

Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría
Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en
Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)
Papers

1-1-2011

Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo

Veronica Undurraga

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation

Undurraga, Veronica, "Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo" (2011). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 93.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/93

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo

Verónica Undurraga

Introducción

Este trabajo busca compartir algunas reflexiones nacidas del estudio de sentencias judiciales que se pronuncian sobre la constitucionalidad de leyes sobre aborto.¹ Muchas de estas sentencias declaran que hay situaciones en que no es posible obligar a una mujer, mediante la amenaza de la sanción penal, a mantener un embarazo (a este argumento lo llamaré “el argumento de la inexigibilidad”). Esta coincidencia, que desde un punto de vista es simplemente la prevalencia del sentido común o la aplicación de un estándar básico de justicia, se torna interesante como foco de investigación si se considera los muy distintos contextos culturales e institucionales en que se producen estas decisiones judiciales y los diferentes enmarques y concepciones sobre derechos que se utilizan en los fallos.

¹ Aunque el grupo de sentencias que inspiraron mis reflexiones es más amplio, en este paper cito o me refiero tangencialmente a las siguientes: CORTE SUPREMA. ESTADOS UNIDOS. Sentencia Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); CORTE SUPREMA. ESTADOS UNIDOS. Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey. Sentencia de 29 de junio de 1992, 505 U.S. 833 (1992); CORTE SUPREMA. IRLANDA. The Attorney General v. X. and Others. [En línea] 1992, No. 846P. <[http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/\(WebFiles\)/B95A1F8B726975F18025765E003C2C6E/\\$FILE/AG%20v%20X_1992.rtf](http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/B95A1F8B726975F18025765E003C2C6E/$FILE/AG%20v%20X_1992.rtf)> [Consulta: 20 de noviembre de 2010]; CORTE SUPREMA. MÉXICO, 28.08.2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. CORTE SUPREMA; COSTA RICA. 17 de marzo de 2004, San José, Costa Rica. Res 2004 – 02792; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ESPAÑA. Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 25 de febrero de 1975. 39 BVerfGE I (1975) (basándome en la traducción en: JONAS, Robert E. y GORBY, John D. West German abortion decisión: a contrast to Roe v. Wade. John Marshall Journal of Practice and Procedure. 9(3):605-684, 1976.) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. BVerfG, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993. [En línea] Bundesverfassungsgericht, english versión. <http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html> [Consulta: 23 de noviembre de 2010]. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CHILE. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008 (este es un caso sobre anticoncepción de emergencia, en que el tribunal atribuye a este medicamento un posible efecto abortivo); TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Marzo de 2010, Acórdão nº 75/2010, Diário da República, 2.ª série – N.º 60-26. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>> [Consulta: 27 de septiembre de 2010]; CORTE CONSTITUCIONAL. COLOMBIA. Sentencia C-355/2006 de 10 de mayo de 2006.

El argumento de inexigibilidad, presente en estas sentencias, varía en tres aspectos: en su extensión, su lugar y su forma.

Por *extensión*, me refiero a cuán restrictivamente o ampliamente usa la corte el argumento. Por ejemplo, la Corte Suprema de Costa Rica aplica la inexigibilidad al aborto terapéutico en caso de peligro para la salud de la mujer embarazada, mientras que la Corte Constitucional de Colombia, lo aplica además en casos de violación, incesto, inseminación artificial no consentida, y cuando el feto tiene serias malformaciones y la Corte Suprema de Estados Unidos lo extiende a cualquier aborto que se realice durante el primer trimestre del embarazo.

Por *lugar*, me refiero a cómo el argumento se aplica en dos posibles escenarios judiciales inversos. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia debió responder a la pregunta si la penalización del aborto en determinadas circunstancias violaba derechos constitucionales de la mujer, mientras que el Tribunal Constitucional Portugués debió responder si la despenalización del aborto durante las primeras semanas de embarazo violaba la protección constitucional de la vida prenatal.

Por *forma*, quiero decir la manera que usa la corte para justificar el argumento de la inexigibilidad. La forma va a variar de acuerdo a las diferentes concepciones que las cortes tengan de los derechos (si éstos son concebidos sólo como derechos negativos o también como derechos positivos, por ejemplo), según si la constitución respectiva protege solo derechos o también valores o bienes constitucionales, y de acuerdo a la aproximación que las cortes tengan respecto a la resolución de conflictos entre intereses constitucionales (categórica o de ponderación).

Sin perjuicio de la variación que se da en la extensión, lugar y forma en que se presenta el argumento de la inexigibilidad, puede identificarse una línea de sentencias, que incluye las dos sentencias alemanas de 1975 y 1993, la sentencia española de 1985, la sentencia colombiana de 2006 y la sentencia portuguesa de 2010, en que paulatinamente el argumento comienza a acomodarse dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad. Mi predicción es que este grupo de sentencias va a marcar la pauta de cómo podrían los jueces de América Latina enfrentar futuras acciones de constitucionalidad referidas a las legislaciones penales sobre aborto de sus respectivos países.

El *paper* indaga sobre las posibilidades de trabajar el argumento de la inexigibilidad en la región y sobre las eventuales ventajas y dificultades que podría ofrecer la aplicación del principio de proporcionalidad para plantear el argumento. El tema es relevante porque la mayor parte de los

países latinoamericanos tiene regímenes de aborto muy estrictos, que penalizan la interrupción del embarazo en toda circunstancia o bien contemplan excepciones limitadas.² Los tribunales de la región con jurisdicción constitucional han comenzado a enfrentar y seguirán haciéndolo en forma creciente, la necesidad de realizar exámenes de constitucionalidad a leyes de aborto, ya sea en impugnaciones que inicien defensoras/es de derechos humanos de las mujeres contra las legislaciones penales sobre aborto de los países latinoamericanos (como sucedió en el caso de Colombia), o bien recursos de inconstitucionalidad que interpongan los grupos llamados “pro-vida” contra proyectos de ley o leyes que despenalicen el aborto en ciertas circunstancias (como sucedió en el caso de México) y no parecen estar bien preparados para decidir sobre estas demandas.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera parte, me refiero a algunos de los argumentos jurídicos que se ofrecen a favor de la penalización del aborto en América Latina. También identifiqué algunas creencias y complicaciones morales que creo que influyen en que los jueces latinoamericanos tengan reticencias a aceptar la despenalización del aborto, así como problemas que complican el razonamiento de los tribunales en estos casos. Estas creencias, complicaciones y problemas aparecen solamente implícitos o en forma soterrada en las sentencias, a pesar de que a veces pueden ser más determinantes en la decisión de los casos que los argumentos explícitos. En la segunda parte, analizo brevemente los modelos comparados a los que miraría un tribunal latinoamericano que está dispuesto a aceptar el argumento de la inexigibilidad y explico por qué creo que la línea jurisprudencial de las sentencias alemanas/española/colombiana y portuguesa puede resultar para el tribunal más atractiva que la línea jurisprudencial alternativa que proponen los casos Roe y Casey. Me refiero también a algunas preguntas y desafíos que plantea la línea jurisprudencial europea/colombiana. En la tercera parte, desarrollo las líneas generales de un

² Los países que tienen el aborto prohibido en toda circunstancia o sólo contemplan la excepción terapéutica para preservar la vida de la mujer son: Chile, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Venezuela. Adicionalmente a la indicación terapéutica por peligro de muerte aceptan también el aborto en casos de peligro para la salud física de la mujer, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay. Además de estos casos, acepta la indicación terapéutica para preservar la salud mental de la mujer, Colombia. Brasil, Panamá, Bolivia, Ecuador y Uruguay tienen excepciones en caso de violación (en algunos casos también de incesto y en otros solo de violación restringida a mujeres con discapacidad mental). Panamá y Colombia admiten el aborto en caso de impedimento fetal. Cuba y el Distrito Federal de México tienen el aborto despenalizado durante las primeras semanas del embarazo. Fuente: Center for Reproductive Rights, Fact Sheet: The World’s Abortion Laws, 2009 (información corregida por la autora tomando en cuenta reformas posteriores la fecha de publicación de este documento).

posible relato judicial que podrían adoptar los tribunales latinoamericanos, siguiendo la línea jurisprudencial inaugurada por el Tribunal Constitucional alemán, que incorpora el argumento de la inexigibilidad aplicando el principio de proporcionalidad.

Primera parte

1. El argumento explícito: el feto como titular del derecho constitucional a la vida

La defensa de la penalización estricta del aborto se asocia en la práctica con el reconocimiento de un derecho a la vida del feto a partir del momento de la concepción. Este derecho se sustenta en argumentos naturalistas, en una vertiente biológica (el feto es un individuo vivo de la especie *homo sapiens*) y otra filosófica (el feto es una persona moral, en palabras de Boecio “una sustancia individual de naturaleza racional”), y también en un argumento pragmático que consiste en afirmar que el otorgamiento de un status de derecho subjetivo a la vida del feto, en los mismos términos que a las personas nacidas, es la única manera de asegurar su protección máxima, al impedir que las personas nacidas decidamos arbitrariamente sobre los momentos y condiciones en que reconocerle la humanidad al feto. De esta forma se aseguraría el pleno reconocimiento de la dignidad del feto como persona humana.

Los defensores de esta postura agregan que el derecho a la vida tiene prioridad sobre otros derechos, ya sea porque tiene una jerarquía mayor o bien porque es el sustrato necesario para la existencia de otros derechos. Deducen de estas afirmaciones que no corresponde hacer un ejercicio de ponderación entre el derecho a la vida del feto y otros derechos o intereses jurídicos, o que, de hacerse, siempre debe primar el derecho a la vida del feto.

2. Complicaciones morales: vida y *trade offs*

Incluso para jueces que generalmente creen que los derechos no pueden ser absolutos, es difícil no darle prioridad absoluta a la vida cuando entra en colisión con otros derechos. Esto es así porque la vida, a diferencia de otros derechos, no admite gradaciones. En el contexto del aborto

esto puede hacer que los jueces perciban que hay pocas posibilidades de acomodar intereses en conflicto, porque no se puede restringir la vida del no nacido sólo un poco, mientras que sí se pueden restringir los derechos de las mujeres en forma parcial.

Más aún, algunas constituciones como la chilena, siguiendo el modelo alemán, tienen cláusulas que prohíben que se afecte el “núcleo” del derecho o su “contenido esencial.” Cualquier restricción al derecho a la vida constituiría una afectación inconstitucional bajo este requisito, porque toda restricción va a eliminar el contenido completo del derecho. Este tipo de cláusulas, a menos que se interpreten en forma menos literal, hacen que el derecho se trate como absoluto.

Sin embargo, un aspecto que me parece contradictorio con este discurso de la protección a ultranza de la vida prenatal, es que a pesar de ser contundente la evidencia de que la penalización no incide en bajar las tasas de aborto, sino solamente en desterrar la práctica a la clandestinidad³, siga justificándose en las sentencias judiciales y por la doctrina la penalización con el argumento de la protección de la vida prenatal como un derecho constitucional del feto. La defensa de la penalización, en estas circunstancias, se transforma en la defensa del derecho a la vida de aquellos fetos que morirían bajo un régimen de aborto legal, pero no parece extenderse a la defensa de los fetos que actualmente mueren como consecuencia de abortos ilegales. Si el interés jurídico que se dice proteger con la penalización del aborto es la vida de los fetos como sujetos de derecho ¿por qué puede ser más aceptable que mueran 100.000 fetos como consecuencia de abortos clandestinos a que mueran los mismos 100.000 fetos en abortos legales? Si la motivación principal fuera la protección de la vida prenatal, habría que deducir que hay implícita una valoración distinta de la vida del feto muerto por un aborto “antijurídico”, que por la vida de un feto muerto de acuerdo al derecho. Como ésta no es una explicación coherente con ese discurso, es necesario indagar qué otras consideraciones están influyendo en las personas que defienden la penalización del aborto.

³ GRIMES, David A. et al. Unsafe abortion: the preventable pandemic. The Lancet. 368(9550):1908-1919, 25 de noviembre de 2006; World Health Organization, Journal Paper, Sexual and Reproductive Health 4, 2005. ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide. [En línea] Abortion, Reports, junio, 1999,. <<http://www.guttmacher.org/pubs/sharing.pdf>> [Consulta: 30 de agosto de 2010]. ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. Facts on induced abortion worldwide. [En línea] Abortion, Fact Sheets, octubre, 2009. <http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html> [Consulta: 9 de septiembre de 2010]; MARSTON, Cicely y CLELAND, John. Relationships Between Contraception and Abortion: A Review of the Evidence. International Family Planning Perspectives 29(1):6-13, marzo, 2003; SEDGH, Gilda et al. Induced Abortion: estimated rates and trends worldwide. The Lancet. 370(9595):1338-1345, 13 de octubre de 2007; BERER, Marge. National laws and unsafe abortion: the parameters of change. Reproductive Health Matters 12:1-8, 2004.

Un primer aspecto que creo que tiene un peso importante en la conciencia de los jueces “pro vida” dice relación con la forma en que hablamos de la vida humana. En el discurso común la vida se trata en términos absolutos. Por ejemplo, cuando ocurre una tragedia natural, escuchamos a nuestros políticos repetir que ningún esfuerzo o gasto es demasiado cuando se trata de salvar vidas humanas. La vida es inconmensurable.

Sin embargo, es difícil hacer sentido de este discurso cuando lo enfrentamos a nuestras prácticas. Aunque lo declaremos, es simplemente falso que tratemos la vida como un valor inconmensurable. El problema es que no tenemos un discurso común para justificar esa realidad. Celebramos la noticia de que se aumente el límite de velocidad en las carreteras aunque sepamos que más personas morirán a consecuencia de esa decisión. Y aunque prohibimos la anticoncepción de emergencia porque no se ha descartado el riesgo de que el medicamento impida la implantación del óvulo fecundado en el útero, al mismo tiempo aceptamos pasivamente la muerte de miles de embriones durante la aplicación de técnicas de fertilización asistida.

Si vivimos en una relativa paz con nuestras prácticas contradictorias, no se debe a que tengamos una teoría moral que las justifique, sino a que hacemos el ejercicio que Paul Kahn llama de “separación acústica”, que consiste en que escuchamos una forma de discurso a la vez. Si nuestros compromisos se muestran incompatibles en algún momento, en vez de abandonar alguno de ellos, los mantenemos cada uno en su lugar y convivimos con ellos en forma separada, en vez de confrontarlos.⁴

La evidente incongruencia de nuestro discurso y prácticas me hizo preguntarme sobre qué nos hace tratar la vida de una u otra manera. A veces como inconmensurable y otras veces como objeto de *trade-offs* con otros valores. En el contexto del aborto, por lo menos, me parece que hay dos factores que parecen relevantes.

El primero es el grado de concreción con que imaginamos al feto. Si visualizamos imaginariamente a un feto individual tenemos más posibilidades de tratar su vida como inconmensurable, mientras que la vida del “feto estadístico” es más probable que se trate como conmensurable y su valor esté afecto a ser ponderado con el valor que se asigne a otros intereses.

⁴ KAHN, Paul W. Controlando la violencia: separación acústica, conmemoraciones y chivos expiatorios. [En línea] SELA 2007: Law and Culture. San Juan, Puerto Rico, 12 a 15 de junio de 2007, p.2 <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/PaulKahn_Spanish_.pdf> [Consulta: 3 de octubre de 2010].

El segundo es el grado de intervención del estado en la decisión sobre el destino del feto. Una de las razones que pueden explicar por qué los jueces se sienten incómodos cuando tienen que declarar constitucional una ley que despenaliza el aborto es que, al realizar esta declaración, se ven a sí mismos como haciéndose parte de una decisión que acarreará la muerte de fetos, lo que no sucede cuando declaran constitucional una ley que prohíbe penalmente el aborto.

El feto bajo un régimen de penalización del aborto es un feto estadístico y no hay un involucramiento del estado en la muerte de los fetos que son abortados ilegalmente. El conocimiento que los jueces u otros funcionarios estatales puedan tener sobre el número de abortos ilegales que ocurren cuando el aborto es penalizado, siempre se refiere a fetos estadísticos cuya existencia concreta no estaba en conocimiento del estado (al menos no antes de que el aborto se realice). En estos abortos es la mujer y sus cómplices los que se ven envueltos en abortos ilegales; el estado no juega ningún papel en ellos.

Por el contrario, las políticas preventivas, cuando incluyen consejería, obligación de informar o calificación oficial sobre el cumplimiento de indicaciones para los casos que los abortos están excepcionalmente permitidos, no solo identifican a las mujeres que abortan, de manera que los fetos se transforman en fetos concretos, sino que también suponen que el estado tenga conocimiento de que un feto cuya existencia conoce va a ser abortado y no haga nada para evitar que ese aborto ocurra, o aún más, que de hecho contribuya al aborto al proveer a la mujer con la autorización necesaria o las habilitaciones para acceder al procedimiento.

Una preocupación relacionada de los jueces puede tener que ver con que se respete la dignidad de los fetos individuales. Usaré un ejemplo para explicar esto.

El Tribunal Constitucional alemán fue requerido en dos ocasiones para que revisara la constitucionalidad de leyes que reemplazarían la penalización del aborto durante el primer periodo del embarazo por un régimen preventivo que el legislador consideró que sería más efectivo en disminuir las tasas de aborto existentes. En su sentencia de 1993, el tribunal señaló que *“el deber de proteger la vida no nacida se refiere a una vida individual, no a la vida humana en general.”*⁵ Y en la misma línea, en su sentencia de 1973 dijo que *“el sopesar en masa unas vidas*

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. BVerfG, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993. [En línea] Bundesverfassungsgericht, english versión. <http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html> [Consulta: 23 de noviembre de 2010].

*contra otras vidas para permitir la destrucción de un número supuestamente menor de vidas y conservar un número supuestamente mayor de ellas no es compatible con la obligación de proteger individualmente cada determinada vida en concreto.”*⁶

La preocupación subyacente del tribunal alemán, como aparece en estas citas, es el supuesto carácter utilitarista de las políticas preventivas contra el aborto. Una ley que trata sobre las pérdidas y ganancias de vidas de manera agregada (“en masa”) no sería respetuosa de la ética deontológica sobre la cual se fundan los derechos humanos.

Lo que me interesa señalar aquí, es que aquellos que comparten esta preocupación del tribunal alemán, ven los intentos de despenalización como un abandono de un régimen que ellos asumen sí es respetuoso de una ética deontológica basada en derechos y como la aceptación de una lógica utilitarista que puede violar los derechos y la dignidad humana de los fetos.

En este caso, el tribunal está diciendo que incluso si se pudieran salvar más fetos mediante la legalización del aborto no puede hacerse porque es moralmente incorrecto sacrificar algunos fetos para salvar a otros. El tribunal está aplicando una teoría ética deontológica basada en derechos, centrada en los derechos de las víctimas.

Creo que el tribunal alemán y quienes comparten sus aprensiones están equivocados cuando dicen que las políticas preventivas son incompatibles con el respeto de derechos constitucionales en razón de su supuesto carácter utilitarista. Me parece que están equivocados porque los regímenes preventivos del aborto no necesitan el sacrificio de los fetos que se abortan legalmente bajo ellos, para tener éxito en salvar a un mayor número de fetos que de otra manera serían abortados bajo un régimen de penalización. Si los requisitos de consejería, la información o períodos de espera hacen que las mujeres decidan continuar sus embarazos, el régimen preventivo será *más* efectivo y no menos efectivo. La analogía que debe aplicarse no es la del hombre sano que llega a un hospital y es asesinado para usar sus órganos y así salvar la vida de

⁶ “El sopesar en masa unas vidas contra otras vidas para permitir la destrucción de un número supuestamente menor de vidas y conservar un número supuestamente mayor de ellas no es compatible con la obligación de proteger individualmente cada determinada vida en concreto.” *“The weighing in bulk of life against life which leads to the allowance of the destruction of a supposedly smaller number in the interest of the preservation of an allegedly larger number is not reconcilable with the obligation of an individual protection of each single concrete life”*. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 25 de febrero de 1975. Traducción en: JONAS, Robert E. y GORBY, John D. West German abortion decisión: a contrast to Roe v. Wade. John Marshall Journal of Practice and Procedure. 9(3):605-684, 1976, sección D.II.2.b), pp. 655.

otros 5 pacientes. El caso de los regímenes preventivos es más parecido al del trolley desbocado en que el conductor va a matar a 5 personas a menos que decida desviarlo por un riel lateral en el que hay 1 trabajador que morirá atropellado. Las muertes de estas 5 personas no son necesarias para salvar al trabajador, porque si el trabajador no hubiera estado en el riel lateral las 5 personas que no fueron atropelladas en el riel principal gracias al desvío, se hubieran igualmente salvado.

El tribunal alemán incurrió en dos razonamientos falaces que lo llevaron a adoptar la idea equivocada de que las políticas preventivas son utilitaristas y no respetan los derechos y que la penalización respeta las restricciones deontológicas derivadas del respeto a los derechos.

En primer lugar, dedujo de su afirmación de que los regímenes preventivos son utilitaristas, que la penalización, que es el régimen alternativo a los preventivos está fundado en una ética deontológica y que por esa razón es moralmente aceptable. Incluso si fuera cierto que los regímenes preventivos son utilitaristas (que no es el caso), hay un *non-sequitur* en este razonamiento. Simplemente no puede derivarse de esa afirmación que la penalización sea respetuosa de los derechos. Esto lo captó el voto de minoría de los jueces Rupp-von Brunneck y Simon a la sentencia alemana de 1973, que criticó a la mayoría diciendo que al obligar al legislador a mantener la penalización deja sin protección aquella vida prenatal que hubiera sido preservada con la despenalización y mediante una adecuada consejería.⁷

⁷ “La decisión del legislador de prescindir de sanciones penales que podrían posiblemente evitar abortos en un número probablemente pequeño de casos, concebiblemente para salvar otras vidas en un número mayor de casos, no puede dejarse de lado sólo con la observación que se trataría de sopesar “unas vidas contra otras vidas”, lo que sería incompatible con el deber constitucional de proteger cada vida individual no nacida. Al dar este argumento, el voto de mayoría cierra su criterio, de manera difícil de entender, frente al hecho que está haciendo lo mismo que reprocha al legislador. En efecto, el voto de mayoría, por razones constitucionales, hace responsable al legislador al exigirle, mediante un requerimiento, mantener la disposición penal, y dejar sin protección aquella vida no nacida que podría conservarse si se derogara la sanción penal y se contara con una consejería adecuada.” *“The legislature’s decision to forgo penal sanctions which could possibly prevent abortions in a probable small number of cases, conceivably to save other life in a greater number of cases, cannot be dismissed with the comment that it would be a “lump sum weighing of life against life,” which would be incompatible with the constitutional duty of protection of each individual unborn life. With this argumentation the majority closes its mind in a manner difficult to understand to the fact that it is itself doing that for which it reproaches the legislature. This is so because the majority requires, for its part, for constitutional reasons an accounting from the legislature by compelling it through a requirement to retain the penal provision to leave such unborn life without protection, which could be preserved by the repeal of the penal sanction and through suitable counseling.”* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 25 de febrero de 1975. 39 BVerfGE I (1975), opinión disidente de los jueces Rupp von Brünneck y Simon, Op. Cit., sección B. I.4.b), p. 679.

El segundo error en el razonamiento del tribunal alemán se explica por el hecho que la penalización puede ser vista como respetuosa de una ética deontológica basada en otro tipo de teoría deontológica, esta vez no centrada en la víctima (no basada en derechos) sino basada en la corrección de la intención o de la acción del agente. Bajo la aplicación de algunas de estas teorías deontológicas hacer el mal es peor que permitir que éste suceda, y se puede aceptar que algo malo suceda como resultado de nuestra acción si nuestra intención era buena, a veces incluso en casos en que se podía prever que la consecuencia negativa ocurriría. Un mayor involucramiento con el acto de abortar, como el previsto en el modelo de consejería es visto como peor que simplemente saber, en general, que hay abortos teniendo lugar en alguna parte.

¿Cuál es el problema con este argumento en el contexto de la revisión de la constitucionalidad de la legislación sobre aborto? El problema es que la virtud del agente del estado es un interés muy distinto del interés de proteger la vida prenatal, por lo que el tribunal necesitaría corregirse y reconocer que la despenalización es problemática no porque desprotege al feto, sino porque involucra al estado en actos que se consideran contrarios a una particular concepción moral. Y la protección de concepciones morales puede no ser un objetivo legítimo para el estado, o al menos no ser tan apremiante como la protección de la vida.

¿Qué luces arroja esta discusión sobre la aparente indiferencia de las personas “pro vida” hacia la muerte de los fetos que son ilegalmente abortados?

Creo que muestra cómo preocupaciones que tienen su fuente en posturas éticas que dicen relación con la corrección o virtud del agente se confunden o disfrazan como argumentos basados en derechos. En las sentencias de constitucionalidad, la argumentación judicial a favor de la penalización siempre se elabora a partir de los derechos del feto. Sin embargo, sugiero que la razón subyacente de los jueces puede tener más que ver con una preocupación por mantener la virtud del agente, y específicamente por evitar sentirse involucrados como cómplices en un acto que mancha esta virtud. Esto no es extraño, considerando que las objeciones a la despenalización normalmente provienen de jueces católicos, y que la doctrina católica la preocupación central es la virtud del agente que no debe involucrarse en un acto que es incorrecto (la doctrina católica no es una doctrina basada en derechos, sino en una concepción del bien).

Un tema distinto, aunque relacionado, lo plantea la discusión sobre si el feto es o no persona. Es típico de las personas “pro-vida” insistir en que los fetos son personas y no cosas y muchos

tribunales creen que definiendo este problema de categorización se define la cuestión de la constitucionalidad del aborto. Sin embargo, ése es un acercamiento muy simplista al dilema de fondo. Porque prácticamente nadie cree que el feto es equivalente a una cosa y si llegáramos a ponernos de acuerdo en que el feto es tan persona como el resto de los seres humanos nacidos, aún quedaría pendiente la pregunta de si nuestro compromiso por la preservación de su vida es tan fuerte como el que mostramos en el caso de los sobrevivientes de las tragedias o tan débil como el que usamos frente a las víctimas de accidentes carreteros, o se encuentra en algún punto intermedio entre esos dos extremos.

David Strauss señala que nuestras teorías morales son deficientes para tratar los casos difíciles, como los que plantean los fetos o las personas que viven en un estado de inconsciencia permanente.⁸ En mi opinión, el problema no se circunscribe a algunos casos difíciles (y por eso no se soluciona tratando de presentar el caso difícil como un caso fácil diciendo, por ejemplo, que el feto es persona o, por el contrario, que no es persona). La diferencia entre los casos difíciles y los fáciles es que los difíciles lo son porque en ellos no podemos aplicar la separación acústica. No sabemos cuál es el discurso moral apropiado al cual apelar. Pero ese momento de duda solo pone en evidencia la deficiencia de nuestras teorías morales *en general* para dar razón del conjunto de nuestras prácticas morales y no solamente para hacerse cargo de algunos casos excepcionales.

¿Qué importancia tienen estas reflexiones para efectos de este *paper*? Me parece que nos permiten entender que afirmar que el feto tiene derecho a la vida es inconsistente con escoger una regulación sobre aborto que no refleje una preocupación similar por la protección de los fetos que se abortan legalmente que por la de los fetos que se abortan en la ilegalidad. Me parece también que deja a los partidarios de la penalización estricta del aborto en una encrucijada: o intentan explicar cómo esa postura se compatibiliza con un discurso basado en los derechos del feto o asumen que adoptar el régimen de penalización, igual que adoptar los regímenes preventivos, supone que el estado acepte la muerte de algunos fetos como un elemento ineludible del régimen.

3. Las representaciones de los jueces sobre el embarazo

⁸ STRAUSS, David A. Abortion, toleration and moral uncertainty. *The Supreme Court Review*, 1992. p. 8.

En la mayoría de las decisiones constitucionales sobre aborto hay un reconocimiento del carácter “sui generis” de la situación de la mujer embarazada. El Tribunal Constitucional alemán lo llama “duplicidad en unidad.” Esta situación se transforma en una complicación para el derecho porque es un caso único en que el conflicto de intereses involucra a un supuesto titular de derechos que vive dentro del cuerpo de otro titular de derechos.

Este reconocimiento da origen a respuestas muy diferentes y a veces incluso contradictorias de parte de los tribunales. Estoy convencida de que estas diferentes representaciones que los jueces se hacen del embarazo son un factor decisivo en la decisión judicial.

a. El derecho en ocasiones ha fundado en la vinculación biológica de la mujer con el nasciturus, la justificación del deber especial o reforzado de protección que recaería sobre la mujer embarazada respecto del feto. Esta idea está presente, por ejemplo, en la primera sentencia alemana sobre aborto, cuando el Tribunal Constitucional llama a no olvidar que *la vida en desarrollo ha sido confiada por la naturaleza en primer lugar a la protección de la madre*, siendo la principal labor del estado tratar de despertar o fortalecer esa responsabilidad materna.⁹

Esta es una noción controvertida, sin embargo. La posición más clara en contra fue expuesta por la jueza O'Connor, en Casey. En su opinión no es legítimo establecer deberes especiales para la mujer en razón del hecho natural de que las mujeres sean las que se embarazan, ni de visiones históricas o culturales que han surgido basadas en esa realidad biológica y que han atribuido a la mujer un rol maternal. Es la mujer la que se define a sí misma en ejercicio de su autonomía:

La madre que lleva el niño a término está afecta a ansiedades, limitaciones físicas y dolores que sólo ella sufre. Que estos sacrificios hayan sido desde el comienzo de la raza humana soportados por la mujer con un orgullo que la ennoblece a los ojos de los demás y entrega al niño un vínculo de amor, no puede ser el único fundamento para que el estado insista sin más, sobre su propia visión del rol de la mujer, por muy dominante que esa visión haya sido en el curso de nuestra historia y nuestra cultura. El destino de la mujer debe ser forjado en gran medida por su propia concepción de sus imperativos espirituales y de su lugar en la sociedad.¹⁰

b. Un segundo aspecto interesante respecto de cómo el derecho evalúa y reacciona frente a la situación de la mujer embarazada, tiene que ver con el poder que la mujer naturalmente tiene

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 25 de febrero de 1975. Op. cit., p. 644.

¹⁰ CORTE SUPREMA. ESTADOS UNIDOS. Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey. Op. cit. Opinión de la jueza O'Connor.

frente al nasciturus, en la medida que el feto depende de la voluntad de ella para mantenerse con vida.

El Tribunal Constitucional alemán admite que la capacidad de influencia del derecho para convencer a la mujer para que ejerza su responsabilidad materna es muy limitada. Esta constatación lleva al tribunal a aceptar la opción legislativa de adoptar un régimen de protección de la vida no nacida que prioriza los esfuerzos por trabajar *con* las mujeres embarazadas, intentando convencerlas de llevar adelante sus embarazos, con apoyo concreto y fortaleciendo su sentido de responsabilidad. Otra estrategia –la represión penal- haría que la protección estatal al *nasciturus* fuera poco efectiva, porque los embarazos no pueden ser conocidos por el estado (no son visibles y las mujeres tienen la posibilidad de ocultarlos) precisamente durante las semanas en que se realizan la gran mayoría de los abortos:

[E]l derecho constitucional no se opone a la decisión del legislador de optar por un concepto de protección que se base en el supuesto –al menos en la primera etapa del embarazo- de que la protección efectiva de la vida no nacida sólo es posible con la colaboración de la madre. Solo ella y aquellos a quienes ella haya informado conocen en este estado del embarazo acerca de la nueva vida que todavía pertenece solo a la mujer y es totalmente dependiente de ella. El secretismo en relación al no nacido, la vulnerabilidad y dependencia de éste y su vínculo único con su madre parecerían justificar la idea de que las posibilidades del estado de protegerlo son mayores si trabaja en conjunto con la madre.¹¹

En notoria oposición con esta reacción del tribunal alemán, que adapta la respuesta jurídica en forma tal que reconoce y asume el poder de la mujer embarazada que controla el vínculo con el ser que lleva en su vientre, está la representación del embarazo que se hace en la siguiente cita del voto minoritario de Monroy Cabra y Escobar Gil a la sentencia colombiana sobre aborto del año 2006. Aquí a la mujer se le desconoce todo poder y posibilidad de ejercer responsabilidad frente al nasciturus. El recurso retórico es muy interesante en la forma en que se presenta la relación entre la mujer y el nasciturus. Éste aparece como el ser vivo (la mujer se asocia con objetos), y el vínculo es circunstancial, reemplazable y meramente utilitario:

¹¹ “[C]onstitutional law does not object to the legislature’s choice of a protection concept which is based on the assumption –at least in the early phase of pregnancy- that effective protection of unborn human life is only possible with the support of the mother. Only she and those initiated by her know at this stage of the pregnancy about the new life which still belongs to her alone and which is fully dependent on her. The secrecy pertaining to the unborn, its helplessness and dependence and its unique link to its mother would appear to justify the view that the state’s chances of protecting it are better if it works together with the mother.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. Op. cit., párrafo 183.

La sentencia de la cual nos apartamos parece confundir esta independencia ontológica del nasciturus con la dependencia ambiental que el mismo puede presentar en ciertas circunstancias respecto de su madre, de otra mujer, o de algún ambiente artificial creado por el hombre. En efecto, dado que ampliamente se ha comprobado empíricamente la posibilidad de que la vida humana inicie por fuera del vientre materno (fertilización in Vitro) y que se desarrolle parcialmente en ambientes artificiales, como por ejemplo una incubadora, o en cuerpos femeninos distintos de su madre genética, forzoso es concluir que si bien puede darse una cierta dependencia del embrión respecto de la madre, no se trata más que de una dependencia ambiental que en nada difiere de la que tienen los ya nacidos respecto de la atmósfera o del alimento.¹²

Esta cita pertenece a jueces que defendieron la constitucionalidad de la penalización total del aborto. El énfasis en la separación del nasciturus de la mujer y el total desprendimiento afectivo entre los dos, sirve para reforzar la idea de que la mujer no tiene ningún papel que cumplir en la definición del destino del nasciturus (el estado no necesita trabajar *con* la mujer para proteger al no nacido, puede obligarla) y además refuerza la analogía entre el aborto y el homicidio, con víctimas y victimarios ajenos, desvinculados. El vínculo entre la mujer y el nasciturus, bajo esta mirada, es una fuente de peligro para la protección de este último y, por lo mismo, su importancia debe ser minimizada.

El Tribunal Constitucional de Portugal, por el contrario, enfatiza el aspecto unitario del vínculo de la mujer con el nasciturus, rechazando la separación entre autor y víctima:

El carácter singular del conflicto y de la fuente de peligro de lesión explica, en buena medida, la falencia de los instrumentos penales. Dados los términos de la tipificación legal, la cuestión sólo se suscita cuando la interrupción es realizada con el consentimiento de la propia embarazada. En esa configuración, en que se esfuma la alteridad entre el autor y la víctima, la amenaza de la sanción penal no tiene la eficiencia que generalmente tiene, para resolver un conflicto “interior”, de carácter existencial, en la esfera personal de alguien que simultáneamente provoca y sufre la lesión. Los números están ahí para comprobarlo elocuentemente.¹³

c. En tercer lugar, sin duda el impacto jurídico más importante que tiene el reconocimiento de la situación *sui generis* del embarazo, de esta “duplicidad en unidad” está en la calificación del tipo de conducta que implica para la mujer mantener un embarazo. Las sentencias alemanas, española, colombiana y portuguesa se refieren explícitamente a este punto. La obligación de no

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. COLOMBIA. Sentencia C-355/2006. Op. cit., voto minoría Monroy Cabra y Escobar Gil.

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010, Processos nº 733/07 e 1186/07. Op. cit., párrafo 11.4.8

matar, que se impone a todos los seres humanos, para la mujer en el caso del aborto no solo significa la obligación de abstenerse de realizar una conducta, sino también una obligación de hacer, y de naturaleza especialmente intensa. La intensidad de la afectación opera como límite normativo y obliga al derecho a declarar inexigible el deber de mantener el embarazo en algunos casos:

[El criterio de inexigibilidad] independientemente del hecho que la intervención de la mujer en la interrupción del embarazo no puede considerarse bajo el derecho penal como una omisión- está justificado porque, dada la relación única entre madre e hijo, la prohibición de terminar un embarazo no está limitada al deber de la mujer de no dañar los derechos de otra persona. En vez, la prohibición contiene una obligación de naturaleza intensa, que afecta la existencia misma de la mujer, un deber de llevar y tener al niño y además una obligación de actuar en su favor, cuidarlo y ser responsable de ese niño, siendo ese deber una obligación permanente que se mantiene después del nacimiento...¹⁴

Puede decirse que es mayor la gravedad causada por la interrupción voluntaria del embarazo. Pero esa conclusión solo justifica la atribución de un peso mayor a su continuación, en la ponderación que debe hacerse con el interés contrario. No justifica la renuncia a buscar soluciones que requieran un mínimo de compromiso, sin considerar en absoluto el foco valorativo constituido por el reconocimiento del valor constitucional de la posición de la mujer. Más aún cuando, para ésta, el respeto por la vida intrauterina no se traduce solo, como sucede respecto de terceros, en un deber de omitir cualquier conducta ofensiva, en dejar que avance sin interferencias lesivas el proceso natural de la gestación, sino que también implica, después del nacimiento, por largos años, una vinculación con deberes permanentes de mantención y cuidado de otro, lo que implica una carga en toda su esfera existencial.¹⁵

La naturaleza de esta obligación de hacer, *que afecta la existencia misma de la mujer*, puede significar en casos individuales una carga tan severa, que en esos casos el deber de mantener el embarazo se haga inexigible por parte del derecho.

Teniendo en consideración las cargas asociadas a esos deberes, puede verse que en casos particulares, y cuando las madres embarazadas se encuentran en aquel particular estado psicológico en que están en la primera fase del embarazo, pueden surgir situaciones de conflictos severos en que incluso puede en algunas circunstancias estar en peligro la vida. En esas situaciones de conflicto la protección de la mujer se transforma en tan esencial que el orden legal –independientemente de otros deberes basados en visiones morales o religiosas- no puede demandar que

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. Op. cit., párrafo 159.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Acórdão nº 75/2010, Processos nº 733/07 e 1186/07. Op. cit., párrafo 11.4.11.

la mujer deba, en toda circunstancia, darle precedencia al derecho a la vida del no nacido.¹⁶

Incluso una sentencia tan distinta a la línea jurisprudencial inaugurada por el tribunal constitucional alemán, como es la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica sobre aborto del año 2004, puede leerse bajo este mismo prisma. Para esa Corte, la especial relación de dependencia entre la mujer y el feto es una consideración válida para que el legislador decida castigar el aborto con penas menores que otros delitos que atentan contra la vida y para que castigue distintos tipos de aborto con penas diferentes (incluso eximiendo de pena al aborto por riesgo a la salud de la mujer), *aún* cuando el derecho a la vida, de acuerdo a la propia jurisprudencia de la Corte, tiene como titular a todas las personas por igual, desde el momento de su concepción hasta la muerte.¹⁷

d. En cuarto lugar, la especial situación de la mujer embarazada ha motivado cuestionamientos profundos de parte de jueces y autores que critican la insuficiencia e ineptitud *de la propia teoría jurídica* en su forma de representar el embarazo. Las siguientes citas dan cuenta de estos cuestionamientos:

Desde el punto de vista constitucional, el problema comparativo único que surge por la unión de “dos en una unidad” no puede ser enfrentado simplemente yuxtaponiendo el embrión y la mujer. Es la propia posición constitucional de la mujer la que está definida por su responsabilidad por otra vida, porque lleva esa vida en su interior. Al decir esto, no negamos que esa otra vida con su propia dignidad humana también se ubique en oposición a la mujer. Estos dos aspectos tomados en conjunto hacen evidente lo que tiene de tan especial la ponderación que tiene que alcanzarse entre la posición de la mujer bajo la Constitución y el deber de protección.¹⁸

En lo que nos interesa, la imagen de “dos en una unidad” no es simplemente la descripción de un estado de cosas, sino que verdaderamente refleja el estatus constitucional de la mujer.¹⁹

El término “dos en una unidad” puede ser entendido como una aproximación terminológica a la manera correcta de entender una situación única de derechos

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. Op. cit., párrafo 159.

¹⁷ CORTE SUPREMA. COSTA RICA. 17 de marzo de 2004, San José, Costa Rica. Res 2004 – 02792, párrafos V y VI.

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEMANIA. Sentencia de 28 de mayo de 1993. Op. cit., párrafo 380 (destacados en el original).

¹⁹ Ibid., párrafo 384.

fundamentales. El natural desarrollo del embarazo a que se refiere el término debe ser entendido en términos de una teoría de derechos fundamentales ...²⁰

De acuerdo a estas citas del voto minoritario a la segunda sentencia alemana, no bastaría con reconocer que la protección del *nasciturus* para la mujer es *más* gravosa que para un hombre. No se trataría de un problema de grados en la afectación. Lo que se está afirmando es que la relación de la mujer embarazada con el embrión es *cualitativamente* distinta a la que puede tener un tercero ajeno y que esa diferencia deber reflejarse en la propia teoría de los derechos fundamentales con que se trabaje.

Es común en América Latina que las representaciones del embarazo se centren en la figura del feto relegando a un segundo plano a la mujer. Un ejemplo extremo de invisibilización de la mujer como sujeto de derechos constitucionales es el fallo del Tribunal Constitucional chileno que declaró inconstitucional las normas sobre distribución de anticoncepción de emergencia en los servicios públicos de salud basado en el *posible* riesgo de afectación del derecho a la vida del *nasciturus* en su etapa preimplantacional. La sentencia, que es muy extensa, no analizó cómo el acceso a la anticoncepción de emergencia se relacionaba con los derechos constitucionales de la mujer a la salud, autonomía, privacidad, igualdad, entre otros, ni tampoco cómo su prohibición pudiera afectar estos derechos. Los derechos de las mujeres solo son aludidos indirectamente en el último considerando de la sentencia, *después* de que el Tribunal hubiera anunciado la inconstitucionalidad, cuando reconoce que “[n]o escapa a la consideración de esta Magistratura, el impacto evidente que [la] declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia [que] tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables.”²¹ En otras palabras, se privó de toda relevancia jurídica a la afectación de los derechos de las mujeres, al calificarla como un mero impacto afectivo.

La legalización del aborto va ligada normalmente a un tipo de representación de la mujer que es difícil de aceptar para personas conservadoras en América Latina: una mujer que define la representación de sí misma, que puede decidir aceptar o rechazar la maternidad y que tiene poder para tomar la última decisión respecto del destino del feto.

²⁰ Ibid., párrafo 387.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CHILE. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008, considerando 70.

4. La protección de la vida prenatal y la idea del derecho penal como *ultima ratio*.

Los juristas latinoamericanos aprenden que el uso del derecho penal solo se justifica como *ultima ratio*, cuando no existen otros medios idóneos para proteger el bien jurídico tutelado que afecten en menor medida que el uso del poder punitivo del estado los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, es común que esta idea se comprenda y aplique de una manera muy particular, como lo revela la siguiente cita:

...en nuestro orden constitucional corresponde al Estado establecer un orden social que garantice los derechos humanos fundamentales, de los que derivan valores e intereses que deben ser objeto de protección por las leyes y como *ultima ratio* por el Derecho Penal, como sucede tratándose de la vida de todo ser humano. (...) No puede quedar, por tanto, al libre albedrío del legislador ordinario penalizar o no conductas que atenten contra valores mínimos esenciales de la sociedad ... Cuando el bien jurídico protegido es esencial se requiere su protección desde el ámbito penal.²²

En esta cita, es exclusivamente el carácter esencial del valor protegido lo que legitima el uso del derecho penal y no hay un análisis de los grados de protección efectiva que brinda el derecho penal vis a vis otros posibles medios alternativos. La idea detrás de esta concepción de la *última ratio* es la de que hay un continuo de medios de protección, que van desde los menos invasivos (léase, menos efectivos) a los más invasivos (léase, más efectivos), y que a lo largo de este continuo habría que situar los bienes jurídicos en un orden de menor a mayor importancia, de manera que a aquellos más importantes corresponda como medio de protección la sanción penal (la más invasiva y supuestamente más efectiva).

Este razonamiento es incorrecto. Porque el carácter más o menos invasivo del medio de protección no se relaciona necesariamente con su mayor o menor efectividad. Por ejemplo, es muy posible que la norma que otorgó fuero maternal a las empleadas domésticas o las políticas de salas cunas públicas, en Chile, hayan sido muchísimo más efectivas que la amenaza penal para disuadir la comisión de abortos. La amenaza de afectación de la libertad, por ejemplo, puede efectivamente en delitos como el homicidio y las lesiones ser un elemento disuasivo, pero ese efecto no depende solamente de una característica intrínseca a la amenaza penal, sino también del tipo de comportamiento que la norma penal impone, que en estos ejemplos son deberes de

²² CORTE SUPREMA. MÉXICO, 28.08.2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Voto de minoría de ministros Aguirre, Azuela, Ortiz, p. 131-132.

omisión (no matar, no lesionar). Como se señaló anteriormente, en el caso de la prohibición de aborto, la norma penal implica para la mujer mucho más que un deber de abstención. Supone también cumplir con las múltiples y demandantes obligaciones que significa sobrellevar un embarazo y hacerse cargo de la crianza de un/a hijo/a. Ese elemento es clave para entender por qué la sanción penal en todas partes del mundo ha sido inefectiva para disuadir a las mujeres de abortar.

5. Los destinatarios del mandato de protección de la vida prenatal

Las normas de derechos fundamentales contenidas en las constituciones tienen como destinatarios a los órganos del estado. El reconocimiento constitucional de derechos implica para el estado las obligaciones de respeto y protección de estos derechos. La obligación de protección puede significar que el legislador deba dictar normas de comportamiento para los particulares para evitar que sean ellos los que atenten contra los derechos de otros. Solo excepcionalmente las constituciones explicitan que las normas que debe dictar el legislador deben ser de carácter penal. En la generalidad de los casos, el legislador tiene libertad para seleccionar los medios por los cuales asegurar la protección de un derecho constitucional.

Sin embargo, es un argumento común de muchos juristas y jueces de la región deducir directamente de la protección constitucional de la vida, el carácter antijurídico del aborto y la necesidad de penalizarlo. De este modo, se limita la libertad de configuración del legislador y se entiende que la única forma que éste tiene de cumplir con el mandato de protección de la vida prenatal es penalizando el aborto en toda circunstancia. En la práctica, la Constitución se lee como si fuera un código penal.

Esta postura se refuerza en Chile con una aplicación *sui generis* de la doctrina alemana de la *Drittwirkung* o efecto de irradiación de los derechos constitucionales respecto de terceros. Parte importante de la doctrina constitucional entiende que las normas constitucionales no solo tienen como destinatario al estado, sino que también a los particulares. De este modo, este grupo puede afirmar que el deber de proteger la vida prenatal se impone directamente por la Constitución a los individuos, y entre ellos, obviamente a las mujeres que en cumplimiento de ese mandato deben mantener sus embarazos.

Uno de los varios problemas que tiene esta forma de leer la constitución, y especialmente si se combina con la concepción de *ultima ratio* arriba explicada, es que da lugar a que los estados consideren que ellos están agotando su obligación de proteger la vida por nacer por el solo hecho de adoptar la postura más drástica posible contra el aborto: penalizarlo siempre. Si las cifras de aborto siguen siendo escandalosamente altas, este hecho se atribuye al incumplimiento por parte de los particulares, en particular de las mujeres, de su obligación de proteger la vida prenatal.

Como puede apreciarse, la pena en estos casos se aplica con el objetivo de reafirmar la validez de la norma de comportamiento infringida por la comisión del delito (no matar al producto de la concepción), lo que confirma la idea de que se está asumiendo que son los particulares los destinatarios de las normas constitucionales protectoras de derechos fundamentales. Es difícil pensar que la infracción de normas por parte de los individuos se entienda como un cuestionamiento social a la vigencia de una norma constitucional cuyo destinatario es el estado.²³ En el contexto de la criminalización del aborto este punto tiene especial importancia, porque se trata de una situación en que la medida que adopta el estado, penalizar el aborto en toda circunstancia, no es idónea para cumplir con el fin de protección de la vida prenatal que la justifica.

Para que la persecución penal del aborto pudiera cumplir un papel en la protección de la vida prenatal se requeriría que el estado pudiera conocer la existencia de los embarazos en riesgo de ser abortados, pudiera tomar medidas para evitar la comisión de abortos y finalmente que aplicara la pena al delito. Ninguna de estas tres condiciones puede darse en nuestras sociedades. Hay suficiente evidencia que ha demostrado que si el aborto está criminalizado, las mujeres que necesiten abortar necesariamente van a ocultar sus embarazos al estado y van a recurrir al aborto clandestino, delito que es de muy difícil persecución por el secretismo y complicidad que rodea su comisión y porque los métodos abortivos actualmente disponibles (especialmente el aborto farmacológico) son más seguros y permiten que la interrupción del embarazo se transforme en un acto privado. Salvo que el estado aplique accesoriamente a la amenaza de la pena, políticas totalitarias como las implementadas por Ceaucescu en Rumania en la década de los ochenta, que obligó a todas las mujeres en edad fértil a realizarse exámenes ginecológicos mensuales con el

²³ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia. (9):47-74, 2007.

objetivo de identificar embarazos y monitorearlos para asegurar que llegaran a término²⁴, es imposible que el estado pueda evitar la comisión de abortos mediante su criminalización.

Pero mucho más importante que este punto, es aquel referido a la viabilidad social de una persecución efectiva. En mi opinión, respecto de América Latina puede hacerse el mismo planteamiento que hizo el Tribunal Constitucional Portugués al señalar que la eficacia de la penalización depende de que se ejerza efectivamente el poder punitivo del estado y que no hay una voluntad social de que la pena efectivamente se aplique a más mujeres:

Los números están ahí para comprobarlo en forma elocuente. El régimen de penalización aplicable a todas las fases del embarazo no ha evitado la práctica en gran escala del aborto, frecuentemente en condiciones atentatorias a la dignidad y de grave riesgo para la salud física y síquica (o hasta para la vida) de la mujer (...) la eficiencia de la criminalización, en este como en cualquier otro dominio, depende, en primer lugar, del efectivo ejercicio de los poderes punitivos del Estado. En lo que ahora nos ocupa, sólo la efectiva persecución y enjuiciamiento, en un número significativo, de los autores del crimen de interrupción voluntaria del embarazo constituiría, potencialmente, un factor de contención de su práctica. Ahora, lo que constatamos año tras año, es la extrema rareza de las condenas por esta causa (...) Y cuando, excepcionalmente esto acontece, la reacción social es más de malestar que de aplauso, lo que evidencia, en conjunto con la inercia de las instancias sociales de control, que la importancia del bien afectado y la gravedad de la lesión no son acompañados, como sería normal (si no fuera por el particular contexto conflictual del acto lesivo) por un sentimiento de intolerancia radical. Esto muestra que desde el punto de vista comunitario, tal comportamiento no es valorado como un crimen. No se detecta algún movimiento social significativo buscando alterar este estado de cosas, luchando por la persecución y punición efectivas de un mayor número de infractoras. La observación de la realidad y la evaluación de la omisión de la pena en función, como corresponde, de su eficacia relativa, no pueden eludir un diagnóstico de la realidad empírica de la vivencia social. No se puede conferir, con un mínimo de coherencia, validez a un discurso de criminalización de la interrupción en todo el tiempo de gestación, incluida su etapa más precoz. No puede esperarse que la penalización criminal cree un “ambiente” de decisión favorable a la continuación del embarazo. Y esta conclusión no es una conjetura o un diagnóstico más o menos falible sobre el futuro, sino un juicio seguro que se basa en los datos indesmentibles recogidos de la experiencia pasada, toda vez que ese fue el régimen en vigor anteriormente, ya probado en su aplicación.²⁵

²⁴ BACHMAN, Ronald D. (ed.) Demographic policy. *En su*: Romania: A Country Study. [En línea] Washington, GPO for the U.S. Library of Congress, 1989. <<http://countrystudies.us/romania/37.htm>> [Consulta: 21 de octubre de 2010].

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Marzo de 2010, Acórdão nº 75/2010, Diário da República, 2.ª série – Nº60-26. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>> [Consulta: 27 de septiembre de 2010]

Esta falta de clima social y político que sustente la persecución del aborto alcanza incluso a los defensores de la penalización estricta del aborto, quienes reiteradamente afirman que no buscan el castigo de las mujeres, pero que la penalización debe mantenerse como una forma de expresión social de que el aborto es un crimen. Es decir, justifican la existencia del tipo penal contra la mujer en el efecto simbólico de la norma.²⁶

El problema con el hecho que la criminalización del aborto se justifique por su efecto simbólico sobre la ciudadanía, aún a pesar de asumirse que el estado no puede cumplir la parte que le correspondería en hacer efectiva la protección por la vía de ejercer la acción penal, es que la vigencia de la norma de comportamiento que ordena abstenerse de matar al feto se refuerza liberando de la carga al estado, principal obligado a la protección de derechos fundamentales o valores constitucionales, y haciendo asumir exclusivamente a las mujeres, que como ciudadanas *no* son las destinatarias primarias del deber de proteger derechos fundamentales o valores constitucionales, el costo que significa reforzar la vigencia de la norma.

Segunda parte

Modelos comparados a los que los tribunales latinoamericanos pueden mirar

Los dos grandes modelos comparados que están a disposición de los tribunales latinoamericanos son el estadounidense, representado por las decisiones de *Roe* y *Casey*, por una parte, y el modelo inaugurado por el Tribunal Constitucional Alemán con su sentencia sobre aborto de 1975 y reforzado en su sentencia de 1993, que ha sido seguido, entre otros países, por el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Constitucional de Portugal, en Europa, y por la Corte Constitucional de Colombia en América Latina. En esa parte del trabajo señalo por qué creo que

²⁶ En una entrevista, el abogado Jorge Reyes, quien ha sido el representante del movimiento “pro-vida” en muchas de las acciones judiciales sobre anticoncepción de emergencia en Chile señaló: “... *creo que condenar a una mujer por aborto es un error. Esto no significa despenalizar el aborto, que es un crimen. Pero el tratamiento hacia esa mujer debiera ser diferente: si ella aborta es porque está enfrentada a una situación extrema. Mi propuesta es que a estas mujeres, en vez de condenarlas, debiera ofrecérseles un tratamiento paliativo de rehabilitación, un proceso de acompañamiento como el del Proyecto Esperanza u otro similar para reparar su dolor y que esto no le vuelva a suceder*”. [En línea] <http://www.paula.cl/blog/dossier/2011/02/05/aborto-la-condena-y-la-acogida/> [Consulta: 15 de mayo de 2011]

los tribunales latinoamericanos que deban pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes de aborto posiblemente sigan el modelo europeo.

1. El modelo de Estados Unidos: un método categórico de resolución de conflictos y la vida prenatal como un interés estatal.

La Corte Suprema de Estados Unidos decidió que el feto no tiene un derecho constitucional a la vida. La vida prenatal puede calificarse como un interés estatal y ser protegida como tal.

Al hacer esto, la Corte definió el peso relativo de los intereses de la mujer *vis a vis* la vida prenatal, al menos *prima facie*. La mujer es titular de derechos constitucionales y por esa razón sus derechos tienen un peso mayor que un interés estatal, salvo que este último se transforme en un interés apremiante (*compelling*). En segundo lugar, la Corte dejó claro cuál es la pregunta relevante en la revisión judicial de leyes sobre aborto. Si sólo los derechos de la mujer tienen un estatus constitucional, la pregunta siempre será si la ley violó sus derechos y nunca si la ley violó el derecho del feto a la vida, como podría haber sucedido si la Corte lo hubiera considerado un titular de ese derecho. Y por último, al calificarse la vida prenatal como un interés estatal, no necesariamente requiere una protección individual, como sí lo requiere el derecho constitucional a la vida de las personas nacidas. Puede haber un aumento en la protección general de la vida prenatal aunque esta protección no alcance a cada feto en particular.

Hay dos razones por las cuales me parece que este modelo no será seguido por los tribunales latinoamericanos. Por un lado, darle a la vida prenatal la calidad de un interés estatal parece un tanto artificial y *ad hoc*. Los intereses estatales son normalmente intereses sociales y se requiere algún esfuerzo para ver la vida prenatal como un interés social. Además, para muchas personas, incluyendo jueces, el feto tiene algún tipo de valor intrínseco que no está bien representado por la categoría de interés estatal. Es cierto que un interés estatal puede llegar a transformarse en un interés apremiante y que entonces adquiere prioridad respecto de los derechos de la mujer. Sin embargo, esta solución de todo o nada puede ser demasiado categórica para muchos. Esta puede ser la razón por la cual la Corte Suprema de Estados Unidos en Casey creó el test de la “carga indebida” que incorpora un elemento de ponderación, sin llegar a eliminar la naturaleza categórica de la solución, al mantener la inexigibilidad del deber de mantener el embarazo en toda la etapa previa a la viabilidad, e incluso después si la salud de la mujer corre peligro.

Por otra parte, el modelo estadounidense puede ser poco aceptable en América Latina porque incorpora una representación de la mujer embarazada que es contraria a la ideología conservadora de género prevalente en la región, como se señaló en la sección anterior.

2. El modelo europeo: proporcionalidad y la vida prenatal como un bien objetivo con estatus constitucional

El Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 1975 afirmó que la vida estaba protegida bajo la constitución alemana en una doble dimensión: como derecho subjetivo y también como un valor objetivo. Señaló que no era necesario decidir si el feto era titular de un derecho subjetivo a la vida, porque su vida de todas formas estaba protegida bajo la dimensión objetiva. Y bajo esta calificación de valor objetivo, le concedió a la vida prenatal un peso equivalente o muy similar que el de la vida de las personas nacidas. Esta idea de la doble dimensión de la protección constitucional a los derechos es tomada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia sobre aborto de 1985, con una diferencia. En su caso dijo que la vida prenatal estaba protegida como un valor o bien objetivo bajo la constitución española y descartó que el feto fuera además titular del derecho a la vida. El año 2006, la Corte Constitucional de Colombia siguió a su par española y declaró que el feto bajo la constitución colombiana era un bien jurídico objetivo. Agregó además un juicio muy importante que sólo estaba implícito en la sentencia española, al señalar que a la vida prenatal, como bien objetivo, debe reconocérsele un peso relativo menor que a la vida de las personas nacidas, que califica como derecho subjetivo. En su sentencia de 2010, el Tribunal Constitucional de Portugal, siguiendo esta línea jurisprudencial, también afirmó que la vida como bien objetivo de estatus constitucional tiene, *prima facie*, menos peso que un derecho subjetivo.

La sentencia alemana de 1975 introduce además la idea de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo. Aunque declaró que en situaciones en que entraban en conflicto la vida prenatal y los derechos de la mujer debía darse prioridad a la vida prenatal, señaló sin embargo, que había casos excepcionales en que el mantener un embarazo se transformaba en una carga tan intensa, que no podía exigírsele a la mujer y el derecho debía aceptar el aborto. En esa sentencia, la corte establece los casos de indicaciones en que el aborto está justificado. En su segunda

sentencia, de 1993, la Corte mantuvo el criterio de inexigibilidad aunque entregó la determinación de cuándo un embarazo era inexigible a la propia mujer y aceptó la legalización del aborto durante el primer período de la gestación. El Tribunal Constitucional Español siguió de cerca la solución de su par alemán de 1975²⁷ y posteriormente la Corte Constitucional de Colombia, haciendo aplicación expresa del principio de proporcionalidad, declaró que era inexigible la obligación de mantener un embarazo cuando concurrían tres tipos de indicaciones que representaban cargas excesivas para la mujer, y que por lo mismo constituían restricciones ilegítimas a sus derechos bajo el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional portugués aplicó el principio de proporcionalidad en forma más metódica, esta vez en la revisión judicial de una ley que despenalizaba el aborto en las primeras semanas del embarazo.

Pienso que este modelo podría ser más atractivo para los tribunales de América Latina. La idea de la vida prenatal como un bien objetivo constitucionalmente protegido puede introducirse como una interpretación posible de la garantía del derecho a la vida contenida en la mayoría de las constituciones de la región. Es una calificación que promete una protección mayor a la vida fetal que un simple interés estatal. Le da estatus constitucional y, por consiguiente, mayor peso y al mismo tiempo le da al legislador alguna flexibilidad para decidir sobre las formas de protegerla y evita los problemas vinculados a la protección individual de la vida, pudiendo darle una protección general.

La metodología basada en el principio de proporcionalidad no debiera levantar objeciones por ser un método bastante estándar de trabajo judicial en el campo constitucional en la tradición continental. Esta tradición y especialmente su desarrollo en España se percibe como más cercana a América Latina que la tradición estadounidense. El hecho de que Colombia ya haya seguido este camino la hace aún más familiar.

El hecho de dar estatus constitucional a la vida prenatal puede traer tranquilidad a aquellos que buscan un reconocimiento fuerte y público al valor intrínseco de la vida en sus diferentes etapas. Sin embargo, también acarrea varios problemas teóricos y abre una serie de interrogantes que pueden complicar a los jueces cuando decidan sobre la constitucionalidad de una ley de aborto.

²⁷ Producto de una reciente reforma legislativa, actualmente España tiene un régimen de plazos, en que el aborto está despenalizado durante las primeras catorce semanas del embarazo. *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*

¿Hay alguna diferencia entre el peso de un bien (o valor) constitucional *vis a vis* el peso de un derecho constitucional?, ¿puede el examen de constitucionalidad de una ley referirse a las supuestas violaciones de un bien constitucional de la misma manera que lo hace respecto de las violaciones a derechos constitucionales? Si esta última pregunta se responde afirmativamente, ¿es posible que las restricciones de los derechos de la mujer embarazada sean consideradas como el medio apropiado para proteger el valor de la vida prenatal? ¿No invertiría esto el papel de los derechos en nuestros sistemas constitucionales?

También hay que tener presente que la solución que propone este modelo solo es posible para países cuyas constituciones incluyen la categoría constitucional de valores o bienes como una categoría distinta a los derechos individuales y donde los derechos y bienes o valores son fuente de obligaciones positivas para el estado. Ese es el caso de muchos países europeos y latinoamericanos. La diferencia que existe entre Estados Unidos, en que la vida del feto es un interés estatal, y los países en que la vida prenatal es un valor constitucional, es que en Estados Unidos la protección de la vida prenatal está *permitida* por la Constitución, pero no es nunca *exigida* por ésta, mientras que en los otros países hay un deber constitucional de proteger al no nacido.

Un punto importante que debe considerarse es cómo cambia la aplicación del principio de proporcionalidad y el argumento de la inexigibilidad según la pregunta que deba responder el tribunal en el examen de constitucionalidad. Hay dos preguntas posibles:

- a) Si la ley que penaliza el aborto para proteger la vida prenatal viola derechos constitucionales de las mujeres (US 1973, Colombia 2006).
- b) Si una ley que despenaliza (parcialmente) el aborto viola la vida del feto como un bien o valor objetivo (Alemania 1975 y 1993, España 1985 y Portugal 2010).

En el primer grupo de casos, en que lo que se impugna como inconstitucionalidad de la legislación es su carácter represivo, la constitución es afirmada como un marco normativo que establece límites al legislador para *prohibir* el aborto consentido. En el segundo grupo de casos, por el contrario, en que lo que se impugna es el carácter permisivo de la ley, la constitución es afirmada como marco normativo que establece límites al legislador para *permitir* el aborto consentido.

Esto trae a discusión la pregunta sobre la legitimidad del uso del derecho penal para la protección de la vida prenatal. El Tribunal Constitucional alemán determinó que la protección de la vida

prenatal requería (al menos en principio) el uso del castigo penal. Esta forma de justificar el uso del derecho penal en la protección de derechos o bienes constitucionales constituye una inversión del paradigma clásico de justificación del *ius puniendi*²⁸. Bajo la concepción clásica, los derechos fundamentales operaban como *límites* del ejercicio del *ius puniendi* porque se consideraba que éste constituía una amenaza de intervención estatal en las áreas protegidas por los derechos fundamentales de los individuos. Conforme al paradigma clásico, la Constitución protegía los derechos fundamentales **del** derecho penal. Bajo la nueva justificación del uso del derecho penal los derechos fundamentales (y los bienes o valores objetivos asociados a ellos) *impulsan* el ejercicio del *ius puniendi*. Conforme a este cambio de paradigma, ahora la Constitución ordena proteger los derechos fundamentales **mediante** el derecho penal. El papel del control judicial de constitucionalidad de las leyes varía por consiguiente. Bajo el paradigma clásico, un tribunal constitucional sólo habría analizado si la ley *restringía* ilegítimamente derechos fundamentales, no si los protegía suficientemente. Bajo esta nueva concepción, el juez constitucional debe hacerse dos preguntas al analizar las normas regulatorias del aborto: si la ley destinada a proteger la vida por nacer no restringe ilegítimamente derechos fundamentales de la mujer y si la misma norma cumple satisfactoriamente con la obligación de protección impuesta por la constitución. Frente al posible conflicto entre el criterio negativo de protección de los derechos fundamentales (que exige limitar el *ius puniendi*) y criterios positivos de legitimación del *ius puniendi* (que exige usarlo), el juez realiza una labor de ponderación que nunca estuvo presente bajo el paradigma clásico.

Es posible pensar que en cuanto en esa ponderación se haga uso del principio de proporcionalidad y el uso del *ius puniendi* se someta a los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta propios de este principio, se pueda reconducir el examen de legitimidad clásico del *ius puniendi* en el derecho penal al examen de constitucionalidad de la norma, como lo hace la Corte colombiana.²⁹ Sin embargo, hay que tener presente que en el caso colombiano, la Corte debía

²⁸ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia. (9):47-74, 2007, pp. 46 y ss.

²⁹ [L]a Corte ha señalado que “ha habido una constitucionalización del derecho penal, porque tanto en materia sustantiva como procedimental ... el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”. Así, la Corte ha entendido que los derechos de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal.

resolver si la penalización del aborto vulneraba derechos subjetivos de la mujer (como derechos de defensa frente intrusiones ilegítimas del estado) y no si la despenalización desprotegía la vida por nacer. Por lo mismo, la Corte colombiana pudo fácilmente incluir el examen de legitimidad del *ius puniendi* dentro del examen de constitucionalidad. En ese caso la vida por nacer ocupaba *el lugar* de ser el bien jurídico protegido por la norma impugnada y no el de valor o derecho constitucional amenazado por dicha norma.

La reconducción del examen de legitimidad penal clásico del *ius puniendi* es mucho más compleja cuando es la vida por nacer lo que se ubica en *el lugar* del valor o derecho constitucional que dice infringirse por la norma impugnada, como sucede en el caso alemán, español y portugués. En esos casos, si bien los jueces pueden realizar la ponderación, se pierde el trato preferencial que históricamente tenían los derechos fundamentales como derechos individuales de defensa y opera una especie de inversión de la carga de la prueba, en perjuicio de los derechos de defensa. Bajo el paradigma clásico es la restricción a los derechos fundamentales lo que debe justificarse (por ejemplo, debían justificarse las restricciones a la libertad personal impuestas por el proceso y la pena). Bajo el nuevo esquema, las restricciones a los derechos de defensa, pasan a ser evaluadas en su calidad de “medios” para lograr la protección de un fin constitucionalmente legítimo (ejemplo, la protección del no nacido) y la pregunta versará sobre si esos medios son los más idóneos, si son necesarios y proporcionales para la consecución de ese objetivo. Esta inversión es especialmente lesiva a los derechos fundamentales y por lo mismo criticable, cuando el bien jurídico protegido por la norma penal no tiene el estatus de derecho fundamental, sino solo de un valor constitucional que se deduce por el juez a partir del texto de la constitución.

En mi opinión la sentencia del Tribunal Constitucional portugués resuelve el tema correctamente. Reconoce la protección constitucional de la vida prenatal como un bien objetivo y no como un derecho subjetivo, y desprende de esa distinción que el peso relativo de su protección *prima facie*

Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible ... Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional ... En suma ... [n]o podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones.” CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-939/02, citada por la misma Corte en su sentencia sobre aborto C-355/06 Sección VI número 8.

es menor que el que se concede a un derecho subjetivo. Esto implica dejar claro que el mandato de protección de la vida prenatal y la exigencia de protección mínima que se fiscaliza mediante el examen judicial no pueden entenderse de manera de que en la práctica termine creándose judicialmente un derecho subjetivo a la vida del feto. La forma de asegurar que esto no pase es considerar mayor peso abstracto a los derechos de la mujer en el examen de proporcionalidad estricta que se hace cuando se evalúa la legitimidad de las restricciones a estos derechos.

Una pregunta fundamental que deben plantearse los tribunales que siguen esta línea jurisprudencial es si la obligación positiva de proteger la vida prenatal obliga al estado a penalizar el aborto. El Tribunal Constitucional alemán respondió a esta pregunta afirmativamente, salvo que se probara que existían medios idóneos alternativos a la penalización que cumplieran igualmente con el mandato de protección. A mi juicio, esta es una decisión equivocada. Creo que en este punto, el Tribunal Constitucional portugués proporciona una mejor respuesta al afirmar que es incorrecto partir apriorísticamente del supuesto de legitimidad de uso del derecho penal y que se requiere comprobar la eficacia de la intervención penal. Ésta no puede suponerse ni deducirse de la sola ineficiencia de los otros medios.

Teniendo en cuenta que el principio de necesidad opera autónomamente y que es imprescindible conjugar la prohibición de régimen de protección con el principio de proporcionalidad, es metodológicamente incorrecto asumir la legitimidad de la intervención penal, salvo que se pruebe la disponibilidad de otro medio alternativo de tutela menos intrusivo y de eficiencia equivalente o superior. Con eso se invierte el sentido del recorrido valorativo y se pone la carga de la fundamentación asumiendo como punto de *partida* lo que no puede ser sino el hipotético punto de *llegada*.³⁰

Dando por asentado que la sanción penal es el instrumento más gravoso de intervención y que, desde este punto de vista tiene prioridad en su aplicación cualquier otro instrumento que lo sea menos, su utilización no puede ser resultado, sin más, de la eventual insatisfacción que provoquen otros instrumentos de tutela. Debe evitarse en esta materia, cualquier juicio *prima facie*, por lo que la intervención penal no puede escapar del examen de comprobación positiva de su propia eficiencia, ya que de la

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Marzo de 2010, Acórdão nº 75/2010, Diário da República, 2.ª série – Nº60-26. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>> [Consulta: 27 de septiembre de 2010]

ineficiencia de otros medios no se puede deducir automáticamente la eficiencia del derecho penal.³¹

Tercera parte

En esta tercera parte, desarrollo en líneas gruesas un posible relato judicial que podrían adoptar los tribunales latinoamericanos siguiendo la línea jurisprudencial inaugurada por el Tribunal Constitucional alemán y desarrollada por sus pares de España, Colombia y Portugal, que incorpora el argumento de la inexigibilidad en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Me parece que proponer esta línea de razonamiento tiene ciertas ventajas en un contexto judicial como el latinoamericano, en que los jueces comparten las creencias y aprensiones que describí en la primera parte del trabajo. Las ventajas son que propone una metodología ordenada, en que los jueces deben responder preguntas consecutivas y en que la evaluación sobre la legitimidad del objetivo, y sobre todo, sobre la idoneidad y la necesidad de la pena para cumplirlo, vienen antes que el ejercicio de ponderación que está incluido en el examen de proporcionalidad estricta. En el tema del aborto hay razones poderosas para concluir que la pena (al menos del aborto temprano o abortos que representan cargas excesivas) no es un medio idóneo para la protección de la vida fetal. Además esta metodología permite visibilizar los derechos de las mujeres y las distintas formas en que son afectados por la penalización, de un modo que la aproximación tradicional de estos temas por los tribunales no lo hace. Finalmente, es un método que se presta para introducir argumentación empírica, que en este campo es muy relevante.

Enfrentado a la impugnación de una norma legal que penaliza el aborto en toda circunstancia o con excepciones muy restringidas, el tribunal debe analizar la legitimidad de la restricción a los derechos constitucionales de las mujeres. Para eso debe analizar si la ley penal cumple con un objetivo legítimo y, en caso que esa pregunta sea respondida afirmativamente, si la restricción de los derechos de la mujer embarazada cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PORTUGAL. Marzo de 2010, Acórdão nº 75/2010, Diário da República, 2.ª série – Nº60-26. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>> [Consulta: 27 de septiembre de 2010]

Objetivo legítimo

La primera pregunta que se debe hacer el tribunal es si la restricción a esos derechos se fundamenta en un objetivo legítimo bajo el sistema constitucional vigente. La protección de la vida prenatal es un objetivo legítimo, especialmente si la Constitución la ordena explícitamente, como es el caso de la constitución chilena. En los casos, que son los más comunes, en que las constituciones sólo tengan una garantía general al derecho a la vida, sin mención a si se aplica a la vida prenatal, los tribunales pueden seguir el razonamiento aplicado por los tribunales constitucionales alemán, español, colombiano y portugués, que deducen de esta garantía la existencia de un mandato dirigido al legislador de proteger la vida prenatal, pero no como un derecho subjetivo sino como un bien objetivo con estatus constitucional. Lo mismo podría hacer el Tribunal Constitucional chileno, a partir de una interpretación de la cláusula constitucional que establece “la ley protegerá la vida del que está por nacer”, oración que no especifica en qué calidad se protege la vida prenatal y por lo tanto deja abierta la posibilidad de que se proteja como un bien objetivo de estatus constitucional.³²

Sin embargo, en muchas ocasiones, las propias normas penales sobre aborto revelan que la penalización no persigue como único o principal objetivo la protección de la vida prenatal. Por ejemplo, puede sostenerse que un objetivo de la penalización es la protección de la virtud del agente, en los casos en que la legislación exceptúe de la penalización sólo aquellos casos en que se cumple con los requisitos de la doctrina del doble efecto. Ese objetivo requiere un examen de legitimidad independiente.

En Chile y en muchos otros países de la región está penalizado el aborto de feto inviable. En esos casos, es necesario preguntarse si el objetivo es la protección de la vida intrauterina como tal o la protección de ella para hacer posible el nacimiento y posterior vida independiente (hay que recordar que uno de los argumentos en que se sustenta la prioridad de la vida del feto sobre los derechos de la mujer es que la vida es el sustrato necesario para el posterior ejercicio de otros derechos). Si el objetivo es la protección de la vida prenatal para hacer posible el nacimiento y

³² BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La píldora del día después ante la jurisprudencia. [En línea] Revista Estudios Públicos, N° 95, 2004.
<http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3389_1677/r95_bascunan_pildoradiadespues03.pdf> [Última Consulta: 11 de septiembre de 2011].

posterior goce de otros derechos, la penalización del aborto de feto inviable no tendría un objetivo legítimo.

También es común que las leyes penales latinoamericanas contemplen una mayor penalidad para la mujer que aborta que para el tercero (incluyendo al progenitor varón) que causa un aborto consentido por la mujer. Este antecedente puede dar luces sobre otro objetivo detrás de la penalización, como el reforzamiento del rol maternal que se entiende que las mujeres deben cumplir. Este objetivo no sería, a mi juicio, un objetivo legítimo. Lo mismo sucede con las motivaciones relativas a la protección del honor de la familia o la idea paternalista de que la penalización del aborto se justifica para evitar que la mujer sufra las consecuencias de una decisión equivocada (por ejemplo, el síndrome post aborto). Estos tampoco serían objetivos legítimos.

A veces se sostiene que la penalización del aborto busca el objetivo de lograr una cultura de respeto por la vida y la dignidad humanas. Este objetivo es sin duda legítimo. Corresponde respecto de él, al igual que respecto del objetivo de proteger la vida prenatal, determinar si la penalización es una medida idónea y necesaria para cumplirlos, y en caso de que lo sean, si los beneficios asociados al cumplimiento de estos objetivos que se logren mediante la penalización, compensan los sacrificios impuestos por la medida.

Si el tribunal respectivo no encontrara un objetivo legítimo que pudiera sustentar la penalización del aborto, debiera declarar la inconstitucionalidad de las normas penales.

Examen de idoneidad de la medida

De acuerdo al requisito de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. Si la penalización del aborto se justifica en el objetivo de proteger la vida prenatal, la restricción a los derechos de las mujeres que ella implica, solo podrá ser legítima si la aplicación de la pena es idónea para proteger al no nacido. El legislador debe estar en condiciones de poder justificar, con estudios y evidencia empírica, que la penalización se asocia a una disminución de las tasas de aborto.

En esta etapa tiene importancia la calificación que se haga del estatus de la vida prenatal, porque si se reconoce al feto un derecho subjetivo a la vida (se exige una protección jurídica individual de

cada nasciturus), el examen de idoneidad debiera apuntar no solo a probar que la penalización permite disminuir las tasas de aborto, sino también hacer posible acciones de defensa o protección respecto de fetos individuales (por ejemplo, la defensa de terceros respecto del feto).

Es necesario tener presente, al aplicar el criterio de idoneidad de la medida, que los regímenes actualmente vigentes en la mayor parte de los países latinoamericanos están entre los más estrictos posible en términos de penalización del aborto y que aún así tienen tasas de aborto que están entre las más altas a nivel mundial. Es difícil pensar que la eficacia de la penalización pueda mejorarse por la vía de una persecución más efectiva del delito, si hasta el momento no ha habido ninguna voluntad política ni de los operadores del sistema para implementar tal persecución, e incluso quienes defienden el actual régimen no buscan que las sanciones se apliquen a las mujeres que abortan. Estos antecedentes, unidos a la evidencia que presentan los estudios de salud pública mundial que indican que no hay una correlación empírica entre la medida de la penalización y la disminución de las tasas de aborto, deben ser considerados en el examen de idoneidad.

Creo que la situación de los países latinoamericanos no difiere, en lo pertinente, a la que tuvieron que revisar, por ejemplo los tribunales constitucionales de Alemania y Portugal, que decidieron que la penalización estricta del aborto no era idónea para proteger la vida prenatal y que el legislador podía optar por un régimen de carácter preventivo que considerara más efectivo para alcanzar este objetivo.

Respecto de la idoneidad de la penalización del aborto en conseguir el objetivo de lograr una cultura respetuosa de la vida y dignidad de las personas, especialmente de las más desvalidas, me parece, como señala Dworkin, que no hay ninguna evidencia, más allá de la mera especulación, de que admitir el aborto disminuya el respeto por la vida humana. Como dice este autor, el aborto es permitido durante el primer trimestre en muchos países europeos y estas sociedades suelen ser menos violentas y más respetuosas de la vida humana que otras comunidades en que el aborto está prohibido.³³ Hay además distintas concepciones sobre qué significa respetar la vida y la dignidad humana, y el supuesto que el aborto siempre atenta contra estos valores supone adoptar sólo una de esas concepciones, una que considera que el respeto a la vida se debe porque ésta forma parte de un plan divino o con un orden natural porque hay una inversión de Dios o de la

³³ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Nueva York, Vintage Books, 1994, 115.

naturaleza en esa vida, que la hace intrínsecamente valiosa. Hay otras concepciones bajo las cuales a veces el aborto se justifica, precisamente en razón del respeto a la vida humana y su dignidad. Más coherente es pensar, con Dworkin nuevamente, que una cultura respetuosa de la vida y la dignidad humana se lograría, bajo cualquier concepción, si se toman medidas destinadas a que las personas traten las decisiones sobre aborto como asuntos moralmente importantes, reconociendo que en esa decisión hay valores intrínsecos comprometidos que exigen una decisión reflexiva y responsable.³⁴

Si las normas que penalizan el aborto en toda circunstancia no cumplen con el requisito de idoneidad, debieran declararse inconstitucionales, sin necesidad de continuar con el examen de necesidad que se realiza, de todas formas, en los próximos párrafos.

Examen de necesidad de la medida

En el supuesto que las normas penales sobre aborto pasaran el test de idoneidad, para determinar si las restricciones que imponen a los derechos de las mujeres son constitucionales, es necesario que realizar un examen de necesidad, es decir, preguntarse si existen otros medios igualmente conducentes o más idóneos para lograr el mismo objetivo y que sean más benignos con el derecho fundamental intervenido. Si éstos existieran, el legislador debe preferirlos. Para determinar si existen, es necesario basarse en todos los antecedentes y estudios confiables sobre las causas de aborto, los modos de prevención, las experiencias exitosas aplicadas en el derecho comparado, entre otros. El antecedente que algunos de los países que muestran las tasas más bajas de aborto a nivel mundial tienen regímenes en que el aborto en los primeros meses está despenalizado, es un elemento de juicio importante que debiera llevar al legislador o a los tribunales a agotar sus esfuerzos en identificar y tomar en consideración esos otros medios alternativos de protección.

Asimismo, es importante considerar que la evidencia científica que existe de la correlación entre el uso eficiente de anticonceptivos y la disminución de las tasas de aborto es muchísimo más

³⁴ Ibid, 150.

confiable que los informes que asocian la penalización estricta del aborto con una disminución del fenómeno.³⁵

Otro aspecto que hay que considerar es que el aborto es un delito cuya ocurrencia es muy difícil de pesquisar y que, en la práctica, como lo demuestran los casos que llegan al sistema de justicia, la detección se realiza cuando la mujer que ha abortado sufre complicaciones de salud que la llevan a internarse en un hospital público. Como consecuencia, la aplicación de la norma penal necesariamente es selectiva y discriminatoria, porque afecta desproporcionadamente a las mujeres pobres y jóvenes, que son las que sufren complicaciones porque son las que se realizan abortos con métodos más peligrosos o bien con embarazos más tardíos. Si quisieran evitarse estos efectos discriminatorios en la persecución del delito, sería necesario que el estado implementara algún sistema general de seguimiento de los embarazos de todas mujeres y de control de su actividad, de manera de poder detectar conductas que indiquen la intención de abortar. Un sistema como ese, además de prohibitivamente oneroso, es impensable en una sociedad libre. Esto implica que el problema del déficit y la selectividad en la aplicación de la ley penal al delito de aborto y la consiguiente afectación del derecho a la igualdad que conlleva, es un problema estructural asociado al uso del *ius puniendi* en casos de aborto.

Al aplicar el test de necesidad, debe evitarse caer en el error de suponer que la criminalización es más efectiva por el solo hecho de ser la medida más intrusiva. Por el contrario, precisamente por ser la más intrusiva, el uso de la pena criminal solo se justifica como *ultima ratio*. Esto exige que el estado, si afirma la igual o mayor efectividad del *ius puniendi* frente a otras medidas alternativas, es quien tiene, en este caso, el peso de probarla.

Si la penalización no cumple con el requisito de ser una medida necesaria para cumplir el objetivo de proteger la vida prenatal, el tribunal debe declarar que esta medida es inconstitucional.

Examen de proporcionalidad de la medida, en sentido estricto.

Por último, en el supuesto que el tribunal declarara que la penalización es una medida idónea y necesaria para proteger la vida prenatal, sería necesario analizarla bajo el test de proporcionalidad estricta.

³⁵ MARSTON, Cicely y CLELAND, John. Relationships Between Contraception and Abortion: A Review of the Evidence. International Family Planning Perspectives 29(1):6-13, marzo, 2003.

De acuerdo al requisito de proporcionalidad en sentido estricto, los beneficios alcanzados por la restricción de derechos necesaria para lograr el objetivo legítimo deben compensar los sacrificios que se imponen a los titulares de los derechos restringidos y a la sociedad. El propósito de este test es determinar a qué interés finalmente debe dársele precedencia, al derecho constitucional afectado por la norma o al interés que se protege mediante la consecución del objetivo legal. En esta ponderación se toma en cuenta el peso relativo de ambos intereses en el sistema constitucional.

Es en este nivel de análisis en que se hace relevante determinar el estatus que la constitución reconoce al feto, porque *prima facie* el peso de un interés protegido constitucionalmente varía según se trate de un derecho subjetivo (como en Irlanda o Costa Rica) o de un bien objetivo (como en España, Colombia y Portugal) o un simple interés estatal sin protección constitucional (como en Estados Unidos). Si se define, como se propuso, la vida prenatal como un bien objetivo de estatus constitucional, los derechos de la mujer tendrían *prima facie* prioridad sobre la vida prenatal.

Naturalmente este juicio es todavía muy grueso, porque es necesario considerar el tipo e intensidad de afectación que sufren los derechos de la mujer embarazada por la existencia y aplicación de la norma penal. En breve, mientras más efectiva, probable, abarcadora y durable es la restricción del derecho, más peso debe darse al sacrificio que implica la afectación al derecho fundamental. Por el contrario, mientras más efectiva, probable, abarcador y durable es el beneficio que se logra con la consecución del fin, mayor debe ser el peso que se le atribuya a éste.³⁶

Este requisito obliga a considerar la naturaleza de la afectación que se produce a los derechos de la mujer embarazada por el hecho de obligarla bajo la amenaza de la pena a mantener un embarazo. En el caso de las mujeres en que la continuación del embarazo pone en peligro su vida o su integridad física y/o psíquica, la afectación debe considerarse intensa por tratarse de intereses individuales a los que el derecho le ha reconocido siempre muy alta entidad, tanto que, cuando hay riesgo de afectación a estos intereses, incluso para personas que están sujetas a deberes de solidaridad como en el caso de la obligación de auxilio contemplada en muchos de nuestros ordenamientos, el deber de solidaridad deja de existir si el cumplimiento implica detrimento para la persona obligada. Si bien el derecho penal impone deberes de solidaridad,

³⁶ BARAK, Aharon. Proportionality and principled balancing. Law & Ethics of Human Rights, 4(1):11. 2010.

como en el caso de la obligación de auxilio o como en el supuesto de estado de necesidad, nunca llega a imponer deberes de sacrificio que involucren una lesión a la integridad corporal y mucho menos a la vida.

En estos casos de embarazos que ponen en peligro a la vida o la integridad personal, la amenaza de la pena impide además a las mujeres acceder a las prestaciones de salud necesarias para evitar esos riesgos. La penalización del aborto terapéutico es el único caso en que un procedimiento necesario para recuperar la salud es prohibido criminalmente, con lo que claramente se produce una grave afectación al derecho a la salud garantizado en la mayoría de las constituciones latinoamericanas. No hay, además, ninguna situación equivalente que afecte a los hombres, impidiéndoles un tratamiento terapéutico, con lo que la afectación a la garantía de igualdad en el acceso a la salud es más grave.

En estas hipótesis en que el embarazo afecta el derecho a la vida, integridad personal y acceso a la salud de la mujer, también hay una afectación muy intensa a los intereses de autonomía y libre determinación de la mujer embarazada, que se manifiesta en que la mujer no puede decidir por sí misma si quiere asumir los riesgos que implica el embarazo, no puede optar por defender su vida, su salud o integridad frente a una amenaza. Además, al tener que someterse al riesgo a su integridad personal, está obligada a asumir, en razón de una norma heterónoma, las consecuencias físicas y psicológicas y en calidad de vida que pueden producirse por esas afectaciones y que pueden ciertamente limitar los planes de vida que se había forjado. La afectación a la autonomía también está presente en todas las demás hipótesis de penalización del aborto, pero la intensidad de la afectación dependerá de las circunstancias específicas que se analicen. Adicionalmente, es importante tener en consideración que no siempre las circunstancias que típicamente dan lugar a un régimen de indicaciones (terapéutica, violación o feto inviable) son, en las experiencias variadas de las mujeres reales, las más intensas. Esto ha sido aprendido por los estados que han decidido pasar de un régimen de indicaciones a uno de plazos.

También puede entenderse que existe una afectación a la libertad de conciencia, si es que se considera que la prohibición al aborto, especialmente cuando se defiende a pesar de que esté en peligro la vida de la mujer, se sustenta exclusivamente en una concepción religiosa determinada (que supone la obligación de respeto a un plan divino en el que no se puede intervenir) y que por lo tanto su incorporación al Código Penal afecta la libertad de conciencia de personas que no comparten ese credo. El respeto a la libertad de conciencia exige que el derecho se abstenga de

compeler a una persona que en su fuero más íntimo siente en conciencia que le corresponde a ella aceptar o rechazar el riesgo a su propia vida o salud.

Como reiteradamente se ha señalado en el derecho comparado, la imposición a la mujer del deber de mantener un embarazo con el fin de proteger la vida prenatal afecta su autonomía, en la medida en que se le desconoce las capacidades propias de un agente moral de establecer metas, valorar, tomar decisiones haciendo uso de su razón y otras facultades, decidir y actuar siguiendo los propios juicios. El que el derecho tome y disponga del cuerpo de la mujer implica un grado de instrumentalización de éste que puede llegar también a afectar el derecho a un trato digno, en el sentido kantiano. Cuando el nivel de intensidad de este uso es más alto, como en el caso en que la afectación implica un riesgo para la vida de la mujer o un detrimento a su integridad, la afectación puede incluso considerarse un trato cruel, inhumano o degradante.

Por último, la penalización del aborto por parte de la mujer con el fin de proteger la vida prenatal implica una afectación para las mujeres de su derecho a la igualdad respecto de los hombres. El hecho que el legislador opte por la medida de la penalización implica traspasar y concentrar en las mujeres la carga de la protección. Evidentemente esto se hace porque, estando el feto dentro del cuerpo de la mujer, resulta más fácil para el estado intervenir directamente sobre la mujer impidiéndole interrumpir su embarazo, que adoptar medidas más indirectas como la prevención de los embarazos no deseados o la creación de incentivos para que la mujer opte por mantener el embarazo (ayudas sociales, por ejemplo). Estas otras medidas distribuyen al menos algunos de los costos económicos de la protección de la vida prenatal entre los miembros de toda la sociedad. En consecuencia, la opción del legislador por la penalización, al concentra las cargas y costos (físicos, síquicos, simbólicos, económicos y en términos de pérdida de autonomía) solo en las mujeres, implica una afectación profunda de la igualdad en razón de género. Esta afectación se concentra aún más en los grupos de mujeres que son más vulnerables a tener embarazos no deseados y respecto de las cuales el estado tiene también la obligación de asegurar acceso a acciones de salud (por ejemplo de prevención anticonceptiva), como son las adolescentes y las mujeres de más bajos recursos que se atienden en sistema público de salud. Los perjuicios de esta afectación no solo tienen que medirse por su impacto en los derechos individuales de las mujeres, sino también en términos del sacrificio profundo que implica en el interés colectivo de la sociedad de sustentar sus bases como comunidad política en el principio de igualdad.

Otra razón para considerar que la afectación a estos derechos e intereses colectivos debe evaluarse como intensa, es que abarca un cúmulo de derechos cuyo goce y ejercicio son a su vez necesarios para que la mujer pueda ejercer otros derechos no directamente afectados con la penalización del aborto. Es una afectación efectiva y altamente probable, porque basta la sola existencia de la norma penal para que los derechos de las mujeres cuyos embarazos son riesgosos para su vida o salud no puedan acceder a las acciones terapéuticas necesarias de recuperación de la salud, o para que las mujeres embarazadas vean afectada su autonomía y libertad de conciencia, y las mujeres en general, su derecho a la igualdad. Por último, la afectación a estos derechos es durable, especialmente en el caso de las afectaciones al derecho a la salud, cuando implica detrimentos permanentes, y también en el caso de la afectación del derecho a la igualdad y de la autonomía en la determinación de los propios planes de vida. Respecto de las afectaciones a la integridad personal, a la salud y la autonomía, hay manifestaciones que son temporales (típicamente vinculadas a la duración de 9 meses del embarazo o la duración de los síntomas de la enfermedad) y de intensidad variable, según los casos específicos.

Estos son los sacrificios que se imponen a las mujeres titulares de estos derechos restringidos y a la sociedad. En el examen de proporcionalidad en sentido estricto, es necesario ahora determinar el peso comparativo de los beneficios alcanzados por la restricción de derechos necesaria para lograr el objetivo legítimo para decidir, finalmente, si compensan estos sacrificios.

El beneficio que se espera obtener de la existencia y aplicación de las normas que penalizan el aborto es la protección de la vida prenatal. Específicamente el objetivo es conseguir las más bajas tasas de aborto posibles (evitar totalmente el aborto debe considerarse un objetivo inalcanzable, ya que no existe ninguna sociedad que haya podido erradicar la práctica del aborto).

Para saber cómo valorar el beneficio que trae consigo la penalización en términos de protección de la vida prenatal, es necesario poder comparar, en un ejercicio teórico, las tasas de aborto bajo el régimen de penalización con las que podrían lograrse en ese mismo país con un régimen alternativo. Este ejercicio tiene un elemento especulativo, pero las experiencias comparadas y el cuerpo de investigaciones que existen sobre los efectos de distintas políticas en la disminución del aborto, permiten que sea perfectamente posible evaluar la calidad de los antecedentes en que el legislador sustenta el régimen que está proponiendo o apoyando. En la realidad latinoamericana, en que el apoyo a la penalización generalmente no se acompaña de ningún tipo antecedentes que

avalen su eficacia, ni siquiera se presenta la ocasión para la objeción de que los tribunales no son los órganos más apropiados para evaluar políticas públicas.

Hay un aspecto que me parece importante aclarar aquí respecto de la evaluación del beneficio de la penalización del aborto en la protección de la vida prenatal. Podría argumentarse que la penalización del aborto en las primeras etapas del embarazo es compatible con una política intensiva de educación y acceso a la anticoncepción y que, por lo tanto, no debe considerarse que el régimen de penalización estricta sea alternativo a un régimen preventivo. Podría señalarse que ambos regímenes podrían coexistir y que, si lo hacen, se lograría con la penalización, un plus de protección que no estaría presente en un régimen que sólo se sustente en la prevención durante la primera etapa del embarazo. Este argumento hay que analizarlo en distintos niveles. El primero, requiere preguntarse sobre la posibilidad empírica de que un estado que está dispuesto a penalizar el aborto en toda circunstancia esté al mismo tiempo dispuesto a implementar una política intensiva de educación sexual y anticoncepción que resulte efectiva. La pregunta se justifica porque las personas que más enfáticamente rechazan la idea de la despenalización normalmente también están en contra de una intervención estatal importante en temas de educación sexual y en el fomento activo de la anticoncepción. Esta pregunta empírica debe hacérsela el legislador y merece un análisis serio. El segundo nivel en que debe analizarse este argumento exige preguntarse si la penalización del aborto temprano no interfiere de alguna forma en el uso efectivo que las mujeres hagan de la educación sexual y en el acceso a la anticoncepción. Por ejemplo, si las mujeres no se van a inhibir de preguntar o las personas a cargo de la educación sexual no van a evitar discutir experiencias previas de aborto o algunos temas vinculados con el aborto, o si no se dificultará el acceso a la anticoncepción de emergencia, por la duda que puedan tener las usuarias o los proveedores sobre su carácter abortivo. Si se atiende al argumento del legislador alemán, y apoyado por el Tribunal Constitucional Alemán en su segunda sentencia, la penalización del aborto temprano sí impide, al menos, las políticas preventivas basadas en la consejería. Si efectivamente hay una incompatibilidad entre la prevención por la vía de la información y la consejería, un tercer nivel de análisis requeriría comparar la efectividad extra que se atribuye a la pena (el plus de protección que otorgaría por sobre la protección que se logra con la política intensiva de educación sexual y anticoncepción) con la efectividad extra que proveen medidas como la consejería o la información a las que pueden acceder las mujeres en regímenes que sí permiten la opción del aborto. Estas tres preguntas forman parte, en realidad, del examen de necesidad a que debe someterse la ley que penaliza el aborto. Hay, sin embargo, un cuarto

nivel de análisis que involucra el examen de proporcionalidad estricta. Si llegara a considerarse que efectivamente la pena provee un plus de protección a la vida prenatal que no se logra en los regímenes preventivos, la pregunta que hay que hacerse es si el beneficio asociado a ese grado extra de protección justifica los sacrificios que la pena impone en términos de afectación a los derechos de la mujer. Es necesario recordar que el régimen preventivo no tiene asociado esos sacrificios.