

Todo aborto es no punible

Julieta Arosteguy¹

Soledad Deza²

Resumen

En marzo de 2012, el fallo F.A.L s/medida autosatisfactiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cerró un largo debate en torno de la interpretación del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal de la Nación. En este histórico fallo, la CSJN estableció que una interpretación restrictiva del inciso 2° del art. 86 era contraria a la Constitución Nacional y al plexo constitucional compuesto por los tratados internacionales de Derechos Humanos que, desde 1994 poseen jerarquía constitucional.

La CSJN no consideró, sin embargo, el alcance y la interpretación del inciso 1°, según el cual el aborto no es punible “Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”.

En este artículo argumentamos, a la luz del plexo constitucional considerado por la CSJN en su fallo y de la legislación nacional vigente, que todo embarazo no deseado pone en riesgo la salud de la mujer y que este riesgo sólo puede evitarse mediante la interrupción del embarazo. En consecuencia, de una interpretación del artículo 86 inciso 1° acorde con el plexo constitucional se sigue que todo aborto es no punible.

¹ UNQUI/CONSAVIG

² Universidad de San Pablo-T

Todo aborto es no punible

Introducción:

En marzo de 2012, el fallo F.A.L s/medida autosatisfactiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cerró un largo debate en torno de la interpretación del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal de la Nación, según el cual “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible [...] Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.” En este histórico fallo, la CSJN estableció que una interpretación restrictiva del inciso 2°, que sólo permitiera el aborto de mujeres idiotas o dementes víctimas de violación, era contraria a la Constitución Nacional y al plexo constitucional compuesto por los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino, los cuales poseen, desde 1994, jerarquía constitucional. De esta manera, el fallo asegura el acceso sin restricciones y obstáculos al aborto no punible para cualquier mujer cuyo embarazo haya sido producto de una violación.

La CSJN no se detuvo, sin embargo, a considerar el alcance y la interpretación del inciso 1° del art. 86, según el cual el aborto no es punible “Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”. Este inciso, que establece lo que se conoce como la “causal salud”, ha sido objeto de interpretaciones judiciales que han llevado a reconocer que 1) el riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta debe ser verificable y 2) que la salud no debe entenderse exclusivamente como bienestar físico, sino que debe resguardarse también el bienestar psíquico y social de la mujer.

En este artículo argumentamos, a la luz del plexo constitucional considerado por la CSJN en su fallo y de la legislación vigente que establece el alcance y contenido del derecho a la salud, que la continuidad forzosa de cualquier embarazo no deseado pone en riesgo la salud de la mujer y que este riesgo sólo puede evitarse mediante la interrupción de dicho embarazo.

En consecuencia, de una interpretación del artículo 86 inciso 1° acorde con el marco de los Derechos Humanos incorporado actualmente en la Constitución Nacional y la legislación nacional actualmente vigente se sigue que todo aborto es no punible.

Comenzaremos, pues, por ofrecer una definición y demarcación del derecho a la salud, así como su aplicación en el ámbito de la salud reproductiva. Argumentamos que este derecho se encuentra actualmente limitado a una interpretación restrictiva, basada en la concepción biomédica del modelo médico hegemónico, pero que tal interpretación no es natural, ni ajustada al derecho.

Por el contrario, mostramos que es producto del desarrollo histórico, tecnológico e ideológico tendiente a imponer una mirada científica sobre el proceso de gestación. Nos centramos, entonces, en una interpretación amplia de la causal salud, argumentando que, de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJN y legislación nacional reciente, debe incluir el bienestar social y la salud mental. Finalmente, consideramos la experiencia del embarazo desde la perspectiva de la mujer que lo lleva adelante, y argumentamos que las transformaciones que este involucra son lo suficientemente profundas y relevantes para justificar la aplicación de la causal salud a un embarazo no deseado.

Salud y castigo

La cuestión del aborto despierta reticencias por dos razones. Por un lado, rompe con la vigencia del dueto madre-niño como representación social del deseo femenino y por otro lado, porque el reproche social hacia la mujer que rechaza la maternidad es de tal magnitud, que ha sido recogido por la legislación penal a modo de delito que justifica la cárcel como castigo.

La penalización no es absoluta y existen supuestos excepcionales en los que el aborto es legal.³ Estos están descriptos con claridad en la ley: “si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios” y “si el embarazo proviene de violación o de atentado al pudor”. Lo curioso es que la norma penal en ningún momento describe qué es el aborto. Este vacío induce al discurso jurídico a acudir a los saberes médicos para determinar qué debe entenderse por “aborto” y sus diferencias con el parto prematuro o el parto inducido. Es así como el discurso biomédico lo define como la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable o capaz de llevar una vida extra-uterina de forma independiente.⁴

Este entretejido de saberes obtiene mayor presencia en el caso de embarazos riesgosos para la salud en los que se precisa de verificación médica para encuadrar en la excepción del aborto como crimen, que es la regla. La exigencia de un riesgo “grave”⁵, por ejemplo, fue desechada del

³ En orden al fallo FAL es correcto hablar de aborto legal para los casos de abortos cuya punibilidad ha sido excluida. Considerando N°

⁴ Organización Mundial de la Salud. Grupo Científico de la OMS. Serie de Informes técnicos N° 461 “Aborto espontáneo y provocado” Ginebra, 1970. (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/38296/1/WHO_TRS_461_spa.pdf) Consultado por última vez 9/07/2012.

⁵ Si bien algunas reformas introdujeron la necesidad de un peligro “grave” para la mujer gestante, los decretos-leyes 17.567/67 y 21.338/76 derogaron las mismas por lo cual este requisito no está en el tipo penal de la norma.

ordenamiento penal hace muchos años. Sin embargo, se han judicializado casos en la idea de obtener autorización o lo que es lo mismo, un testeo judicial que respalde el riesgo para la mujer como requisito previo al aborto.

En el ínterin médicos/as y jueces/as pierden de vista una característica específica del derecho penal, que es el carácter cerrado con que opera. Esto significa que una acción sólo puede ser criminal si una norma así lo prescribe en un tipo penal determinado. Y el aborto por “causal salud” no encuadra en ningún crimen. La tipicidad es la descripción de la conducta que se considera reprochable para la ley y para que exista un delito, la conducta de algún agente debe adecuarse estrictamente a esa descripción o tipo penal que existe con anterioridad. Decimos “estrictamente” por cuanto así opera el tipo, dado que demarca un límite entre lo prohibido y lo permitido para las personas. Esto muestra que la importancia del apego a la ley cuando de interpretación penal se trata, radica en la protección a las esferas de libertades que con ampliaciones o desviaciones infundadas, puede considerar reprochable una acción que no lo es. Delito es lo que dice la ley y ninguna otra cosa.

Conocer estos elementos que apuntalan el funcionamiento de la herramienta penal permite advertir a la salud como un picaporte que hace ceder el tipo penal de aborto, sacándolo del campo del delito y tornándolo disponible para la mujer como una práctica legal. Y al mismo tiempo permite entender por qué no es jurídicamente posible exigir gravedad de peligro, allí donde la ley no lo exige. Tampoco correspondería circunscribir el concepto de salud a la salud física, por cuanto la ley no ha efectuado esta limitación y por lo mismo, tampoco corresponde excluir la salud mental como factor de peligro para el bienestar completo de una mujer.

El contenido del derecho a la salud: algunas dificultades

La salud, como derecho social, está reconocida en numerosos instrumentos internacionales incorporados en nuestro bloque constitucional federal a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

La visión amplia que irradian los instrumentos internacionales operativos en nuestro país, involucra factores sociales, económicos, humanos e ideológicos y múltiples actores estratégicos con discursos propios, situación esta que ha impedido una definición legal del derecho a la salud.

La actividad jurisdiccional tampoco ha arriesgado una conceptualización sobre el tema, sino que ha ido definiendo los alcances y contenidos de este derecho a medida que ciertas situaciones conflictivas puestas en términos de litigio, fueron sometidas a valoración judicial.

Esta permanente evolución de la idea de “salud” como derecho, ha promovido avances y retrocesos constantes para definir un concepto de bienestar que se presenta altamente subjetivo y que puede ser aniquilado en cualquier tentación de universalizarlo. Ese dinamismo que propone el litigio como variable para perfilar conceptos, hace difícil demarcar una línea homogénea acerca de cuáles situaciones son las que verdaderamente ponen en tensión la salud de una persona y que, por lo mismo, justifican la exigencia de las obligaciones correlativas que imponen las normas a quienes garantizan este derecho.

Un punto de partida en el que existe coincidencia de parte de los discursos involucrados, es aquel que considera a la salud “integral” como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad”⁶

Salud y no-reproducción

Acerca de por qué existen los abortos, Marta Lamas⁷ nos alerta sobre “la manera ancestral que tienen las mujeres para resolver el conflicto de un embarazo no deseado”. Pero, al igual que ella, corresponde que nos preguntemos ¿por qué en pleno siglo XXI hay embarazos no deseados? Si llevar adelante un embarazo no deseado es una experiencia tan alienante para las mujeres, ¿por qué estas no evitan quedar embarazadas cuando no lo desean?

Siguiendo a esta autora, habría tres causas posibles para explicar la existencia de embarazos no deseados: a) las que tienen que ver con la condición humana: olvidos, irresponsabilidad, violencia y deseos inconscientes. Aquí desempeñan un papel protagónico las violaciones sexuales y los “descuidos” o errores individuales. b) Las que se relacionan con carencias sociales, en especial, la ausencia de amplios programas de educación sexual - lo que se traduce en una ignorancia reproductiva generalizada y en acceso restringido (por motivos económicos y sociales) a los métodos anticonceptivos modernos. c) Las relativas a fallas de los métodos anticonceptivos.

⁶ Organización Panamericana de la Salud “Constitución de la Organización Mundial de la Salud” p. 23 en Documentos Básicos, Documento Oficial N° 240, Washington, 1.991. Disponible en www.who.int/es (confirmar CITA)

⁷ LAMAS, Marta. (2003) “Aborto, derecho y religión en el siglo XXI”. En: DEBATE FEMINISTA, AÑO 14. VOL 27. México D.F. Pág. 139-164.

Más allá de cuál sea la causa que lleve a una niña, adolescente o mujer argentina a encontrarse frente a una gestación no deseada - podría ser cualquiera de las tres-, consideramos que las creencias religiosas, los mandatos culturales, la implementación con desidia y dobleces en la educación sexual y una política pública de anticoncepción débil e intermitente, son las causas principales -en la mayor parte de los casos – de que la maternidad se presente en el imaginario social, como destino. Es interesante notar con qué magnitud la salud sexual y reproductiva de las mujeres, entendida en términos de libertad para el diseño del propio plan de vida, parece esfumarse frente a la presencia de un feto, incluso para las propias mujeres que no reconocen la posibilidad, siquiera imaginaria, del aborto, aceptando su destino como madres.⁸

El bienestar físico, mental y social de la mujer frente a la reproducción, pareciera disolverse en un binomio niña/adolescente/mujer-feto que en forma creciente, a medida que la gestación se torna más “verificable”, va desentendiéndose de la salud de la gestante para centrarse –casi exclusivamente- en el bienestar de un “otro” que no existe sino en el cuerpo de esa mujer cuya salud pasa a un segundo plano. Tan brutal es el segundo plano al cual se relega la salud de la mujer cuando de reproducción (o no-reproducción) se habla, que en la práctica, el deseo de no gestar está intervenido tanto social como penalmente. En efecto, la mujer siente, o se le recuerda que debe sentir, culpa y mortificación por la interrupción del embarazo. Esto dificulta, cuando no imposibilita, la decisión libre de interrumpir la gestación.⁹

La denominada “causal salud” requiere, en la práctica, del saber médico para justificar su existencia. Esto por cuanto está usualmente asociada con patologías graves que pongan efectivamente a la mujer gestante, frente a su muerte inminente.

Es donde la línea se vuelve más difusa y es menos notorio el riesgo para la mujer cuando se visibiliza la prepotencia biomédica y se presentan problemas en el acceso a un aborto legal. Allí donde las enfermedades dejan de tener nombres conocidos y donde las causas/consecuencias de las dolencias que una mujer padece dejan de mostrarse tan claras en términos de “peligro” o “riesgo” para el modelo médico hegemónico, surgen las obstrucciones a los derechos de las mujeres. Sin embargo, esta mirada “externa” sobre el embarazo, propia de las/os profesionales de la salud y de las/os funcionarias/os judiciales, es producto de una construcción histórica e ideológica que puede y debe ser cuestionada.

⁸ Campagnoli, Mabel (2007) “El aborto como posibilidad imaginaria”, *Feminaria*, XVI (30/31), pp. 21-24.

⁹ Ibid.

La concepción “externa” de la gestación

Hasta hace relativamente poco tiempo, el primer signo de embarazo estaba asociado con los movimientos fetales.¹⁰ Socialmente, el embarazo no era detectable hasta que no eran visibles sus signos en el aspecto exterior de la mujer, y la alta tasa de mortalidad perinatal llevaba a que se tratara con cautela la expectativa frente al/a la futura/o hija/o.¹¹

Los profundos cambios sociales, económicos, culturales, y científicos del último siglo modificaron radicalmente la forma de entender el embarazo. Si bien estos cambios tuvieron aspectos muy positivos que es necesario reconocer y destacar, dieron lugar a una manera problemática de concebir la relación entre la maternidad y el embarazo. En efecto, al vincularse el embarazo con la posibilidad cierta de un parto seguro y la supervivencia del bebé durante sus primeros años de vida, la maternidad y el embarazo quedaron indisolublemente ligados. Esta relación, que se veía amenazada por la alta tasa de abortos espontáneos y mortalidad neonatal, se afianzó dando lugar a la idea de que toda mujer embarazada es ya una madre desde el momento en que comienza su gestación. Este momento, como ya hemos dicho, se extiende hasta la concepción misma, debido a la posibilidad de detectar tan tempranamente el embarazo. Es así que la expectativa frente a la futura maternidad se fue extendiendo para abarcar un período en el que la mujer se sabe encinta, aunque no haya indicios físicos que le permitan percibirse a sí misma como tal. Si a esto sumamos la creciente medicalización del proceso de embarazo y parto, entenderemos cómo una mirada objetiva y externa sobre los procesos reproductivos de las mujeres se fue imponiendo tanto sobre la sociedad, como sobre las mismas mujeres, ocultando el aspecto subjetivo de dichos procesos y silenciando sus propias percepciones y vivencias.

De esta manera, a medida que el embarazo se convirtió en un objeto de estudio científico, verificable y controlable por medios científicos, que permitían una detección más temprana y una mejor gestión del proceso y sus resultados, la vivencia de las mujeres respecto de su propio cuerpo, el registro de sus sensaciones y la percepción de los cambios vividos en sus propios cuerpos a medida que se desarrolla el embarazo, quedó silenciada. Se produjo, pues, un doble movimiento: por un lado, el embarazo se identificó con las etapas más tempranas de la maternidad. Por el otro, el embarazo (y en consecuencia la maternidad) se extendió para abarcar períodos en los que las

¹⁰ Galeotti, Giulia (2004) *Historia del aborto*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.

¹¹ Knibiehler, Yvonne (2001) *Historia de las madres y de la maternidad en Occidente*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.

mujeres no sienten en sus cuerpos las transformaciones características del embarazo más tardío. De esta manera, la realidad del embarazo, verificable científicamente, se impuso a las mujeres con el peso de la maternidad.

La maternidad “externa”, al igual que la gestación, son percibidas socialmente como estados de todo o nada, que se encuentran presentes en su totalidad desde el comienzo mismo del proceso gestacional. Se desconoce así el carácter gradual del proceso por el cual la mujer se adapta a su nueva condición y se transforma en madre a medida que esta progresa. Reconocer esta progresión - física, psicológica y emocional- mediante la cual la mujer se va transformando es, como veremos, altamente relevante para la discusión moral y legal en torno del aborto.

Esta misma perspectiva externa privilegia la opinión de las/os profesionales médicas/os sobre el embarazo y su percepción exclusivamente biologicista de la salud. De esta manera, es la mirada de la medicina la que ha de establecer, también objetivamente, cuándo la salud de la mujer se encuentra en riesgo. Esta mirada externa y objetiva, nuevamente silencia la voz de las mujeres, imponiendo criterios puramente biomédicos para determinar cuándo un embarazo amenaza la salud de la mujer. Sin embargo, al reconocer explícitamente en el concepto de salud aspectos sociales y subjetivos que hacen al bienestar y la salud mental de las personas, la CSJN ha revalorizado la perspectiva de las mismas mujeres sobre sus procesos gestacionales. En lo que sigue, consideraremos cómo la Corte incluyó en la definición de salud los aspectos mencionados.

Causal Salud

Allí donde no hay enfermedad, puede existir igualmente malestar y por ende, afectación de la salud. Médicas y médicos son y han sido educadas/os, por lo general, en una medicina basada en la evidencia que facilita que patologías de tipo degenerativas, invalidantes o terminales sean más elocuentes a la hora de justificar ausencia de bienestar.

Pero existen otros malestares que son igualmente capaces de afectar la salud de niñas, adolescentes o mujeres que gestan, aún cuando no tengan la eficacia de conducir las a la muerte. Si en el orden de lo normado se viene repitiendo sostenidamente que la salud de una persona implica un concepto amplio que involucra cuerpo, mente y entorno, no aparece como coherente ignorar que la afectación de cualquiera de estos componentes es eficaz para poner en riesgo el bienestar de una persona y por ende, justificar acciones que pongan fin con la situación que los estuviere alterando negativamente.

La CSJN ha reconocido en el fallo “Campodónico de Bebiaqua” que la responsabilidad de los poderes del estado en la preservación de la salud, es innegable. En este sentido, la Corte afirmó a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, según expusimos, que el derecho a la preservación de la salud implica “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”.

Aventurar una definición de “derecho a la preservación de la salud” en un contexto que involucra la no-reproducción no es tarea fácil. A pesar de estas dificultades, la Corte reconoció la necesidad de asegurar prestaciones y beneficios sociales para preservar la salud de las personas.

Numerosas decisiones judiciales y políticas legislativas de los últimos años implican un reconocimiento explícito de que la salud excede lo estrictamente orgánico y que el bienestar de una persona está incidido por componentes sociales cuya satisfacción precisa de comodidades básicas tales como un lugar acogedor y seguro para vivir o bien, educación disponible según capacidades personales o bien, la posibilidad cierta de materializar un plan de vida en la forma deseada.

La salud de las personas, a juicio de la misma Corte Suprema, no puede ni debe reducirse a criterios biomédicos. Este concepto está conectado en el discurso jurídico a una situación de bienestar que abarca mucho más que la idea de curar, rehabilitar o tratar asistencialmente a una persona. Por este mismo rasgo, que prescinde de la visión estrictamente médica para considerar el sentido tuitivo de este derecho, es que la interpretación que ha prevalecido es la que corresponde a un criterio amplio que se ha denominado “salud integral” y que ha servido para involucrar en decisiones jurisdiccionales el bienestar físico, psíquico y social como derecho exigible.

Esta línea ha sido receptada específicamente en relación con la terminación del embarazo por el fallo de la CSJN en el caso “T.S”.¹² En este caso, una mujer que se encontraba gestando un feto anencefálico, ante la negativa del equipo médico de practicarle un aborto, concurrió a la justicia argumentando el daño psíquico que estaba sufriendo. Si bien se ocupó la Corte se encargó de meritar la inviabilidad del feto, este caso no podría haber sido encuadrado dentro de los casos permitidos de aborto (ya sea que se lo denomine “aborto” o “parto inducido”) si no hubiese sido por la valoración del daño psíquico en la mujer.

En el voto de la mayoría se sostuvo:

¹² T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. 11/01/2001 - Fallos: 324:5.

Que, en esas condiciones, coexiste la frágil e incierta vida intrauterina del “nasciturus”, con el *sufrimiento psicológico de su madre y de su familia entera*, que ve progresivamente *deteriorada su convivencia* en función de un acontecimiento dramático (...) cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la *protección de su salud, psicológica y física*, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia supra (...) como elemento esencial de esta decisión, se ampara la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica —ya afectada por los hechos, que hablan por sí mismos— constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección”¹³.

El fallo “T.S.” rescata la salud mental de la mujer como dato fáctico relevante para decidir el conflicto. Lo enriquecedor para este abordaje que proponemos es que este precedente autoriza precisamente a atender a la afectación de la salud mental de la niña, adolescente o mujer que gesta, como una causal para poner fin a un embarazo. En efecto, el fallo “*ampara la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica [...] constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección*”. Más aún, contempla también el entorno social de la mujer, al reconocer que no sólo es relevante el padecimiento psíquico de la madre, sino también el de su entorno familiar, al verse afectada la convivencia por el desarrollo de un feto incompatible con la vida.

Al reconocer la importancia fundamental de la salud mental de la mujer para justificar la interrupción del embarazo, este caso queda encuadrado en el art. 86 inc. 1 del Código Penal, bajo el ropaje de lo que se ha dado en llamar “causal salud”.

La salud mental en la legislación argentina

Es preciso señalar también, que el carácter dinámico del derecho impulsa a la interpretación “evolutiva”¹⁴ que promueva el reconocimiento del carácter expansivo del derecho a la salud, tal como lo viene haciendo nuestra Corte Federal, a modo de legitimar que un estado completo de bienestar —o una “salud integral”— requiere no solamente de un bienestar físico, sino también social y mental. Cabe preguntarse, entonces, ¿cuánto bienestar es necesario perder para considerar la salud en riesgo? ¿Cuánto malestar mental se precisa para considerar que el bienestar de una persona está

¹³ CSJN, TS op. Cit.

¹⁴ CIDH in re “Artavia Murillo”. La Corte señaló la necesidad de que las interpretaciones sobre derechos humanos acompañen la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de vida de las personas. C.3) parr. 245 y 246

en riesgo? ¿Cuánto de salud mental se considera que una persona debe guardar para que su bienestar sea completo?

Para responder a estos interrogantes, debemos apelar a la reciente ley N° 26.657, que define la salud mental como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”. El Decreto N° 603/2013, mediante el cual se ha dado en reglamentar esta ley, va más allá con las precisiones al establecer que debe entenderse por “padecimiento mental a todo tipo de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples, componentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 3°”. Consideraremos a continuación cómo un embarazo puede afectar, en determinadas circunstancias, este complejo proceso que la ley identifica con la salud mental, produciendo un sufrimiento psíquico que afecta la salud y el bienestar de las mujeres.

El embarazo es, fundamentalmente, un proceso de transformación. Durante el período de gestación, el cuerpo de las mujeres, su percepción de sí mismas, sus valores, emociones y la construcción de su propia identidad, se transforman a medida que las células del embrión van conformando una persona humana. Durante los nueve meses del embarazo, las mujeres van haciendo suyo el rol de madres que sin embargo la sociedad les asigna desde el momento de la concepción. No sin contradicciones y emociones encontradas, la “madre” desde el punto de vista externo se convierte en una madre propiamente dicha, comenzando una historia con su hija/o que dará lugar, más adelante, a la relación de amor materno/filial y las responsabilidades especiales que solemos considerar como propias de la maternidad.

El proceso transformador de la gestación suele ser resaltado en el caso del embrión, en la búsqueda de momentos clave de su desarrollo que justifiquen líneas de corte moralmente significativas en la discusión sobre el aborto. Así, el desarrollo del sistema nervioso central y la capacidad de sentir dolor, o la viabilidad para sobrevivir fuera del cuerpo materno suelen ser señalados como momentos definitorios para establecer cuándo es, o deja de ser permisible, terminar con la vida del feto.

Sin embargo, en Argentina, los arts. 85 y 86 del código penal no establecen límite alguno en relación con el desarrollo del embrión o feto para restringir el acceso a un aborto no punible como tampoco exige gravedad en la entidad del peligro o riesgo para la mujer.

Es así que el Código Penal supedita claramente los posibles resguardos respecto del estatus moral y jurídico del feto u embrión al derecho de las mujeres, a resguardar su dignidad e integridad personal, en caso de que el embarazo sea producto de violación, o a privilegiar su salud y su vida, en caso de que el embarazo las ponga en riesgo. La salud y la vida, en el inciso 1º, y la dignidad de la mujer, en el inciso 2º, son reconocidos como prioritarios respecto de la vida del feto. Y esta ponderación que coloca por sobre los derechos del feto a la vida de la mujer, ya ha sido analizada en el fallo FAL, por lo cual sería sobreabundante ahondar en esta línea.

Nos centraremos a continuación en la transformación que el embarazo implica para las mujeres gestantes. Consideraremos cómo este proceso puede afectar su entorno social, su bienestar físico, su percepción de sí mismas, su integridad emocional y, con ello, su salud.

El embarazo como vivencia transformadora

Cuando consideramos la gestación no ya desde el punto de vista externo, sino desde el punto de vista de la mujer, el primer aspecto que es necesario destacar es el de la intimidad. Las transformaciones que la mujer percibe en su cuerpo y la consciencia del feto/embrión desarrollándose en su interior darán lugar a una intimidad emocional con la futura/o hija/o que lleva en su interior. La escisión de la subjetividad que conlleva el reconocimiento del feto como un otro que es parte de sí misma es el origen del vínculo entre madre e hija/o que, en caso de que sea deseada/o, se reforzará después del parto.¹⁵ El vínculo emocional que se establece entre la mujer y el feto da comienzo a una historia compartida, en la que la mujer proyecta sus deseos, sueños, planes, esperanzas, sus valores y sus vínculos, ya sea con su familia, su pareja, su entorno afectivo o su entorno social y laboral.

La importancia de esta historia compartida con el/la futura/o hija/o es doble: por un lado, es por medio de ella que se generan los vínculos afectivos que las madres (y los padres) tienen respecto de sus hijas/os. Por otro lado, la mujer constituye mediante la narración de esta historia, una nueva identidad, la identidad de madre de ese/a hija/o que crece en su vientre.

Es preciso señalar aquí la existencia de una doble identidad materna. Si bien ambas formas de maternidad tienden a confundirse durante el embarazo, deben diferenciarse analíticamente. Por un lado, se encuentra la identidad “objetiva” de madre. Esta identidad es impuesta desde el exterior,

¹⁵ Tyler Imogen (2000), “Reframing Pregnant Embodiment”, en Ahmed, S., Kilby, J., Lury, C., McNeil, M., y Skeggs, B., (eds). *Transformations: Thinking Through Feminism*, Londres y Nueva York, Routledge, pp. 288-301

mediante la comprensión social del embarazo que, por las razones que indicamos anteriormente, tiende a identificar a toda mujer encinta con una madre. Por otro lado, se encuentra la identidad “subjetiva”, que es construida por la mujer a partir de sus propias vivencias, a partir de reconocerse como diferente del feto que crece en su interior, pero íntimamente vinculada con él. La identidad de madre propiamente dicha, se establece en relación con cada hija/o en particular. La mujer no es simplemente “madre” de manera general. Es madre de tal o cual hija/o, y cada vínculo particular requiere de una nueva construcción.

Este proceso de construcción de una nueva identidad mediante el vínculo íntimo con el nuevo ser que se va gestando requiere de un tiempo de acomodación incluso en las mujeres que buscaron activamente la maternidad. Efectivamente, se han identificado tres modelos de apego materno fetal: en el primero, las mujeres muestran una vinculación afectiva temprana y continua con el feto/hija/o; en el segundo, las mujeres no muestran un apego inicial, pero este se desarrolla a partir del segundo trimestre, con la percepción de los movimientos fetales. Finalmente, en el tercer modelo, la mujer nunca genera una vinculación afectiva con el feto. En estos casos, el feto no es percibido como un individuo, sino como una “intrusión” o “molestia”.¹⁶

El consentimiento, pues, es fundamental en el proceso de transformación mencionada anteriormente. Es el consentimiento lo que permite que la mujer elija su embarazo y se identifique positivamente con él.¹⁷ El consentimiento puede y debe darse en el inicio del embarazo, pero es fundamental, también, que este exista durante el proceso de gestación. Que no exista tal consentimiento en el acto sexual que da lugar al embarazo, constituye una violación, la cual es reconocida como causal de legítima interrupción del embarazo. Que no exista el consentimiento en el posterior desarrollo del embarazo constituye un obstáculo para su aceptación e impide que la mujer se identifique con este, generando una fuerte resistencia ante las transformaciones experimentadas.

Cabe señalar, entonces, que el consentimiento inicial ante un embarazo, no es lo mismo que su posterior aceptación. La aceptación del embarazo sólo puede resultar de la vivencia del embarazo, por lo que la gestación no puede ser aceptada por adelantado, antes de pasar por la experiencia que esta implica. El consentimiento ante el embarazo y la relación sexual de la que este es resultado no es suficiente para garantizar la aceptación del embarazo, una vez que la mujer

¹⁶ Leifer, Myra (1980) *Psychological effects of motherhood: A study of first pregnancy*, New York, Praeger.

¹⁷ Young, Iris Marion (1984) “Pregnant embodiment: Subjectivity and alienation”, *Journal of Medicine and Philosophy* 9 (1), pp. 45-62.

comienza la transformación referida anteriormente. Así, pues, tomando en consideración la importancia fundamental que la vivencia del embarazo tiene para la mujer, es preciso aceptar que el consentimiento a una relación sexual o el consentimiento, incluso, otorgado inicialmente al embarazo, no equivale a su aceptación. Es preciso, para ello, que exista un consentimiento renovado, que se afirma con los sucesivos cambios y situaciones vitales que se van produciendo.

Cuando una mujer no desea ser madre, cuando no acepta las transformaciones que va experimentando, el proceso de gestación es vivido como una intrusión en su intimidad y su cuerpo. Ya sea que no exista un consentimiento inicial frente al embarazo, o que a pesar de dicho consentimiento, la niña-mujer-adolescente no logre aceptarlo posteriormente, el feto es percibido como un ser radicalmente ajeno, incluso como un ser hostil. Mientras que la percepción de los cambios corporales es similar en la mujer que acepta un embarazo y en quien lo rechaza, en este último caso, la historia compartida por la mujer y el feto se construye sobre la base de una intimidad física y emocional que es violada por la presencia de este ser extraño.¹⁸ Los nuevos valores y necesidades impuestos involuntariamente por la aparición del/de la futura/o hija/o afectan los planes de vida, las posibilidades de desarrollo personal, profesional y económico. Incluso, como señaló la CSJN en el fallo “T.S.”, pueden poner en riesgo vínculos afectivos y familiares ya existentes, enfrentando a las niñas-adolescentes-mujeres, a las consecuencias de un “hecho dramático” que “deteriora su convivencia”.

Así, pues, reconocer la importancia que el embarazo y la maternidad tienen en la vida de una mujer exige una revalorización de lo que el embarazo significa para la mujer que lo experimenta y las consecuencias profundas y de largo plazo que éste tiene en su vida. La maternidad como identidad asumida, con las consecuencias físicas, psicológicas y sociales que esta conlleva sólo puede ser libremente asumida. De lo contrario, corre riesgo la identidad de la mujer, su integridad física, psicológica y emocional y su bienestar social.

Todo aborto es no punible

Que las complicaciones post aborto sean la mayor causa de ocupación de las camas de ginecología y obstetricia de los hospitales públicos, o que las altas tasas de infertilidad secundaria en la región sean consecuencia de abortos sépticos deberían ser, por sí solos, indicadores de que los

¹⁸ Lundquist, Caroline (2008) “Being Torn: Toward a Phenomenology of Unwanted Pregnancy”, *Hyptia* 23 (3), pp. 136-155.

embarazos no deseados representan un grave riesgo para la salud de las mujeres. Se estima que en Argentina mueren más de 300 mujeres por año debido a complicaciones de abortos ilegales.¹⁹ Esta alarmante cantidad de muertes constituye por sí sola evidencia de que los embarazos no deseados son una amenaza para la vida de las mujeres.

En efecto, el rechazo de la gestación conduce, en Argentina, a la interrupción de aproximadamente 450.000 embarazos por año, con la hospitalización anual de 60.000 mujeres en instituciones públicas de todo el país²⁰. Los embarazos no consentidos o no aceptados son acompañados por depresiones, ansiedades e incluso intentos de suicidio. La decisión extrema de poner en riesgo su propia salud e integridad corporal con el solo fin de no continuar con un embarazo no deseado, deberían ser suficiente prueba de los padecimientos psíquicos a los que se expone a las mujeres que no desean llevar su embarazo a término.

Adicionalmente, los indicadores de pobreza de las mujeres se encuentran ligados a la cantidad de hijas/os, que dificultan su capacidad de completar su educación básica, profesionalizarse e insertarse exitosamente en el mercado laboral²¹. En casos extremos, un embarazo inoportuno puede ser causa de despido, o de expulsión de la institución educativa. En otros casos, los embarazos no deseados pueden afectar las relaciones familiares de menores de edad, que se ven obligadas a hacer pública su vida sexual, exponiéndose a las represalias de su entorno. Un embarazo no planificado puede exponer a las mujeres a reacciones violentas por parte de sus parejas o familiares directos. Estos hechos deberían ser muestra suficiente de que el bienestar social de las mujeres puede verse severamente afectado por un embarazo no deseado.

A diferencia de los riesgos para la salud o la vida de la mujer embarazada tradicionalmente reconocidos por el discurso biomédico, estos riesgos, que surgen de la vivencia subjetiva del embarazo y de la cabal comprensión de lo que este implica para la subjetividad de la mujer que lo experimenta, estos riesgos sólo pueden ser evitados mediante la interrupción del embarazo, ya que son producto exclusivamente del deseo de la mujer de no convertirse en madre.

Que el embarazo no deseado haya sido causa de un error de cálculo, de una relación no consentida, de la falta de acceso a métodos anticonceptivos, de la imposibilidad de negociar su uso

¹⁹ Boletín informativo del Ministerio de Salud de 2010.

²⁰ Informe sombra sobre situación de derechos sexuales y reproductivos en Argentina, 2012. Disponible en: <http://www.abortolegal.com.ar/wp-content/uploads/2012/04/EPU-ARGENTINA-DERECHOS-SEXUALES-Y-DERECHOS-REPRODUCTIVOS-.pdf>.

²¹ Ibid.

con la pareja, o de una falla en el método elegido es irrelevante. La aceptación del embarazo sólo puede resultar de la vivencia del embarazo, por lo que la gestación no puede ser aceptada por adelantado, antes de pasar por dicha experiencia.

Tomar en serio el derecho a la salud de las mujer, demanda aceptar que la gestación no deseada entraña un verdadero “padecimiento” que altera el bienestar completo que los derechos humanos le acuerdan. La ley 26.657 convoca a no solo a médicos y médicas para verificar sino también de psicólogos y psicólogas, lo cual posiblemente contribuirá a desenfocar cuerpo para enfocar a la mujer como un todo.

Reactualizar la autonomía de la mujer como agente, no único, pero si fundamental para referenciar cuánta afectación de su bienestar le genera un embarazo, es de vital importancia a la hora de ponderar con sinceridad cuánta salud está en riesgo para ella misma y a la vez, contribuye visibilizarla como actriz principal del análisis de lo que ocurre en su propio cuerpo que aún cuando geste, sigue siendo su territorio.

A la luz del Decreto N° 603/2013 que reglamenta la ley de salud mental citada anteriormente, es irrelevante que los padecimientos mentales sean producto de una crisis prevista o imprevista. Lo que importa es que estos padecimientos afectan el “proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos” que la ley entiende por salud mental, y cuya preservación y mejoramiento, como hemos argumentado hasta aquí, constituye una obligación ineludible por parte del Estado Argentino.

Recapitulando, de acuerdo al tipo penal, el aborto es legal cuando se encuentre en riesgo la salud de la mujer y ese peligro no pueda ser evitado por otro medio. Las connotaciones internas/externas que rodean a un embarazo no deseado inciden directamente en la subjetividad de la mujer y se traducen en un riesgo que afecta su salud mental y la privan del derecho al bienestar completo que el ordenamiento acuerda. Este “padecimiento” sólo puede ser evitado poniendo fin a ese estado de gravidez y es la razón por la cual, todo aborto es no punible.