

# UN NUEVO CRITERIO DE JUSTICIA EN ARGENTINA: ABORTO POR VIOLACIÓN<sup>1</sup>

*A new criterion of justice in Argentina: abortion by violation*

**Silvia Levín**

Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales  
Universidad Nacional de Rosario

---

**Resumen:** El trabajo redefine y actualiza el conflicto político sobre el aborto en Argentina a partir del nuevo criterio de justicia que instala el reciente Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Desde una perspectiva de derechos humanos y de política de género se traza una línea argumental crítica que intenta mostrar que el proceso institucional por el que transita el conflicto, impulsado por el movimiento feminista y combatido por el catolicismo conservador, depende en buena medida de la interacción entre la evolución de los criterios de justicia imperantes en cada momento histórico-político y los cambios en las necesidades de la sociedad que dan fundamento a su aceptación o no como justo. Las reflexiones se inscriben en un sistema capitalista patriarcal con desigualdades estructurales entrecruzadas, principalmente de género y de clase. Se describen los aportes del nuevo criterio de justicia al avance del aborto como derecho y como beneficio de política pública de salud. En segundo lugar, se señalan los obstáculos sistémicos a su ejercicio y las razones que los sustentan y, por último, se enuncian desafíos que deberán transitar la política de género y el feminismo en el camino hacia la despenalización o legalización del derecho humano al aborto.

**Palabras clave:** aborto, justicia, derechos humanos, conflicto político, movimiento feminista.

**Abstract:** This work redefines and actualizes the political conflict about abortion in Argentina since the new criterion of justice installed by the recent verdict from the Supreme Court of Justice of the Nation. From a perspective of human rights and gender policies, we draw a critical argumentative line that is intended to show the institutional process by which the conflict is passing by, encouraged by the feminist movement and fought off by the conservative Catholicism, it depends to a large extent on the interaction between the evolution of the criteria of justice prevailing in each historical point and the changes in societies' necessities that provide its basis either as fair or not. The reflections are found in a patriarchal capitalist system with overlapping structural inequalities, mostly of gender and social class. Contributions from the new criterion

---

1 Se agradece la valiosa colaboración de la doctora Mariela Sarrias, abogada relatora de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, por poner a disposición antecedentes jurisprudenciales vinculados a la temática en examen.

of justice are described to the success of abortion as right and benefit of political public health. Secondly, systemic obstacles to their exercise and back-up reasons are identified and, finally, challenges state that it must undergo gender policies and feminism towards decriminalization or legalization of the human right to abort.

**Key words:** abortion, justice, human rights, political conflict, feminist movement.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El Fallo de la Corte Suprema sobre abortos despenalizados. 3. Importancia del nuevo criterio de justicia: lo que incluyó. 4. Los obstáculos: razones que los sustentan. 5. Importancia del nuevo criterio de justicia: lo que excluyó. 6. ¿Es justa la justicia de género en Argentina?

---

— 1 —

## Introducción

El trabajo se propone redefinir y actualizar el debate sobre el conflicto político en torno al aborto en Argentina en el marco de América Latina, con motivo del nuevo criterio de justicia que instala el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>2</sup> (CSJN) de constitucionalidad del aborto por violación. En primer lugar, se identifican los aportes que hace ese nuevo criterio al avance del tema inscripto en la lucha del feminismo por la conquista de la libertad y la igualdad de género en un sistema capitalista patriarcal. En segundo lugar, se señalan los obstáculos del sistema y las razones que los sustentan y, por último, los desafíos que deberá transitar el feminismo en el camino hacia la despenalización o legalización del derecho humano al aborto<sup>3</sup>.

El aborto es un derecho humano personalísimo. El fundamento de esta facultad de las mujeres es la soberanía de sus cuerpos, la legítima libertad de decidir que el derecho reconoce a todas las personas, varones y mujeres, en ejercicio pleno de sus libertades. Sin embargo, las mujeres no pueden ejercer esa libertad, como consecuencia de controles políticos, socioculturales y religiosos, que les restringen absolutamente ese derecho. ¿Hay razones,

---

2 F.259.XLVI. “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”. 13/03/2012.

3 Se utiliza información producida por las organizaciones sociales que participan del Examen Periódico Universal (EPU). Nuevo mecanismo de derechos humanos por el cual el Consejo de Derechos Humanos revisa periódicamente el cumplimiento de las obligaciones y compromisos de esos derechos en cada uno de los Estados Miembros de ONU. El EPU es un mecanismo cooperativo que tiene por finalidad complementar la labor de los órganos establecidos en virtud de los Tratados de DDHH. Para más información consultar <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>

no prejuicios, que autoricen al Estado a hacer distinciones entre mujeres y varones en el ejercicio de la libertad de decidir?

Las relaciones de género, que operan en el orden político, socioeconómico y cultural, son el resultado de varios sistemas de opresión –de sexo, de clase, de etnia, etc.– que funcionan de manera “entrecruzada” y adquieren un carácter estructural en la sociedad. El sistema androcéntrico que rige esas relaciones somete a las mujeres a un mundo ideal en el cual los patrones que norman la vida social son masculinos, de dominación, jerárquicos y de poder. Por otra parte, la vulnerabilidad y la exclusión son “estados estructurales” del sistema que, a pesar del extraordinario nivel de crecimiento de la economía y del gasto social, casi no ha logrado cambiar esa situación social (Salvia, 2011: 33). Esa opresión entrecruzada impide, a buena parte de nuestra población, acceder a los recursos y oportunidades básicos del bienestar (educación, salud, vivienda, trabajo, información), que otros sectores, de la misma sociedad, sí pueden usufructuar.

En este marco, debemos situar al aborto y advertir que no es un problema individual, sino un grave problema social, provocado por la vulnerabilidad estructural en las condiciones de vida a las que el sistema somete, principalmente, a las mujeres pobres, y ese déficit es de naturaleza pública y genera responsabilidades políticas al Estado.

Los datos oficiales son contundentes<sup>4</sup> y testimonian la cruel realidad que padecen, solas, las mujeres de sectores sociales vulnerables. Ante el conflicto político que transitamos sabemos que, un sector de la sociedad argentina es parte (de), y acepta, una cruel paradoja de injusticia: las mujeres vulnerabilizadas por la sociedad a la cual pertenecen, obligadas a ejercitar las actividades humanas de sexualidad y de reproducción en las mismas condiciones vulnerables en que viven parecen ser castigadas, a modo de ajuste de responsabilidades individuales no cumplidas, por las consecuencias de esa situación. Ahora bien ¿se las puede hacer individualmente responsables si se las privó socialmente de la dignidad y de la libertad necesarias para decidir? Sin embargo, otras mujeres, incluidas en la sociedad y con garantías de acceso a los recursos de bienestar, sí pueden ejercitar esas actividades plenamente, con casi ningún riesgo, y si los tienen pueden enfrentarlos con garantías de salud privada. El aborto, entonces, es un problema de clase y de género que interfiere con esa carga de desigualdades en el ejercicio de derechos.

4 Según datos del Ministerio de Salud de la Nación, año 2010, la tasa de mortalidad materna fue de 44 x 100.000 NV; 331 mujeres perdieron la vida ese año muy por encima de otros países de América Latina como Chile (18,2/16) y Uruguay (15/20). Los abortos practicados de manera insegura causaron el 20,5% de las muertes. El aborto inseguro es la primera causa directa de mortalidad materna y en mujeres de escasos recursos y muy jóvenes. Fuentes: Boletín Informativo del Ministerio de Salud de la Nación, 2010 y Dirección de Estadísticas e Información de Salud.

Por todo ello, ¿Es justo y es humano impedir el aborto, como derecho y como beneficio público de salud, a quienes recurren a él porque política y socialmente fueron, en la mayoría de los casos, condenadas a transitarlo por ser mujeres y por ser pobres? O, dicho de otro modo ¿puede el sistema político de un Estado de Derecho democrático obligar a las mujeres a entregar sus propias vidas para preservar otras? Estos interrogantes, entre otros, interpelarán las reflexiones que siguen.

— 2 —

## **El Fallo de la Corte Suprema sobre abortos despenalizados**

El reciente Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre abortos despenalizados, previstos en nuestro Código Penal<sup>5</sup>, constituye un logro político de la lucha feminista en el camino hacia el ejercicio del derecho al aborto en Argentina. No obstante su trascendencia jurídica y política nacional, e incluso regional, no ha sido acompañado de ningún pronunciamiento público del Poder Ejecutivo nacional ni de las máximas autoridades de la política sanitaria del país, el Ministerio de Salud de la Nación<sup>6</sup>.

El fallo obliga a gobernantes y a profesionales a producir y aplicar, respectivamente, políticas públicas que garanticen el derecho de las mujeres a acceder a los abortos despenalizados, con base en la plataforma del Sistema de Derechos Humanos (SDDHH) y en las responsabilidades internacionales que pesan sobre nuestro país por incumplimiento de las exigencias de los organismos de su monitoreo y control.

Ese Tribunal, en su rol de garante supremo del SDDHH y ante la necesidad de fijar pautas, en clave interpretativa, que expresen el nuevo criterio de justicia que regirá de ahora en más, construyó una argumentación basada en la armonización de la totalidad del cuerpo normativo que nos rige<sup>7</sup>. En

---

5 El aborto constituye un delito contra la vida y las personas y castiga con reclusión o prisión a quien lo efectúa y a la mujer que se causara o consintiera esa práctica. El art. 86 prevé excepciones no punibles cuando es practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada: 1) “si el aborto 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” y 2) “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para realizar el aborto”.

6 Algunas organizaciones sociales requirieron al Ministro que se expida sobre el fallo y que convoque al Consejo Federal de Salud (COFESA) para acordar lineamientos con los Ministros de Salud provinciales pero no obtuvieron respuesta (Comunicación Conjunta para EPU, 2012:8/9).

7 Algunas organizaciones sociales requirieron al Ministro que se expida sobre el fallo y que convoque al Consejo Federal de Salud (COFESA) para acordar lineamientos con los

función de ello, interpreta el aborto no punible, en sentido amplio, para todos los casos de violación, y no sólo cuando la víctima fuera una mujer “idiota o demente”.

El criterio de justicia que prevalecía antes del Fallo, restringía la libertad de decidir de las mujeres como resultado de una necesidad social que la justificaba, apoyándose en una aceptación (consenso) casi generalizada del orden coactivo patriarcal (católico conservador), que consideraba que esa limitación era ventajosa para toda la sociedad. Esa justificación y esa aceptación establecieron una especie de *contrato social patriarcal* a través del cual se producía un verdadero intercambio intersubjetivo basado en intereses trascendentales. La regulación de la vida en común fue posible por su alto grado de estabilidad normativa que tan sólo el derecho, como mecanismo institucionalizado de regulación de conflictos, puede proveer. Pero no todo derecho es aceptable sino sólo aquél que satisface un riguroso criterio de justicia que pueda ser aceptado por cada uno como ventajoso para todos (Höffe, 2003:23/ 24). El criterio de justicia provenía de premisas simétricas exclusivamente masculinas del contrato social patriarcal que invisibilizaba a las mujeres, no consideraba sus necesidades ni sus intereses.

El feminismo instala asimetrías, no acepta restricciones a la libertad de las mujeres, cuestiona el criterio de justicia imperante, denuncia las injusticias y apela al consenso político universal del SDDHH para fundamentar su pretensión. Este marco, otorga legitimidad y poder internacional de ruptura del contrato patriarcal y del criterio de justicia que lo sostenía. Un nuevo criterio se impone en la actualidad, las necesidades sociales son otras, una parte de la sociedad argentina no acepta las restricciones a la libertad de decidir, exige derechos acordes a los intereses de vida de las mujeres de este siglo. En este camino se sitúa el Fallo y su criterio de justicia intenta captar y representar algunos aspectos de esas necesidades.

Con los derechos sexuales y los derechos reproductivos, en los que se inscribe el aborto, el feminismo busca producir un cambio radical en la organización política y social de las relaciones de género, a través de un quiebre de la tradición hegemónica de la cultura patriarcal (Levín S., 2010: 237) y la construcción de un nuevo orden en el que las mujeres no solo sean sujetos “con derecho a tener derechos” sino que ese *status* las constituya en “individuos políticos”. El estatuto público de individuo (Amorós C., 2007:60) habilita a que cada mujer marque su lugar diferencial, delimite su propio espacio y ejerza su propio poder. Este ajuste de derechos es también un ajuste de poder en las relaciones sociales de género.

---

Ministros de Salud provinciales pero no obtuvieron respuesta (Comunicación Conjunta para EPU, 2012:8/9).

El tema de fondo que se disputa en el conflicto político entre los contrincantes –los que se mueven en el “orden” dominante, patriarcal y católico conservador, y los que provocan su “desorden”, el feminismo y sectores progresistas de la sociedad– es la libertad del cuerpo de las mujeres para decidir autónomamente sobre sus vidas. Para el “desorden”, los derechos sexuales y los derechos reproductivos, como esferas autónomas, son derechos personalísimos, pertenecen al ámbito soberano de la persona y a la esfera de sus libertades. La libertad posibilita la toma de decisiones sin condicionamientos y la salud pública garantiza la efectiva realización de la decisión. Una y otra son inescindibles para garantizar y ejercitar los derechos sexuales y los derechos reproductivos y, en ese marco, el aborto. Tan es así, que no se garantiza la salud si no se ejerce la libertad de decidir.

Para el “orden”, en cambio, la sexualidad y la reproducción son esferas dependientes, no se concibe la sexualidad como placer, es pecado, sino sólo con fines reproductivos. Tampoco se los considera como derechos individuales sino actividades al servicio del interés social, familiar y religioso. Justamente la libertad a la que aspira el feminismo es la que el patriarcado pretende combatir, porque amenaza el “viejo” orden familiar en el cual la mujer es utilizada como medio para fines que no son suyos (Ferrajoli, L. 2000: 17). El cuerpo de las mujeres constituye, en ese sentido, un recurso de interés político, sujeto a prácticas médicas, controles morales, controles religiosos, normas, obligaciones reproductivas, intereses económicos, disputas políticas. Parece ser objeto de derecho “de otros”, regulado por poderes heterónomos, como si no fuera propio de cada mujer.

Esas transformaciones se producen en el marco de un proceso de cambios conflictivos en los patrones de género que se inicia en Argentina en los años ochenta y por el cual aún estamos transitando. En este recorrido se inscribe la decisión de la Corte y es valorada tanto por lo que incluyó como por lo que excluyó.

### — 3 —

#### **Importancia del nuevo criterio de justicia: lo que incluyó**

El fallo es uno de los logros del feminismo en la lucha histórica por conquistar la libertad para decidir. Amplió el derecho al aborto a todos los casos de violación, sobre la base de argumentos que derivan del marco interpretativo armonizado del SDDHH. Tienen la particularidad de potenciar el *status* de individuo con derechos de la mujer, más allá de sus roles sociales, y hacerlo valer como tal frente a los conflictos de intereses políticos existentes entre: la vida de la madre y la vida del feto; entre el cuerpo de las mujeres y los intereses pro-maternales.

En esa armonización establece pronunciamientos de diverso tipo que si bien constituyen criterios interpretativos, con connotaciones jurídicas trascendentes, tienen un fuerte impacto político decisivo, a nivel nacional e internacional, en términos de institucionalización de patrones de género. En esta línea, podemos distinguir pronunciamientos de distinto tipo: *de orden conceptual* (definiciones y precisiones de contenido); *de orden sustantivo* (alcances y tipos de servicios y beneficios) y *de orden instructivo* (instrucciones sobre acciones políticas y responsabilidades de los actores). Por razones de espacio nos centraremos en las formulaciones conceptuales del fallo las que, a nuestro modo de ver, constituyen los núcleos argumentativos centrales que insinúan la posible despenalización y/o legalización del derecho al aborto en general y que trascienden las causas de violación de que se ocupan.

La primera afirmación de peso es que “*el derecho a la vida no es absoluto*”, sino que reconoce límites como el principio de dignidad, el principio de razonabilidad de trato y el principio de inviolabilidad de las personas. Por otra parte, toda consideración sobre la vida debe remitir a una valoración integral sobre el conflicto de intereses de protección existente entre las partes (derecho de la madre al aborto para proteger su salud y su vida y el derecho a la vida del feto) en base a un mismo esquema de valores<sup>8</sup>. Los límites al derecho a la vida están en la protección de la propia vida: debe existir un equilibrio entre las pretensiones y las consecuencias de la decisión pero para ambas partes del conflicto.

Una segunda definición es la “*distinción irrazonable de trato*”, que se produce cuando se generan desigualdades en el trato sin una razón suficiente que justifique la distinción y ello la torna arbitraria. Para nuestra ley “igualdad de trato” significa tratar igual a aquellas personas que se encuentren en igualdad de circunstancias y no significa tratar igual a todos los individuos como si fueran lo mismo (Saba R., 2005: 126/127). Según nuestra Constitución Nacional (art.14), las leyes que regulan el ejercicio de los derechos, siempre establecen “tratos diferentes” a las personas, lo importante es poder identificar cuáles son los criterios constitucionales permitidos para diferenciar.

El principio que fundamenta esas distinciones es la “razonabilidad”, esto es, una relación de funcionalidad entre el fin buscado por la norma al diferenciar y el criterio o categoría elegido para justificar el trato diferente. Al principio “igualdad de trato en igualdad de circunstancias” debemos anexarle

---

8 La Dra. C. Argibay advierte de manera enfática en el fallo, la subestimación del valor de la vida de la madre frente a la exaltación del valor de la vida del feto de manera absolutamente irrazonable y discriminatoria en la argumentación del impugnante: “la intensidad de la afectación de los derechos de la madre (...) es en realidad menor de lo que la norma presupone y el daño (...) puede repararse a través de medidas alternativas (asistencia psicológica a la madre y a su entorno familiar durante el embarazo)” Fallo CSJN 2012: 41.

un segundo estándar “que esas circunstancias sean razonables”. Frente a un mismo ilícito, violación, no se puede recibir un trato jurídico diferente derivado de atributos sobre la persona, ser o no ser demente, porque ese criterio de distinción es “irrazonable”, no guarda relación con la finalidad que persigue la norma al autorizar el aborto (proteger la vida de la mujer embarazada víctima de violación). Esos atributos tienen un lugar secundario en la consideración y valoración del ilícito en sí mismo. El principio de inviolabilidad de las personas, junto al de dignidad, impide exigir a toda víctima de un delito sexual llevar a término un embarazo que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos fundamentales.

El trato “*utilitario*” de las mujeres, en tercer lugar, define aquéllas situaciones por las cuales se les exige la realización de hechos o prácticas en beneficio de otros. Se fundamenta en el principio de inviolabilidad de las personas que impide sean sometidas a exigencias desproporcionadas que las afecten en su vida o integridad personal y que las realicen en beneficio de un bien colectivo o de otros sujetos o bien que impliquen “sacrificios de envergadura imposible de conmensurar” (Fallo CSJN,2012: 15/16).

— 4 —

### Los obstáculos: razones que los sustentan<sup>9</sup>

Cuando se define una política social, como la política de salud, la sociedad interviene sobre sí misma (Andrenacci 2005:45) y el Estado forma parte de ella. La decisión de la sociedad sobre el aborto por violación es de carácter política y el Fallo la expresa. Sus fundamentos no provienen de la aplicación de normas nuevas sino de una armonización de todo el cuerpo normativo que venía regulando la vida social del país. Por tanto, el Derecho es productor de patrones de género y su accionar no se limita a los aspectos estrictamente normativos de la ley, sino que participa en la configuración del “estereotipo mujer”, como discurso social y como legitimador de poder a través de las palabras de la ley.

El catolicismo conservador<sup>10</sup> es el principal actor opositor al reconocimiento del derecho al aborto y a la mayoría de los derechos vinculados a la sexualidad y a la reproducción. Protagonizó una verdadera “cruzada” contra

---

9 En este apartado nos basamos en Levín Silvia (2010), *Derechos al revés. ¿Salud Sexual y salud reproductiva sin libertad?*, Buenos Aires: Editorial Espacio. Remitimos a la obra para más información.

10 Utilizamos el término catolicismo conservador para aludir al conjunto de creencias religiosas que trascienden a la Iglesia Católica como institución oficial, que circulan en toda la sociedad a través de las personas que las comparten y las plasman en roles, posturas, actitudes, discursos que se despliegan en la vida cotidiana.



el reconocimiento de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en toda América Latina. Para entender el conflicto político es necesario conocer qué se busca defender y qué se busca combatir y también sabremos por qué se defiende y por qué se combate en cada dirección.

El “orden”, ve en las facultades sexuales y reproductivas una amenaza a los parámetros de organización y regulación natural de la vida y la sociedad que sostienen su doctrina y su magisterio. El cuerpo de las mujeres es “naturalmente inmune” a la libertad individual porque es fuente de creación divina. Si la vida es el valor supremo del orden celestial y la mujer es la única beneficiada por la naturaleza para consagrarlo la “mujer procreadora” es tan sagrada como la vida misma porque cada vez que da vida hace “re-nacer a Dios”. El catolicismo preserva a la “mujer procreadora” inmune a la libertad para preservar su propia existencia. Esa “*inmunidad natural*” es secularizada a través de la “*inmunidad inducida*”: se generan las condiciones sociales, políticas, jurídicas y culturales necesarias para prevenir cualquier intento individual de las mujeres de alterar su destino natural (Espósito, R., 2005:25). El deber “ser madre” ya no proviene de un ritual trascendental, sino de una construcción producida por la misma sociedad: la “*inmunidad maternal inducida*” institucionaliza “mujeres madres” para que no se extienda la posibilidad de “no ser madres” (Levín 2010: 215).

Si el catolicismo conservador actúa como actor político, y no como actor religioso, da muestras de que el régimen político no puede sostener la democracia sin violar el Estado de Derecho para instalar sus intereses de poder, a pesar de que la democracia en Argentina se basa en un régimen laico no ateo.

## — 5 —

### **Importancia del nuevo criterio de justicia: lo que excluyó**

Dos nociones conceptuales que sustentan el aborto por violación nos permiten identificar razones de fondo implícitas, excluidas de la decisión, a partir de las cuales se puede fundamentar una posición favorable al aborto en general.

#### **5.1. “El derecho a la vida no es absoluto”**

Se reconoce que el derecho a la vida tiene límites y se sustenta en los principios de dignidad, de inviolabilidad de las personas y de razonabilidad de trato. Los tres principios se orientan a garantizar la integridad de la persona y sus derechos humanos fundamentales, como la vida, y evitar que sean sometidas a exigencias desproporcionadas que las afecten en esos derechos

o que las realicen en beneficio de un bien colectivo o de otros sujetos o bien que impliquen “sacrificios de envergadura imposibles de conmensurar” (Fallos CSJN 2012: 15/16). Lo que justifica la decisión a autorizar el aborto es la condición de “persona con derechos” de la mujer, al margen del origen del embarazo (proveniente de un ilícito o no). La vigencia y jerarquía de esos principios se manifiestan ante el *status* de sujeto de derecho y no cambian por la naturaleza del embarazo que constituye un dato secundario según se desprende de la argumentación. No permitir el aborto, o dicho de otra manera, obligar a continuar un embarazo, implicaría quebrantar la integridad personal de la mujer y violar sus derechos fundamentales. Este razonamiento, avala el aborto ante cualquier situación de embarazo que atente contra la integridad, como por ejemplo llevar adelante un embarazo no deseado, que implica en sí mismo una exigencia desproporcionada que afecta derechos de libertad y de autodeterminación de la propia vida.

Por otra parte, la argumentación que desarrolla la jueza Argibay, se funda en el equilibrio de intereses y de valores en que debe sustentarse toda decisión justa para considerar el conflicto de derechos que se presenta entre la protección del derecho a la vida de “la madre” y la protección del derecho a la vida “del feto”. Los argumentos aquí vertidos también son válidos para reconocer el derecho al aborto en cualquier situación. Si las “medidas secundarias” (apoyo psicológico y familiar) no son suficientes para garantizar el derecho a la vida de la madre, y por esa razón debe acceder al aborto, esa consideración no cambia ante el origen del embarazo, puesto que se trata de un bien menor (dato secundario) frente al riesgo de vida que constituye un bien mayor.

Proponemos hacer un ejercicio de reflexión inverso, y considerar la razonabilidad de la decisión de excepción tomada por la Corte (aborto en casos de violación) y sus alcances, pero desde el punto de vista de la protección del derecho a la vida del feto. La defensa del derecho a la vida del feto es uno de los argumentos principales que esgrime el patriarcado contra el aborto en tanto le otorga, erróneamente (Habermas J., 2004: 53), el *status* de persona desde la concepción<sup>11</sup>. El hilo de la reflexión nos lleva a afirmar que: el feto producto de un embarazo por violación no tiene derecho a la vida (se autoriza el aborto por violación) y, en cambio, el feto producto de un embarazo que no sea por violación sí tiene derecho a la vida (es delito el aborto en general). Entonces, tal como está planteada la situación jurídica sobre el aborto actualmente ¿tiene más derecho a vivir el feto concebido sin violación que el

---

11 Habermas sostiene que el ser genéticamente individuado en el seno materno no es, como ejemplar de una sociedad procreadora, “ya” persona. Solo adquiere tal carácter al nacer, cuando se hace público su “estar” en una sociedad hablante en la cual se convierte a la vez en individuo y persona dotada de razón.

feto concebido por violación?<sup>12</sup>. Desde esta perspectiva, la excepción del fallo no tiene razonabilidad jurídica, porque el criterio utilizado para diferenciar (embarazo por violación) no guarda relación con la finalidad de la norma, ya sea que se pretenda proteger el derecho a la vida del feto o el derecho a la vida de la madre.

Pareciera que, desde una lectura del conflicto político que nos ocupa, resultó posible, y preferible, decidir de manera explícita, sobre la base de una excepción (aborto por violación) para no enfrentar todavía la regla (aborto en general). Al mismo tiempo, la incongruencia de la argumentación del fallo podría reflejar las posiciones encontradas, a favor del “orden” y a favor del “desorden”, en la composición misma del Tribunal y el resultado fue, probablemente, la necesidad de lograr consenso, no necesariamente el deseado por cada uno de los contrincantes.

Tales presunciones derivan, en nuestra opinión, de que en todo el cuerpo argumentativo circulan, de manera implícita, dos tesis: 1) el feto es persona desde la concepción, toda persona tiene derecho a la vida, el feto tiene derecho a la vida y 2) la madre es persona, tiene derecho a la vida y a no verse privada de ella para dársela a otro (el feto). Ninguna de las dos tesis permite sostener, razonablemente, una excepción: en la primera el aborto, en sí mismo, no tiene cabida porque contraría la pretensión de garantizar “el derecho a la vida del feto”. Menos aún la segunda, que pone el acento en “el derecho a la vida de la madre” por tanto siempre, no a veces, ante un embarazo no deseado o de riesgo, la mujer podrá abortar. En ningún momento se hace mención a la libertad de decidir porque, obviamente, implicaría una manifestación expresa a favor del aborto en general, sino que para fundamentar la decisión se utiliza la segunda tesis que contiene en sí misma esa libertad, pero de manera controlada (solo por violación), sin aludir expresamente a ella.

El consenso judicial alcanzado constituye, tanto un avance “parcial” del feminismo como una derrota “parcial” del patriarcado. Los contrincantes cedieron parte de sus aspiraciones para cerrar un pacto: aborto sí, pero solo por violación.

## 5.2. “Distinción irrazonable de trato”

La concepción de *igualdad* ante la ley en que se sustenta la “distinción irrazonable de trato” nos arroja luz respecto al aborto en general. El SDDHH y la Constitución Nacional conceptualizan y regulan la igualdad ante la ley y las interpretaciones y posiciones que derivan de su aplicación se vinculan a

12 En este argumento seguimos la posición de Jarvis Thomson, Judith (1992) “Una defensa del aborto” en Finnis John et al., *Debates sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Madrid: Ediciones Cátedra, Pág.11/32.

la concepción de igualdad que se adopte. La que predomina en nuestro país es la *liberal*, de carácter individualista, que consiste en la “no discriminación y trato igual en las mismas circunstancias”, pero la que incorpora la reforma constitucional de 1994 es la de *igualdad sustantiva*, o igualdad material, o también denominada “*igualdad estructural*” (Saba R., 2005: 125/126) que entiende la igualdad como no sometimiento o no exclusión.

La “*igualdad estructural*”, si bien reconoce a las personas como fin en sí mismas y valiosas en términos individuales igual que la visión liberal, parte de la idea que el derecho no puede ser “ciego” a las relaciones sociales existentes en una comunidad, a las tramas de poder y de jerarquía, entre diferentes grupos o colectivos de personas que instalan desigualdades, los desplazan de los ámbitos de decisión y del desarrollo socioeconómico. Toma como elemento de juicio no sólo la relación de funcionalidad o congruencia entre la categoría seleccionada para hacer diferencias y la actividad que se pretende regular, sino también la situación de la persona individualmente considerada, pero como miembro integrante de un colectivo sistemáticamente excluido (Saba R., 2005: 126).

El fallo advierte que si aplicamos lo previsto en el Código Penal sin interpretarlo de manera amplia (aborto sólo en caso de violación si la mujer fuere idiota o demente) habría discriminación y trato desigual porque lo que la ley busca proteger es el derecho de la mujer a defender su propia vida ante un embarazo producto de una violación. Los principios que fundamentan esta decisión judicial son el de dignidad, el de inviolabilidad de las personas y el que impide el trato utilitario y todos se sustentan en el valor de la persona en sí misma, en su carácter de sujeto de derechos e impiden exigirles hechos o actos a beneficio de otros (Fallo CSJN 2012: 165/16).

En este mismo sentido, y con el mismo razonamiento y fundamentos del caso anterior, podríamos afirmar que también habría una “distinción irrazonable de trato” cuando el criterio que se usa para distinguir (quién tiene derecho al aborto y quién no tiene derecho al aborto) es el carácter delictivo del hecho que provoca el embarazo. Los mismos argumentos nos permiten concluir que también es “irrazonable el trato” que reciben las mujeres que portan embarazos no deseados frente a las que portan embarazos no deseados a causa de violación. Todas las mujeres embarazadas son sujetos de derechos y para todas rigen los principios de derechos humanos.

El elemento de juicio favorable al aborto es el derecho de la madre a defender su propia vida, y a que no sea obligada a entregarla a favor de otros, y este derecho lo tienen todas las mujeres (personas), al margen de que el embarazo sea o no producto de una violación. Ese ilícito no constituye un criterio razonable de diferenciación favorable a la “desigualdad de trato” como tampoco lo fue frente a los casos en que una mujer fuese “demente o idiota”.

Por tanto, si solo las mujeres embarazadas por violación tienen derecho a defender su propia vida y a abortar y las mujeres embarazadas por otras razones no tienen esos derechos habría discriminación y trato irrazonable. La “*distinción irrazonable de trato*” constituye uno de los fundamentos de justicia a favor del aborto por violación y, al mismo tiempo, un fundamento de injusticia frente al no reconocimiento del derecho al aborto en general. Se producen paradojas de injusticias políticas (desiguales libertades) que crean inclusiones y exclusiones de ciudadanía con relación al derecho al aborto.

Por otra parte, el fallo no se apoyó en la noción de igualdad sustantiva porque no se pronuncia sobre la posición social de la madre en relación a su colectivo de pertenencia, que podría haberla afectado e incluso constituido en sujeto vulnerable. Su construcción argumental se sitúa, claramente, en la visión de igualdad liberal que predomina en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. La “no discriminación y la igualdad de trato” en materia de género garantizan igualdad en el acceso a la justicia pero no siempre en la administración de justicia, porque para que ello ocurra el criterio de justicia debería valorar también los condicionantes estructurales, de sometimiento y de dominación, que constituyen la razón social que muchas veces fundamenta el hecho y no una ciega imputación individual.

Ahora bien, vale la pena destacar las implicancias sustantivas, ya no solo teóricas, que la aplicación de una u otra noción de igualdad, como criterio de justicia, pueden tener en la vida real de las mujeres. La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (CSJ), particularmente a través de la opinión fundada de la Ministra Gastaldi, aplica la concepción de igualdad sustantiva en la resolución de sus casos<sup>13</sup>. En uno de los pleitos el tema en cuestión es la arbitrariedad en la que incurre la justicia (primera instancia y Cámara de Apelaciones) al imputar homicidio calificado por el vínculo a una mujer, condenándola a prisión perpetua, por “no haber evitado” la muerte de su hija (“comisión por omisión”) producida por su pareja a golpes, siendo que “es mujer” y, como toda mujer, por “instinto natural” es madre y su deber es de protección de su hija (“posición de garante”)<sup>14</sup>. La arbitrariedad de los sentenciantes que condenan a prisión perpetua a la madre, advierte Gastaldi, deviene a que se limitaron “a aludir a criterios doctrinarios y sin

13 Se toma como ejemplo, “Páez, Marta S. –homicidio calificado– sobre Recurso de Inconstitucionalidad” (Expte. CSJ. N° 386, año 2006), 4 de julio de 2007.

14 Marta Páez vivía en condiciones de pobreza estructural, fue abusada sexualmente por su padrastro del cual tiene dos hijos y se va de esa casa para vivir con Pérez, su pareja. Este es un hombre violento, golpador, que reiteradamente atacó a Páez con un cuchillo, incluso estando embarazada, y a su hija. Las encierra en una habitación pequeña con cadena y candado, con una ventana muy chica y sin baño. Era abusada sistemáticamente y amenazada de muerte tanto ella como su hijita. La abuela de Pérez le llevaba la comida a la habitación y volvía a colocar la cadena y el candado.

efectiva conexión con los hechos en juzgamiento” (pág. 6). Los razonamientos desplegados fueron “para convalidar una responsabilidad a la madre por no haber evitado el resultado” en tanto dejaron de analizar pruebas concretas respecto a la posibilidad real de que la mujer pudiera haber evitado el resultado (pág. 6). Así, afirma, “la Cámara entendió que el carácter de madre resultaba por sí solo decisivo para atribuir responsabilidad a Pérez por la no evitación de la muerte de su hija” (Fallo CSJ 2006:7).

Los patrones de razonabilidad que incorporó Gastaldi para fundar su juicio permitieron garantizar la vida de la mujer por haber actuado “como persona”, bajo condiciones de sometimiento estructural socio-familiar, extrema pobreza y de violencia sistemática de género, y desestimar, por injusta y arbitraria, la condena de pérdida perpetua de su libertad por no haber actuado “como madre”. Afirma la Ministra: “(...) conforme los estudios sobre violencia (...) ante las situaciones de vulnerabilidad y desamparo, la reiteración de agresiones provoca la disminución de respuesta y se comienza a actuar pasiva y sumisamente en una suerte de “parálisis psicológica” debilitando la capacidad cognoscitiva para percibir los hechos. Pues estas personas no pueden ver una salida para influir ni lograr que se detenga la violencia en su contra, ni pueden pensar en alternativas sobre cómo cambiar la situación. Por el contrario, la Cámara en lugar de reparar en el contexto brutal del trágico suceso, y la situación de concreta amenaza y violencia de la inculpada y la posibilidad real de impedir el resultado, le achacó pasividad (...). Tampoco alcanza a comprenderse a qué criterio de pasividad pudiera haber referido la Cámara, si se repara que en la misma sentencia se señala “Pérez la encerraba con cadena y candado sin que la misma opusiera resistencia” (Fallo CSJ 2006: 8).

El criterio de justicia de algunos de los jueces, ciegos al androcentrismo pero no por ello neutrales, se asentó en condenar la actitud de la “mujer madre” (por pasividad, negligencia y omisión) anulando el estatus jurídico de “mujer persona”. La negación de las implicancias de sometimiento, violencia y estratificación social en la producción de desigualdades, hizo que estas se reprodujeran en un criterio de injusticia: culpabilizar a la víctima haciéndola individualmente responsable de resultados provocados por el sistema.

## — 6 —

### ¿Es justa la justicia de género en Argentina?

Es cierto que “la justicia ocupa un lugar de honor en el panteón de las virtudes” (Fraser 2012: 37), sin entender por ello que sea la virtud suprema de todas las virtudes sino el fundamento que sirve de base a todo lo demás. Es decir, es condición previa saber y ver en una comunidad política que la

organización social de la que somos parte y sus instituciones son justas, para que otras virtudes puedan desarrollarse. Cada clase social, incluso, ejerce sus virtudes distintivas para realizar sus funciones, advierte Fraser, pero sin interferir con las de los demás.

El avance judicial sobre el derecho al aborto no se propone producir cambios estructurales en los patrones de igualdad de la política de género patriarcal a la que aspira el feminismo, sino cambios de funcionamiento en esos mismos patrones. Aquí se pone de manifiesto que esa concepción de igualdad de tendencia liberal, que predomina en el campo judicial y en el campo político en general, es insuficiente para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos involucrados en el aborto, porque no garantiza la libertad de decidir de las mujeres sino que la controla (aborto sólo por violación). Pero, por otro lado, esa visión no sólo no resuelve la demanda justa de las mujeres (libertad de decidir) sino que refuerza las condiciones de sometimiento y dominación del patriarcado, porque la negación de la realidad es terreno fértil para la reproducción de las injusticias y el fortalecimiento de los patrones androcéntricos que utilizan el cuerpo de las mujeres para fines que no son propios. Se ejerce en definitiva un control político de género y de clase que afecta la organización social, a sus instituciones y torna injusta a la comunidad política.

El derecho humano al aborto es aún un desafío. Pero la diferencia entre antes y después de este Fallo es que el máximo Tribunal de justicia revisó su criterio de justicia (contrato social patriarcal) respecto a la libertad de las mujeres: discutió en su seno el aborto. Por tanto, las inconsistencias de la razonabilidad jurídica aplicada insinúan dos cuestiones importantes: en primer lugar, el “orden” está discutiendo el tema en la agenda judicial, no solo en la legislativa y en la de la sociedad; y, en segundo lugar, en la decisión final se percibe la complejidad de la disputa, lo cual anticipa un escenario favorable al tratamiento y reconocimiento del derecho humano al aborto (despenalización o legalización) por parte de algunos sectores, con peso político, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si a partir de este avance, miramos hacia atrás solo unos pocos años, y recordamos el caso Acevedo<sup>15</sup> en la Provincia de Santa Fe podemos afirmar que hemos adelantado muchísimos pasos en ese camino. En aquellas circunstancias, sectores mayoritarios del poder judicial, junto a sectores de otros

15 Ana María Acevedo, de 20 años, murió en 2007, después de tener una beba de 22 semanas de gestación que no sobrevivió. Padecía cáncer maxilar, los médicos se negaron a efectuarle un aborto terapéutico solicitado por ella y sus padres. De condición muy humilde, falleció dolorida y deformada, luego de haber sido intervenida quirúrgicamente en estado *pre-mortem* para que dé a luz. Los profesionales intervinientes, procesados después, no le iniciaron el tratamiento indicado contra el cáncer ni contra el dolor para proteger la vida de la persona por nacer.

poderes del Estado e incluso parte de la sociedad, asumieron una posición injusta, violatoria de los derechos humanos, respecto a lo que se entendía por “tener derecho a proteger la propia vida” respecto al feto y el razonamiento fue “no hacer nada” en relación a la mujer, lo que equivalía a no matarla directamente para no asumir el costo del homicidio, pero sí “dejarla morir” para proteger la vida del feto.

El aborto es un derecho humano personalísimo e impedir su ejercicio es incompatible con el sistema de Derechos Humanos y con la democracia. El conflicto político que transitamos es un conflicto de poder de carácter estructural. El reciente Fallo se inscribe en ese marco y desnuda el alcance que adquiere esa disputa en el ámbito social y político. Se advierte su innegable carácter público y constitutivo de la agenda política, aunque aún no lo sea de la agenda del gobierno nacional. En la medida que la justicia de género no constituya una de las reglas políticas de institucionalización básicas que fijan los términos de la interacción social (Fraser, 2012:38) no habrá justicia ni tampoco una comunidad política justa.

---

## Bibliografía

- AMORÓS, Celia (2007). *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... Para la lucha de las mujeres*. Universitat de València, Madrid: Ediciones Cátedra, Colección Feminismos.
- ANDRENACCI, L. y SOLDANO, D. (2005). “Aproximación a las teorías de la política social a partir del caso argentino”, en Andrenacci, Luciano (Comp.) *Problemas de política social en la Argentina contemporánea*. Buenos Aires: Editorial Prometeo.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>, consulta 29/03/2012
- COMUNICACIÓN CONJUNTA PARA EL EXÁMEN PERIÓDICO UNIVERSAL (2012). Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA). <http://www.ela.org.ar/a2/index>, consulta 29/03/2012.
- Expediente CSJ, N° 386, año 2006, “Páez, Marta S. –homicidio calificado– sobre Recurso de Inconstitucionalidad”, 4 de julio de 2007.
- ESPÓSITO, Roberto (2005). *Inmunitas. Protección y negación de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- F.259.XLVI. “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”. 13/03/2012.
- FRASER, Nancy (2012). “Sobre la Justicia”. *New Left Review* N° 74, 37-46.
- HABERMAS, Jürgen (2004). *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?.* Buenos Aires: Editorial Paidós.



- HÖFFE, Otfried (2003). *Justicia política. Fundamentos para una filosofía crítica del derecho y del Estado*. Barcelona: Editorial Paidós.
- JARVIS THOMPSON, Judith (1992). “Una defensa del aborto”, en Finnis, John et al. (Comp.) *Debates sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*. Madrid: Ediciones Cátedra, pp. 11-32.
- LEVÍN, Silvia (2010). *Derechos al revés. ¿Salud Sexual y Salud Reproductiva sin libertad?* Buenos Aires: Editorial Espacio.
- FERRAJOLI, Luigi (2000). *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, N°15, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, pp. 80-105.
- SABA, Roberto (2005). “(Des)igualdad estructural”. *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, 123-147.
- SALVIA, Agustín (2011). *Barómetro de la Deuda Social Argentina, Serie del Bicentenario 2010-2016, Estado de situación del Desarrollo Humano y Social, Barreras estructurales y dualidades de la sociedad argentina en el primer año del Bicentenario*. Buenos Aires: UCA.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN (2010). Boletín Informativo, Buenos Aires.
- (2012). Dirección de Estadísticas e Información de Salud. Estadísticas vitales. Información básica [www.deis.gov.ar](http://www.deis.gov.ar) 29/03/2012.
- 

Recibido: 14 de febrero de 2013.

Aceptado: 25 de marzo de 2013.