantes alegaron un derecho de los varones a participar en la decisión de interrumpir el embarazo.

Es curiosa también la ausencia de argumentos que combinen sexo con posición socioeconómica, especialmente dado que el impacto del aborto inseguro recae con más fuerza en mujeres con menores recursos económicos. Posiblemente parte de estas inhibiciones argumentales estén asociadas más estructuralmente a las dificultades de fijar un derecho igual a la libertad de las mujeres, en relación al embarazo y la maternidad, en una tradición jurídica construida en base a la experiencia masculina.

El caso del Salvador posiblemente es el que mejor refleja las dificultades de los tribunales para lidiar con la idea de “iguales en la diferencia”. Aquí, los demandantes alegaban que la omisión de regular las indicaciones de aborto incluidas como una de las causas de exclusión de responsabilidad criminal constituía una violación a la igualdad de las mujeres pues se encontraban en una situación fáctica totalmente distinta a la de cualquier otra persona que se enfrenta a una de las causas de exclusión de responsabilidad penal contempladas por el régimen general. El Tribunal descartó este argumento de forma expeditiva y simplona. Los jueces entendieron que los demandantes no plantearon un *tertium comparationis* (término de comparación) con suficiente entidad para justificar una regulación *ad-boc* o específica. Estimaron que:

un elemento factual, de hecho o puramente descriptivo es insuficiente” si no se demuestra la relevancia jurídica de las distinciones o similitudes alegadas, sobre todo con relación a la finalidad y la perspectiva de comparación, para concluir que la diferenciación es arbitraria o, como en este caso, que la equiparación legislativa carece de fundamento objetivo y razonable.⁶⁴

También en el caso costarricense el demandante apoyó su reclamo con pretensiones conservadoras en el derecho a la igualdad. El actor alegaba que la diferencia de penas entre el homicidio y el aborto, entre otras normas, infringían el principio de igualdad al diferenciar entre nacidos y no nacidos. Esta distinción, argumentaba, se había transformado en inconstitucional desde el fallo de la Corte en el 2000 que reconocía la personalidad fetal.⁶⁵ La Corte no hizo lugar

⁶⁴ Considerando 5.3, párrafo 3.

⁶⁵ Sentencia 2306-2000.

a esta argumentación pero tampoco avanzó en su consideración de la igualdad entre los sexos para rechazarla. La Corte rechazó que la sentencia del 2000 hubiera cambiado la situación jurídica de las personas en el ordenamiento de Costa Rica: el feto se consideraba persona antes de ese fallo, pues el tratamiento penal del aborto partía justamente de la consideración de que el delito de aborto lesionaba la vida humana. Segundo, la Corte consideró que el legislador podía tomar en cuenta otras circunstancias diferentes de la calidad de persona de quien sufre la acción, y establecer distintas sanciones, causas de exclusión de responsabilidad, etc. Tercero, y aquí la Corte parece desviarse de su libreto más conservador, el tribunal indicó que el legislador tenía la libertad de configuración en materia criminal siempre y cuando se respetara el sistema constitucional y de derechos humanos.⁶⁶

Dos de las objeciones principales a la ley del Distrito Federal se plantearon también en base a la igualdad. Las objeciones se referían a la participación de los varones en la decisión de abortar de las mujeres (igualdad de género) y la falta de regulación específica para las adolescentes (la igualdad -o desigualdad- por razón de edad). La Corte mexicana estimó que se trataba de provisiones de la ley que era potestad del legislador definir. Entre otros argumentos, el tribunal apeló a las diferencias entre las mujeres y los varones para desechar el reclamo, ofreciéndonos uno de los pocos párrafos de todas las sentencias examinadas en que se lidió exitosamente con la diferencia en la igualdad. Expresa el Tribunal:

La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer (...) y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto (...) La afectación de la mujer y del hombre es distinta no

⁶⁶ No hubo un franqueo de esos límites por parte del legislador “(...). *En primer lugar*, reconoce la Sala que aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social (...). *En segundo lugar*, se presenta en el caso de la persona no nacida una particular relación de absoluta dependencia con una segunda persona (...) esto acarrea una nueva circunstancia diferenciadora (...) deben tenerse en cuenta, los derechos fundamentales de la madre, cosa que no ocurre en el caso de los homicidios en donde falta esa específica relación con otras personas y sus derechos fundamentales. *En tercer lugar*, cabe agregar a favor de la validez de la diferenciación en la intensidad de la sanción, el hecho de que ella responde, como se indicó, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente no solo de nuestra sociedad sino, en todas aquellas que componen nuestro entorno cultural, como puede apreciarse de la simple revisión de la forma en que otros países latinoamericanos y europeos han legislado sobre el punto, siempre optando por una disminución en la reacción penal del Estado (...) cabe aclarar que, por su naturaleza relativista, resulta evidente que no podría nunca colocarse sobre otros argumentos ni desbancar otros principios que la Sala ha reconocido como fundamento de nuestro ordenamiento y -en particular- no podría privar por sobre el respeto y consideración a la dignidad humana por ejemplo”.

solamente porque (...) hay consecuencias del embarazo no deseado que solo recaen en la mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta. En efecto, la posibilidad futura de abrir un proceso judicial orientado a que cierta persona sea reconocida como padre de un menor, o contribuya económicamente al sostenimiento de sus necesidades es una demasiado incierta e imperfecta para anular la asimetría original que existe entre la posición de la madre y el padre potencial (...).⁶⁷

Conclusión

Los fallos estudiados en este trabajo son episodios de judicialización que integran una disputa más amplia en torno a la regulación del aborto en América Latina. En una región donde el aborto aun es un derecho marginal y antipático para las mayorías —o al menos para la mayoría de los hacedores de políticas—, las cortes han desempeñado en la última década, incluso un tiempo antes, un rol típicamente contramayoritario. Se trata de un proceso de constitucionalización esforzado y rudimentario, con algunos rasgos típicos de su adaptación al trasfondo en el que opera el derecho en la región.

Por un lado, al igual que varios tribunales europeos, las cortes latinoamericanas han efectuado una ponderación de lo que se ha planteado como intereses y derechos en competencia. Por otro lado, los fallos evidencian un abordaje basado en derechos que localiza los argumentos clásicos sobre el aborto en el derecho internacional de los derechos humanos, la obsesiones de la cultura jurídica y católica por la santidad de la vida embrionaria, y un menú cada vez más amplio de derechos.

En ese contexto, la ponderación ejercida por los tribunales de la región ha comenzado a ofrecer un camino para desdramatizar el conflicto jurídico sobre el aborto. Ha surgido así una promesa de moderación, negociación y conciliación ante posiciones que se escenificaban como profundamente antagónicas. Además de sus potenciales bondades y bases filosóficas, el balanceo

⁶⁷ Página 188.

ha sustituido las actitudes categóricas que antes se oponían a la apertura de espacios de permisión; ha dado lugar a una buena esfuerzo de argumentación en las decisiones judiciales; ha inspirado la búsqueda, al menos, de soluciones razonables que reconozcan y optimicen los derechos e intereses en juego, ofreciendo una alternativa al juego de todo o nada. Aunque algunas de estas expectativas parecen, en algún sentido, haberse cumplido en el desarrollo del discurso judicial de los fallos estudiados, también es cierto que los ejercicios de ponderación de los tribunales fueron bastante defectuosos e incompletos. Entre los déficits más importantes mostrados por la puesta en marcha de la ponderación cabe resaltar, en primer lugar, las dificultades de los jueces para examinar críticamente la idoneidad de la herramienta penal. Lejos de identificar la persistente ineficacia del recurso al derecho penal, los tribunales naturalizaron su presencia en la regulación del aborto. De hecho, la adjudicación constitucional ha sido planteada en términos del alcance de las causales/excepciones que justifican no aplicar el castigo penal pero no se ha discutido seriamente la opción por el abandono del recurso punitivo.

Un segundo déficit en la ponderación judicial en la región es la incapacidad manifiesta de las cortes para atender y juzgar la afectación que un embarazo no deseado puede provocar en las mujeres. Como se ilustró en la sección sobre los argumentos basados en derechos, aun hoy se hace extremadamente difícil que los jueces identifiquen, nombren, el impacto de un embarazo no querido en la autonomía de las mujeres y un daño a la obligación de igual trato en la diferencia por parte de los Estados. Esta incapacidad evaluativa también puede observarse en el discurso de otras cortes alrededor del mundo, y se conecta con los persistentes estereotipos acerca de la mujer-madre, la sacralización de la maternidad y la denigración de las experiencias de las mujeres.

Si bien los casos estudiados no representan la última palabra o un acuerdo definitivo en el debate constitucional sobre el aborto, constituyen aportes de envergadura para la definición de políticas públicas sobre el tema que han ampliado las vías de acceso a situaciones de aborto legal. El impacto de cada una de las sentencias examinadas ha diferido según cuanto confirmaron o modificaron la regulación del aborto vigente al momento de la decisión. En los casos de Argentina y México, las decisiones contribuyeron a consolidar procesos de liberalización abiertos antes por la introducción de nueva legislación con plazos o el desarrollo de un giro procedimental hacia la garantía de servicios de aborto legal. En otros casos, es más claro que los fallos trajeron aparejado un cambio constitucional significativo, como en Colombia, donde al crear las indicaciones sirvieron para inaugurar una nueva política de aborto legal. En el contexto de Bolivia,

en cambio, es más probable que el aporte fuera intermedio: si bien el tribunal no introdujo nuevas causales, eliminó requisitos onerosos para la obtención de abortos en situaciones de violencia sexual. Finalmente, en El Salvador y Costa Rica los tribunales contribuyeron más bien a reforzar un ambiente restrictivo, aunque moderando los discursos previos al reconocer el conflicto de derechos.

Referencias bibliográficas

Ahman, Elisabeth y Iqbal H. Shah, “New estimates and trends regarding unsafe abortion mortality”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* (2011), 115:121–126.

Ahman, Elisabeth y Iqbal H. Shah, *Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008* (Ginebra: World Health Organization, 2011).

Bergallo, Paola, “The Struggle Against Informal Rules on Abortion”, en Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman, y Bernard M. Dickens, *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies* (Filadelfia: Penn University Press, 2014).

Cabal, Luisa, Mónica Roa, y Julieta Lemaitre, *Cuerpo y Derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina* (Bogotá, Colombia: Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Publicas, 2001).

Hoffman Williams, Susan. *Constituting equality: Gender equality and comparative constitutional rights* (Nueva York: Cambridge University Press, 2009).

Jaramillo Sierra, Isabel y Tatiana Alfonso Sierra. *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008).

Madrazo Lajous, Alejandro, “Narratives of Prenatal Personhood in Abortion Law”, en *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies* (Filadelfia: Penn University Press, 2014).

Pou Jiménez, Francisca. “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, *Anuario de Derechos Humanos* (2009), 5: 137-152.

Rosenfeld, Michel y Andras Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press 2012).

Siegel, Reva. “Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates Over Abortion and Same-Sex Marriage”, en Yale Law School, *Public Law Working Paper* No. 259, I•CON 10 (2012), 355-379.

Siegel, Reva. “The Constitutionalization of Abortion”, en Michel Rosenfeld y Andras Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press 2012).

Undurraga, Verónica, ‘Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law’, en Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman, y Bernard M. Dickens, *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies* (Filadelfia: Penn University Press, 2014).

Zegers-Hochschild, Fernando, Bernard Dickens y Sandra Dughman-Manzur. “Human Rights to In Vitro Fertilization”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 123 (2013): 86–89.