

La regulación del aborto: entre el control y la autonomía¹

Yanira Zúñiga Añazco²

Abstract:

Este trabajo busca ofrecer una reconstrucción interpretativa de las dificultades histórico-sociológicas que han enfrentado los derechos sexuales y reproductivos en su devenir normativo, especialmente en lo concerniente a la regulación de la sexualidad y procreación femeninas. Para ilustrar estas dificultades, el texto se sirve de algunas de las discusiones que ha suscitado el establecimiento en Chile de un régimen de despenalización parcial del aborto y las analiza desde una perspectiva de género.

1. Introducción

Considerando que la sexualidad y la procreación son dos dimensiones consustanciales a los seres humanos, podríamos pensar que son parte inescindible del lenguaje de los derechos. Sin embargo, esto no es así. Basta mirar el texto de la Constitución chilena para darse cuenta que no hay en ella mención alguna de estos derechos, lo que tampoco ocurre, en general, en las constituciones a nivel comparado.

Lo anterior corrobora lo aseverado por Foucault en su célebre obra *Historia de la Sexualidad*, en el sentido de que la sexualidad y la procreación –especialmente de las mujeres– han estado sometidas históricamente a numerosos y variados controles sociales. En consecuencia, la idea de que las decisiones sobre el ejercicio de la sexualidad (por ejemplo, si se mantienen relaciones heterosexuales u homosexuales) y la procreación (por ejemplo, si se quiere o no tener hijos) forman parte de la autonomía de los sujetos es relativamente reciente y es constitutiva de un nuevo paradigma social, mientras que su expresión jurídica –la noción de derechos sexuales y reproductivos– empieza recién a tomar cuerpo en textos jurídicos hace unas cuatro décadas, jalonada por la llamada segunda ola del feminismo.

Este nuevo paradigma de regulación de la sexualidad y la procreación, en clave de autonomía, se viene manifestando tímidamente en Chile a través de algunas reformas legales, como el reconocimiento de la violación marital como figura punible, la farragosa regulación de la entrega de la píldora del día después en la ley No 20.418 o el Acuerdo de Unión Civil que acaba de entrar en vigencia. La discusión del proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, que presentó el Gobierno en enero de 2015 (Boletín 9895-11), puede considerarse, también, un intento político por insertarse en este nuevo paradigma. Sin embargo, las dificultades que esta iniciativa y otros

¹ Este artículo es resultado del Proyecto FONDECYT regular N° 1150796, titulado “Los derechos sexuales y reproductivos. Entre el control y la autonomía”, y del cual la autora es investigadora principal.

² La autora es profesora asociada del Instituto de Derecho Público, de la Universidad Austral de Chile; correo electrónico: yzuniga@uach.cl

proyectos anteriores de despenalización parcial del aborto han enfrentado durante su tramitación testimonian, de otro lado, que el paradigma de control es especialmente resistente en el caso chileno.

Como es sabido, hasta el año 1989 la legislación chilena admitía la interrupción del embarazo en caso de peligro para la vida y salud de la madre, todo ello bajo la vigencia de la Constitución de 1980. Sin embargo, paradójicamente, la situación de los derechos de las mujeres, en lo concerniente a este asunto, es comparativamente peor durante el período democrático que durante la dictadura.

Este texto busca ofrecer una reconstrucción explicativa de estas resistencias, que permita poner de relieve la fragilidad de la protección de los derechos sexuales reproductivos de las mujeres y justificar la necesidad de un desarrollo normativo, ya sea por vía de una lectura interpretativa respetuosa de la autonomía moral de las mujeres para tomar decisiones sobre su sexualidad y la procreación, ya sea mediante una regulación constitucional y legal que garantice adecuadamente dicha autonomía.

2. El devenir de los derechos sexuales y reproductivos

El reconocimiento jurídico de lo que se ha dado en denominar *derechos sexuales y reproductivos* (en adelante DSyR) es relativamente reciente. Tales derechos son un precipitado de dos grandes movimientos que atraviesan todo el siglo XX: el feminismo, por una parte, y la internacionalización de la protección de los derechos humanos, por la otra, los cuales se sitúan, en consecuencia, en el marco de las tensiones que caracterizan el devenir de ambos movimientos.

En el seno del pensamiento feminista, los debates sobre el contenido, alcance y garantía de los DSyR se han desarrollado al hilo de la tensión dialéctica entre aquellas vertientes del feminismo que enfatizan una idea de *autonomía procreativa con acento liberal* (es decir, con cierta independencia de las condiciones fácticas del ejercicio de tal autonomía) y que tienen cierto predominio en el feminismo de países primermundistas, y aquellas otras que construyen la idea de autonomía en un contexto situado: las condiciones socio-estructurales que influyen las decisiones reproductivas de las mujeres, especialmente las relativas a la salud. Estos últimos están más presentes en el feminismo del mundo en desarrollo y en el feminismo radical.

Acerca de la internacionalización de los derechos humanos, por otra parte, es necesario precisar que si bien el reconocimiento internacional de los DSyR refleja un proceso de *positivación* a nivel supranacional, dicho proceso, en sus orígenes, se explica menos por la pulsión *universalizadora* de los derechos humanos que por razones de orden contingente. En efecto, el crecimiento poblacional experimentado a partir de la década de los setenta fue caracterizado como una verdadera “explosión demográfica y dio origen a previsiones que anticipaban hambrunas masivas, particularmente en países subdesarrollados. Tales previsiones motivaron un impulso estatal dirigido a incentivar las políticas de planificación familiar, lo que puso las bases para la consagración correlativa de

la autonomía procreativa en el ámbito internacional”³.

Las dos orientaciones ideológicas contrapuestas que se encuentran en el origen de los DSyR deben ser tenidas a la vista para el correcto análisis de evolución histórica y, como veremos, son especialmente útiles para comprender la precariedad que ha caracterizado la garantía estatal de estos derechos, en general, y específicamente respecto de las mujeres, pero lo anterior –conviene precisarlo– no predetermina la justificación moral de estos derechos ni su fundamento jurídico⁴. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante.

La primera enunciación normativa de los DSyR quedó plasmada en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), en su art. 16 e), bajo una fórmula que reconoce el derecho de cada mujer, en condiciones de no discriminación, a decidir si tiene o no descendencia y, en su caso, en qué momento. A ello se sumó el establecimiento correlativo de un haz de obligaciones estatales de garantía relacionadas con el acceso a la información, al asesoramiento, a los medios y a los servicios de salud, necesarios para poner en práctica tales decisiones procreativas (arts. 14 b y 16 e).

La evidencia recopilada durante la década de los ochenta puso de manifiesto, sin embargo, que la autonomía femenina en materia procreativa, pese a estar reconocida en la CEDAW, era usualmente desconocida por los estados mediante una variada gama de normas, prácticas y discursos que comprendían la punición amplia de la interrupción del embarazo, la falta de provisión de información, de métodos de anticoncepción y, en general, de servicios adecuados de salud reproductiva, la recurrencia de malos tratos respecto de las usuarias y la amplia discrecionalidad del personal de salud para negarse a prestar dichos servicios, esgrimiendo convicciones morales personales⁵.

La falta de garantía estatal de la autonomía procreativa femenina se transformó, entonces, en materia de debate en las conferencias de Naciones Unidas de la década de los noventa. Estas conferencias pusieron acento en las condiciones en que se ejerce la sexualidad y la reproducción por parte de las mujeres y popularizaron el enfoque de la *salud reproductiva*, que tiende a adoptarse actualmente al examinar estos derechos. Además, estas conferencias dieron contenido al concepto de los DSyR y desarrollaron su fundamentación específica. Así, el *Programa de Acción de la Conferencia sobre Población y Desarrollo* (El Cairo, 1994) definió a los DSyR, en su art. 7, como “ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones

³ Véase en este sentido Barbieri, Teresita, “Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos”, en *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 62, No. 1 (enero-marzo, 2000), pp. 45-59; y Villanueva, Rocío, *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), 2008.

⁴ Lo propio ocurrió con los intereses variopintos y contingentes que dieron origen a la Revolución francesa y a la Independencia norteamericana en el siglo XVIII, y, desde luego, nadie pone en duda en la actualidad que se trató de los procesos fundantes de los derechos civiles y políticos ampliamente reconocidos en el constitucionalismo actual.

⁵ Barbieri, Teresita, “Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos”, en *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 62, No. 1, enero-marzo, 2000, p. 51.

Unidas aprobados por consenso”, cuyo fundamento descansa en “el derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y del derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”. Este instrumento precisó, además, que los mismos incluyen el “derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos” y que “se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios, con el objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable” (7.3).

Al año siguiente, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing) retomó y amplió la definición de salud reproductiva establecida en el Programa de Acción de El Cairo, subrayando la especial vulnerabilidad de las mujeres en lo relativo al control de su sexualidad y fecundidad, y exigiendo que el ejercicio de la sexualidad se realice con respeto a la integridad de las personas, sobre la base del consentimiento recíproco de los actores, en el marco de una *corresponsabilización* de las consecuencias del relacionamiento sexual. Finalmente, la *Plataforma de Acción de Beijing* instó a los estados a adoptar políticas públicas transversales que promovieran un adelanto general de la protección de todos los derechos de las mujeres y, específicamente, de sus DSyR.

Sin perjuicio de la progresiva extensión de los DSyR a otras áreas normativas como por ejemplo su regulación en el marco de la violencia de género⁶, el establecimiento de crímenes de derecho internacional que prohíben atentados sistemáticos contra la autonomía sexual y procreativa de las mujeres⁷, o el reconocimiento internacional de la autonomía sexual y procreativa de las personas con discapacidad⁸, estos derechos siguen siendo eminentemente precarios, sobre todo respecto de las mujeres. Si bien el seguimiento internacional de las conferencias internacionales antes referidas⁹ ha arrojado avances

⁶ La *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (1994) estableció, en su art. 1, que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción, conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, *sexual* o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (el destacado en nuestro). Como puede apreciarse, esta disposición considera explícitamente, como hipótesis de violencia, a la violencia sexual en todas sus formas.

⁷ Así lo contempla el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, que reconoce dentro de los crímenes de lesa humanidad la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable (art. 7, 1, letra g)), recogiendo con ello la jurisprudencia elaborada especialmente por los tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda.

⁸ A título de ejemplo, el art. 23 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Chile y promulgada en Chile, conjuntamente con su protocolo facultativo, el 17 de septiembre de 2008, establece que los estados deben asegurar que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: letra b) “se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”; y que: letra c) “Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás”.

⁹ Desde 1995, la Asamblea General de Naciones Unidas, en sus diversas sesiones, ha examinado

especialmente notables en la vertebración de una institucionalidad de género, es decir, de una arquitectura orgánica –reflejada en la creación de ministerios y/u oficinas, con mandato especial de promoción de los derechos de las mujeres, en diversos países, incluido Chile–, también ha dado cuenta que dicha arquitectura no ha supuesto grandes avances en el reconocimiento normativo y en la garantía de los DSyR, especialmente en Latinoamérica. En consecuencia, estos derechos siguen situándose en una constante tirantez entre adelanto y retroceso, sobre todo en el caso de la despenalización del aborto, pese a que las normas internacionales contienen, como hemos visto, obligaciones claras de garantía en esta materia.

Conviene preguntarse entonces por qué el desarrollo de los DSyR ha sido tan problemático en el nivel estatal. A esta pregunta trataré de responder en las secciones siguientes.

3. Delimitación conceptual de los DSyR

A fin de abordar adecuadamente el itinerario de este trabajo, es preciso afinar un concepto de los DSyR que nos sea útil para comprender su vinculación con un paradigma de autonomía. Del examen de su evolución en el nivel internacional y de su desarrollo comparado puede desprenderse que estos derechos comprenden las siguientes categorías de decisiones. La primera categoría se vincula a la manera en que los sujetos vivencian o ejercen su sexualidad, lo que, a su vez, involucra cuestiones relacionadas con la identidad sexual, la preferencia sexual o, inclusive, la posibilidad de comercializar la propia sexualidad. A esta dimensión la llamaré *autonomía sexual*. La siguiente categoría alude a decisiones relacionadas con la procreación, dentro de las cuales se ubican las decisiones relativas al control o prevención de la natalidad (vertiente negativa) y aquéllas vinculadas a la decisión de tener hijos, tanto de manera natural como mediante procedimientos de fertilización asistida (vertiente positiva). A esta segunda categoría de decisiones le llamaré *autonomía procreativa*. Como ya tuvimos oportunidad de observar, esta última dimensión está expresamente reconocida en la CEDAW, a través del reconocimiento de la libertad para decidir el número y el espaciamiento de los hijos.

Pero la noción de la autonomía, que es el eje basal de estos derechos, no debe ser confundida con la afirmación de que se trata de derechos individualistas o intrínsecamente liberales. Aunque la manera habitual de definir estos derechos (es decir, por medio de un listado de posiciones jurídicamente protegidas que adoptan preeminentemente la forma de

selectivamente los temas de la plataforma y ha dado instrucciones para que en todos los órganos del sistema se concrete la efectiva adopción de una perspectiva de género y se den cumplimiento a los mandatos de Beijing. También se han celebrado reuniones quinquenales de evaluación, conocidas como Beijing+5, Beijing+10 y Beijing+15, cuya organización depende de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la cual anualmente ha estudiado en profundidad las diversas áreas y ha elevado sus criterios al Consejo Económico y Social (ECOSOC) y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

libertades sin interferencia) o la técnica de protección que le es característica (esto es, la de los derechos implícitos, que los ha hecho depender para su tutela de otros derechos con contenido liberal, como la privacidad) pueda llamar a la confusión, hay sobradas razones para abandonar esa idea. En este sentido, cabe tener presente que estos derechos comprenden también obligaciones positivas por parte de los estados que se traducen también en derechos prestacionales, como por ejemplo el derecho a acceder a la información sexual y/o reproductiva o a contar con los medios necesarios para ejercer la sexualidad y/o la procreación. Por ende, al hablar de autonomía sexual y de autonomía reproductiva sólo busco poner de relieve que los DSyR implican *per se* un reconocimiento de la autonomía moral de los sujetos para tomar decisiones en tales esferas y que esto los transforma en una herramienta de resistencia ante el paradigma de control. Otra cosa es, desde luego, la manera de instrumentar técnicamente dicha autonomía, la que puede traducirse tanto en libertades negativas como en derechos prestacionales.

Una segunda cuestión que conviene precisar concierne a las relaciones analíticas y normativas entre sexualidad y procreación. Es evidente que hay una vinculación fáctica entre sexualidad y procreación, de suerte que esta última es, ordinariamente, una consecuencia del ejercicio de la primera; sin embargo, desde un punto de vista conceptual, de ello no se sigue que la sexualidad y la procreación sean dos esferas conectadas necesariamente, ni mucho menos que sólo pueda tutelarse cualquiera de éstas en la medida que la dimensión tutelada contenga o exprese a la otra. Antes bien, se trata de dos esferas distintas y separadas sobre las cuales los sujetos pueden tomar decisiones diversas y de carácter independiente. De hecho, el ejercicio de la sexualidad no implica, de suyo, una voluntad de procrear y, desde luego, es posible procrear prescindiendo de una relación sexual. En otros términos, la procreación ha dejado de ser el resultado de un acto íntimo y natural realizado exclusivamente entre una mujer y un hombre, para transformarse, además, en una consecuencia de ciertos procedimientos médicos que pueden involucrar, incluso, a personas del mismo sexo, como ocurre en los supuestos de maternidad subrogada. Así, por ejemplo, hoy en día es científicamente posible que una pareja lesbiana engendre, dando origen a una situación de “doble maternidad”. Para ello basta utilizar un óvulo aportado por una de las mujeres, fecundarlo *in vitro* por el semen de un donante anónimo (a través de los sistemas de bancos de semen) e implantar el producto de tal fecundación en el cuerpo de la segunda mujer para que ésta lo geste.

Como es obvio, estos procedimientos no sólo independizan la procreación del coito y de la (hetero) sexualidad, sino que interpelan las categorías jurídicas que hemos creado para comprender las relaciones familiares. En el ejemplo recién propuesto sería difícil responder, de entrada, quién de las dos mujeres es la verdadera madre: la que proporciona su óvulo o la que lo gesta¹⁰. Lo anterior es indicativo de un desfase al interior del sistema jurídico, pues aunque las reglas jurídicas actuales admiten un tratamiento disyuntivo de la sexualidad y de la procreación, y también de la sexualidad, la concepción y la gestación, las herramientas jurídico-conceptuales de que disponemos los juristas no recogen adecuadamente la variedad de combinaciones que pueden derivarse del ejercicio, separado

¹⁰ Zúñiga, Yanira, “Los derechos sexuales y reproductivos. Reflexiones sobre su contenido y garantía en el derecho comparado e internacional”, en *Actas del Congreso Internacional de Derecho. En Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de Valparaíso*. Tomo II (Edeval), Valparaíso, junio de 2012, pp. 429-442.

o conjunto, de ambas dimensiones y de la ocurrencia, no encadenada convencionalmente, de los referidos procesos. Por consiguiente, el desafío de desarrollar progresivamente tales herramientas está aún pendiente.

Sin embargo, es importante tener presente que este desfase normativo entre el reconocimiento de la autonomía sexual y procreativa y sus respectivas técnicas de garantías está lejos de ser una anomalía marginal y tiende a actuar, en cambio, como un defecto sistémico de la regulación de los DSyR. Piénsese, por ejemplo, en cómo el reconocimiento de estos derechos convive en muchos estados con rígidas reglas punitivas del aborto, con normas o prácticas normativas que suponen la disponibilidad del cuerpo femenino¹¹; con reglas que sustraen prácticamente todas las decisiones sexuales y procreativas de la voluntad de algunos de sus titulares y se las entregan al Estado o a otros sujetos (como ocurre con las reglas de capacidad jurídica en el caso de menores de edad y personas con discapacidad cognitiva); y con disposiciones que limitan el acceso de las parejas homosexuales a la adopción o a ciertas técnicas como la maternidad subrogada, mientras esos mismos estados legitiman las uniones civiles o, incluso, el matrimonio homosexual.

En mi opinión, lo anterior es expresivo de que los DSyR se sitúan en un intersticio entre dos paradigmas, el de control y el de autonomía, y que en realidad, estos derechos constituyen, en sí mismos, un fenómeno de resistencia ante el control estatal de la sexualidad y la procreación, el cual, sin adecuadas herramientas de garantía, es presa fácil de la fuerza de la inercia. Por lo mismo, es importante comprender que el fenómeno de control estatal de la sexualidad y de la procreación continúa presente en nuestras sociedades y que tiene bases histórico-sociológicas determinadas. Por ello me dedicaré en la siguiente sección a caracterizar dicho fenómeno.

4. Poder, sexualidad y procreación. Entre el control y la autonomía

Desde un punto de vista histórico-sociológico, y siguiendo la tesis de Michel Foucault esbozada en su conocida obra *Historia de la Sexualidad*¹², puede aseverarse que la regulación normativa de la sexualidad y de la procreación se viene vertebrando desde la modernidad, a través de un conjunto de normas, discursos y prácticas –jurídicas y extrajurídicas– que giran sobre dos ejes. Por un lado, un primer eje, ligado a la transmisión de bienes y la mantención del patrimonio, que resulta instrumentado por vía de dos dispositivos jurídicos clásicos: la familia (matrimonial) y el parentesco. Así, la familia ha actuado como el intercambiador de la sexualidad y del régimen económico. La expresión normativa de este eje ha sido fundamentalmente abordada por el derecho civil y hasta tiempos muy recientes este diseño se veía como una simple manifestación de “la naturaleza de las cosas” y no como un dispositivo que sirviera a fines ideológicos. La llamada

¹¹ Adviértase que varias legislaciones no penalizan la violación marital y cuando lo hacen someten este ilícito a restricciones; o, que fenómenos como el acoso sexual no están regulados con carácter general y suelen circunscribirse, en el mejor de los casos, al ambiente laboral.

¹² Foucault, Michel, *Histoire de la Sexualité. La volonté, de savoir* (Editions Gallimard), 1976. Existe traducción al español. Véase Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*, Tomo I (Siglo XXI editores), 2002.

constitucionalización del derecho privado ha deconstruido este enfoque introduciendo un cuestionamiento por vía del principio de igualdad, primero respecto de las diferenciaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y, más recientemente, a propósito del régimen jurídico-patrimonial de las parejas de hecho, incluidas las parejas homosexuales.

El segundo eje se vertebra, en contraste, a través de la regulación de ciertos comportamientos sexuales y reproductivos en función de si éstos resultaban normalizados o, en su defecto, patologizados por ciertos discursos y prácticas científico-médicas. Según Foucault, la combinación de la regla jurídica y del discurso científico-médico ha tenido el efecto de situar o de sustraer ciertos comportamientos y decisiones sexuales y/o procreativos de la esfera de autonomía de los individuos. Esta aproximación revela que –contrariamente a lo que estamos acostumbrados a pensar– las cuestiones relativas a la sexualidad y a la procreación de los sujetos no han sido históricamente entendidas como un asunto privado, sino, más bien, como un asunto social/estatal, es decir, un asunto en el cual todo el cuerpo social y cada uno de sus individuos son instados a someterse a vigilancia¹³. La problematización de este segundo eje ha venido de la mano de la emergencia de los derechos humanos, y, especialmente, recurriendo a la noción de DSyR. Éstos han permitido simbolizar ciertos comportamientos sexuales (como la homosexualidad) y algunas opciones procreativas (como la contracepción o la interrupción del embarazo), como expresiones de la esfera de autonomía de los sujetos; despatologizándolas, por una parte, y fortaleciendo su protección, por la otra.

Un ejemplo puede resultar útil para describir cómo funciona este complejo dispositivo normativo y cuál ha sido su impacto en las discusiones constitucionales, y, a la inversa, cómo la noción de DSyR ha venido actuando como un discurso de resistencia ante la tendencia histórica a vertebrar un control social de la sexualidad/procreación. Como se sabe, las relaciones homosexuales entre adultos han sido largamente patologizadas por el saber médico¹⁴. Esto ha influido notablemente en el establecimiento de un régimen de prohibiciones jurídicas, civiles y penales que han regulado históricamente tales conductas. Sin embargo, desde que la Organización Mundial de la Salud decidió excluir, en 1990, a la homosexualidad de la *Clasificación estadística internacional de enfermedades y otros problemas de salud*, las relaciones homosexuales empezaron a ser tematizadas como expresiones de la autonomía de los sujetos. Lo anterior no sólo aceleró el proceso de despenalización de la sodomía consentida que ya se había iniciado, sino que ha permitido, a través del principio de igualdad, afianzar el reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales y de la familia homoparental más allá de la esfera estrictamente patrimonial. En la actualidad, y con una notable influencia del discurso de los derechos, es común entender que la familia es un espacio de desarrollo de la personalidad/identidad de los

¹³ Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*, T. I (Siglo XXI editores), 2002, p. 112.

¹⁴ Según Foucault, la categoría psicológica, psiquiátrica y médica de la homosexualidad se constituyó el día en que se la caracterizó en el famoso artículo de Westphal sobre las “sensaciones sexuales contrarias” (1870). Ahí se la definió no tanto en relación a un tipo de relaciones sexuales, sino como cierta cualidad de la sensibilidad sexual, determinada por la manera de invertir en sí mismo lo masculino y lo femenino. La homosexualidad apareció, entonces, como una de las figuras de la sexualidad, siendo rebajada desde la práctica de la sodomía a una suerte de androginia interior, de hermafroditismo del alma. El sodomita era un relapso, en cambio el homosexual era, a partir de ese momento, una especie. Véase Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*, Tomo I (Siglo XXI editores), 2002, p. 28.

sujetos que tiene proyecciones emocionales, patrimoniales y político-simbólicas, y que dicho espacio es inclusivo de las parejas homosexuales. Sin embargo, como ya adelanté, es la cuestión relativa a los derechos de parentalidad de estas parejas la que se ha vuelto más espinosa. Ésta tiende a plantearse actualmente como explícita o implícitamente ligada al desarrollo temprano de la sexualidad de niños, niñas o adolescentes, sugiriéndose frecuentemente que dicho desarrollo –tutelado por el principio del interés superior del niño– podría verse afectado si éstos forman parte de familias homoparentales¹⁵. Esta metamorfosis discursiva (ya no se discute con eje en la versión tradicional de la familia, sino en relación con los derechos de algunos de sus miembros especialmente protegidos) demuestra que el dispositivo de control social de la sexualidad/procreación, como todo dispositivo de poder, es dinámico. Es decir, si bien sufre erosiones derivadas de fenómenos de resistencia (como la eclosión de los DSyR), tiene también la aptitud de reconfigurarse a sí mismo, adoptando nuevas formas. Mirado desde la perspectiva de los DSyR, podemos decir entonces que la historia de estos derechos está signada por la tensión entre avance y retroceso, entre control y autonomía.

Estos apuntes teóricos permiten poner de relieve una segunda ventaja del enfoque propuesto por Foucault: introduce la situación de los grupos en desventaja. En efecto, Foucault advierte que existen tres grupos que han estado especialmente sometidos a este dispositivo de control de la sexualidad/procreación; a saber, 1) las mujeres, 2) los niños, las niñas y los adolescentes; y 3) lo que hoy en día denominamos el colectivo LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales).

Con todo, como refleja el ejemplo antes comentado, las agendas de derechos de estos diversos grupos pueden presentarse como eventualmente conflictivas, de manera que es importante tener en cuenta que, en ocasiones, bajo la apariencia de una protección de los derechos de unos grupos pueden esconderse nuevas formas de representar la ecuación de control estatal de la sexualidad y/o procreación. Así, por ejemplo, los supuestos conflictos entre los derechos de los niños, niñas o adolescentes, por una parte, y los derechos de los homosexuales, por la otra, enmascaran habitualmente formas de control de la sexualidad tanto de los primeros como de los segundos. En el caso de los niños, para “protegerlos” de una sexualidad desviada; en el caso de los adultos homosexuales, para evitar que perviertan a los menores de edad. El fallo del Tribunal Constitucional chileno sobre el art. 365 del Código Penal ilustra de manera muy clara lo anterior¹⁶.

Como ya indiqué, en lo relativo a este trabajo me interesa poner acento en la

¹⁵ En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema en el Caso Atala. Corte Suprema, Rol N° 1193-03, de 31 de mayo de 2004.

¹⁶ De muestra el siguiente extracto de la sentencia citada: “La penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. *Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones.* Por lo demás, del hecho de que la ley penal no pueda perseguir la sola condición u orientación sexual de nadie, no se sigue que deba dispensar un estatuto uniforme e indiscriminado de impunidad respecto a todas sus conductas o manifestaciones concretas. Menos, cuando ciertas y determinadas prácticas conllevan –en sí mismas– el peligro de causar perniciosas e irreversibles consecuencias para otros”. Véase Tribunal Constitucional, Rol N° 1683-10, sentencia de 04 de enero de 2011, considerando 33.

situación de las mujeres. Éstas son portadoras de una especificidad biológica (su capacidad de gestar) sobre la que se ha construido un verdadero entramado de control. En la sección siguiente veremos que las discusiones sobre interrupción voluntaria del embarazo (IVE) han tenido y siguen teniendo un impacto particular en el goce de los derechos de las mujeres y suelen estar signadas más por el paradigma de control que por un modelo de autonomía. Para analizar esta cuestión resulta ineludible tener en vista, por su pertinencia y valor teórico, los aportes provenientes de las teorías feministas que han tenido una notable influencia en el estado actual de los debates sobre DSyR en general y sobre aborto en particular.

5. La sexualidad y la procreación desde la perspectiva de género

El pensamiento feminista viene tematizando las relaciones entre sexo, sexualidad, procreación y poder, especialmente a partir de la década de los setenta, tanto a través de la crítica al binomio público/privado (en la que se inserta el célebre eslogan de “lo personal es político”) como mediante una teorización específica sobre el cuerpo. El resurgimiento feminista de los años setenta impulsó una convergencia amplísima de preocupaciones políticas, prácticas y teóricas en torno al vínculo entre cuerpo y política, impulsando una crítica respecto de la interpretación tradicional que derivaba de la diferencia anatómica entre los cuerpos de los varones y de las mujeres, sus capacidades intelectuales y papeles sociales diversos; y aceptaba, tranquilamente, que las mujeres no tuvieran los mismos derechos ni las mismas opciones de vida que los varones¹⁷.

Así las cosas, podemos decir que la subjetividad femenina ha resultado encamisada por las simbolizaciones relativas al cuerpo de las mujeres. Como advierten varias pensadoras feministas, es el programa de apropiación para fines sociales de la capacidad procreativa de las mujeres (la única diferencia biológica que parece distinguir nítidamente, hasta ahora, a hombres y mujeres) el que desencadena el complejo entramado de control social que se ha dado en denominar sistema sexo-género. El género, que podemos definir, siguiendo a Joan Scott, como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen a los sexos y a la vez como una forma primaria de relaciones significantes de poder¹⁸, se vertebra –como insiste repetidamente la jurista norteamericana Catharine Mackinnon– básicamente a través del control de la sexualidad y de la procreación femeninas¹⁹. De ahí que el significado de la sexualidad y de la procreación femeninas (incluido su significado jurídico) no pueda ser aprehendido fuera de las relaciones sociales de poder entre los dos sexos.

¹⁷ Lamas, Marta, “Cuerpo: diferencia sexual y género”, en *Debate Feminista*, N° 10, septiembre de 1994, pp. 3-31.

¹⁸ Scott, Joan, *Género e Historia*, traducción de Consol Vilà I. Boadas (Fondo de Cultura Económica-UNAM), 1998, p. 289.

¹⁹ MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia), 1995.

Este significado se ha materializado históricamente, volviendo a Foucault, en una suerte de “histerización del cuerpo de la mujer”, que consiste en un proceso según el cual el cuerpo femenino ha sido simbolizado a través de tres vertientes superpuestas, que tienen, a su vez, reflejos jurídicos. Una primera vertiente de esta histerización del cuerpo femenino se caracteriza por calificar (y descalificar) al cuerpo femenino como un cuerpo íntegramente saturado de sexualidad. Si hacemos memoria descubriremos que la narrativa del cuerpo femenino ha estado, desde Eva en adelante, anudada al siguiente hilo conductor: el cuerpo de las mujeres es la causa de las pasiones masculinas. El que las mujeres hagan o no hagan algo para desencadenar dichas pasiones es irrelevante porque el cuerpo femenino es, en sí mismo, pecaminoso o potencialmente desviado.

La concepción del cuerpo femenino como saturado de sexualidad subyace a prácticas religiosas tales como la exigencia de porte del velo islámico (la misma que ha sido puesta de relieve en los debates europeos relacionados con políticas de restricción de su uso, particularmente en el caso del velo integral) o el impedimento a las mujeres para integrar la curia católica en las mismas condiciones que los varones. Sin embargo, enraizada como está en los patrones sociales de género, dicha concepción no se restringe a la esfera de la religión o de la tradición, sino que gobierna, con carácter transversal, la inteligibilidad de las acciones sociales.

Basta tener en vista, para comprobar lo anterior, las veces que hemos escuchado, a título de justificación de diversos tipos de violencia sexual (violaciones, acoso, etc.), que la víctima tiene algún grado de responsabilidad en tales hechos, ya sea por usar un tipo determinado de indumentaria, por haber bebido más de la cuenta o por no haberse negado enfáticamente a la insinuación sexual del agresor. La premisa sobre la que descansa tal narrativa es simple: si el cuerpo femenino, por definición, incita a los hombres, una buena mujer debe disciplinar su cuerpo para merecer respeto y protección (después de todo, a nivel social es sabido que un no eventualmente puede considerarse un sí).

Esta simbolización –que tendremos oportunidad de examinar con más detalle más adelante– es parte de los márgenes ideológicos que delinean las discusiones sobre el aborto, en especial respecto de la regulación de la interrupción de un embarazo como resultado de una violación. Así, es frecuente que esta hipótesis sea rotulada en varios textos jurídicos (incluyendo proyectos de ley chilenos anteriores al que hoy se tramita en el Congreso) como “indicación ética-social”, en circunstancias de que sería más apropiado hablar de indicación criminológica. Lo que trasunta la preferencia por la primera etiqueta es la creencia social de que lo que está en juego en estos casos, exclusiva o prevalentemente, es el “honor” de la mujer que ha sido mancillado.

Una segunda vertiente de la histerización del cuerpo de las mujeres es aquella que se concreta en la patologización intrínseca del cuerpo femenino. En este sentido, cabe recordar que desde el siglo XVII en adelante, en la medicina occidental dominaba la convicción de que todas las enfermedades que afectaban a las mujeres podían explicarse en base a su aparato reproductor (útero y ovario). Esta etiología de las enfermedades femeninas se refleja claramente en el caso de la *histeria*, pues hasta su nombre coincide con el órgano en el que supuestamente se origina la enfermedad (*hystera*=útero). La presencia de los órganos reproductivos femeninos (el útero y el ovario) no sólo era vista

como la causa anatómica de dicha patología del sistema nervioso femenino, sino que el propio sistema nervioso femenino resultaba caracterizado en función de la presencia de tales órganos como esencialmente impresionable y débil, a diferencia de lo que ocurría con el carácter masculino que resultaba científicamente simbolizado, en función de la ausencia anatómica de tales órganos, como las antípodas del carácter femenino, es decir, como esencialmente equilibrado y fuerte²⁰.

Basta poner atención a nuestra cotidianidad para observar que tales simbolizaciones siguen teniendo arraigo en las comprensiones sociales sobre las mujeres y los hombres. Las mujeres siguen siendo vistas como seres esencialmente emocionales, dominados por sus hormonas, y cuyas decisiones son menos fiables o serias que las de los varones. Esta simbolización, llevada a los debates sobre el aborto, tiende a restarles a las mujeres la capacidad moral para administrar sus decisiones y las arrastra permanentemente al territorio de la infantilización. El resultado jurídico de lo anterior es el establecimiento de regímenes de conserjería, tutela o acompañamiento, como parte inescindible de los dispositivos jurídicos que rodean el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. Estos dispositivos conllevan el riesgo evidente de disciplinar la voluntad de las mujeres. Sin embargo, tal riesgo suele difuminarse de una manera estética pero efectiva ante la opinión pública. La conserjería o acompañamiento se presenta como un dispositivo que persigue un legítimo objetivo: la protección de los derechos de las propias mujeres. Sobre esta cuestión volveremos en las próximas páginas.

Por último, la tercera expresión de la histerización del cuerpo femenino consiste en la puesta en comunicación orgánica de su cuerpo con los distintos espacios sociales. Es esta dimensión la que tiende a actuar de sustrato más claro en las discusiones relativas a la interrupción voluntaria del embarazo y, por lo tanto, es importante prestarle una atención privilegiada. El cuerpo femenino ha sido (y es) puesto en conexión orgánica tanto con el “cuerpo social”, cuya fecundidad debe asegurar, como con el espacio familiar, del que debe ser un elemento sustancial y funcional; y finalmente (pero no menos importante) con la vida de los niños, la que produce y debe garantizar. Así, la responsabilidad moral de asegurar las dinámicas sociales antes descritas es impuesta heterónomamente a las mujeres a partir de un simple dato biológico (su capacidad procreativa), mediante un proyecto social que se inicia desde la primera infancia de toda mujer y atraviesa su vida entera. Dicho proyecto se legitima socialmente remitiéndose a la “naturaleza femenina”, lo que garantiza que vehicule soterradamente una ideología –la ideología de la maternidad– que ha tenido una sorprendente capacidad de autorreproducirse pese a los cambios sociales.

Digo que se trata de una ideología porque resulta evidente que del hecho de poder gestar no se sigue que todas las mujeres valoren la maternidad como proyecto de vida, ni mucho menos que aquellas que sí lo hacen lo hagan bajo cualquier condición. La maternidad no es un hecho natural sino una construcción social, entre otras cosas, porque la maternidad en nuestras sociedades no es equivalente a sólo engendrar y parir, sino que comprende una serie de representaciones sociales sobre el cuidado de los niños. Estas

²⁰ A modo de ejemplo se puede consultar el estudio de Verena Radkau sobre la relación entre los médicos y las mujeres, Radkau, Verena, *Género, familia y mentalidades en América Latina*, Puerto Rico (Editorial de la Universidad de Puerto Rico), 1997.

representaciones varían histórica y culturalmente. Sin embargo, puede decirse que el establecimiento de un modelo social de maternidad, limitativo de la autonomía de las mujeres, es también una herencia de la modernidad y dicho modelo –contrariamente a lo que pudiera pensarse– se ha ido rigidizando en las últimas décadas.

En este último sentido, la filósofa francesa Elizabeth Badinter destaca el surgimiento –como una suerte de antídoto a los movimientos feministas de liberación sexual y procreativa de los años setenta y ochenta del siglo XX– de un renovado registro de representación simbólica de la maternidad, de matrices teóricas variopintas (la ecología, las ciencias del comportamiento que se apoyan en la etología y un feminismo de signo esencialista) y de un influjo globalizador. Este discurso tiene como núcleo ideológico una propuesta de “retorno a la verdadera naturaleza femenina” anclada en la maternidad, la que, a su vez, se presenta como la auténtica llave para lograr el bienestar de las mujeres y de la humanidad. La sacralización del parto natural, la teoría del apego, la glorificación de la leche materna y el rescate “científico” del instinto maternal serían, según Badinter, nuevas manifestaciones de una ideología de la maternidad reciclada²¹. Cabe hacer notar que dicho registro discursivo es utilizado en la actualidad por los estados para la elaboración de políticas públicas normativas²² y por prestigiosos organismos internacionales²³, y parece ser impermeable a otras evidencias científicas que ponen en cuestión la biología como única base del apego o del instinto maternal.

El proyecto social de imposición de la responsabilidad moral de asegurar la supervivencia del cuerpo social, de la familia personal y de los niños tiene, como decía más arriba, efectos transversales y cohesivos en la vida de las mujeres. Se va configurando desde la infancia temprana y adopta variadas y multiformes proyecciones socio-jurídicas a lo largo de las biografías femeninas, de manera que la sorprendente estandarización de esta experiencia hace que la diversidad de trayectorias de vida de las mujeres, derivadas de sus otras posiciones sociales (raza o etnia, ingresos, capital social, etc.), sea incapaz de sustraer a la gran mayoría de ellas de esta verdadera predestinación social.

A las mujeres se les prepara desde pequeñas para ser madres a través de los juegos infantiles (las muñecas); se les disciplina durante su juventud para que su sexualidad, a diferencia de la sexualidad de los varones, no persiga el placer erótico y se despliegue, en cambio, en el único espacio en que resulta legitimada, esto es, en la familia matrimonial; se les discrimina en el acceso al trabajo y en el goce de las remuneraciones por su capacidad procreativa (independientemente de que una mujer tenga hijos o no); y cuando una mujer tiene hijos, los permisos estatales asociados a la maternidad les obligan, en general, a soportar importantes costos económicos para asumir exclusiva o preferentemente el

²¹ Badinter, Elizabeth, *La mujer y la madre. Un libro polémico sobre la maternidad como nueva forma de esclavitud*, traducción de Montse Roca (La esfera de los libros), 2011.

²² Véase, por ejemplo, el mensaje de la ley 20.545 que creó el postnatal parental y que hace expresa referencia a la teoría del apego.

²³ La OMS recomienda la lactancia materna exclusiva durante seis meses, la introducción de alimentos apropiados para la edad y seguros a partir de entonces, y el mantenimiento de la lactancia materna hasta los 2 años o más.

cuidado de los niños²⁴. Lo anterior vertebraba una gestión de la dependencia de los niños, niñas y adolescentes, impuesta social o estatalmente, que tiende a durar todo el tiempo que se requiera para que aquéllos se transformen en adultos útiles para la sociedad (dicho sea de paso, el tiempo de dependencia tiende a extenderse en nuestras sociedades actuales, puesto que el cuidado empieza cada vez más temprano en el marco de la gestación y se prolonga cada vez más, superando incluso la adultez legal de los hijos). Y, como sabemos, el Estado también ha constreñido históricamente a las mujeres (como sigue haciéndolo en Chile) a llevar a término embarazos no deseados, bajo amenaza de sanción penal, incluso haciendo caso omiso de las condiciones, a veces trágicas, en que dichas gestaciones se originan o se desarrollan.

El trascendental impacto que la maternidad tiene en la vida de las mujeres, descrito antes como una concatenación de fenómenos diversos e interrelacionados, permite sugerir que, en general, la discusión jurídico-constitucional sobre la interrupción del embarazo ha sido habitualmente mal planteada, sobre todo en el caso chileno. Ésta suele presentarse como una disputa en torno a quién puede decidir (la misma mujer, el Estado o incluso un tercero, como los padres de una menor embarazada) sobre el uso del cuerpo femenino que está gestando una nueva vida y se asume que el resultado de la opción que se elija atañe única y exclusivamente al período normal de gestación, es decir, nueve meses. Los efectos de la maternidad en la vida de las mujeres son, en cambio, expansivos y sobrepasan con creces el período de gestación, en la medida que las mujeres madres –vale la pena subrayarlo– no son simples incubadoras. Por consiguiente, es necesario abandonar dicho abordaje tanto porque aquel no es capaz de capturar la complejidad del fenómeno jurídico que examina (o si se quiere, los distintos derechos involucrados), como porque la simbolización implícita que él vehicula (las mujeres sólo serían incubadoras) es incompatible con una aproximación respetuosa de la dignidad de las mujeres, en tanto sujetos de derechos.

Este breve excursus sobre las teorías contemporáneas que analizan desde una perspectiva histórica y de género la regulación normativa de la sexualidad y la procreación nos sitúa en una mejor posición para comprender una encrucijada jurídica recurrente y la anomalía que ella representa desde el punto de vista del tratamiento jurídico de los derechos fundamentales. Así, las cuestiones relativas al aborto y la protección de la vida emergente se plantean, habitualmente, como un choque de absolutos²⁵, lo que contribuye a que se transformen en un verdadero nudo gordiano, en el que queda muy poco espacio para el acuerdo moral y político.

Es importante enfatizar que esta manera de abordar el problema del aborto se aparta notablemente de la tradición jurídico-constitucional en materia de derechos fundamentales,

²⁴ Lo mismo ocurre en Chile a propósito de la regulación del postnatal parental, no sólo porque el permiso establece un tope económico al subsidio respectivo, sino porque impide su renuncia total. En consecuencia, las mujeres cuyas remuneraciones exceden el mencionado tope sufren la pérdida de la parte de sus ingresos que sobrepasa dicho tope; mientras que aquellas mujeres cuyas remuneraciones no lo exceden (la gran mayoría), deben soportar también un perjuicio económico: la pérdida de competitividad derivada del receso laboral y la consiguiente merma en sus potenciales ingresos futuros.

²⁵ Tribe, Laurence. *El aborto: Guerra de absolutos* (Fondo de Cultura Económica), 2012.

que se caracteriza por admitir extensas zonas de conflicto o tensión entre derechos y/o bienes jurídicos que se resuelven a través de mecanismos especiales de balanceo (ponderación y proporcionalidad). De ahí que sea común que los textos de enseñanza del derecho constitucional insistan en que no existen derechos absolutos. No obstante, el debate jurídico sobre el aborto desafía esa convención.

En resumen, lo examinado hasta aquí revela que la sexualidad y la procreación son áreas en las que tradicionalmente ha habido un férreo control social/estatal proyectado, particularmente, hacia ciertos grupos de personas, dentro de los cuales sobresalen las mujeres debido a su capacidad procreativa. Como es lógico, esta situación entra en tensión con el discurso de los derechos, que tienen una vocación de limitación del poder estatal.

6. Los DSyR en el caso chileno. Evolución y tendencias normativas

La construcción normativa de los DSyR en el derecho chileno ha estado eminentemente asociada al establecimiento de políticas públicas de salud, que se han focalizado, desde sus orígenes, en la planificación familiar y en la salud materno-infantil. Como ya se mencionó, las primeras tematizaciones feministas sobre las condiciones en que se desarrolla la sexualidad y la procreación terminaron, paradójicamente, por alimentar las preocupaciones en torno a la regulación de la fertilidad de las mujeres trabajadoras y a la necesidad de reducir la mortalidad infantil. Tales preocupaciones, también en el caso chileno, eclosionaron un proceso normativo que se plasmó en las primeras normas de protección de la mujer embarazada en el Código Sanitario, las que daban cuenta, a su turno, de las vinculaciones entre reproducción biológica y reproducción económica. Así, la obligación legal de asegurar que la mujer tenga tiempo para amamantar intentaba evitar que las mujeres pobres descuidaran a sus hijos y las transformaba, de esta manera, en medios para desarrollar las políticas que impulsan los gobiernos, en atención a objetivos poblacionales, de seguridad nacional y de disminución de la pobreza²⁶.

Bajo esta inspiración ideológica, a finales de la década del cincuenta se creó el Servicio Nacional de Salud (SNS) y se formuló la primera *Política de Planificación Familiar del Gobierno de Chile*, cuyo fin era reducir los riesgos asociados a la práctica del aborto inducido en condiciones inseguras y garantizar el respeto a la conciencia de las personas y su dignidad²⁷. Desde aquí hasta finales de la década de los '90, el Estado chileno mantuvo el acento en dichos objetivos, a través de programas y acciones fragmentarios²⁸.

²⁶ Casas, Lidia. "Capítulo cuatro Salud", en Cristina Motta (Ed.), *La mirada de los jueces* (Siglo del Hombre Editores), 2008, pp. 363-389.

²⁷ Sus objetivos fundacionales fueron: a) reducir la tasa de mortalidad materna relacionada, en gran medida, con el aborto provocado clandestino; b) disminuir la tasa de mortalidad infantil relacionada con el bajo nivel de vida en sectores de población de alta fecundidad y c) promover el bienestar de la familia, favoreciendo una procreación responsable que permitiese, a través de la información adecuada, el ejercicio y el derecho a una paternidad consciente. Véase Ministerio de Salud, Informe sobre normas nacionales sobre regulación de la fertilidad, 2010.

²⁸ Dides, Claudia (Coord.). *Chile. Panorama de sexualidad y derechos humanos* (CLAM-IMS), 2007.

Un punto de inflexión normativo, sin embargo, lo constituyó la modificación introducida por la ley N° 18.826 de 1989 al art. 119 del Código Sanitario, en lo relativo al aborto terapéutico, sobre la que se volverá más adelante. Ésta estrechó la interrupción del embarazo en caso de peligro para la vida y salud de la madre (cuya permisión databa de la década de los '30), a la única hipótesis admitida por la doctrina oficial de la Iglesia Católica: la doctrina del doble efecto. También a partir de la década de los '90 comenzaron a presentarse mociones parlamentarias para modificar la regulación del aborto en Chile. La mayoría de éstas buscaban reponer la indicación terapéutica en toda su amplitud, otras menos apuntaban a extender la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a otras indicaciones reconocidas en el derecho comparado (particularmente en caso de violación y malformación grave del feto incompatible con la vida) y un número ínfimo buscaba reforzar la protección constitucional de la vida del que está por nacer (19 N° 1 inc. 2), sujetándola a una prohibición explícita del aborto en el texto constitucional o a una exigencia de regulación a través de una ley de quórum calificado. Sin embargo, ninguna de estas propuestas ha prosperado hasta ahora.

Un segundo frente de configuración jurídico-normativa de las cuestiones asociadas a la sexualidad y la reproducción en Chile está dado por la actividad jurisprudencial. Dentro de esta dimensión pueden identificarse dos grandes líneas: (a) la judicialización de cuestiones vinculadas a la procreación en lo referente a la anticoncepción de emergencia y (b) la judicialización de las cuestiones relativas a la diversidad sexual, las que, a su vez, han sido problematizadas especialmente respecto de la sexualidad y procreación en adolescentes. En relación con la primera (a), cabe destacar la judicialización de la distribución de la llamada *píldora del día después*, primero a través de la impugnación de su autorización sanitaria mediante acciones de protección y de nulidad de derecho público, y luego a través de la impugnación de las *Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad* (res. exenta 584-2006 y DS 48 2007) ante el Tribunal Constitucional. Estos procesos han marcado un hito en el tratamiento jurídico nacional de los DsyR no sólo porque han desencadenado una elaboración doctrinal respecto de estos derechos y sus limitaciones²⁹, sino también porque la atención mediática que rodeó a estos procesos sentó las bases para el primer desarrollo legislativo, con pretensión de sistematicidad, de las cuestiones relativas a la fertilidad en Chile.

Así, dicha judicialización fue la antesala de la ley No 20.418, *que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad* (28.01.2010), que zanjó la discusión sobre el carácter abortivo de la *píldora del día después*, permitiendo su entrega como mecanismo de anticoncepción de emergencia en el marco de las políticas públicas de salud (art. 4)³⁰ y regulando algunos derechos referentes al

²⁹ Véase Bascuñán, Antonio, "La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia", en *Estudios Públicos*, 95, 2004, pp. 43-89; Bascuñán, Antonio, "Después de la Píldora", en *Anuario de Derechos Humanos* (Universidad Diego Portales), 2006, pp. 235-244; o "Sentencia sobre inconstitucionalidad del decreto supremo N° 48 del Ministerio de Salud", en la parte que autoriza la distribución de la "píldora del día después" en el sistema público de salud (Tribunal Constitucional), *Revista de Derecho*, 1 (Universidad Austral de Chile), 2008, pp. 155-170.

³⁰ Un reciente dictamen de la Contraloría General de la República (N° 70.633 de 30/10/2013), con todo, ha reabierto la discusión en torno a la autonomía procreativa de los adolescentes, al restringir el alcance del art. 7 del reglamento de la ley No 20.418, que regulaba la entrega de la píldora a menores de 14 años, sometiéndola al régimen de protección de datos sensibles sobre prácticas sexuales, métodos y terapias para la planificación

acceso a prestaciones e información de salud sexual y reproductiva.

Respecto de la segunda línea jurisprudencial (b), es decir *la relativa a la diversidad sexual*, merece destacarse por su impacto en el sistema jurídico nacional, la sentencia de la Corte Suprema en el Caso Atala y los recientes fallos del Tribunal Constitucional recaídos en los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los arts. 365 del Código Penal³¹, 102 del Código Civil³² y 54, N° 4, de la Ley de Matrimonio Civil³³. Estos últimos tres asuntos se refieren, respectivamente, al acceso al matrimonio por parte de personas no heterosexuales, a la legitimidad de la punición de la sodomía consentida cuando involucra a adolescentes y a la razonabilidad de la categorización de la “conducta homosexual” como causal de divorcio culposo. En todos estos asuntos el Tribunal Constitucional ha rechazado las impugnaciones que se sometieron a su examen. Ello ha generado el reproche de una parte de la doctrina nacional, que ha entendido que dicha jurisprudencia trasunta una aproximación estereotipada y discriminatoria respecto de la homosexualidad, que descansa en una particular supervigilancia del desarrollo de la sexualidad infantil y adolescente³⁴.

Este repaso panorámico de la configuración nacional de los DSyR permite concluir que las tendencias comparadas tienden a replicarse en el caso chileno con ciertas particularidades que comentaré más adelante, como en el derecho comparado, donde la positivación de esos derechos es precaria. La mayor parte del desarrollo de estos derechos, si bien aún larvario, se ha hecho en el contexto de las políticas públicas de salud, lo que implica que prácticamente toda su regulación está contemplada en normas infralegales e involucra una tendencia a simbolizar las cuestiones relativas a la sexualidad y a la procreación más que como cuestiones ligadas a la autonomía de los sujetos como problemas de salud pública³⁵, lo que resulta fortalecido porque gran parte de estas decisiones se adoptan en contextos de salud.

La tendencia a la medicalización de estos derechos –que no es nueva, como decíamos antes–, lejos de estar en retirada, se ha ido incrementando. La razón es relativamente simple: los ejercicios de la sexualidad y la procreación, a nivel colectivo, pueden nutrir o poner en riesgo aspectos vertebrales de las sociedades modernas; a saber,

familiar y admitiendo, en consecuencia, una relativización de la obligación de informar a los padres o adultos responsables, que establece el art. 2 de la referida ley. A los efectos, la Contraloría ha dictaminado que la frase “sin perjuicio de lo expuesto” con que se inicia el referido artículo 7° no puede tener la virtud de excluir la señalada obligación y que el facultativo está obligado, en todo caso, a informar a los adultos ahí mencionados.

³¹ Tribunal Constitucional, Rol N° 1683-10, sentencia de 04 de enero de 2011.

³² Tribunal Constitucional, Rol N° 1881-10, sentencia de 03 de noviembre de 2012.

³³ Tribunal Constitucional, Rol N° 2435-13, sentencia de 10 de abril de 2014.

³⁴ Véase Muñoz, Fernando, “Que hable ahora o calle para siempre: la ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario”, en *Revista de Derecho*, 2011, pp. 9-30; o Casas, Lidia y González, Juan, “Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público*, No. 1, 2012, pp. 250-272.

³⁵ Esta última tendencia también puede observarse en la discusión actual sobre el aborto que ha sido presentada menos como un problema de derechos de las mujeres y más como un problema de salud pública. De ahí el protagonismo del Ministerio de Salud, en detrimento del rol del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM).

el crecimiento de la fuerza de trabajo y de la productividad económica, o la buena salud de las concepciones dominantes sobre la familia y el cuidado. De ahí que asuntos tales como la contracepción, la interrupción del embarazo, la natalidad, el cuidado posnatal y la lactancia materna, entre otros, se hayan estatalizado y, en consecuencia, las decisiones individuales relativas al uso de anticonceptivos, la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), el sometimiento a fertilización asistida o a un procedimiento de esterilización, el amamantamiento de un(a) recién nacido (a), etc., sean vistas no necesariamente como manifestaciones de derechos individuales sino, más bien, como partes de un engranaje mayor: las *políticas sobre fertilidad*. No por casualidad, en el proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, el Ministerio de Salud y la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados han tenido un notable protagonismo.

Además del riesgo de concebir a los DSyR como meros objetivos de las políticas públicas, su medicalización conlleva un segundo riesgo asociado al *pedigree* del saber médico. La autonomía individual resulta ordinariamente limitada o desconocida en los contextos de salud, debido a la existencia de prácticas interpretativas que implican una infravaloración de la capacidad moral de cada sujeto para tomar decisiones concernientes a su propia sexualidad y/o procreación. Después de todo, el derecho de un individuo aparece aquí como la expresión de un simple querer, mientras que la prescripción del equipo de salud es vista, en contraste, como la manifestación pura del saber científico. Si a eso le sumamos otros ingredientes como la tendencia a infantilizar a las mujeres y la ideología de la maternidad, tenemos un caldo de cultivo que puede fagocitar completamente la autonomía individual³⁶.

Por último, cabe señalar que los ejes más sobresalientes de la regulación de la sexualidad y procreación en Chile, se asocian también a grupos específicos; a saber, las mujeres, las/los adolescentes y la población LGBTI; y dentro de éstos, la situación de las mujeres es especialmente crítica debido a la regulación chilena sobre el aborto.

³⁶ Un ejemplo de esto es el caso de Cinthya Ortiz, una mujer a la que un tribunal de familia le prohibió amamantar a su hija recién nacida y limitó su acceso a ella, la que permaneció en el Hospital Higuera en Talcahuano, debido a que durante el largo trabajo de parto, Cinthya admitió haber consumido drogas durante el embarazo, con fines terapéuticos. Otro ejemplo es la reciente sentencia que acogió un recurso de protección presentado por la directora del Hospital Base de Osorno en contra de una mujer que se negó a inocular a su hijo recién nacido con la vacuna obligatoria BCG, que protege contra la tuberculosis en todas sus variantes y que está incluida en el plan nacional de inmunización del Ministerio de Salud. En el considerando 6° del fallo, el tribunal califica el actuar de la recurrida de ilegal, por ser contrario al decreto exento N°6 de publicado el 19 de abril de 2010 en el Diario Oficial, y de arbitrario, “por cuanto dicha negativa ha sido sólo por la voluntad o el capricho de la recurrida”. Sin embargo, la sentencia no se hace cargo del alegato de la recurrida en el sentido de que la obligación de vacunación obedece a una política estatal respecto de la cual existiría evidencia científica internacional que pondría en duda su necesidad y su inocuidad. Y que, por otro lado, sería de carga del Estado, y del Hospital Base de Osorno en particular, acreditar tal circunstancia a través de la emisión de un certificado de inocuidad, lo que no habría ocurrido en este caso pese a que habría sido solicitado determinadamente por la recurrida. Si consideramos que la ley 20.584 –*que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud*– contempla el derecho a la información, como parte de la garantía de consentimiento informado, y exige perentoriamente que dicha información sea suficiente, oportuna, veraz y comprensible, parece evidente que la negativa de la recurrida no puede calificarse *ex ante* –como lo hace el tribunal– de ilegal y de arbitraria. Véase Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 1375-2015, sentencia de 03 de diciembre de 2015.

7. El tratamiento jurídico del aborto en Chile. Análisis crítico

Como ya se advirtió, desde la década de los '30 el Código Sanitario chileno contemplaba un régimen estrecho de indicaciones. Éste señalaba que: “Se podrá interrumpir el embarazo por causas de salud de la mujer, para lo cual basta la firma de dos médicos cirujanos”. En consecuencia, dicha disposición regulaba la interrupción no punible del embarazo por dos circunstancias: riesgo vital y riesgo para la salud de la madre. Sólo la primera de ellas se retoma en el proyecto actual enviado al Congreso por el Gobierno de la Presidenta Bachelet.

En la última década, el Congreso ha rechazado en dos oportunidades la decisión de legislar para despenalizar parcialmente el aborto, arguyendo razones constitucionales: en 2006³⁷ y en abril de 2012. En esta última ocasión lo hizo respecto de tres proyectos de ley que tenían en común la reposición del aborto terapéutico. Dos de estos proyectos contemplaban, además, la introducción de otras indicaciones tradicionales: feto inviable en el caso del proyecto Matthei-Rossi e indicaciones eugenésicas y ético-sociales en el caso del proyecto de Girardi y otros.

La renuencia de un grupo de parlamentarios a encarar la discusión sobre la flexibilización de la punición del aborto se refugia en una supuesta incompatibilidad de una legislación de este tipo con la Constitución. Tal actitud carece de un fundamento dogmático, como lo ha hecho notar, entre otros, Aldunate³⁸ y Bascuñán³⁹. En efecto, la simple utilización de los elementos de interpretación tradicionales (gramatical, histórico y sistemático) revelan que ni en la letra ni en la historia de la Constitución chilena de 1980 hay rastros concretos de ninguna convención que haya conferido al *nasciturus*, de manera excepcional y apartándose de la tendencia comparada, el estatus de persona. Siendo así la afirmación de la personalidad del no nato en el sistema chileno, tiene, en realidad, una naturaleza extrajurídica, es decir, reenvía a una tesis moral compartida por muchos individuos y controvertida por otros tantos⁴⁰. Todavía más, la inexistencia, hasta antes de 1989, de todo cuestionamiento relativo a la constitucionalidad del antiguo texto del art. 119 del Código Sanitario en relación con el art. 19 N°1 inciso 2° de la Constitución, sugiere todo lo contrario: la constitucionalidad de un régimen de indicaciones o permisos. Dicho de otra forma, si la Constitución no fuera compatible con el establecimiento de autorizaciones para interrumpir voluntariamente el embarazo en casos trágicos (como cuando hay peligro para la vida de la gestante), no hubiera sido necesario que la junta militar redujera tales hipótesis mediante una modificación legal. Habría bastado con sostener la inconstitucionalidad de la antigua redacción del art. 119 del Código Sanitario. Al respecto,

³⁷ En 2006, la Cámara Baja rechazó la decisión de legislar un proyecto de despenalización del aborto presentado por Marco Enríquez-Ominami, a la sazón militante del PS, y René Alinco, del PPD.

³⁸ Aldunate, Eduardo, “La titularidad de los derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales*, año/vol 1, N° 1 (Centro de Estudios Constitucionales), 2003, p. 191.

³⁹ Bascuñán R., Antonio. “La licitud del aborto consentido en Chile”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004, pp. 143-181.

⁴⁰ Esta tesis la he desarrollado con mayor detalle en Zúñiga, Yanira, “Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista”, *Ius et Praxis*, Vol. 19, No. 1, 2013, pp. 255-300.

el texto del proyecto de ley N° 18.826 es elocuente. Dentro de sus objetivos esenciales señala (sección II, N° 5): “reemplazar la actual disposición del Código Sanitario sobre el denominado ‘aborto terapéutico’ por otra que exima de sanción sólo a aquellas situaciones en que se causa la interrupción del embarazo en forma indirecta e involuntaria, con un doble efecto de una acción médica necesaria desarrollada en la gestante enferma de gravedad”.⁴¹ En consecuencia, el régimen de indicaciones o permisos, que descansa en la inexigibilidad jurídica de imponer la gestación completa debido a la concurrencia de una serie de derechos de las mujeres-gestantes, se beneficia, como vimos, de una presunción histórica de constitucionalidad en Chile.

Aclarado lo anterior, conviene despejar una segunda cuestión referente a la interpretación del inciso 2° del art. 19 N° 1 de la Constitución, que se relaciona con el mandato que el constituyente encomienda al legislador en orden a proteger la vida del que está por nacer. De dicho mandato no puede derivarse una necesaria prohibición de todas las hipótesis de interrupción de embarazo, mucho menos respecto del régimen de indicaciones. La razón es bastante obvia: nada indica que la única vía que el legislador tenga para promover y proteger la vida del que está por nacer sea la penalización prácticamente absoluta del aborto, más aun si –como se sabe– la utilización de la herramienta penal no logra erradicar el aborto sino sólo relegarlo a la clandestinidad. Como lo demuestra la legislación comparada, hay medios más eficaces para proteger la vida emergente y más respetuosos de los derechos de las mujeres. Que las tasas de natalidad en países que contemplan un sistema de plazos –como ocurre con la generalidad de los estados europeos– hayan comenzado a describir una curva ascendente a partir del momento en que se desarrollaron las llamadas políticas de conciliación entre la vida familiar y laboral, que presuponen transferencias de subsidios estatales a las familias y fórmulas de corresponsabilización parental, está lejos de ser producto del azar⁴².

Una tercera cuestión, que ha resultado oscurecida en el debate actual sobre el proyecto de ley de despenalización de la IVE en tres causales, se relaciona con que la constitucionalidad del régimen de indicaciones o permisos es la resultante de la aplicación del principio de proporcionalidad. En efecto, lo característico de las regulaciones como las aquí comentadas es autorizar la interrupción del embarazo en hipótesis que se pueden calificar, de entrada, como trágicas porque la imposición a las mujeres de completar una gestación se traduce en un sacrificio desproporcionado para ellas. Siendo así, desde el punto de vista constitucional, lo que resulta realmente reprochable en el diseño del proyecto de ley sobre despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, es, precisamente, el estrecho listado de causales que contempla. En particular, la exclusión de la causal relativa al peligro para la salud de la madre, que –como hemos visto– era parte de la legislación chilena antes de la reforma del art. 119 del Código Sanitario, en 1989. La cuestión puede ponerse en los términos que sugiere Laurence Tribe: “si no es admisible forzar a una mujer a continuar con un embarazo que casi seguro la matará, ¿cuán diferente es obligar a continuar con un embarazo que probablemente acortará su vida o un embarazo

⁴¹ Para un análisis crítico de la misma y de la evolución de la normativa e interpretación del aborto terapéutico en Chile, véase Bascuñán R., Antonio, “La licitud del aborto consentido en Chile”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004, pp. 143-181.

⁴² Zúñiga, Yanira, “Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista”, *Ius et Praxis*, Vol. 19, No. 1, 2013, pp. 255-300.

que dejará su vida hecha un desastre?”. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el embarazo produce una secuela grave permanente en la salud de la madre⁴³.

Y esto es así, tanto si se considera al *nasciturus* persona como si no. En otros términos, la personalidad del *nasciturus* es jurídicamente irrelevante en estos casos. Efectivamente, aunque pudiera llegarse a un acuerdo hermenéutico en el sentido que sostuvo el Tribunal Constitucional en el caso de la píldora del día después, es decir, que el art. 19 N° 1 inciso 2 supone un reconocimiento de la personalidad jurídica del embrión/feto en el sistema chileno, de ello no se sigue necesariamente que el aborto esté prohibido en todos los casos. La incorrección de tal razonamiento ha sido puesta de relieve por la filósofa feminista Judith Jarvis Thomson, a través de su imaginativo ejemplo del violinista, y también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Thomson ha dado sobrada cuenta de que el Estado no puede exigir a las mujeres –a menos que niegue la subjetividad de éstas, instrumentalizándolas– llevar adelante un embarazo de nueve meses para garantizar la vida del no nato, de la misma manera que no podría exigir a ningún otro sujeto que se mantenga conectado por nueve meses a un virtuoso violinista purificándole con nuestros riñones, por ese mismo período, su sangre, a fin de evitar que éste fallezca de una enfermedad renal.⁴⁴ Y esto es así porque el ordenamiento jurídico no puede exigir –y de hecho no lo hace, salvo a las mujeres en el caso del aborto– a los sujetos acciones heroicas⁴⁵.

Pongamos lo anterior en jerga constitucional. Una eventual e hipotética concesión de personalidad jurídica al *nasciturus* haría pasar la regulación de la IVE, en el marco de un régimen de permisos, de un problema de limitación de los derechos de unos sujetos (las mujeres) para la salvaguardia de un bien constitucional (la vida) a un problema de colisión o conflicto de derechos (entre varios titulares y, salvo el caso del aborto terapéutico, con distintos contenidos). Este último esquema, con matices, ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias de 1975 y de 1993, que se pronunciaron sobre leyes despenalizadoras del aborto. El caso alemán resulta de interés porque se trata de uno de los pocos sistemas comparados donde se ha reconocido la personalidad del *nasciturus* y, aún así, no ha habido inconveniente en predicar la constitucionalidad de un régimen de permisos. En palabras de Verónica Undurraga, el caso alemán constituye un ejemplo que muestra cómo puede funcionar el argumento de la inexigibilidad de mantener un embarazo, en un sistema jurídico que utiliza como parámetros de constitucionalidad no sólo derechos subjetivos, sino también valores o bienes objetivos de estatus constitucional, sin reconocer un orden jerárquico entre estas dos categorías⁴⁶.

Si bien, como he dicho, a los efectos de un régimen de permisos, la cuestión de la personalidad del *nasciturus* es, conceptualmente hablando, totalmente irrelevante, desde el

⁴³ Tribe, Laurence, *El aborto: Guerra de absolutos* (Fondo de Cultura Económica), 2012, p. 107.

⁴⁴ Thomson, Judith. “Una defensa del aborto”, en, por todos, Finnis, John, *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral* (Cátedra), 1992, pp. 9-32.

⁴⁵ El desarrollo de esta misma línea de análisis en relación con el Derecho penal puede encontrarse en Bascañán R., Antonio, “La licitud del aborto consentido en Chile”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004, pp. 143-181.

⁴⁶ Undurraga, Verónica, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena* (Legal Publishing/Thompson Reuters), Santiago, p. 243.

punto de vista práctico, ha dominado el debate. Por consiguiente, es importante comentar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) recaído en el asunto *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs Costa Rica*, en el que la Corte IDH sostuvo que el *nasciturus* no es persona en el sistema interamericano. Lo anterior es relevante para la discusión chilena porque, como es sabido, la tesis interpretativa adoptada por el Tribunal Constitucional chileno en el *caso de la píldora del día después* sostiene la personalidad del *nasciturus*, sobre la base de la misma disposición que la Corte IDH acaba de interpretar: el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta norma señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y que “este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, agregando que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En abierta oposición a la tesis del Tribunal Constitucional chileno, la Corte IDH argumentó en el caso *Artavia Murillo* que, de acuerdo a la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión, añadiendo que la voz “concepción” utilizada en esa disposición, si bien es objeto de debate biológico, ético y religioso, no puede ser comprendida como un momento o proceso ajeno al cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no se produce. En lo concerniente a la fórmula “en general” que ocupa esa norma, la Corte IDH interpretó que de ella se pueden inferir excepciones a la protección que la propia disposición dispensa y que se traducen en la posibilidad de establecer un sistema gradual e incremental de tutela de la vida, en atención a su desarrollo⁴⁷.

Pese a que este asunto versaba sobre la autonomía procreativa en su vertiente positiva (el derecho a decidir tener hijos)⁴⁸, es evidente que el fallo elabora varios aspectos que son relevantes para los debates sobre el aborto en la región americana, donde se encuentran algunas de las leyes más punitivas del mundo. De hecho, la doble tesis de la Corte IDH, es decir el reconocimiento de los DSyR y la negación de la calidad de persona al no nato, abre la puerta al cuestionamiento de estas leyes, con impacto especial en la discusión chilena, en atención a lo explicado previamente. Huelga precisar que este impacto se produce con independencia de la tesis interpretativa que se siga respecto del alcance del art. 5 inc. 2º de la Constitución, porque más allá de si los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen o no valor constitucional (acerca de lo cual la doctrina y la jurisprudencia chilenas están fragmentadas) y dejando de lado la cuestión, también espinosa, de si las decisiones de los órganos de control de dichos tratados son aplicables con preferencia a las normas internas, incluidas las normas constitucionales chilenas (la tesis del control de convencionalidad enunciada por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, 2006), es claro que la competencia interpretativa de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos está reservada de manera exclusiva a la Corte IDH, por expresa disposición de la propia convención (en especial, art. 62).

⁴⁷ Véase Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs Costa Rica*, sentencia de 28 de diciembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

⁴⁸ La decisión de la Sala Constitucional de Costa Rica que motivó el juicio establecía que la posibilidad de realizar la técnica de fertilización in vitro se supeditaba a que no hubiera pérdida embrionaria (condición que es imposible desde el punto de vista práctico). Por tanto, se trata de un asunto asociado a la vertiente positiva de la autonomía procreativa, según hemos explicado más arriba.

En síntesis, la combinación de los elementos antes referidos, esto es la precarización de los DSyR de las mujeres y la afirmación hiperbólica de la personalidad del *nasciturus*, ha provocado que la cuestión del aborto se plantee en Chile –casi como si fuera inevitable– como un choque o guerra de absolutos y quede atrapada, cada vez que se discute, en el esquema binario pro vida vs. pro *choice*.

Dos son las anomalías analíticas más sobresalientes de tal abordaje. En primer lugar, la casuística del aborto se vuelve borrosa y, por consiguiente, la batería de preguntas que se presenta como relevante/pertinente se tiende a circunscribir a una vía alternativa que oscila, pendularmente, entre las preguntas relativas al estatuto jurídico del *nasciturus* (traducidas en la interrogante sobre si es o no persona) y aquellas que se relacionan con el alcance de la libertad de las mujeres para disponer de sus propios cuerpos (una especie de derecho de propiedad sobre el cuerpo). De este modo, la concurrencia de otros derechos de las mujeres –como es habitual en los casos que dan origen a los regímenes de permisos en el derecho comparado– resulta completamente eclipsada y los planteamientos jurídico-interpretativos tienden a plantearse de manera rígida y dicotómica (a favor de la constitucionalidad del aborto o en contra).

Como ya se habrá advertido, en el marco de este esquema tiende a diluirse la distinción entre un sistema de plazos (modelo de aborto-autonomía o de demanda) y un sistema de indicaciones o permisos. Esa es la razón por la que varios de los argumentos que se vierten acerca del proyecto actual de despenalización de la IVE en tres causales –que, como se dijo antes, establece únicamente un sistema de indicaciones de carácter más bien conservador– parecieran ser más propios de un debate relativo a un sistema de plazos, que de un régimen de permisos.

En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, en el esquema rígido pro-vida vs *pro-choice*, la subjetividad de las mujeres tiende a desfigurarse. Incluso, unas veces aparece tan difusa que amenaza con desvanecerse (como, por ejemplo, cuando se entiende que la afirmación de la personalidad del no nato no puede convivir con la afirmación de que las mujeres son titulares de derechos), mientras otras veces resulta deformada e imbricada en discursos falsamente paternalistas que vehiculan una ideología de la maternidad que se presenta a sí misma como aséptica (como cuando se advierte que es necesario proteger a las mujeres del trauma que les produce irremediamente un aborto). En ambos casos, la subjetividad femenina no opera como un presupuesto jurídico del análisis, sino que resulta degradada a un incómodo detalle. En el primer supuesto, y siempre dentro del esquema antagonico madre-feto, la personalidad de la mujer deviene un dato normativo del que es necesario prescindir para poder garantizar una hiperbólica protección del feto⁴⁹. En el segundo caso se busca sortear la existencia de una serie de derechos consagrados constitucionalmente a favor de las mujeres (y de los hombres), como por ejemplo a la vida (19 N° 1), la integridad psíquica y física (19 N° 1), la igualdad (19 N° 2), la intimidad (19 N° 4) y la libertad de conciencia (19 N° 6); todo esto por una vía falaz, esto es, presentando la restricción de esos derechos como una medida protectora de las mujeres y de sus

⁴⁹ Hay mucho de esto en la sentencia del TC sobre la píldora del día después. Véase Bordalí, A. y Zúñiga, Y., “Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después”, Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos (Universidad de Chile), N° 5, 2009, pp. 166-173.

derechos. Desde luego, el argumento es profundamente convencional en términos de género, pues afirma que ninguna mujer podría rechazar voluntariamente la maternidad y que de hacerlo sufrirá varios daños. Desde el punto de vista lógico, en tanto, el argumento es también paradójico ya que sostiene que se debe criminalizar a las mujeres que deciden abortar para proteger la salud y la libertad de ellas mismas⁵⁰.

Afortunadamente hay modelos alternativos, analíticamente más correctos y normativamente más ajustados a los estándares de derechos humanos, que tienen una larga tradición en el derecho comparado y que han logrado superar tanto el simplismo del esquema pro-vida vs *pro-choice*, como revertir los problemas de positivación de los DSyR, en el marco de los sistemas constitucionales.

8. Los DSyR como derechos implícitos. Ventajas de un enfoque combinado

La precariedad normativa en el reconocimiento de los DSyR que exhibe el sistema constitucional chileno era, hasta hace pocas décadas, la tendencia incontestable también en el derecho comparado, y no obstante dicha precariedad (o más precisamente a causa de ella) contamos con un interesante legado: la construcción/garantía de los DSyR a través de la categoría de los *derechos implícitos*. En otros términos, en un número considerable de casos a nivel comparado, las decisiones individuales relativas a la sexualidad y a la procreación (especialmente las concernientes a la interrupción del embarazo), han debido buscar protección a través de su subunción en otros derechos que sí se encontraban positivizados a nivel constitucional, de tal suerte que los DSyR se han terminado por configurar en manifestaciones implícitas de aquéllos.

La jurisprudencia comparada e internacional ha refrendado ampliamente este fenómeno normativo. Muestra de ello es la célebre jurisprudencia norteamericana sobre el aborto, inaugurada con el caso *Roe v. Wade*, y que ha fundado la libertad de las mujeres de interrumpir sus embarazos, durante el primer trimestre de gestación, en el derecho a la intimidad. Otro ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional español, de 1985, que reconoció la no exigibilidad de la imposición de embarazos en casos excepcionales (modelo de indicaciones) sobre la base de la protección de la dignidad, del derecho al desarrollo de la personalidad, de los derechos de integridad física y moral, de la libertad de creencias y de la intimidad familiar. Más recientemente, en el ámbito regional americano, la Corte Constitucional colombiana (sentencia C-355/06) estableció la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en casos de indicación terapéutica, violación e inviabilidad fetal, sobre la base de que tal régimen punitivo lesionaría los derechos al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida, la integridad psíquica y física, y el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes. En el nivel interamericano, por último, resulta imprescindible citar, de nuevo, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*, que además de descartar la personalidad del *nasciturus* en el sistema

⁵⁰ Para una crítica a este argumento, en el marco de la jurisprudencia norteamericana sobre aborto, puede verse Siegel, Reva, “La dignidad y el debate sobre el aborto”, en, por todos, Alegre, Marcos, *Derecho y sexualidades* (Librería), 2009, pp. 182-207.

interamericano (y sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que los estados establezcan una protección incremental de la vida intrauterina), fundó el derecho a acceder a tratamientos de fertilización in vitro (autonomía procreativa positiva), sobre la base de una serie de derechos. A saber, el derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, intimidad, autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva, a fundar una familia y el derecho a la igualdad.

En este punto conviene aclarar que todo derecho implícito, por definición, no es una creación legislativa sino una “construcción jurídica”. Es decir, es el resultado de un razonamiento de los intérpretes, especialmente de los jueces. El razonamiento para “crear” un derecho implícito puede adoptar dos modalidades: un derecho se deriva de otro derecho expresamente consagrado, en el entendido de que el primero es condición necesaria para el ejercicio del segundo, o bien, el derecho se deriva de un principio expresamente consagrado en una norma o, incluso, de un principio que puede tener carácter implícito. En este sentido, no son ni propiamente una derivación lógica de una norma explícita ni un puro acto de voluntad y el proceso de derivación puede partir tanto de una norma constitucional en sentido estricto como de un tratado internacional⁵¹. Más allá de las cuestiones eventualmente problemáticas que hay que tener en cuenta en relación con la teoría de los derechos implícitos, lo cierto es que los derechos implícitos son un presupuesto del constitucionalismo contemporáneo.

En el ámbito del desarrollo de los DSyR son numerosos los ejemplos de incardinación de la autonomía procreativa de las mujeres (y también de otras manifestaciones ligadas a la autonomía sexual), en otros derechos con consagración expresa. Entre estos últimos- como ya se ha advertido- pueden mencionarse la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad, la privacidad, la dignidad (como derecho y como principio), el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a la libertad de conciencia. Con todo, la línea jurisprudencial sobre derechos implícitos relacionados con el aborto, a nivel comparado, es la proveniente de la jurisprudencia norteamericana. Esta última se caracteriza por afirmar la existencia de un *derecho a interrumpir un embarazo*, a través de la subunción de éste último en el derecho a la intimidad o *right to privacy*. Aunque dicha jurisprudencia ha terminado por estructurar un sistema de plazos, sus ventajas y limitaciones también son aplicables a un modelo de indicaciones o permisos, por lo que conviene prestarle una atención especial aquí.

En *Roe vs Wade* (1975), la Corte Suprema de EEUU argumentó que el Estado no puede interferir en el derecho de las mujeres a interrumpir un embarazo durante el primer

⁵¹ Sobre las diferentes modalidades y acepciones que ha adquirido la expresión en el caso chileno puede verse Contreras, Pablo, “¿Derechos Implícitos? Notas sobre la Identificación de Normas de Derecho Fundamental”, en Núñez, José, “Nuevas Perspectivas en Derecho Público” (Librotecnia), 2011, pp. 149-183.

trimestre y que el interés legítimo de proteger la vida potencial sólo puede fundamentar una restricción estatal de los derechos de las mujeres a partir del momento en que existe viabilidad fetal (esto es, a partir del tercer trimestre), a menos que haya una razón imperiosa relacionada con la protección de la vida o la salud de la propia mujer. En los casos posteriores a *Roe*, la Corte Suprema ratificó, sin fisuras, la configuración que ahí había hecho de la privacidad como una libertad sin interferencia o negativa. En *Planned Parenthood vs. Danforth* (1976), la Corte Suprema reiteró que el Estado no puede interferir en la decisión de la mujer otorgando un veto sobre el asunto al varón progenitor del no nato, ni siquiera en el caso de una mujer menor de edad, a través de la concesión de un veto absoluto a sus padres. En *City of Akron vs Akron Center for Reproductive Health* (1983), la Corte señaló que el requisito de consentimiento de los padres debe admitir una forma alternativa de aprobación, es decir, a través de un juez; y que la exigencia del consentimiento de los padres debe ir acompañada de procedimientos que aseguren que la autorización judicial sustitutiva se lleve a cabo de una manera rápida y confidencial. En una serie de casos que terminaron en *Thornburgh vs. Colegio Americano de Obstetras y Ginecológicos* (1986), la Corte dejó sin efecto las leyes estatales que exigían que una mujer que solicitaba la interrupción de su embarazo recibiera descripciones pormenorizadas del desarrollo del feto, se le informara sobre los riesgos físicos y psicológicos asociados al aborto y se le recordara la disponibilidad de ayuda por parte del padre del *nasciturus* o de los servicios sociales, en caso de que decidiera dar a luz, por considerar que tras esos requisitos existía un plan dirigido a disuadir a las mujeres.

El apego estricto al derecho a la privacidad, como libertad sin interferencia, ha sido matizado posteriormente por la Corte Suprema de EEUU en *Webster vs Reproductive Health Services* (1989), *Hodgson vs Minnesota, Ohio vs Akron Center for Reproductive Health* (1990) y, especialmente, en *Planned Parenthood of South Eastern Pennsylvania and others vs Casey and others* (1992), admitiendo que las mujeres estén sujetas, en el ejercicio de su autonomía y durante todo el embarazo, a restricciones que no supongan cargas indebidas. Con todo, el Caso *Roe* sigue siendo la columna vertebral de la regulación del aborto en EEUU.

Por otra parte, la influencia de esta aproximación fundada en la privacidad ha quedado en evidencia en la resonancia que la citada jurisprudencia ha tenido en la doctrina estadounidense y extranjera, generando simpatizantes y críticos. Aunque parezca curioso, parte de las críticas provienen del entorno feminista.

Una de las críticas a la privacidad como sustento de la autonomía procreativa y, en particular, de la libertad de decidir la interrupción del embarazo, se relaciona con los presupuestos fácticos de la protección de la privacidad. MacKinnon⁵² advierte que tal expediente de justificación no tiene en cuenta la desigualdad de poder que, en los hechos, existe entre las mujeres y los varones. El ideal liberal de lo privado, según MacKinnon, defiende el espacio privado-familiar como si fuera una esfera donde los individuos autónomos interactuaran libremente y en pie de igualdad. Se considera, irreflexivamente, que la intimidad garantiza una simetría de poder que ya existiría en los hechos, lo que

⁵² MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia), 1995.

resulta contrafáctico.

Para que la esfera privada pueda ser considerada inviolable, en cambio, se requiere que efectivamente los individuos estén libres de coacción social o jurídica en la toma de decisiones sobre asuntos en los que su bienestar está exclusiva o principalmente en juego. Según MacKinnon, esto no ocurre con las mujeres en lo referido a su sexualidad y su procreación, dimensiones que están, como hemos visto, indisolublemente vinculadas al sistema sexo-género, lo que coloca a las mujeres en una posición categorialmente subalterna.

De acuerdo a nuestra autora, los razonamientos enraizados en la privacidad –como ocurre con la jurisprudencia norteamericana sobre el aborto– no toman en cuenta la ausencia de libertad sexual que afecta a muchas mujeres (por ejemplo en contextos de violencia intrafamiliar) o las dificultades de acceso a métodos anticonceptivos que sufren otras tantas previamente al embarazo, o el hecho de que muchas mujeres no utilizan un método de control de natalidad (particularmente el preservativo), por su significado social, un significado que no crearon las mujeres sino los varones.

La crítica de MacKinnon es útil para advertir del peligro de apreciar estas cuestiones únicamente bajo el lente de una versión liberal de la privacidad. Este lente puede simplificar las condiciones del ejercicio de los DSyR, al punto de distorsionarlas completamente. De ahí que los DSyR deban ser analizados también bajo las exigencias derivadas de la igualdad. Por lo demás, este enfoque está expresamente requerido por la CEDAW, como veíamos en la primera sección de este texto. En otras palabras, la hermenéutica de los DSyR debe tener siempre presente las condiciones de asimetría/control social en las que la sexualidad y la procreación femeninas se desenvuelven.

El lente de la igualdad permite corregir las distorsiones que provoca una mirada excesivamente liberal del derecho a la privacidad. Por añadidura, esta combinación analítica facilita que las dimensiones normativas y potenciadoras del derecho a la privacidad (después de todo, no parece posible que una concepción fuerte de la autonomía pueda prescindir de la protección de privacidad) afloren y eviten que perdure la función que la dicotomía público/privado ha desempeñado en la preservación de la desigualdad y de la jerarquía⁵³.

Como es sabido, la privacidad ha sido conceptualizada sobre la base de dos dimensiones complementarias: el “derecho a no ser molestado” –es decir, la libertad respecto de la intrusión o la vigilancia injustificadas– y la “privacidad de las decisiones” –esto es, la libertad respecto de la regulación o el control indebidos. Buena parte de las decisiones relativas a la autonomía procreativa requieren, para su adecuada garantía, del desarrollo vigoroso de la segunda dimensión, es decir, la prohibición de la injerencia, de la regulación o del control indebido, tanto por parte del Estado como de otros particulares. Un ejemplo puede servir para ilustrar esta idea. Tanto las reglas de conserjería, las obligaciones de entregar información o de acompañamiento, el sometimiento a la decisión parental en el caso de embarazos de niñas/adolescentes, como la exigencia de requisitos

⁵³ Véase Cohen, Jean. “Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto”, en *Debate Feminista*, año 10, vol. 19, abril de 1999, pp. 9-53.

desproporcionados en el acceso a la interrupción del embarazo, pueden tener un efecto (deseado o no) de carácter disuasivo. La privacidad, entendida como libertad ante la regulación o control indebido, constituye un paredón ante este peligro. Es esta la inspiración que nítidamente desarrolla la jurisprudencia norteamericana hasta *Thornburgh vs. Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos* y, especialmente, antes del asunto Casey.

Tales consideraciones son aplicables a un sistema de plazos y, con mayor razón, a un sistema de indicaciones o permisos. Como ya se ha dicho, este último se caracteriza por consagrar la no exigibilidad de llevar a término un embarazo, debido a que las gestantes se enfrentan a situaciones trágicas que justifican la interrupción del embarazo, con base en la protección concurrente de otros derechos. En el caso del proyecto chileno de despenalización del aborto se incluyen como indicaciones las siguientes: la indicación terapéutica, prevista para proteger la vida de la madre; la indicación embriopática, prevista para tutelar el derecho a la integridad físico-psíquica de la gestante; y la indicación criminológica (en caso de violación), que busca resguardar el derecho inmediatamente antes referido, así como la libertad sexual. En consecuencia, el sometimiento de las mujeres que se encuentran en estas trágicas circunstancias a un régimen de vigilancia/disuasión, en el marco de un modelo de permisos, es menos admisible que en un modelo de plazos. Afortunadamente, el proyecto chileno explicita que la entrega de información que prevé como parte del modelo de acompañamiento que diseña, en ningún caso “estará destinada a influir en la voluntad de la mujer”⁵⁴.

Por otra parte, este enfoque combinado tiene la ventaja adicional de que impide que el problema del aborto sea reducido únicamente a la carencia de medios económicos para afrontar una maternidad. Esta última manera de acercarse a la cuestión –implícita en muchos modelos de conserjería y/o acompañamiento– desenfoca el problema al impregnarlo de componentes ideológicos, ya que sugiere que las mujeres “siempre” desean tener hijos y a cualquier precio, y cuando no lo hacen sería simplemente porque no concurren ciertas condiciones facilitadoras, como los medios económicos o el acompañamiento médico/social. Esta óptica conceptualiza la violencia sexual (y sus efectos traumáticos), la inviabilidad fetal e incluso los peligros para la vida de las mujeres gestantes como simples obstáculos, susceptibles de removerse a través de un reencauzamiento de las mujeres hacia sus instintos maternos.

Una interpretación de los DSyR con eje en la igualdad de género y en la privacidad evita que las mujeres sean tratadas de manera no compatible con su dignidad. Es decir, evita que se les desconozca la autonomía moral para tomar decisiones sobre sus derechos y sus planes de vida y que sean instrumentalizadas para satisfacer los intereses/derechos de otros (sea el no nato, el Estado, sus padres, sus parejas o la sociedad en su conjunto), en

⁵⁴ En el oficio donde el Gobierno formula indicaciones al proyecto (846-363 de 26 de agosto de 2015) se consigna el siguiente dispositivo: “Asimismo, deberá entregarle información escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social y económico disponible. Le ofrecerá también acompañarla tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período posterior a la toma de decisión, lo cual incluye el tiempo posterior al parto o la interrupción del embarazo. Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice y deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso del numeral 3), se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar su denuncia. En ninguno de los tres casos la información estará destinada a influir en la voluntad de la mujer”.

circunstancias que tales exigencias no pesan sobre otros individuos en similares situaciones y que, además, merman radicalmente su capacidad futura de autorrealización. E impide también que la autonomía procreativa y otros derechos se bosquejen como derechos sometidos a una condición: un ejercicio responsable de la sexualidad.

Como ya apunté, el ejercicio de la sexualidad puede perseguir finalidades diversas a la procreación. A saber: el placer, la comunicación, la emoción, el beneficio económico, la exploración, la venganza, etc. Cualquier interferencia del Estado, con carácter moralizante, en la variedad de opciones y fines que los sujetos pueden ejecutar y perseguir, en relación a su sexualidad, pugna con el respeto de los derechos de las mujeres. Por consiguiente, la obligación de gestar no puede ser interpretada como una consecuencia necesaria del ejercicio de la libertad sexual, ni siquiera respecto de aquellos casos en que la decisión de las mujeres de copular efectivamente se dirigía a procrear. La razón es simple: existen circunstancias sobrevinientes que transforman al embarazo en una carga demasiado gravosa e, incluso, heroica. Planteado en otros términos, no hay razones que permitan legítimamente al ordenamiento jurídico justificar por qué una mujer que se encuentra embarazada, producto de su propia voluntad, estaría obligada a soportar un riesgo en su vida, a aceptar una secuela permanente en su salud física o una afectación de su integridad psicológica, para salvar el producto de la concepción. Tampoco hay razones para el caso de un embarazo con feto inviable. En efecto, ¿por qué estaría una gestante obligada a hacer tal sacrificio para llevar a término un embarazo cuyo producto ni siquiera es viable, es decir, donde no habría ninguna vida que tutelar?. Con mayor razón, la procreación no puede ser una obligación moral ni jurídicamente exigible en el caso de una violación. El embarazo como resultado de una violación es completamente equiparable al caso del violinista de Thomson. La mujer gestante sería el individuo que resulta “conectado” en contra de su voluntad a otro sujeto, en circunstancias de que este último depende, por nueve meses, del cuerpo del primero para poder sobrevivir.

Finalmente, parece necesario referirse específicamente al tratamiento de la causal de violación en la tramitación del proyecto de despenalización del aborto. A los efectos, conviene tener presente que la violación es la segunda eximente de responsabilidad penal más común en el continente americano, después del peligro de la vida de la madre⁵⁵. El dato no debiera sorprender si se considera que la violencia sexual es una de las formas más extendidas de lesión a los derechos de las mujeres. Lo que sí parece sorprendente son las numerosas objeciones y críticas que ha debido afrontar la posibilidad de despenalizar la interrupción del embarazo en caso de violación, durante la tramitación del proyecto chileno. En particular, se ha planteado que debiera exigirse la denuncia obligatoria a las mujeres (cosa que el derecho nacional vigente no exige) en caso de que se alegue una violación para poder interrumpir el embarazo o se pida la realización de una investigación criminal.

De nuevo, la aproximación de MacKinnon puede servir para explicar esta contradicción. Según la autora, la serie de abusos que constituyen la violencia sexual y sobre los que se vertebra la dominación masculina son permitidos *de facto* y prohibidos *de*

⁵⁵ Tribe, Laurence, *El aborto: Guerra de absolutos* (Fondo de Cultura Económica), 2012, p. 66.

iure, para que el sistema perdure. La prohibición *de iure* es necesaria para legitimar al sistema en su conjunto, especialmente respecto de las afectadas⁵⁶.

Llevado este análisis a la discusión concreta de la causal de violación, puede decirse que el resultado previsible de una regulación engorrosa, como la que se propone en el proyecto, no sería otro que aparecer empatizando con la tragedia de las víctimas (el componente de legitimación de la regulación al que alude MacKinnon) pero, en la práctica, seguir sometiendo a esas mujeres a las consecuencias agravadas de la violencia que han sufrido. Es decir, presionarlas para llevar a término una gestación resultado de un acto violento. Lo anterior porque pese a que el proyecto en su versión actual no condiciona la IVE a la realización de una denuncia, las indicaciones que formulara el Gobierno en agosto de 2015 contemplan la obligación de que se provea a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar su denuncia y que tratándose de mujeres mayores de edad, los jefes(as) de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares deban poner en conocimiento del Ministerio Público la invocación de violación, con la finalidad de que se investigue el delito de violación, previa ratificación de la mujer. Desde luego, una regla como la antedicha genera desincentivos para solicitar una IVE porque ella supone un proceso de revictimización y, entonces, crea las condiciones para que el Estado imponga la obligación de gestar, sólo que por vía oblicua o indirecta. En términos de MacKinnon, dicho diseño provocaría una doble instrumentalización: se legitimaría el uso del cuerpo femenino para el placer sexual de los varones, obligando a las afectadas a soportar en su cuerpo y planes de vida las consecuencias de ese (ab)uso, a fin de satisfacer los intereses de otros (del feto, del Estado o de la sociedad en su conjunto).

Así las cosas, la regulación de la causal de violación parece un buen test para apreciar el compromiso de un sistema jurídico con la individuación de las mujeres. Una regulación flexible que evite la revictimización de las afectadas y que no las exponga a mayor violencia (como ocurriría, por ejemplo, con una investigación de violación en el marco de contextos de violencia intrafamiliar) favorece la tutela de los derechos de las mujeres. En contraste, una regulación que obstaculice el recurso a esta causal implicaría una naturalización o aceptación de la violencia sexual como algo que deben soportar necesariamente las mujeres.

Esta última configuración demostraría, como advierte MacKinnon, que la sexualidad no puede quedar desvinculada del estatus de segunda clase de las mujeres, es decir, que la subordinación está eminentemente sexualizada.

⁵⁶ MacKinnon, Catharine, *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho* (Siglo XXI Editores), Buenos Aires, 2014.