
Una defensa del derecho al aborto desde el derecho penal mínimo

Daniela López* y Lara Micol Urbaitel** ***

I. Introducción

En este trabajo nos proponemos abordar una posición respecto de la legalización del aborto, que parte de entender dicha medida como una política criminal que tiende a cumplir con los objetivos de un programa de derecho penal mínimo. Además subsidiariamente, pretendemos contribuir a la desmitificación del feminismo como movimiento político y social punitivista, con el planteo del aborto como paradigma inverso.

II. El feminismo como marco teórico

Para comenzar con el análisis que nos interesa desarrollar en este espacio, nos parece necesario reseñar brevemente las diferentes variantes de feminismo que existen e intervienen en los debates actuales. Como primera definición, que surge del estado del arte, hay que señalar que no existe sólo un feminismo, ni sólo una forma unívoca de pensar el problema de la opresión de la mujer.

A nivel histórico los primeros planteos que surgieron en torno a esta problemática se dieron alrededor de la posibilidad de las mujeres de participar activamente de la vida política a través del voto. El llamado movimiento sufragista encabezado por mujeres de clases acomodadas en la segunda mitad del siglo XIX, planteó la desigualdad social en la que se encontraban las mujeres y buscaba alcanzar la igualdad ante la ley, tal como lo hubiera prometido la modernidad. Muchas de las que participaban de este movimiento, principalmente en Francia, provenían del socialismo, como por ejemplo Flora Tristán, influenciadas por eventos como la comuna de París de 1848. En Estados Unidos, en cambio, el movimiento sufragista no tiene ligazón con el

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, soy.danilopez@gmail.com.

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, lara.micol@gmail.com.

*** Quisiéramos agradecer a María Luisa Piqué por su interés en el presente trabajo y a la Agrupación de Mujeres Las Rojas, por ser nuestra referencia en la lucha y formación feminista.

marxismo, dando por resultado que, una vez obtenida la reivindicación del voto para las mujeres blancas que lo reclamaban, se agotara el proceso. En general, y por esta razón, este primer feminismo es llamado “feminismo liberal”,¹ al verse identificado con la postura del liberalismo social y económico imperante en la época.

No fue hasta la década del ‘60 del siglo pasado, en oportunidad del alza de los cuestionamientos sobre la discriminación de otro sector oprimido, la población negra, que se pondría nuevamente sobre el tapete la discusión acerca de todos los condicionamientos que resultan opresivos del ser humano. Se gestará también a partir de los reclamos de los derechos civiles y políticos una nueva serie de planteos en torno a la opresión de la mujer. Este renovado feminismo no sólo se focalizará en el aspecto civil de la experiencia de la mujer sino también en sus condiciones materiales de existencia.²

El debate más fuerte del feminismo actual es acerca del “dilema de la diferencia”. A fines de los 70 surgió el feminismo llamado de la “diferencia” o “cultural” que planteaba que no había que minimizar la diferencia de género pidiendo más igualdad formal sino reconocerla. Su propuesta se opone al androcentrismo cultural, donde el hombre, en masculino, fuese la medida de todas las cosas. Planteaban luego, hacia 1990, que existían “diferencias entre mujeres” basadas en ejes de diferencia como raza, religión, clase, y sexualidad, rechazando el planteo de discutir igualdad sin tener en cuenta estas cuestiones.³

266 En contraposición a esto existe el feminismo radical, cuya principal referente es Catherine McKinnon. Ella reconoce un antecedente histórico en el feminismo marxista y socialista,⁴ abordando el problema de manera estructural desde el patriarcado como orden social. El significado histórico del patriarcado es la organización de individuos en una familia sometida al poder paterno del jefe de ésta, en la que la mujer es criada de ese servicio privado que dejó de ser una producción social. Esta situación se manifiesta a gran escala en la sociedad misma, reflejando esta forma de organización que destina a la mujer a diversas tareas de cuidado que son labores no remuneradas y que contribuyen de este modo a la reproducción del sistema capitalista.⁵ El derecho como institución dentro del sistema patriarcal refleja una sociedad en que los hombres no sólo dominan a las mujeres, sino también que lo hacen de un modo masculino.⁶ Para que una

¹ Sevilla, Julia y Ventura, Asunción, “Estado, derecho y estudios de género”, en: *Feminismo/s 1*, Universidad de Alicante, año 2003.

² *Ibíd.*

³ Fraser, Nancy, “Multiculturalidad y equidad entre los géneros: un nuevo examen de los debates en torno a la “diferencia” en EEUU”, en: *Revista Occidente*, N°173, Madrid, 1995, p. 41.

⁴ Sevilla y Ventura, *supra* nota 1, p. 180.

⁵ Engels, Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, en: *Marx, C. y Engels, F., Obras Escogidas*, Moscú, Editorial Progreso, p. 514.

⁶ Olsen, Frances, “El sexo del Derecho”, en: Courtis, Christian (comp.), *Desde Otra mirada: textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

mujer pueda emanciparse tendrá que romper con este orden reincorporándose a la industria social y suprimiendo la familia individual como unidad económica. Y desafiar y transformar el paradigma del poder masculino en el derecho siendo este una parte integral del entramado de la vida social.⁷

Pero además MacKinnon realiza el esfuerzo de avanzar más allá, desarrollando el problema del poder a partir de lo que dio a llamar “teoría de la dominación”,⁸ que entendemos es una teoría política. Plantea que por más que se conquisten legislaciones que reconozcan la diferencia, sea por medio de tender a igualar a hombres y mujeres, sea por medio de reconocer la diferencia (medidas de beneficio especial), eso no revertiría por sí mismo el sustrato material de la dominación masculina.⁹ También consideramos necesario rescatar para nuestro marco teórico a Tamar Pitch que en el mismo sentido de lo que venimos expresando dice: “*No piden paridad con los hombres en el mundo dado, sino un mundo distinto; no, como se decía entonces, la mitad de la tarta, sino una tarta completamente nueva*”.¹⁰

Consideramos que este enfoque, que cuestiona la disparidad de poder, es recogido en instrumentos como la “Convención de Belem do Pará” ya que en su Preámbulo sanciona: “*Los Estados Parte(...)Preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;(...)*. (Destacado nuestro).

Es desde este último enfoque, desde el feminismo radical, que abordaremos nuestro trabajo, tomándolo como marco teórico para apoyar nuestras definiciones acerca del aborto, y su regulación como un emergente fenomenológico del patriarcado, entendiendo su criminalización como una respuesta sexualizada,¹¹ discriminatoria y no igualitaria.

Asimismo no queremos dejar de señalar que al existir muchos feminismos, también de cada concepción de la opresión y cada teoría feminista se desprenderá tanto una intervención política y programática para la realidad y un método. Desde la teoría legal feminista, Katherine Bartlett ha hecho, lo que consideramos, un gran aporte en este sentido, problematizando que el método feminista tiene sus propias maneras de construir la averiguación de la verdad en el hacer y decir las leyes principalmente con tres herramientas. Se trata de a) hacer “la pregunta de la mujer”, que significa transversalizar la ley a través de la experiencia de la mujer desentrañando, así, la parcialidad de la ley que se muestre como imparcial;¹²

⁷ *Ibíd.*

⁸ Mackinnon, Catharine, “Diferencia y Dominación Sobre La Discriminación Sexual”, en: *Feminismo Inmodificado*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

⁹ Engels, *supra* nota 5.

¹⁰ Pitch, Tamar, “Sexo y genero de y en el derecho: el feminismo jurídico”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, 2010.

¹¹ Olsen, Frances, *supra* nota 6.

¹² Bartlett, Katharine T., “Feminist Legal Methods”, en: *Harvard Law Review*, Cambridge,

b) un razonamiento legal más pragmático que abstracto, más particularizado que generalizador, que se concentre en poder definir en el caso concreto la perspectiva desventajosa diferencial de aquellos desprovistos de poder;¹³ y c) elevar el nivel de conciencia a través de socializar la experiencia individual de una mujer oprimida, para que otras puedan conocerla y posiblemente identificarse con ella, abriendo mediante dicha socialización un proceso de visibilidad.¹⁴ Tomaremos estas herramientas también como bagaje de nuestra exposición sobre el derecho a decidir la maternidad y los condicionamientos que ella atraviesa.

Julietta Di Corleto señala que el movimiento feminista en su conjunto no se agota sólo en una única estrategia para todos los casos sobre los que se manifiesta y principalmente que no siempre pide aumento de penas para solucionar la disparidad de poder.¹⁵ Esta premisa ordena la idea de este trabajo, dado que consideramos que el caso del aborto es paradigmático en sentido contrario de este supuesto fenómeno punitivista. Todos los feminismos confluyen en demandar su legalización, más allá de los argumentos que pueda cada postura dar, e incluso el método que crea más conveniente para obtenerlo.

Entendemos, por tanto, que la legalización del aborto es una estrategia que abona a lograr los objetivos de un sistema penal más garantista y tiende hacia un derecho penal mínimo.

268

III. Acerca del Derecho Penal Mínimo

Luigi Ferrajoli define que el programa del derecho penal mínimo es el que mejor puede llevar a la práctica los objetivos de un modelo de sistema penal garantista.¹⁶ Este último será aquel que se estructura sobre la base del reconocimiento de que la única manera posible de aplicar una pena es por medio de un juicio o sentencia que determine la existencia cierta e indubitada de un crimen. Por esta razón se establecerá una serie de garantías, tanto de carácter procesal como de carácter sustancial, acerca de cómo se determinará la existencia de ese crimen y cómo se procede al dictado de dicha sentencia, prescriptivamente determinadas por una sucesión lógica de diez axiomas (tales como *nulla poena sine crimine* y *nulla culpa sine iudicio*) y una

Massachusetts, Vol. 103, No. 4, 1990, p. 843.

¹³ *Ibíd.*, p. 849.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 864.

¹⁵ Tomamos esta afirmación de la presentación de Julieta Di Corleto en la *Jornada de derecho penal y procesal penal de CABA*, llevada a cabo el 13 de abril 2015 en el Hotel NH City & Tower en la ciudad de Buenos Aires.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, "Garantías y Derecho penal", en: Acosta Sotomayor, Juan Oberto (coord.), *Garantismo y Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 4.

consecuente serie de teoremas derivados de ellos.¹⁷ Asimismo, Ferrajoli explica que el fundamento material de la aplicación de una pena a la luz de esta teoría es el juicio respetuoso de todas las garantías consagradas al imputado, de manera que las penas se reducen al mínimo tolerable por la sociedad, inscribiéndose en teorías utilitaristas de la misma y no retribucionistas.¹⁸

Esto se traduce también en que el programa de derecho penal mínimo propende a la mínima intervención del aparato represivo del estado en el conflicto social, teniendo como principio fundante su carácter de *ultima ratio*, siendo una instancia excepcional, sólo cuando no hubiera ninguna alternativa mejor.¹⁹ Este programa reconoce como objetivo además de minimizar los delitos también los castigos arbitrarios.²⁰

Es necesario en esta instancia citar a Alessandro Baratta, quien en 1987, desarrolló una serie de principios de derecho penal mínimo desde la perspectiva de entender a los derechos humanos en una doble función en relación al derecho penal. Por un lado, es un límite positivo describiendo el objeto del delito, el bien jurídico lesionado, desde los derechos fundamentales únicamente. Por otro lado, sabiendo que el derecho penal es una respuesta que constituye en los hechos una “limitación de los derechos y represión de las necesidades fundamentales”,²¹ Baratta entiende también que el sistema penal en lugar de resultar componedor del conflicto social, en la realidad produce más problemas de los que intenta solucionar,²² concluyendo que la necesidad de limitar la aplicación de violencia legítima por parte del Estado deviene en la afirmación más cabal a los derechos humanos fundamentales, constituyéndose como límite negativo de la intervención.²³

269

Es así que describe veintitrés principios de derecho penal mínimo, clasificándolos en dos grandes categorías distinguiendo principios intrasistémicos y extrasistémicos. Excede a este espacio la descripción detallada de todos ellos, pero creemos necesario referirnos a algunos que contribuyen al punto que queremos demostrar aquí.

En primer lugar retomamos el principio de idoneidad, que se presenta como un límite funcional intrasistémico. Dicho principio insta a analizar si el método del derecho penal es el más adecuado para solucionar el conflicto social determinado.²⁴ Creemos que en el caso del aborto se comprueba que la criminalización de la práctica no guarda el respeto de la idoneidad necesaria entre la protección del bien jurídico

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, cap. II.

¹⁸ Ferrajoli, *supra* nota 16.

¹⁹ Baratta, Alessandro “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en: *Doctrina penal. Teoría y practica en las ciencias penales*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987.

²⁰ Ferrajoli, *supra* nota 16.

²¹ Baratta, *supra* nota 19, p. 624.

²² *Ibíd*, p. 625.

²³ *Ibíd*, p. 626.

²⁴ *Ibíd*, p. 632.

y el resultado social esperado de dicha prohibición. Esto también es abordado por Ferrajoli, cuando entiende que es necesario que, separando debidamente moral de derecho, los motivos que llevan a la violación de la norma penal no sean tan fuertes que inhabiliten la efectividad de la prohibición. Cita, como ejemplo, la baja en la cantidad de abortos que se registró en Italia cuando el problema dejó de ser abordado penalmente y se recurrió a otras técnicas de regulación social.²⁵

Lo anterior nos lleva directamente a pensar aquellos principios extrasistémicos que contribuyen a sostener la necesidad de la descriminalización del aborto. Baratta explica que un principio extrasistémico de descriminalización está dado por el criterio de la intervención útil, donde el Estado tiene que brindar espacio a la libertad personal en la diversidad de los casos existentes tendiendo a disminuir su intervención en la forma de vida de los individuos.²⁶

Como principios extrasistémicos también entiende que debe realizarse una construcción sociológica y política distinta del conflicto social, tendiendo a retirar de la esfera de la criminalidad a los problemas de la sociedad. Queremos destacar entre dichos principios aquel que se ha dado en llamar “principio general de prevención” mediante el cual no se enfoca el conflicto social desde la óptica represiva sino desde una óptica preventiva.²⁷ Vislumbramos una aplicación de este principio en la elaboración de una clásica consigna feminista: “educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir”.

270

Creemos necesario resaltar, en la tónica que venimos enmarcando el enfoque del problema, que se trata de una cuestión que es de índole política. Los autores reseñados en este apartado también entendieron que sus indicaciones y programas de derecho penal mínimo sólo podrán concretarse si existe la decisión de encausar la política criminal de una nación en el sentido de estos objetivos. Nosotras en este trabajo retomamos críticamente esta posición, dado que nos parecen argumentos muy ilustrativos de la innecesariedad de mantener el aborto como una práctica constitutiva de un tipo penal.

IV. Algunos argumentos para la legalización del aborto

Por más que la perspectiva feminista sea conocida y existan cada vez más personas dedicándose a los estudios de género de toda índole, todavía el feminismo suele ser tildado de “ideología” y posee una connotación negativa.²⁸ Diversos estudios de género dan cuenta que las mujeres se encuentran sumergidas en un orden social patriarcal. Aunque creemos que se ha avanzado en la opinión pública respecto a la problemática

²⁵ Ferrajoli, *supra* nota 17, p. 473.

²⁶ Baratta, *supra* nota 19.

²⁷ *Ibíd*, p. 646.

²⁸ Sevilla y Ventura, *supra* nota 1, p. 179.

de las mujeres, en un cierto sector de la sociedad se cree “natural” el lugar de la mujer en el hogar. Esto se visualiza en diferentes tipos de legislación como por ejemplo las licencias por maternidad otorgadas a mujeres de 90 días y a los hombres de sólo 48hs. También bajo esta concepción y algunos otros prejuicios e intereses de diversa índole se apoyan los legisladores para mantener el aborto como un delito.²⁹

La legalización del aborto rompería con este esquema tradicional permitiéndoles a las mujeres decidir cómo y cuándo ser madres, tomando el control ellas mismas de la decisión sobre su cuerpo y su maternidad, abonando a aumentar su ámbito de autodeterminación.

En este sentido el control reproductivo, aparte de ser un tema de privacidad, autonomía de la voluntad y libertad, es un derecho de igualdad sexual en el que el poder lo tiene la mujer. Quién decide qué pasará con el feto es el que decidirá qué va a pasar con la mujer; y es por esto que es un problema de poder y de igualdad: el aborto es necesario para que haya igualdad.³⁰ El derecho al aborto representa el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad y su plan de vida, y por ende lo que el derecho penal prohíbe, no sólo se limita a prohibir un hacer sino que obliga a una sola opción: la maternidad. En ese sentido, lo que está en cuestión es el reconocimiento a las mujeres de un hábeas corpus, la libertad personal supuestamente inviolable, frente a la coerción jurídica de convertirse en madre. Reconocimiento que en igualdad con el hombre se traduce en la legalización del aborto.³¹ El problema de la igualdad también es develado a través del método de preguntar la pregunta de la mujer. Significa transversalizar la ley por la experiencia de la mujer, desentrañando así la parcialidad de aquella que se muestre como imparcial.³² Observando el artículo 85 del Código Penal a la luz de la experiencia femenina vemos que es una norma que penaliza conductas que sólo pueden ser desarrolladas por mujeres, y lo consideramos por esta razón discriminatorio y desigual.

Hay desigualdad entre mujeres respecto a sus condiciones económicas dentro de la sociedad patriarcal, ya que la ilegalidad del aborto trae consigo negociados para poder acceder a una práctica segura, poniendo en relieve el carácter de clase de la prohibición.³³ Cabe agregar brevemente que la propia desigualdad dentro de las mujeres lleva al extremo a que muchas de ellas mueran, con mayor incidencia de

271

²⁹ Para obtener información detallada de todas las presentaciones de proyectos por la legalización del aborto, y su proceso legislativo recomendamos Rodríguez Pería, M. Eugenia, y Kandus, Cecilia, “Aborto: evolución de las iniciativas parlamentarias”, en: *Derecho Privado, Infojus*, Volumen 1, Buenos Aires, 2012.

³⁰ Mackinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del estado*, Valencia, Editorial Cátedra, 1995, cap. XIII.

³¹ Ferrajoli, Luigi, “La pena produce clandestinidad”, en: *Derecho Penal, Infojus.*, Volumen 2, Buenos Aires, 2012.

³² Bartlett, *supra* nota 12, p. 843.

³³ Bergallo, Paola, “El derecho como modelador de las decisiones reproductivas y los límites del giro procedimental”, en: *Derecho Privado, Infojus*, Volumen 1, Buenos Aires, 2012.

muerres en sectores socioeconómicamente vulnerables. Es por esto que la desigualdad es también un problema acceso a la salud. Por estas razones consideramos que lo más igualitario será la legalización y el abordaje de la problemática del embarazo no deseado desde políticas públicas que encaren tanto la prevención del embarazo, como puede ser la educación sexual integral laica y obligatoria, contemplando también el enfoque que venimos desarrollando, como el control para el acceso igualitario a los anticonceptivos de manera gratuita y por último la reglamentación del aborto en condiciones de salubridad que impliquen la asistencia médica necesaria.

V. A modo de conclusión

272 Como dijimos anteriormente, actualmente hay una concepción que logró calar en ciertos sectores que explica que el feminismo es punitivista per sé, una concepción a la que este texto le discute contra argumentando el ejemplo de la legalización del aborto como reivindicación histórica del feminismo. Pero a la vez nos parece importante señalar brevemente el rol que cumple el punitivismo en un sistema patriarcal en el que las mujeres no tenemos igualdad de poder. Las mujeres se encuentran sumergidas en una estructura de sociedad en la que no deciden la mayoría de las cosas, como ejemplo claro, la no decisión sobre el propio cuerpo que desarrollamos aquí. Es por esto que creemos que no se pueden desprender la cuestión de poder de la cuestión de las reivindicaciones del movimiento feminista y por ende sus métodos. Las mujeres deben luchar cotidianamente contra la concepción propagada de su rol en la sociedad. La reivindicación del aborto es una de las muchas demandas que pretenden desestructurar el rol social asignado desde el patriarcado a la mujer, en este caso, el rol de madre como única realización personal femenina. De igual manera se lucha porque se termine la violencia hacia las mujeres, abonando a que los cuerpos femeninos dejen de ser una propiedad, dado que llevado al extremo, podría disponerse a voluntad provocando un femicidio, es decir, la muerte de la mujer por el hecho de ser mujer. Consideramos que incluso aun cuando exista la conquista de tal o cual derecho, el movimiento feminista no podrá bajar los brazos, porque siempre existe la amenaza de la quita del mismo, por las relaciones opresivas que el patriarcado impone.³⁴ Recientemente Paola Bergallo ha dicho que el problema es que las mujeres no sólo reclaman más penas, sino que son tomadas por punitivitas porque la única reivindicación que han conquistado es la de penar más. Este fenómeno se explica porque en paralelo a las luchas del movimiento

³⁴ Durante el año 2013/4 en España se vivo una fuerte movilización de mujeres, debido al planteo del ministro de Justicia respecto de restringir el derecho al aborto en dicho país. Ver al respecto los siguientes reportes de prensa, disponibles en:

http://www.clarin.com/mundo/aborto-Espana-reforma-Ruiz_Gallardon_0_1217278736.html

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/20/actualidad/1387544028_883233.html

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140923_por_que_retiran_ley_aborto_espania_bd

feminista también existe el innegable fenómeno del populismo punitivo. A medida que la mujer pueda avanzar en obtener poder, convirtiendo a la sociedad en más igualitaria, no sólo para el colectivo de mujeres, sino para otros colectivos también víctimas de otras opresiones, las reivindicaciones de ampliar el poder punitivo podrán pasar a un segundo plano. Cuando las mujeres seamos parte, desde el principio, de la toma de decisiones, desde educativas hasta penales, la perspectiva de género demandará centrar el eje de la cuestión en la prevención y no el punitivismo.

