

CUESTIÓN de DERECHOS

Revista electrónica

Publicación semestral de la **Asociación por los Derechos Civiles**



Milo Lockett

Nº 1, Julio de 2011

Dossier: Despenalización del aborto voluntario

Despenalización del aborto temprano -
Posición de la Asociación por los
Derechos Civiles

Las normativas regionales sobre aborto.
Una década de cambios - Paola Bergallo

Inaccesibilidad al aborto no punible en
Argentina. Obstáculos de jure y
obstáculos de facto - Mercedes Cavallo

La despenalización del aborto en el
Distrito Federal, México - Marta Lamas

ADC / Asociación por los
Derechos Civiles

Buenos Aires, Argentina

www.cuestiondederechos.org.ar

www.adc.org.ar

ISSN: 1853-6565

Editores

Director

Álvaro Herrero

Supervisión Editorial

Alejandro Carrió

José Miguel Onaindia

Coordinación Editorial

María Inés Pacecca

Asistencia: Micaela Finoli

Consejo Editorial

En construcción

Diseño Editorial

Emepe

Dirección Postal: Av. Córdoba 795 – 8° Piso
(C1054AAG) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.fax: (54 11) 5236-0555

República Argentina

E-mail: revista@adc.org.ar

www.cuestiondederechos.org.ar

www.adc.org.ar

A excepción de aquellos artículos donde conste explícitamente la prohibición, los textos publicados en la revista pueden reproducirse libremente a condición de indicar la fuente y enviar copia de la publicación a “Cuestión de Derechos” por vía electrónica o postal (2 ejemplares para ediciones en soporte papel).

Los artículos reflejan el punto de vista de sus autores, y no necesariamente el de la revista.



La Asociación por los Derechos Civiles se gestó en 1995, a instancias de un conjunto de (entonces) jóvenes abogados y abogadas comprometidos con la defensa y la promoción de los derechos esenciales. La agenda de trabajo inicial, centrada en temas de libertad de expresión, justicia, discriminación y litigio de interés público fue ampliándose de la mano de un equipo que crecía y una estructura institucional que se consolidaba.

Así, dieciséis años más tarde, la ADC ha construido una trayectoria sólida en sus resultados y flexible en la incorporación de perspectivas de trabajo cuya relevancia es cada vez mayor. Ya sea de manera autónoma o en articulación con otros espacios e instituciones de la sociedad civil, hemos llevado adelante litigios de interés público, monitoreado el quehacer legislativo a nivel nacional y provincial, acompañado y difundido el trabajo de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y participado en las discusiones para la mejora institucional del sistema judicial. También hemos puesto el foco sobre la censura indirecta y la libertad de expresión, sobre el sistema penal y la tortura en cárceles, y sobre un vasto conjunto de problemas vinculados al derecho a la educación y a la salud sexual y reproductiva. Una porción significativa de estos esfuerzos fue presentada en eventos, coloquios o jornadas, y plasmada en las numerosísimas publicaciones producidas a lo largo de los años.

Durante los últimos tres lustros, la ADC ha utilizado la investigación como una herramienta central de su trabajo, tanto para fortalecer con una base empírica la labor de incidencia como para estimular discusiones sobre problemáticas clave de la agenda institucional. Ahora, a los efectos de promover un intercambio periódico, emprendemos un nuevo desafío: la publicación semestral de la revista electrónica Cuestión de Derechos. A través de este medio invitamos a la difusión y al debate de temáticas y perspectivas vinculadas a la protección y expansión de los derechos civiles.

Cada número de la revista abordará un tema central, enriqueciendo la reflexión desde el derecho con el cruce de miradas provenientes de otras disciplinas y experiencias sociales e institucionales. En este primer número, la despenalización del aborto temprano nos convoca

desde el derecho a la igualdad, a la no discriminación y a la autonomía; pero también desde la salud pública y el activismo.

Esperamos así iniciar otro camino, tan estimulante y provechoso como los anteriores.

Alejandro Carrió

Vicepresidente

Asociación por los Derechos Civiles



Índice

Página 3 ■ Presentación de la revista. *Alejandro Carrió*

Dossier: Despenalización del aborto voluntario

Página 5 ■ Editorial. Aborto: cuestión de géneros y de derechos. *Álvaro Herrero*

Página 7 ■ Despenalización del Aborto Temprano: Posición de la Asociación por los Derechos Civiles. *Documento institucional.*

Página 20 ■ Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado. *Paola Bergallo*

Página 45 ■ Inaccesibilidad al aborto no punible en Argentina. Obstáculos de *iure* y obstáculos de *facto*. *Mercedes Cavallo*

Página 58 ■ La despenalización del aborto en el Distrito Federal, México. *Marta Lamas*

Página 77 ■ “La penalización es ineficiente para desalentar a las mujeres que han decidido abortar, pero eficiente en la generación de abortos inseguros”. *Entrevista a Silvina Ramos – CEDES.*

Página 85 ■ “El acceso desigual al aborto genera injusticia”. *Entrevista a Luciana Sánchez y Verónica Marzano – Colectivo Lesbianas y feministas por la descriminalización del aborto.*

Página 87 ■ Viñeta: La Consejería pre y post-aborto en un hospital público

Artículos

Página 91 ■ La igualdad de oportunidades en educación, la reforma escolar y la justicia. *William S. Koski y Jeannie Oakes*

Página 121 ■ El acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes refugiados. *Micaela Finoli*

Página 134 ■ Acceso a la justicia y abordaje de niños y niñas víctimas en la Argentina. Entre la letra y las prácticas. *Mariano Nino*



Editorial



Aborto: cuestión de géneros y de derechos

El aborto, el embarazo y el parto conforman un conjunto de experiencias que impactan físicamente en los cuerpos de las mujeres pero cuya significación atraviesa a la sociedad en su conjunto. Los cuerpos femeninos han sido depositarios de la reproducción de la especie humana en general, y del linaje, de la estirpe o de la familia en particular. En tanto que “llave” para la reproducción biológica que sostiene a la reproducción social, el estatus de la mujer nunca termina de desprenderse por completo de la procreación –ya sea como obligación, como potencialidad, o como elección. Los cuerpos son a la vez emblema de ese mandato reproductivo y el campo donde la sociedad (varones y mujeres) disputa otros deseos.

Acorde con su especificidad, las prácticas vinculadas a la procreación fueron largamente territorio de saberes domésticos y “de mujeres”: las comadronas y parteras asistían los partos, aconsejaban sobre el puerperio y conocían formas de evitar embarazos y de provocar abortos. Durante los siglos XIX y XX, con la creciente medicalización del embarazo y del parto, y con la inclusión del aborto en los códigos penales modernos, estas prácticas “de comadronas” fueron definitivamente desterradas del ámbito de lo privado y traídas a la escena pública. El embarazo, el parto y el puerperio quedaron rápidamente bajo el amparo sanitarista. La anticoncepción fue ganando terreno lenta y dificultosamente, en tanto que el aborto se volvió una operación clandestina, excluida del cuidado médico y expuesta al castigo penal.

Sin embargo, las prohibiciones religiosas y normativas rara vez disuadieron a las mujeres que sabían que no podían continuar con un embarazo. En todas las partes del mundo donde está o estuvo vigente, la penalización del aborto discrimina entre dos clases de mujeres: aquellas que pueden asegurarse un aborto clandestino pero sanitario –porque cuentan con los recursos para pagarlo- y aquellas que deben conformarse con un aborto en las condiciones que sea –muchas veces poniendo en riesgo su propia vida.

Hace más de 20 años que las estadísticas de salud muestran que, a nivel mundial, son cada vez menos las mujeres que mueren por causas ligadas al embarazo, parto o puerperio. Lamentablemente, las mismas cifras también muestran que no se reducen a

Editorial

igual ritmo las muertes por abortos clandestinos realizados en condiciones de riesgo. Entonces, el aborto es un hecho que incide sobre la salud de cientos de miles de mujeres, y por lo tanto exige una perspectiva epidemiológica, socio-epidemiológica y de salud pública.

El aborto es, también, una decisión privada y personalísima que remite al campo de la autonomía de las personas. Una relación sexual consentida entre un varón y una mujer puede resultar en un embarazo no deseado por ninguna de las partes. La penalización del aborto obligará a la mujer a ser madre, en tanto que ni la ley, ni la costumbre, ni la moral, ni la presión social obligarán al varón a asumir, contra su deseo, la responsabilidad equivalente de ser padre. Invirtiendo la mirada: ¿aceptaríamos que una ley nos prohíba ser padre o ser madre? Entonces ¿con qué criterio sostenemos una ley que busca obligar a las mujeres a ser madres, y que además carece del correlato igualitario de obligar a los varones a ser padres?

En Argentina, debatir sobre la interrupción voluntaria del embarazo tiene también implicancias prácticas ligadas a la coyuntura política. Durante 2010 se fortaleció significativamente la presencia del tema en la agenda social y política. Por una parte, se realizaron audiencias públicas y se avanzó en el tratamiento legislativo de los distintos proyectos sobre el aborto. Por otra parte, el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso conocido como L.M.R. exigió a todos los poderes del Estado argentino la adopción urgente de medidas tendientes a garantizar de manera efectiva y sin dilaciones el acceso a los derechos reproductivos y a la salud de las mujeres de nuestro país. En este contexto, la ADC fijó su posición institucional a través de un documento (incluido en este número de la revista) cuyos argumentos constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos avalan la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

Como tantas prácticas vinculadas a la reproducción, el aborto concita pasiones y enfrentamientos que reflejan su complejidad. En tanto que nodo articulador de dimensiones de salud y de derechos, de lo público y de lo privado, de lo individual y de lo social, el aborto exige interdisciplinariedad. Construir, difundir y mejorar argumentos que fundamenten su despenalización desde la perspectiva de la salud pública y de derechos de las personas es un paso fundamental. Con este número de la revista Cuestión de Derechos, la ADC espera contribuir a la discusión en relación a un tema sensible pero urgente para garantizar la salud y la vida de las niñas, jóvenes, y mujeres.

Álvaro Herrero

Director Ejecutivo

Asociación por los Derechos Civiles

Despenalización del aborto temprano: Posición de la Asociación por los Derechos Civiles

I. Introducción

Este documento expone los fundamentos por los cuales la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) considera necesaria la discusión parlamentaria para lograr la sanción de una nueva legislación que permita la interrupción voluntaria del embarazo temprano (hasta la semana 12 de gestación). La ADC considera que esta medida protegerá el derecho de las mujeres a la vida, a la integridad personal, al más alto nivel de salud, a la dignidad, a igualdad, a la no discriminación, a la intimidad y autonomía en las decisiones relativas a su sexualidad y reproducción.

El aborto es un grave problema de salud pública en Argentina. Se estima que en el país se realizan entre 486.000 y 522.000 abortos clandestinos al año (Pantelides, Ramos, Romero et al., 2009). Según estadísticas del Ministerio de Salud de la Nación (2009), anualmente mueren más de 100 mujeres por causas relacionadas a abortos practicados en condiciones inseguras, los que desde hace 20 años **constituyen la primera causa de mortalidad materna** y representan un tercio estas muertes. Estas muertes ocurren mayoritariamente entre mujeres pobres y de escasos recursos (Insúa y Romero, 2006).



II. El aborto en el derecho argentino: regulación y fracaso

El aborto es un delito que admite supuestos de no punibilidad para los llamados abortos terapéuticos y sentimentales. Desde 1921, el art. 86 del Código Penal exime de pena la interrupción del embarazo practicada en casos que exista peligro para vida o la salud de la mujer, y cuando el embarazo provenga de una relación sexual no consentida. Sin embargo, en la práctica, la norma que criminaliza el aborto y lo exime de punibilidad en ciertos supuestos, fracasa.

El fracaso de la norma ocurre cuando:

- a. El aborto no punible es virtualmente inaccesible;
- b. La criminalización del aborto no disuade a las mujeres de practicarse abortos clandestinos;
- c. La norma es escasamente aplicada por los tribunales en su función punitiva;
- d. La criminalización dificulta en ocasiones la efectiva implementación de otras políticas públicas tendientes a la reducción de la mortalidad materna — como la provisión de anticonceptivos, anticoncepción de emergencia, y educación sexual;
- e. Induce a las mujeres a recurrir a métodos de aborto riesgosos para su salud y su vida,
- f. Viola los derechos humanos de las mujeres.

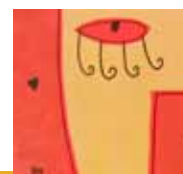
A continuación, se analiza cada una de estas situaciones.

a. Inaccesibilidad de aborto no punible

En Argentina, el aborto no punible es inaccesible por diversos factores. Por un lado, la falta de claridad de la ley genera heterogeneidad en las interpretaciones judiciales, lo que suele conducir a una judicialización previa a la práctica de abortos no punibles. Esta judicialización confunde, preocupa y atemoriza a los y las profesionales de salud, quienes en consecuencia se resisten a practicar los abortos permitidos legalmente. La inaccesibilidad al aborto no punible ha sido documentada por distintos académicos y activistas (Ramos et al. 2009; Human Rights Watch 2005 – 2010), y puede observarse a diario en los pedidos de autorización judicial que hacen desde los centros sanitarios -incluso cuando las pacientes presentan cuadros clínicos que el Código Penal contempla como supuestos de no punibilidad¹.

Por otro lado, ciertas características del sistema de salud y de la atención médica desestiman su utilización por parte de las mujeres con un embarazo no deseado. La falta de implementación de programas de educación sexual y la insuficiente información sobre salud sexual y reproductiva se constituyen también en barreras para acceder a un aborto no punible.

1. Ver Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires SCBA, “R., L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia” (31/07/2006)



b. La criminalización no disuade a las mujeres de la práctica

La criminalización del aborto es una medida ineficaz para proteger al embrión, porque no disuade a las mujeres de su práctica. Como indican las cifras mencionadas más arriba, en Argentina se realizan aproximadamente 500.000 abortos por año. Estas cifras no son excepcionales: estudios internacionales muestran que en países con legislaciones restrictivas, la ocurrencia de abortos clandestinos es frecuente (Sedgh et al., 2007).

Para la protección del embrión, existen medios más eficaces y menos gravosos que la penalización del aborto: por ejemplo, la reducción de la vulnerabilidad económica y social que sufren las mujeres embarazadas. Además, a partir de la regulación jurídica del aborto legal, algunos Estados han elaborado normas que protegen al embrión de un modo consistente con los derechos de las mujeres. Por ejemplo, en 1993, la Corte Constitucional Alemana² sostuvo que los sistemas de consejería previa a la práctica del aborto (que informan a las mujeres sobre las implicancias del procedimiento) resultaban medidas que protegían al embrión de modo suficiente. Francia,³ Portugal⁴ y España⁵ proveen servicios de consejería pre-aborto similares, con la finalidad de proteger al embrión a la vez que se respetan los derechos de las mujeres.

c. Inaplicabilidad de la norma en su función punitiva

De acuerdo a Ramos et al. (2009:481), “la capacidad disuasoria de la penalización es baja o directamente nula y sólo sirve para extender la inseguridad de la práctica que implica, además, un riesgo de muerte para las mujeres más pobres de nuestra sociedad. Como es sabido, la norma de penalización del aborto opera en un contexto en el que *la persecución judicial y policial del delito tampoco es de trascendencia*. Si bien no hay reportes oficiales, esa conclusión se desprende de la significativa diferencia observable entre las cifras del aborto clandestino y las de mujeres encarceladas por el delito de aborto”, (énfasis agregado). Según Bergallo (2009), los datos del Ministerio de Justicia de la Nación indican que entre 1983 y 2009, sólo 22 mujeres cumplieron condenas por el delito de aborto en el país. En la Ciudad de Buenos Aires, 86 mujeres fueron denunciadas penalmente como autoras de aborto propio entre 1993 y 2009⁶.

2. Corte Constitucional de Alemania, “BverfGE 203 (F.R.G.)” (28/05/1993). Disponible en inglés en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decision/fs19930528_2bvfooo290en.html

3. Ley No 75-17, Francia, (17/01/1975); disponible online en: http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin. Enmendada por la ley 79-1204 (31/12/1979); disponible online en: http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800101&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003

4. Ley No. 16/2007, Portugal, (17/04/2007).

5. Ley Orgánica 2/2010, España, (3/03/2010).

6. Según datos provistos por el Sistema Informático de la Oficina de Denuncias, Turnos y Sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Pedido de información: 21.12.2007, 6.3.2008 y 10.2009.



d. La criminalización del aborto dificulta en ocasiones la implementación de otras políticas públicas tendientes a proteger los derechos de las mujeres.

Desde 1983, con el retorno de la democracia, la protección de los derechos sexuales y reproductivos fue posicionándose lentamente en la agenda política de nuestro país, dando lugar a la legalización de los servicios de planificación familiar y a la ratificación de la *Convención sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW).

En 2002, la sanción de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable (Nº 25.673) estableció la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva con alcance nacional; y en 2003, mediante la implementación del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se aumentó la disponibilidad de anticonceptivos gratuitos en el territorio nacional. Posteriormente, la Ley 26.130 reguló las intervenciones de anticoncepción quirúrgica, y la Ley 26.150 creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral.

En relación a la atención de abortos no punibles, algunos ministerios de salud provinciales instrumentaron protocolos para su atención -entre ellos Santa Fe, Buenos Aires y Neuquén. En Chubut, la legislatura sancionó una ley para la atención de abortos no punibles.

Estas iniciativas reflejan voluntad política en torno a la protección y garantía de los derechos de las mujeres, y sobre todo de sus derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo hay aún gran heterogeneidad en la aplicación de las normas. La falta de implementación por parte del poder ejecutivo de dichas leyes, la aplicación desigual de las políticas según las jurisdicciones, y la ausencia de recursos materiales y humanos que permitan poner en marcha las políticas que estas normas demandan nos muestran un Estado que, por acción u omisión, decide ignorar su obligación para con los derechos de las mujeres.

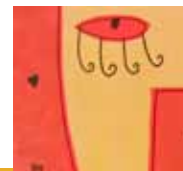
Más allá de las dificultades en la implementación de la normativa existente, el mapa está aún incompleto: un marco jurídico respetuoso de los derechos de las mujeres debe incluir el acceso a servicios de aborto legal, seguro y gratuito.

e. La criminalización induce a las mujeres a métodos de aborto inseguros para su salud y su vida.

En Argentina, el aborto inseguro representa un serio problema de salud pública. Junto a Trinidad y Tobago y Jamaica, la Argentina es el único país de América Latina donde el aborto riesgoso representa la primera causa de muerte materna (Ramos et al., 2004).

La penalización del aborto lleva a las mujeres a recurrir con frecuencia a prácticas de aborto clandestino. Estudios globales muestran que de los 20 millones de abortos inseguros que se practican por año, 19 millones ocurren en países subdesarrollados con legislaciones penales restrictivas (Allan Guttmacher Institute, 2007).

La criminalización del aborto vulnera la salud y la integridad psíquica y moral sólo de las mujeres, estableciendo discriminación entre hombres y mujeres, y discriminando especialmente a mujeres y adolescentes de distintas edades y estratos sociales.



f. La penalización del aborto implica la violación de los derechos humanos de las mujeres.

Violación al derecho a la igualdad⁷ en relación al derecho a la salud⁸ de las mujeres

La Organización Mundial de la Salud manifestó que los derechos a la no discriminación y a la equidad en relación al derecho a la salud implican que los Estados reconozcan las diferencias entre las necesidades de los distintos grupos y provean los servicios de salud de acuerdo a esas diferencias (WHO, 2008).

Por sus diferencias biológicas, las mujeres, como grupo, tienen necesidades específicas en relación a su salud que son distintas de las necesidades de los hombres. Además, se ven más perjudicadas que los hombres por ciertos factores sociales, tales como la pobreza, la dependencia económica, la violencia de género y la discriminación agregada de factores raciales o étnicos. Estos factores disminuyen el poder de las mujeres para negociar su sexualidad y otros asuntos que conciernen a sus vidas, lo que eventualmente impacta de forma negativa en su salud (Cook y Dughman, 2010).

Restringir el acceso al aborto (en lugar de reparar los factores que llevan a él) impone los costos de la reproducción sólo a las mujeres, a la vez que refuerza el estereotipo negativo que las presenta como medios para la reproducción humana y, por lo tanto, únicas y últimas responsables de la reproducción.

Así, la penalización del aborto vulnera el derecho a la salud únicamente de las mujeres, dado que se trata de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan y utilizan. La penalización de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan constituye una violación al artículo 2(f) de la *Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW), en cuanto a la obligación de los Estados Partes de “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

El comité de seguimiento de la CEDAW ha recomendado a los Estados Partes que “aseguren que se tomen medidas para (...) que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados

7. El derecho a la igualdad está reconocido en la Constitución Nacional (art. 16) y los tratados internacionales con jerarquía constitucional: Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1 y 24), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7) y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 2).

8. El derecho a la salud está establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), en la Convención de Derechos del Niño (art. 24) y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 12).



en materia de control de la natalidad.”⁹

Si bien en Argentina el derecho a la salud fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades¹⁰, el Estado argentino está en flagrante contradicción con esta recomendación.

Violación al derecho a la igualdad especialmente de mujeres socioeconómicamente vulnerables y de adolescentes

La penalización del aborto afecta particularmente a mujeres en situación desventajosa, ya sea por la condición socioeconómica, la edad, la etnia o la geografía. Aparte de la ya mencionada discriminación entre hombres y mujeres, la penalización del aborto implica, también, la discriminación entre mujeres.

En un estudio sobre aborto y mortalidad materna severa, Insúa y Romero (2006) mostraron que la mayor cantidad de hospitalizaciones ocurre en las regiones más pobres. En las provincias de Chaco y Tucumán, la mitad de las mujeres relevadas vivía en hogares pobres, mientras que en Córdoba y Mendoza la cifra se redujo al 30%. Sólo un tercio de las mujeres tenía trabajo remunerado al momento del relevamiento, en tanto que otro tercio nunca había trabajado a cambio de remuneración. En Tucumán, el 75% de las mujeres tenía educación primaria completa o menos.

En los períodos comprendidos entre 1994-1996 y 1999-2001, la mortalidad por aborto aumentó en las mujeres menores de 15 años, y las mujeres muertas por abortos fueron más jóvenes que quienes fallecieron por otras causas vinculadas a la maternidad. En el año 2000, en los hospitales públicos de todo el país se registraron casi 80.000 internaciones por aborto clandestino en mujeres jóvenes. Del total, 15% correspondieron a adolescentes y niñas menores de 20 años, y el 50% a mujeres de entre 20 y 29 años (Pantelides et al, 2006).

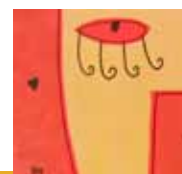
Violación al derecho a la igualdad en relación al derecho a la integridad física, psíquica y moral¹¹ de las mujeres

La penalización del aborto implica una intromisión en las decisiones autónomas de las mujeres sobre sus propios cuerpos. Como la violación y el acoso sexual, la criminalización del aborto refleja y refuerza actitudes que minimizan la autonomía y la personalidad de las mujeres. Mientras la violación las reduce a objetos sexuales, el embarazo forzado las reduce

9. CEDAW, Recomendación General Nº 19: “Violencia contra la Mujer”, U.N. Doc. A/47/38 (1992), párrafo 24(m).

10. Ver CSJN, “Asociación Benghalensis y otros contra Estado nacional” (1/06/2000).

11. El derecho a la integridad física y moral es reconocido en tratados internacionales de jerarquía constitucional: la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1).



a su función reproductiva. Ambas prácticas le niegan a la mujer la toma de decisiones respecto de su cuerpo, que deviene un instrumento para la consecución de objetivos para personas distintas de la mujer. La criminalización del aborto anula la autonomía moral de las mujeres porque supedita el procedimiento cuyos costos y consecuencias deberá únicamente soportar la mujer a la aprobación de terceras partes (Nino 2005).

Ramos et al. (2009:481) afirman que “la reticencia a reformar la actual regla de penalización, a pesar de su comprobada ineficacia, refleja el doble estándar en el que opera el control del cuerpo de las mujeres ejercido a través de la criminalización del aborto”. Cook y Dughman (2010) sostienen que “la criminalización del aborto implica la utilización del poder coercitivo del Estado para imponer a las mujeres que, a través de sus cuerpos, sirvan a intereses distintos de los propios. Esto implica una violación a su autonomía y a su derecho a la integridad física y moral”. No existen imposiciones similares sobre el cuerpo de los hombres, lo que conlleva, nuevamente, una violación al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

En este sentido, en 2006 la Corte Constitucional de Colombia afirmó que “el legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.”¹²

Considerar a las mujeres en posición de igualdad con los hombres no significa ignorar las diferencias que los distinguen, sino tomarlas en cuenta y diseñar la legislación de modo tal que esas diferencias no constituyan una carga desigual e inequitativa sobre las mujeres. En otras palabras, que se reconozca la dignidad humana de las mujeres.

La eliminación de factores que restringen la autonomía de las mujeres es una obligación que la Argentina contrajo bajo el artículo 3 de la CEDAW, que exhorta a los Estados Partes a tomar “en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”

III. La despenalización del aborto temprano no contradice el sistema jurídico argentino

La medida legislativa de despenalización del aborto implica incluir un permiso no cualificado para abortar durante algún período determinado del embarazo. Esto significa incorporar una instancia donde la interrupción voluntaria del embarazo sea permisible *sin el requerimiento de motivos taxativos* establecidos en la ley.¹³

12. Corte Constitucional de Colombia, C-355/2006

13. Las legislaciones de Bélgica, Estados Unidos, Italia o Dinamarca (entre otros) permiten el aborto ante la



El argumento más comúnmente esgrimido para oponerse a la despenalización del aborto sostiene que el embrión tiene derecho a la vida desde la concepción. Concretamente, este postulado da por sentado que:

- a. La protección legal de la vida que establece la Convención Americana de Derechos Humanos comienza con la concepción;
- b. El embrión es “persona” para el sistema jurídico argentino en los mismos términos que una persona nacida, y por lo tanto, ostenta el derecho a la vida;
- c. La vida adquiere valor de forma constante y merece igual peso y protección desde la concepción hasta la muerte de la persona nacida;
- d. El derecho a la vida debe protegerse de forma absoluta, sin admitir ponderación con otros derechos e intereses.

A continuación se demostrará por qué cada uno de estos postulados es cuestionable.

a. La protección legal de la vida que establece la Convención Americana de Derechos Humanos (entre otros) ¿comienza con la concepción?

La norma legal usualmente invocada para defender la vida del embrión y proscribir la despenalización del aborto temprano es el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que lee:

*“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”
(énfasis agregado).*

Este artículo generó controversia porque se considera que dicha norma reconoce un derecho a la vida del embrión desde el momento de la concepción. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso conocido como “Baby Boy” cerró esa disputa al afirmar que el artículo no se dirige a prohibir el aborto en sí, sino que se refiere a formas de protección de la salud materno-infantil desde el momento de la concepción¹⁴.

solicitud de la mujer, generalmente hasta la semana 12 de gestación. Otros regímenes jurídicos extienden este plazo a 14 semanas (Francia y Alemania), a 18 semanas (Suecia), o a 24 semanas (Holanda y Singapur). Finalmente, en países como Canadá y Corea, la permisión no tiene límite gestacional.

14. “Baby Boy” se originó en una petición, promovida en 1977 por un grupo antiabortista, contra Estados Unidos y contra el estado de Massachussets. La demanda se motivó en un aborto realizado en 1973 (luego de la legalización del aborto en Estados Unidos) por un médico en la ciudad de Boston a una joven de 17 años con el consentimiento de ésta y de su madre. Los peticionantes alegaban que la permisión del aborto había violado los derechos a la vida, la igualdad y la salud del embrión. La Comisión, luego de examinar los antecedentes que dieron lugar a la aprobación del texto definitivo en 1969, concluyó que las decisiones de la Corte Suprema estadounidense que habían reconocido un derecho irrestricto al aborto temprano (“Roe v. Wade” en adelante) no eran incompatibles con la Convención.



Esta interpretación del artículo 4 de la Convención fue retomada en Argentina por Hilda Kogan, Jueza del Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires, quien sostuvo que “la expresión contenida en dicho artículo que establece que el derecho a la vida *“estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”*, no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación del instrumento por parte de numerosos Estados que, como el nuestro, habían despenalizado distintos supuestos de aborto”¹⁵.

Puesto que la cuestión del aborto estaba regulada en forma diversa en las distintas legislaciones nacionales de los países americanos, los redactores de la Convención Americana de Derechos Humanos aseguraron considerable margen de libertad a los países signatarios.

La falta de una norma legal con jerarquía constitucional que requiera la protección de la vida del embrión desde el momento de la concepción ha llevado a los defensores de la criminalización a construir argumentativamente la noción de que aun cuando el sistema jurídico no lo contemple, el embrión debe ser considerado persona en los mismos términos que una persona nacida. Esta noción se discute a continuación.

b. El embrión ¿ostenta un derecho a la vida en los mismos términos en que lo hacen las personas nacidas?

Existe consenso en los sistemas jurídicos del mundo que la protección del embrión es un valor social que merece atención y respeto. Sin embargo, esto no implica afirmar la existencia de un derecho a la vida en cabeza del embrión. Existe una enorme diferencia entre afirmar que el Estado tiene un interés legítimo en la protección del embrión y afirmar que el embrión es titular del derecho a la vida. El interés del Estado en el reconocimiento y la consecuente protección del embrión se funda justamente en la falta de titularidad del derecho a la vida en cabeza del embrión.

La Corte Constitucional Española en 1985 se pronunció en este sentido al sostener que el embrión no es titular de derechos, aunque sí merece protección¹⁶. La Corte Constitucional de Portugal también sostuvo que el embrión no es titular del derecho a la vida, aunque sí debe ser protegido como un valor social¹⁷. En 2004, la Corte Europea de Derechos Humanos falló en la misma línea en un caso donde, por error, un médico le indujo un aborto a su paciente, quien demandó al Estado por no condenar al médico por homicidio culposo. La Corte Europea afirmó que no se trataba de un homicidio porque el embrión no es titular del derecho a la vida¹⁸.

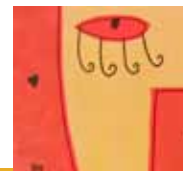
El sistema jurídico argentino no establece el derecho a la vida del embrión en su cuerpo normativo. Así, defender la protección del embrión como un mero interés en cabeza del

15. SCBA, “R., L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia” (31/07/2006)

16. <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCC531985en.aspx>

17. Tribunal Constitucional de Portugal, Acordada Nº 75/201, processos n.ºs 733/07 e 1186/07. Disponible online en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>

18. (*Vo v. France* [2004] ECHR)



Estado no significa sostener que tenga el mismo valor ni que merezca la misma protección que la vida de una persona nacida. La diferencia entre el derecho de las personas y el interés del Estado es, de hecho, coherente con el reconocimiento diferencial del estatus jurídico del embrión y de las personas que hace el sistema normativo en otras áreas del derecho que nada tienen que ver ni con el aborto ni con la discusión en torno al derecho a la vida.

c. ¿Adquiere la vida valor de forma constante, y merece igual peso y protección desde la concepción hasta la muerte de la persona nacida?

El argumento a favor de la criminalización del aborto sostiene que la vida tiene un valor jurídico constante desde el momento de la concepción hasta la muerte de la persona nacida. No obstante, esta aseveración es falsa porque el sistema jurídico argentino — como la vasta mayoría de los países del mundo — no otorga el mismo valor al embrión que a la vida de una persona.

Ejemplo de ello es el aborto no punible en el Código Penal. El artículo 86.1 del Código Penal permite la interrupción del embarazo cuando exista un peligro para la salud o la vida de la mujer. Concretamente, el Código expresa que el embrión tiene menos valor que la salud o la vida de la mujer. También, el artículo 86.2 del Código Penal permite el aborto cuando el embarazo fue producto de una violación o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente. La regla detrás del artículo 86 del Código Penal razona que cuando la mujer no consintió la relación sexual, su derecho a la integridad física y a la autonomía son considerados superiores al interés de la protección del embrión.

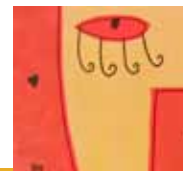
Ferrante (en prensa) sostiene que la diferencia en el estatus jurídico de una persona y de un embrión también se observa en las diferentes penas previstas para aborto y para homicidio, en la inexistencia del delito de lesiones al embrión y en el reconocimiento condicional de los derechos patrimoniales del embrión.

Entonces, el valor y la protección que el sistema jurídico otorga a la vida de un embrión es inferior al que otorga a las personas. Esto significa que el sistema jurídico considera que la vida tiene un *valor incremental*: antes de la concepción es cero, en el momento de la concepción es bajo, y a medida que se avanza en la gestación es cada vez más alto hasta el nacimiento, momento en el que se equipara al valor de la vida del resto de los nacidos.

En el derecho argentino, la protección al embrión es compatible con la despenalización del aborto temprano: si el sistema jurídico protege al embrión de modo incremental es porque existen otros derechos constitucionales con preeminencia sobre el embrión.

d. El embrión ¿debe protegerse de forma absoluta?

En un estado constitucional de derecho, salvo en contadas ocasiones (por ejemplo, las normas que prohíben la tortura), los derechos no son absolutos. Establecer derechos absolutos implicaría rechazar los desacuerdos y conflictos de valores y supondría la imposición de una perspectiva única acerca de qué interés es más importante o cómo debe ser entendido, en concordancia, además, con la posición mayoritaria o de quienes



detentan el poder. Justamente porque los derechos no son absolutos y muchas veces se contraponen, los sistemas jurídicos del mundo desarrollaron distintos instrumentos (tales como los tests de proporcionalidad y razonabilidad) para ponderarlos en caso de conflicto.

Como ya se argumentó, es razonable sostener que en la etapa inicial del embarazo el valor del embrión no afecta la preeminencia de otros derechos e intereses. Con el mismo criterio, en cualquier momento de la gestación, el derecho de la mujer a la salud, a la vida, a la integridad y a la autonomía (cuando hubo violación) pesa más que el interés del Estado en proteger al embrión. Igualmente, durante un período inicial del embarazo existe un derecho de la mujer que pesa más que el interés del Estado en la protección del embrión: concretamente, el derecho a la autonomía sexual y reproductiva.

En el sistema argentino, el derecho a la autonomía deriva del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto protege las acciones privadas. A la luz de este artículo (y a diferencia de la intimidad) el derecho a la privacidad debe entenderse como el dominio del ciudadano sobre una esfera de su vida privada que le pertenece exclusivamente, y donde el Estado no puede inmiscuirse. Entendido como “autogobierno” sobre la esfera privada, el derecho a la privacidad implica el reconocimiento de la autonomía del individuo.

El derecho a la privacidad también está reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11), la Convención de Derechos del Niño (art. 16), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. V), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17).

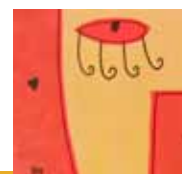
Diversos tribunales internacionales han desarrollado doctrinas muy robustas derivadas del derecho a la “vida privada” Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció que la “vida privada” no se circunscribe al derecho a la intimidad, sino que se refiere también a una “esfera donde la persona puede perseguir el libre desarrollo de su personalidad” (Kilkelly 2001:10), considerando incluso que el derecho a la privacidad comprende el derecho a la integridad física y moral¹⁹.

Concretamente, el derecho a la autonomía sexual y reproductiva y a la planificación familiar a través de servicios de salud anticonceptivos y educación sexual se deriva implícitamente del derecho a la privacidad. Este derecho, ampliamente reconocido en la legislación argentina, también se encuentra en convenciones internacionales de jerarquía constitucional: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, artículos 12 y 14.2) y la Convención de Derechos del Niño (artículo 24.f). En el mismo sentido se manifestaron los comités de seguimiento de la CEDAW²⁰ y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹.

19. Corte Europea de Derechos Humanos, *X and Y v. the Netherlands* [1985], párrafo 22.

20. CEDAW, Recomendación General Nº 24: “Artículo 12, La Mujer y la Salud”, 20º período de sesiones, (02/02/1999).

21. CESC, Recomendación General Nº 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, 422º período de sesiones Ginebra, (25/04 a 12/05/2000).



Por lo tanto, es posible afirmar que, *en algún momento entre la concepción y el nacimiento, la autonomía sexual y reproductiva de la mujer tiene más valor que el embrión*. Después de ese límite gestacional, cuando la autonomía deja de ser suficiente para permitir un aborto, otros derechos deben estar en juego para que el aborto no sea punible: el derecho a la salud, a la vida e integridad física y moral de la mujer para los casos de aborto terapéutico, y el derecho a la autonomía de la mujer para los casos de abusos y malformaciones del embrión.

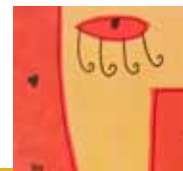
En otras palabras, en Argentina no existen impedimentos constitucionales ni legales para la despenalización del aborto temprano. Al contrario, existe espacio legal para la despenalización, y la reforma del Código Penal en ese sentido es compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

IV. Conclusión

La criminalización del aborto con excepciones de no punibilidad, tal como existe actualmente en Argentina, ha probado ser una medida ineficaz: no garantiza la provisión de abortos no punibles, no disuade a las mujeres de que se practiquen abortos ilegales, no se aplica en su función punitiva, complejiza la implementación de medidas tendientes a la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las fuerza a recurrir a abortos clandestinos -que ponen en peligro su vida y representan la primera causa de mortalidad materna. A la vez, la penalización viola los derechos humanos de las mujeres a la igualdad, a la no discriminación, a la salud, a la integridad física y moral, y a la autonomía.

La despenalización del aborto temprano (hasta la semana 12 de gestación) no sólo no contradice el sistema jurídico constitucional argentino sino que constituye una reforma imprescindible para resolver un grave problema de salud pública.

La ADC considera que la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo temprano se ha tornado un imperativo para nuestra comunidad política. No habiendo objeciones constitucionales para la despenalización, resulta prioritario que el Congreso Nacional avance en un debate serio, robusto y comprometido para eliminar las barreras legales que actualmente impiden a las mujeres el pleno goce de sus derechos, a la vez que las somete a una desigualdad injustificada en la sociedad argentina.



Referencias citadas

Allan Guttmacher Institute (2007), “Abortion Worldwide levels and trends”. En <http://www.guttmacher.org>

BERGALLO, Paola (2009): “A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto”. En *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales*; Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA): Buenos Aires.

COOK, Rebecca y Sandra DUGHMAN (2010), en representación del Programa de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, en Presenta Escrito como ‘Amigo del Tribunal’ en la causa “Fuentes, Aurora Luisa s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. Nº 259/2010, Tomo: 46, Letra: F, Tipo: REX, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

FERRANTE, Marcelo (en prensa): “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”. En Bergallo, P (ed.) *Aborto y justicia reproductiva* Buenos Aires: Editores del Puerto.

INSUA, Iván y Mariana ROMERO (2006): *Morbilidad materna severa en la Argentina: Egresos hospitalarios por aborto de establecimientos oficiales*. CENEP / CEDES : Buenos Aires.

KILKELLY, Ursula (2001) *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No.1, Council of Europe.

NINO, Carlos Santiago (2005) *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea : Buenos Aires.

PANTELIDES, E., Ramos, S., Romero, M., Fernández, S., Gaudio, M., Gianni, C. y H. Manzelli (2006): *Morbilidad materna severa en la Argentina: Trayectorias de las mujeres internadas por complicaciones de aborto y calidad de la atención recibida*. CENEP / CEDES : Buenos Aires.

RAMOS, S., BERGALLO, P., ROMERO, M. y J. FEIJÓO (2009) “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina” en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Siglo XXI Editores : Buenos Aires.

RAMOS, S., ROMERO, M., KAROLINKI, A., MERCER, R., INSUA I. y C. DEL RIO FORTUNA (2004) *Para que cada muerte materna importe*. CEDES y Min. Salud y Ambiente de la Nación, Buenos Aires. En <http://www.cedes.org/>

SEDGH, Gilda ScD, HENSHAW, Stanley PhD, Susheela Singh PhD, Elisabeth Åhman MA, Iqbal H Shah PhD: “Induced abortion: estimated rates and trends worldwide”, En: *The Lancet*, Vol. 370 No. 9595 pp 1338-1345, october 2007

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) (2008): *The right to health, Factsheet 31*. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>



Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado¹

Paola Bergallo²

Introducción

A mediados de la década del sesenta varios países occidentales iniciaron un proceso de amplia liberalización de sus regulaciones sobre aborto. Según Glendon (1987), a partir de 1967 y en menos de dos décadas, diecisiete democracias centrales reformaron sus leyes en pos de un marco legal más permisivo. El comienzo de las transformaciones legales en algunos países tuvo un claro impacto en la flexibilización jurídica de la época. Así, la mayoría de los países de Europa Occidental,³ Canadá y Estados Unidos adoptaron diversos modelos de despenalización del aborto.

1 Este texto es una versión abreviada del artículo homónimo publicado en la *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (Abeledo Perrot, Junio 2010). La presente versión no incluye los procesos de liberalización de la regulación del aborto en Estados Unidos y España, y compara de manera más sintética las experiencias de Colombia y México DF. Por otra parte, en Argentina, la Cámara de Diputados de la Nación ha comenzado recientemente a considerar proyectos de liberalización más ambiciosos; así, es posible que algunas de las apreciaciones contenidas en el texto hayan perdido actualidad.

2 Profesora de Derecho, Universidad de San Andrés. Agradezco especialmente la colaboración de Agustina Ramón Michel y las conversaciones con Mariana Romero, Silvina Ramos, Jimena Arias Feijoo, Nina Zamberlin, Mariela Magnelli, Raquel Asensio, Virginia Menéndez, Romina Faerman, Marcelo Ferrante, Marcelo Alegre, Ivana Bloch y los participantes del Coloquio *Derecho, Moral y Política* de la Universidad de Palermo. Rebecca Cook y Reva Siegel aportaron de múltiples formas al trabajo más amplio en el tema en el que se inserta esta investigación. La ayuda de Samanta Biscardi fue importante para la traducción de parte de la versión en español de este trabajo, escrito originalmente en inglés. Bradley Hayes contribuyó especialmente durante la estadía en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, donde accedí a la mayoría de los recursos bibliográficos citados en este trabajo. El apoyo financiero de la beca Carrillo Oñativia del Ministerio de Salud de la Nación también hizo posible parte de esta investigación.

3 Las reformas europeas fueron adoptadas en Inglaterra (1967), Alemania Occidental (1975), Islandia (1975), Francia (1975), Italia (1978), Noruega (1975), Finlandia (1970), Holanda (1985), España (1985).



Las reformas coincidieron, en parte, con el resurgimiento del movimiento de mujeres y el feminismo de la segunda ola. Esta segunda generación de feministas redefinió los estandartes clásicos multiplicando las perspectivas feministas y denunciando la expropiación de la sexualidad de las mujeres y su control de la reproducción a través de leyes y prácticas que imponían la maternidad como única función social femenina. Las nuevas miradas feministas compartieron la identificación de la regulación del aborto como una de las tantas instituciones que requería una reforma urgente para que las mujeres recuperaran su libertad y alcanzaran la igualdad sustantiva o el fin de la subordinación. Las feministas de la segunda ola tenían claro que la prohibición del aborto era al mismo tiempo causa y consecuencia de la maternalización y la dominación del cuerpo de las mujeres. Estas formas de subordinación resultaban además instrumentales para sostener las restricciones, ahora *de facto*, que continuaban experimentando las mujeres para participar en política, desarrollar oportunidades de liderazgo, trabajo y educación avanzada en condiciones de igualdad sustantiva, y para acceder a la anticoncepción y a servicios que no dejaran la crianza de los hijos bajo su exclusiva responsabilidad (Gordon 1986). En definitiva, denunciaban, el aborto era uno de esos espacios en los que estaba claramente en juego todo sobre los roles de mujeres y varones en la comunidad.

La liberalización de los regímenes del aborto en los países centrales no se lograría siempre, empero, con una fuerte aceptación de las razones feministas. Más bien, los argumentos predominantes en las primeras leyes o sentencias liberalizadoras apelaban a las muertes de mujeres por abortos clandestinos como una cuestión humanitaria o de salud pública; la injusticia social de que fueran las más pobres las que enfrentaban más riesgos; o la tradicional concepción liberal de privacidad. Estos diversos encuadres normativos resultaban compatibles, según el país, con alternativas de los modelos de regulación penal del aborto.

Pero, ¿qué ocurría en nuestra región durante aquella ola de liberalización de los regímenes sobre aborto? En América Latina, a mediados de la década del setenta, la transformación de la legislación sobre aborto resultaba prácticamente impensable. Por entonces, la mayor parte de la región, Argentina también, vivía bajo regímenes dictatoriales. La penalización del aborto por leyes que databan del período colonial o comienzos del siglo XX y la aplicación extremadamente restrictiva de las normas de no punibilidad de algunos códigos caracterizaban el panorama jurídico de la región en los libros. Al mismo tiempo, el aborto clandestino era una práctica que se sabía extendida pero cuya persecución efectiva no fue nunca desplegada en toda su potencia.

Una década después comenzaron las respectivas transiciones democráticas. Tampoco entonces habría cambios en materia de la regulación del aborto. El tema no lograba entrar en las agendas de la consolidación democrática y la promoción de derechos humanos, situación que perdura hasta hoy en gran parte de la región. Recién en el nuevo milenio comenzaron a observarse algunos pasos hacia la liberalización. En ese sentido, la ciudad de México,⁴ Colombia, Brasil y Argentina ofrecen, con muy distinta intensidad, reformas

⁴ México es un país federal que, a diferencia de la Argentina, produce su legislación penal a nivel estadual. En este trabajo me referiré a la Ciudad de México que es la que en los últimos años ha llegado más lejos en el proceso de liberalización del aborto. Es importante, empero, tener presente que las afirmaciones sobre



en pos de la liberalización o tenues indicios reglamentarios para la ampliación del acceso a los abortos permitidos.⁵ En cambio, países como Nicaragua, República Dominicana y, ahora, ciertos estados mexicanos avanzan hacia mayores restricciones.

En la observación de los distintos procesos comparados de reforma y los ciclos por los que esos procesos transcurrieron en los países centrales y las recientes experiencias latinoamericanas es posible identificar cuatro dimensiones centrales e interrelacionadas: (a) una primera dimensión que atiende al tipo de regulación y la extensión de la penalización adoptada por el modelo de legislación liberalizadora, (b) una segunda dimensión que analiza el encuadre normativo de las reformas diferenciando la perspectiva de su vindicación y de su fundamentación oficial; (c) una tercera dimensión que revisa los foros en los que se han encarado reformas legales y políticas públicas; y (d) una cuarta dimensión que observa los actores clave movilizados e involucrados en la reforma y los enfrentados a ella.

Partiendo de la idea de que inventariar estas experiencias comparadas puede ser útil para contextualizar las propuestas de liberalización planteadas en Argentina, este trabajo ofrece una revisión de los procesos de reforma en dos jurisdicciones de nuestra región. Los casos de Colombia y la ciudad de México se presentan como especialmente interesantes para contrastar algunas de las alternativas en debate y pueden ilustrar una variedad de desafíos a la hora de repensar nuestras opciones.

El resto del trabajo se organiza de la siguiente forma. Primero, presentaré un modelo de clasificación de la regulación del aborto que resalta las diferencias entre las jurisdicciones seleccionadas (Parte I). A continuación describiré, necesariamente de forma resumida, las reformas en curso en Colombia y México DF (Parte II). Luego compararé las dos experiencias teniendo en cuenta el modelo de regulación, el encuadre normativo y los foros en los que se han alcanzado las reformas (Parte III). Para culminar, incorporaré unas breves reflexiones sobre lo que entiendo podría aportar la comparación para pensar las reformas de la regulación jurídica del aborto propuestas en Argentina.

Una comparación de los modelos de regulación jurídica del aborto

La comparación de los modelos de regulación jurídica del aborto ha ocupado infinidad de páginas. La mayoría de esas tipologías ordenan los modelos regulatorios en función del empleo de la penalización durante todo el embarazo, o su despliegue limitado a las etapas más avanzadas. En el primer conjunto de sistemas de regulación del aborto se encuentran

la Ciudad de México no son representativas de la situación en el resto de las jurisdicciones estatales del país. Estas han seguido diversas evoluciones en la regulación reciente del tema. Sus trayectorias incluyen alternativas disímiles entre las que se encuentran procesos de restricción incremental de las reglas estatales junto a reformas más moderadas. Los datos actuales de la situación jurídica de cada regulación estatal del aborto en México pueden consultarse en www.gire.org que mantiene una base de datos actualizada.

⁵ Estos tenues indicios se reflejan en el caso argentino en la aprobación de protocolos de atención del aborto no punible a nivel provincial en las provincias de Buenos Aires, Neuquén, la Ciudad de Buenos Aires, y recientemente la Provincia de Santa Fe.



los que lo penalizan sin prever expresamente excepciones. Este *modelo de penalización total* es el que aplicaba, al menos en los libros, la regulación española hasta 1985, y la colombiana hasta 2006. Es también el modelo que rige las actuales reglas chilenas y nicaragüenses. Bajo este modelo, en la práctica, algunos jueces aceptaban autorizar abortos muy excepcionalmente apelando al estado de necesidad en caso de peligro para la vida de la mujer, como sucede en algunas situaciones en Chile (Casas Becerra 2009) y como ocurría en Colombia antes de 2006 (Jaramillo and Alfonso 2008).

El segundo modelo de regulación es el *modelo de permisos* o de excepciones a la punibilidad. Este modelo a su vez tiene dos variantes, el *modelo de permisos sin implementación* (vigente en la mayoría de los sistemas jurídicos de América, Europa Occidental y Oceanía hasta comienzos de los años sesenta), y el *modelo de permisos propiamente dicho (p.p.d) o con implementación*.

El *modelo de permisos sin implementación* penalizaba el aborto estableciendo una serie de excepciones a la aplicación de la pena conocidas como casos de aborto no punible (tal como ocurre en Argentina hoy). Cada legislación incluía un menú de excepciones más o menos amplio que conformaba un sistema de permisiones para abortar en casos no sancionables. Los abortos no sancionables abarcaban los casos de peligro para la vida, peligro para la salud, o violación, con variaciones en la formulación textual de las excepciones. Sin embargo, como los sistemas jurídicos no regulaban las condiciones de acceso a los abortos no punibles, frecuentemente resultaba difícil acceder a ellos en el sistema sanitario. Los profesionales no siempre aceptaban practicarlos y la vaguedad de las normas penales no permitía generar claridad sobre la legalidad de la práctica. En los libros, entonces, una mayoría de las legislaciones occidentales establecía un *modelo de permisos*, más o menos amplios. Pero al observar esas normas en acción, se cuestionaba que el estado debiera regularlos,⁶ los permisos eran poco accesibles y la no disponibilidad de servicios de aborto para los casos no punibles sugería pocas diferencias entre estos modelos y los *modelos de penalización total*.

A mediados de la década del sesenta varios países occidentales comenzaron un proceso de revisión de aquellas legislaciones que llevaría a la liberalización de sus regulaciones sobre aborto a partir de una renovada versión del modelo de permisos sin implementación, que denominaré el *modelo de permisos propiamente dicho (p.p.d.) o con implementación*. Entonces, Inglaterra o Alemania -donde el aborto estaba penalizado excepto en determinadas circunstancias según el modelo de excepciones- avanzaron hacia lo que en la práctica, aunque no necesariamente en el estilo del texto de los códigos penales, representó una nueva realidad regulatoria. En las nuevas normas se especificaron los casos de no punibilidad tradicionales incorporando de forma explícita, por ejemplo, el peligro para la salud física o psíquica o el permiso para abortar ante ciertas circunstancias socioeconómicas o de estrés emocional (Bergallo 2007). Así, junto a las normas que penalizaban el aborto durante los nueve meses de embarazo, aparecían permisos relativamente generosos que ahora las regulaciones administrativas se ocuparían de implementar definiendo qué tipo

6 El cuestionamiento se centraba en la distinción de la dogmática entre una causal de justificación y una excusa absolutoria y la disidencia sobre si las causales de no punibilidad entraban en una u otra categoría precluí, en general, la regulación de los permisos.



de profesionales podían realizar los abortos permitidos, cuántos debían constatar la presencia de un caso de permisión y cómo, cuándo y dónde debían prestarse los servicios de aborto. El *modelo de permisos con implementación* sería adoptado en Inglaterra en 1967, en España en 1985 y en Alemania en 1976 hasta su unificación. Finalmente, en algunos países, además, las excepciones, ahora clara y efectivamente convertidas en “permisos” podían completarse con la división del embarazo en trimestres a través de los cuales se diferenciaban el tipo de permisos que podía funcionar. En general, en el primer trimestre se permitiría el aborto por estrés emocional o “soft grounds” [de fundamentos livianos], en términos de Glendon, pero hacia el último sólo se lo autorizaría en caso de un peligro grave para la vida de la gestante.

Por otra parte, países como los EE.UU. pasaron del *modelo de permisos sin implementación* vigente durante la mayor parte del siglo XX, atravesaron en el caso de algunos estados por un breve ciclo de expansión del *modelo de permisos con implementación* que tuvo su apogeo entre 1967 y comienzos de los años setenta para luego iniciar el tránsito hacia un modelo de aborto a demanda de la mujer en el embarazo temprano. Esta modalidad que permite el aborto sin exigir razones es la más liberal. Reivindicado inicialmente como el *modelo de derogación o repeal model* por la supresión de la penalización del aborto en el embarazo temprano, fue adoptado por primera vez en el mundo en 1971 por ley en el estado de Nueva York. Dos años después, con la decisión de la Corte Suprema en *Roe vs. Wade*, se convertiría en el estándar constitucional federal de los Estados Unidos. Fue el modelo vigente hasta su nueva corrección en 1992 en *Planned Parenthood vs. Casey*.⁷ En este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos introdujo una reforma en el estándar de regulación que permitiría que los estados abandonaran el mecanismo de trimestres y reglamentaran de forma exigente distintos requisitos previos para acceder al aborto, incluyendo un asesoramiento muy completo sobre la práctica y sus efectos perjudiciales sobre el feto. De hecho, muchos entienden que esa sentencia generó un nuevo modelo de regulación del aborto: el *modelo de asesoramiento* (Siegel 1995). Requisitos de asesoramiento de este tipo fueron también adoptados en países como Alemania o Francia. Así, este quinto modelo funciona complementando el modelo de permisos con implementación o el modelo de derogación con fuertes exigencias adicionales sobre el asesoramiento que reciben las mujeres antes de que se concrete el aborto.

El siguiente Cuadro I incorpora una descripción de los cinco modelos presentados hasta aquí. Una aclaración resulta necesaria. Entre el *modelo de permisos sin implementación* y el *modelo de permisos con implementación* no hay necesariamente una diferencia jurídica en el núcleo central de la regulación legal. La diferencia es meramente una cuestión de grados de especificidad, práctica e implementación. En el modelo de permisos p.p.d., las causales de no punibilidad se traducen en la disponibilidad de servicios de aborto efectivamente accesibles para las mujeres. En el modelo de permisos sin implementación, en cambio, la falta de regulación redundaba en la ausencia de servicios médicos para abortar porque su prestación queda en las manos de los profesionales de la salud que, ante la duda sobre el alcance de la norma penal, tienden a rehusar su prestación.

⁷ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).



CUADRO I. Modelos comparados de regulación del aborto.

	Tipo de regulación	Alcance de la penalización	Permisos	Requisito de determinación por profesional de la salud	Países
1	Penalización total	9 meses	Ninguno Excepcionalmente, estado de necesidad	No	Chile Nicaragua España hasta 1985 Colombia hasta 2006
2	Permisos sin implementación	9 meses	Variedad entre: - Peligro de vida - Peligro a la salud - Violación	Sí, pero en general no regulado	Alemania hasta 1976 EE UU hasta 1967 Argentina hoy Brasil hoy
3	Permisos con implementación	9 meses	Variedad entre: - Peligro de vida - Peligro a la salud física, - psíquica, social - Estrés emocional - Situación socioeconómica - Violación - Malformaciones incompatibles con la vida	Sí, regulado.	Alemania entre 1976 y hasta 1992 España desde 1985 hasta febrero de 2010 Italia desde 1979 hasta hoy Francia desde 1975 hasta 2001 Inglaterra desde 1967 Colombia desde 2006
4	Derogación	Sólo embarazo avanzado	Para el embarazo avanzado, en general, peligro vida o salud grave	No en el embarazo temprano.	Nueva York desde 1971 EE UU desde 1973 Alemania desde 1992 Francia desde 2001 México DF desde 2007
5	Asesoramiento * Complementa la regulación de permisos o de derogación, según el país	9 meses o sólo embarazo avanzado ⁸	Según el modelo de permisos o el modelo de derogación. Ver 3 y 4.	Según el modelo de permisos o el modelo de derogación. Ver 3 y 4.	EE UU desde 1992 Alemania desde 1993

Algunos países han transitado ya por un segundo ciclo de reformas liberalizadoras. Las variedades del modelo de regulación descritas en tercero y cuarto lugar fueron endosadas por la mayoría de los países centrales a partir de mediados de los años sesenta y hasta entrados los años ochenta. A partir de los años noventa, comenzó una segunda ola de reformas jurídicas. Países como Alemania o Francia se moverían del modelo de permisos con implementación hacia el modelo de derogación combinado con el asesoramiento, aprobado también es España en 2010. Otros países que habían adoptado más temprano el modelo de derogación introducirían las correcciones del modelo de asesoramiento,

⁸ El modelo de asesoramiento es compatible con el modelo de permisos y el modelo de derogación.



tal el caso de Estados Unidos, en una importante concesión a los grupos opositores a la amplia liberalización de la primera época.

En definitiva, en casi tres décadas, todas las democracias centrales relajaron sus regímenes jurídicos sobre el aborto. Estas corrientes de innovación, sin embargo, no llegaron a América Latina hasta el nuevo milenio donde los modelos de penalización total o el modelo de permisos sin implementación continúan caracterizando la mayoría de las legislaciones de la región.

Las reformas en América Latina

Si bien la información disponible nos indica que la práctica del aborto ha estado siempre presente en muchos países de Latinoamérica -donde también se ha cobrado la vida de muchas mujeres- la liberalización de la regulación jurídica del aborto ha resultado casi imposible en la región. Con la excepción de Chile, El Salvador y Nicaragua donde las legislaciones contemplan un modelo de penalización total, la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos conserva códigos penales de los años 1920 a 1950 que establecen el modelo de excepciones con distinto alcance en la redacción de las causales de no punibilidad. Tan sólo en Cuba, Puerto Rico y la Ciudad de México rige un modelo de derogación de la criminalización en el embarazo temprano. Hasta las recientes reformas en México DF y Colombia, la aprobación de reglamentaciones en algunas provincias argentinas, la regulación de la causal de violación en Brasil o la aprobación de reglamentos para los abortos en caso de diagnósticos de anencefalia en algunos países, los intentos de reforma en el terreno del aborto habían fracasado de forma sistemática. Por ello, las experiencias de Colombia y Ciudad de México parecen de especial interés para comprender distintas iniciativas en pos de la liberalización de la normativa vigente en el Cono Sur.

El experimento colombiano: de la prohibición total a un modelo de permisos con implementación

Hasta 2006, cuando la Corte Constitucional emitió su decisión C-355, en Colombia regía la penalización total del aborto según una prohibición de 1989. Sin embargo, según Jaramillo y Alfonso (2008, 233-4) la práctica era menos estricta de lo que preveía la letra de la ley. Las autoras sostienen que los abogados penalistas habían interpretado que en casos de riesgo grave e inminente para la vida o salud de la mujer se podía oponer un “estado de necesidad” para obtener un aborto. Pareciera también que los profesionales de la medicina discutían abiertamente la práctica del aborto. Estas prácticas eran reconocidas por las regulaciones administrativas de la autoridad sanitaria, que hacia 2005 exigía la cobertura total de abortos en caso de “riesgo para la vida de la madre o del feto.” Más aún, Jaramillo y Alfonso sostienen que no hay evidencia de que los médicos se opusieran a practicar abortos en los casos en los cuales les era permitido. Por otro lado, los abortos ilegales no eran reportados por el fuerte deber de confidencialidad de los médicos, que no tenían el deber de denunciar cuando se enteraban de que una mujer se había realizado un aborto. Entonces, los fiscales raramente recibían denuncias sobre abortos y poseían



escasos incentivos para investigarlas o llevar los casos a juicio. Como resultado de ello, Jaramillo y Alfonso concluyen que la penalización del aborto existía formalmente pero no constituía una amenaza real para las mujeres que querían abortar.

Las feministas colombianas habían puesto el tema del acceso al aborto en su agenda desde los años 60. Sin embargo, no había habido un esfuerzo fuerte y coordinado en pos de la liberalización del aborto a través de la derogación de la ley penal (Viveros Vigoya 2006). Además, no contaban con el apoyo de los principales proveedores colombianos de servicios de salud reproductiva, silenciados por la “ley mordaza” y dependientes de financiamiento de los Estados Unidos. En 1994 y 1997, la organización feminista *Casa de la Mujer* había intentado acciones en contra del Código Penal, fallando en ambas frente a la Corte Constitucional.⁹ Entre el 1975 y 2005 se habían presentado ante el Congreso Nacional nueve proyectos de ley que no habían sido tratados en ninguna oportunidad. Un éxito menor se había logrado en el año 2000, con la flexibilización de la prohibición del aborto alcanzada cuando el Congreso modificó el artículo 124 del Código Penal, autorizando al juez a reducir la pena en caso de encontrar “condiciones extraordinariamente anormales” como motivo del aborto y cuando el embarazo fuera el resultado de violación o inseminación artificial no consentida.

En este marco de fracasos se desarrolló el proyecto de *Litigio de Alto Impacto en Colombia por la Inconstitucionalidad del Aborto (LAICIA)*¹⁰ que buscaba llegar hasta la Corte Constitucional para lograr una decisión a favor de la derogación de la ley penal o, subsidiariamente, un modelo de permisos. Luego de dos años de intenso trabajo, durante los cuales los operadores de derecho y el público en general participaron de un debate sin precedentes en torno a la cuestión del aborto, y después del rechazo inicial de la Corte de una acción similar por razones de procedimiento,¹¹ el 10 de mayo de 2006 LAICIA obtuvo su primera victoria en tribunales. La prestigiosa Corte Constitucional, conocida por sus precedentes progresistas en general pero también en relación con los derechos de las mujeres, anunció su Decisión C-355/2006.¹² En ella resolvió que la prohibición total del aborto sin excepciones era inconstitucional e imponía una carga desproporcionada sobre las mujeres y sus derechos, protegidos en la Constitución de 1991. Más aún, la Corte sostuvo que en los casos de riesgo para la vida, la salud física o mental de la mujer, violación y malformaciones serias, el aborto debía ser legalmente accesible. La Corte estableció que la certificación de estas circunstancias por parte de un sólo profesional era suficiente. De esa forma, completó el diseño de un modelo de permisos con indicación médica. Para el caso de violación, se incorporó además el requisito de la prueba de la denuncia criminal que debía presentarse ante el médico interviniente.

9 Versiones completas de las tres decisiones precedentes de la Corte Constitucional pueden hallarse disponibles en: <http://www.cajpe.org.pe/rj/bases/juris-nac/aborto.htm>, visitado el 22 de septiembre de 2009.

10 Una base de datos con todos los documentos del caso y otros documentos de LAICIA pueden ser encontrados en www.womenslinkworldwide.org, visitado el 22 de septiembre de 2009.

11 Decisión C-1299 de 2005.

12 El texto completo en español de la Decisión C-335/2006 está disponible en www.despenalizaciondelaborto.org.co, visitado el 22 de septiembre de 2009.



El fallo reconoció la vida del feto como un bien protegido por la Constitución y apeló a la necesidad de sopesar proporcionalmente valores, principios y derechos reconocidos en la misma y en el derecho internacional de los derechos humanos (Undurraga y Cook 2009). La Corte también sostuvo que aún cuando el Congreso podía criminalizar el aborto en búsqueda de protección del valor de la vida fetal, la prohibición absoluta imponía una carga desproporcionada en aquellas circunstancias para las cuales la Corte creaba entonces los permisos. Además, la Corte apeló a la dignidad humana para fundar el derecho de la mujer a un aborto y apoyó la decisión con numerosas citas del derecho internacional de los derechos humanos y sus estándares, así como la legislación comparada sobre el tema.

Luego de la decisión de la Corte, el Presidente Uribe y la cabeza del Ministerio de Salud de la Nación emitieron dos importantes normas¹³ que establecieron una extensa regulación del fallo de la Corte, bajo la norma modelo de la Organización Mundial de la Salud para el Aborto Seguro (WHO 2003). Varias iniciativas de la sociedad civil siguieron a la sentencia. La organización que desarrolló el proyecto LAICIA comenzó a litigar algunos casos de “implementación” buscando garantizar el acceso a los permisos en los tribunales.¹⁴ Organizaciones de mujeres, inspiradas y revitalizadas por la decisión de la Corte, redefinieron sus estrategias para lograr que el aborto llegue a las mujeres que lo demandan.¹⁵ Surgieron también múltiples iniciativas de restricción. Entre ellas, cabe mencionar a la más reciente suspensión temporal del Decreto 4444/2006 por parte del Consejo de Estado, que en su resolución del 15 de octubre de 2009¹⁶ consideró que había razones suficientes para suspender la norma mientras se evalúan los planteos que cuestionan la jurisdicción presidencial para establecer una regulación con el alcance del decreto objetado.

Los datos oficiales posteriores a la Decisión C-355/2006 muestran unos 3000 abortos fueron realizados bajo los nuevos permisos, mientras que las estimaciones de abortos clandestinos siguen siendo de alrededor de 450.000 por año (Moloney 2009). Poco se conoce sobre las experiencias de las mujeres que buscaron los servicios ahora legales y se sigue sabiendo poco de las experiencias de quienes todavía recurren a las opciones extrajurídicas. Tampoco es fácil evaluar la efectividad de las políticas públicas necesarias

13 Véase al respecto el Decreto 4444/2006 y la Resolución del Ministerio de la Protección Social 4905/2006 estableciendo la Norma Técnica para la atención de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Más tarde se sumaron también: (a) el Acuerdo 350/2006 del Ministerio de la Protección Social, mediante el cual se incluye en el Plan Obligatorio del régimen contributivo y el subsidiado la atención para la IVE; (b) la Circular 0031/2007 del mismo ministerio que regula la información sobre la provisión de servicios seguros en IVE; (c) el Acuerdo 3/2009 de la Comisión de Regulación en Salud, que aclara y actualiza integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, incluyendo en el listado de Actividades, procedimientos e intervenciones todo lo requerido para la IVE.

14 Por ejemplo, el caso (“Queja disciplinaria en contra del juez décimo civil municipal de Cúcuta, José Estanislao Moncada”) presentado por Women’s Link Worldwide en la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander. El texto completo en español está disponible en http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_legaldocs_queja26112008.pdf, visitado el 22 de septiembre de 2009.

15 Para ver las diferentes iniciativas, <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/page.php?mod=noticiasandifat=2andidsec=11>, visitado el 22 de septiembre de 2009.

16 Consejo de Estado de Colombia, Expediente 2008-00256-00.



para promover el acceso al aborto conforme el modelo de permisos, ahora implementado según lo establecido por la regulación ministerial. Es posible que sea demasiado pronto para poder evaluar las reformas colombianas, sus efectos distributivos y el impacto del proyecto LAICIA en términos de acceso efectivo y especialmente del uso de los permisos para abortar en caso de riesgo para la salud mental, mecanismo que puede ampliar considerablemente la liberalización del acceso al aborto como lo hizo en Europa. Puede que también sea demasiado pronto para evaluar la estrategia planteada por LAICIA en su faz política. Sin embargo, se trata de un ejemplo de movilización de alto perfil, sin precedentes, que según Jaramillo y Alfonso generó un fuerte debate e inspiró la presentación de 541 *amicii curiae* de organizaciones nacionales e internacionales y de ciudadanas/os que ofrecieron sus puntos de vista a favor y en contra del aborto.

Visiones ambivalentes respecto del estilo híper profesional y personalizado de la estrategia continúan dividiendo las opiniones en cuanto a la efectividad de seguir caminos como el planteado por LAICIA. El carácter “conservador” de una estrategia que logra saltar de la penalización total a tan sólo un modelo de permisos privilegiando el rol de los médicos, históricamente cuestionado por su carácter paternalista respecto de la decisión de una mujer, también ha generado críticas. No obstante, la experiencia colombiana se ha convertido en un modelo incuestionable en lo que hace a decisiones estratégicas, y es observada por feministas y otros movimientos que abogan por la reforma en la región. Aparece como una estrategia posible para lograr avances concretos en una situación de estancamiento y silencio como la que ha caracterizado el tema en América Latina por décadas. De hecho, la estrategia de buscar un modelo de permisos efectivo ya estaba siendo desarrollada por feministas en otros lugares de la región, como por ejemplo México DF, antes de la experiencia de LAICIA. Veamos ahora ese otro proceso.

Los cambios en la legislación de la Ciudad de México.

México es un país federal en el cual los estados tienen jurisdicción para dictar la ley penal de fondo. Como en el resto de los países de la región que criminalizan el aborto, en México también el aborto ha sido una práctica extendida. Los datos muestran que se realizan aproximadamente 850.000 abortos por año.¹⁷

México también es un país en donde existe, desde el punto de vista formal, una tradición de separación de Iglesia y Estado. Sin embargo, los derechos reproductivos siempre han sido un espacio de transacción, tal como lo ilustran diversas situaciones ocurridas durante el siglo XX. Ortiz Ortega (2005) sostiene que la perpetuación de la prohibición del aborto fue resultado del doble discurso que caracteriza a la supuesta relación de separación entre Iglesia y Estado en ese país: en 1970 el Congreso mexicano logró constitucionalizar el derecho a la anticoncepción, pero parte del acuerdo con la Iglesia Católica para mantener la enmienda constitucional y las políticas de anticoncepción incluía dejar a un lado la cuestión del aborto.

19 Guttmacher Institute, *Datos sobre el aborto inducido en México*, Octubre 2008, disponible en http://www.guttmacher.org/pubs/2008/10/01/FIB_IA_Mexico_sp.pdf, visitado el 22 de septiembre de 2009.



Hasta el año 1836, las leyes coloniales mexicanas castigaban el aborto con la muerte. En 1871, el primer Código Penal desde la independencia penalizó el aborto pero introdujo una excepción al castigo cuando la vida de la mujer se encontraba en peligro. Los códigos post-independentistas también redujeron la pena de muerte a pena de prisión por un tiempo menor al infanticidio. Una nueva ola de reformas surgió en los años treinta. En ese entonces, a diferencia de lo que sucedía en Europa, los códigos penales mexicanos no incorporaron más excepciones a la penalización del aborto. A partir de ese momento, época en que comenzó la aprobación de los nuevos códigos penales de una mayoría de los estados mexicanos, las leyes estatales sancionan el aborto con penas de prisión que van desde los 4 meses hasta los 12 años. Además, la mayoría de los códigos crea también varias causales de no punibilidad, que fluctúan de un estado a otro (Ortiz Ortega 2005). Si bien todos los estados establecen excepciones para las víctimas de violación, sólo once leyes no criminalizan el aborto en caso de riesgo para la salud de la mujer (Pou 2009). Más aún, el código penal federal prohíbe el aborto y provee permisos para los casos de violación o riesgo para la vida de la mujer.

Ya desde la década del setenta, las feministas mexicanas se organizaron para demandar la derogación de las leyes de aborto, desarrollando una campaña por la maternidad voluntaria, sin éxito desde el punto de vista jurídico. En la década siguiente, sin embargo, algunas leyes estatales morigeraron la extensión de la penalización. Pero, con el fin de evitar conflictos con la Iglesia, las nuevas leyes permanecieron ocultas al público en general (Ortiz Ortega 2005). En 1991 organizaciones feministas en el Estado de Chiapas consiguieron una ley que derogó la criminalización. Luego de su publicación la ley fue dejada sin efecto de inmediato por decisión del gobernador que cedió ante el cabildeo de la Iglesia Católica. Este fracaso originó extensos debates sobre la cuestión pero dejó al estado de Chiapas sin sus reformas.

En el nuevo milenio México comenzaría la transición de un sistema de partido único a uno multipartidista. Casi por sorpresa, la transición ofreció algunas oportunidades para la reforma. Nuevas organizaciones feministas ahora con más recursos sumaron sus esfuerzos para formar alianzas con prestadores de servicios de salud reproductiva. Moderaron sus reivindicaciones y consiguieron algunos cambios en pos de un modelo de permisos primero. Las feministas decidieron encuadrar la cuestión del aborto como una cuestión de salud pública y justicia social y cambiaron sus estrategias (GIRE 2008), aproximándose al nuevo milenio con un plan más claro para abogar por la implementación de los permisos existentes y su expansión en los códigos penales. María Consuelo Mejía, líder de la filial mexicana de Católicas por el Derecho a Decidir, ayudó a plantear estos cambios en varios aspectos de las estrategias de los grupos feministas con los que esta organización formó alianzas (Mejía 2005).

Marta Lamas, otra reconocida feminista mexicana, fundadora del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), también expresó la transformación de los reclamos feministas y sus estrategias en el país (Lamas 2001). La reyería política en el nuevo sistema multipartidista mexicano ofreció una variedad de oportunidades para avanzar las nuevas estrategias feministas. Como resultado de varios compromisos conscientes, se alcanzó así



una serie de victorias consecutivas en la reforma de las leyes sobre aborto de la Ciudad de México.

A partir del año 2000, la Ciudad atravesó dos procesos de cambios legislativos de la normativa sobre aborto. En primer lugar, la legislatura aprobó una reducción de la pena de prisión y la adopción de excepciones a la penalización del aborto para los casos de violación, peligro grave para la salud de la mujer, y malformaciones genéticas que afectaran la vida del feto. Esa primera reforma reguló además el tipo de información que debía proveerse a la mujer embarazada en el asesoramiento para el aborto legal y estableció el procedimiento para obtener autorización por parte de la fiscalía en casos de violación. En 2004, la legislatura de la ciudad aprobó nuevas clarificaciones del código penal. Las nuevas normas redujeron nuevamente la extensión de la pena y modificaron el estatus jurídico de “excusa absolutoria” a “eximente de responsabilidad” o “causa de justificación”. Estas reformas no sufrieron cuestionamientos por su constitucionalidad.

En diciembre de 2005, la Constitución de México sufrió dos importantes reformas ligadas al debate por la pena de muerte que, según señala Pou (2009), afectaron en forma significativa la fundamentación constitucional del aborto, transformando el perfil de la protección constitucional del derecho a la vida. La reforma constitucional de 2005 eliminó una frase del art. 14 que se refería a la posibilidad de privar a un/a ciudadano/a de su vida en ciertos casos e incluyó a la pena de muerte en la lista de castigos prohibidos. De esa forma, la reforma constitucional allanó el camino para una mayor liberalización. Dos años más tarde, en el contexto de un conflicto político sin precedentes entre el PRD y el PAN por los resultados de la elección presidencial, se obtuvo la primera ley de derogación que se sumó a las vigentes en Puerto Rico y Cuba. En efecto, en 2007, la legislatura de la ciudad de México aprobó dos nuevas leyes. La primera eliminó la criminalización del aborto en las primeras doce semanas de embarazo. La segunda ley, referida a la salud, previó el asesoramiento médico pre y post aborto y exigió la cobertura de la práctica por el sistema público de salud.¹⁸

Pero los cuestionamientos no tardarían en hacerse oír. Ese mismo año, el Fiscal General del país y el director de la Comisión Nacional de Derechos Humanos atacaron judicialmente la constitucionalidad de ambas leyes, argumentando que violaban el derecho a la vida del feto, los derechos de los médicos a la objeción de conciencia y discriminaban a los padres. En agosto de 2008, la Corte Suprema emitió su decisión y en febrero de 2009 finalmente publicó sus fundamentos.¹⁹ En la decisión, que los comentaristas han interpretado como un típico ejercicio “minimalista” al realizar básicamente un argumento de competencias regulatorias, la mayoría de la Corte decidió rechazar las objeciones a la implementación del modelo de derogación en el primer trimestre del embarazo. Entendieron que la

18 La ley “Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal” (24/4/2007), disponible en http://ss1.webkreator.com.mx/4_2/000/000/008/oac/DECRETO%20GACETA%20OFICIAL.pdf, visitado el 22 de septiembre de 2009, y la resolución “Lineamientos Generales de Organización de los Servicios de Salud relacionados con la Interrupción del Embarazo en el Distrito Federal, reformando, adicionando y derogando diversos puntos de la Circular GDF/SSDF/01/06” (4/5/07), disponible en http://www.gire.org.mx/publica2/LineamientosILE_SSDF_040507.pdf, visitado el 22 de septiembre de 2009.

19 La decisión de la Corte Suprema Mexicana está disponible en <http://informa.scjn.gob.mx/sentencia.html>



criminalización durante todo el embarazo no constituía un mandato constitucional.²⁰ De este modo, la Corte sostuvo que la ley de la Ciudad de México era compatible con la Constitución y que los compromisos internacionales de México en términos de derechos humanos, en cuanto al derecho a la vida, no implicaban un reconocimiento del carácter absoluto del mismo.

La implementación de estas reformas está aún en marcha. Resulta incuestionable, sin embargo, que tanto las reformas jurídicas como los ataques judiciales que sufrieron provocaron un amplio debate público sobre la cuestión del aborto en México (GIRE 2007). Por otro lado, si bien ningún otro estado ha avanzado para adoptar una norma del estilo, algunos cambios han ocurrido. En ese sentido, cabe mencionar a los códigos penales de Baja California, Baja California Norte y Morelos, reformados para modificar las excepciones hacia un modelo de permisos.²¹ El proceso también ha dado lugar a algunos cambios restrictivos. Las reformas han sido acompañadas por un proceso de reacción iniciado a nivel estadual donde se han llevado adelante varios intentos de introducir cambios constitucionales que declararan el reconocimiento de la protección del derecho a la vida desde la concepción.²²

Las feministas, sin embargo, han trabajado en múltiples iniciativas para fomentar el acceso a los servicios de aborto previstos en las nuevas leyes. Algunos proveedores de servicios reproductivos se han sumado a la propuesta. Se conformaron coaliciones como la Alianza Nacional por el Derecho Decidir (ANDAR), integrada por organizaciones profesionales trabajando en pos de la implementación del modelo de permisos y el nuevo esquema de derogaciones para lograr mayor acceso de las mujeres al los servicios de aborto.

Según las estadísticas oficiales de la Secretaría de Salud del gobierno del Distrito Federal, se han realizado 18.149 abortos en el sistema público de salud bajo la nueva legislación.²³ Estudios anteriores, como los llevados a cabo por Mollman (2005) y Billings et al. (2002) ya sugerían un incremento en el acceso a los abortos permitidos en las primeras reformas pero indicaban también la permanencia de varios obstáculos. No hay aún demasiados datos empíricos para conmensurar el impacto relativo de la última y más reciente reforma jurídica.

Como en el caso de Colombia, sin embargo, puede que sea demasiado pronto para explorar los beneficios y celebrar lo que es aún tan solo una serie de victorias en el plano de la transformación jurídica formal cuyo funcionamiento en los hechos se desconoce. Pese a ello, la experiencia mexicana puede también aportar a la reflexión sobre las reformas en el resto de la región.

20 Un registro completo de los documentos pueden ser encontrados en <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=180>, visitado el 22 de septiembre de 2009.

21 Para un relato de las reformas de las leyes estatales penales sobre abortos, ver Mollmann (2005).

22 Conforme lo que dice Madrazo (2009), se aprobaron reformas en seis Estados (Colima, Durango, Jalisco, Morelos, Puebla y Sinaloa) y otras reformas están siendo consideradas en otros seis Estados (Aguascalientes, Guanajuato, San Luis Potosí, Querétaro y Veracruz).

23 Véanse los datos del Programa de Interrupción Legal del Embarazo, cifras por unidad médica de abril de 2007 a diciembre de 2008, disponibles en: http://www.gire.org.mx/publica2/ILE2007_2008_AgendaEstadistica2008_DF.pdf, visitado el 22 de septiembre de 2009.



Las tres dimensiones de las reformas comparadas

Si bien las experiencias de movilización política, moral y jurídica en las reformas de Colombia y México DF fueron diversas, la comparación ofrece una gama interesante de situaciones para reflexionar sobre fenómenos de liberalización en otros países. El resto de esta sección se aboca a esa comparación en tres de los planos en que pueden contrastarse las experiencias de las dos jurisdicciones: los modelos de regulación, el encuadre normativo, y los foros de la reforma.

a. Los modelos de regulación. El modelo elegido por cada sistema jurídico para regular la extensión de la prohibición y el castigo del aborto responde, a su manera, a la tensión entre los valores de la igualdad, la libertad o la dignidad y el deber de protección de la vida intrauterina. En ese sentido, los regímenes del aborto pueden clasificarse a lo largo de un espectro de grados de permisión. En el caso de los dos países observados, ese espectro comenzaría en su punto más permisivo con el modelo de derogación o a demanda como el adoptado en el 2007 por México DF, y terminará con el modelo de permisos que, desde 2006, rige en Colombia. Como lo propone el Cuadro II, los dos modelos incluyen entre ellos una variedad de combinaciones con distintos tipos de permisos para cuyo acceso se exige, a veces, una indicación médica y otros más flexibles que no demandan determinación profesional. Estos modelos incorporan a su vez requisitos tales como el asesoramiento (incluyendo el asesoramiento sobre alternativas al aborto), los períodos de espera, el consentimiento de los padres, o el requisito de instalaciones especiales para llevar adelante los abortos. Estos últimos mecanismos de regulación se emplean además para condicionar el acceso de las mujeres al aborto con el objetivo declarado de señalar respeto del valor de la vida fetal (Glendon 1987).

CUADRO II. Modelos de regulación del aborto (A septiembre de 2009).

	Colombia	México DF
<i>Tipo de modelo</i>	Modelo de permisos con implementación	Modelo de derogación
<i>Criminalización en la primera etapa del embarazo</i>	Sí	Sí
<i>Criminalización en las etapas siguientes del embarazo</i>	Sí	Sí
<i>Permisos accesibles con indicación médica</i>	Sí	Sí, sólo luego de las 12 semanas
<i>Indicación médica en la primera etapa del embarazo</i>	Sí	No
<i>Consejo con información sobre alternativas al aborto (adopción, crueldad del procedimiento, etc.)</i>	No	Sí
<i>Plazos</i>	No hay plazos	12 semanas de gestación

A su vez, el modelo de permisos ha estado vigente en algún momento en Colombia y México DF. En el caso de México DF, este distrito ha logrado avanzar y derogar la penalización del aborto temprano. Por otra parte, las regulaciones de las dos jurisdicciones han apelado a distintos tipos de reglas para garantizar el acceso a los servicios de aborto legal según



lo esquematiza el Cuadro III. Esas regulaciones han asegurado el financiamiento público de los servicios de aborto legal en México DF y Colombia.²⁴

CUADRO III. Regulación para la provisión de servicios de aborto. (A septiembre de 2009).

	Colombia	México DF
<i>Provisión o subsidio público y gratuito</i>	Sí	Sí
<i>Consejo obligatorio sobre alternativas al aborto</i>	No	No
<i>Un solo medico determina la presencia de los permisos</i>	Sí	Sí, solo después de las 12 semanas
<i>Consentimiento paterno</i>	Sí	Sí
<i>Consentimiento de la pareja</i>	No	No
<i>Servicios especialmente habilitados para la atención del aborto</i>	No	No

b. El encuadre normativo. El encuadre normativo de los procesos de reforma del aborto puede incluir tanto los argumentos vertidos para reivindicar las reformas como aquellos en virtud de los cuales las reformas fueron efectivamente concedidas.²⁵ Si bien las constituciones de las dos jurisdicciones estudiadas podrían haber sido mejor interpretadas apelando a otros ideales consagrados en sus textos y la práctica constitucional en el momento de las reformas o más tarde, no me refiero aquí a la justificación normativa correcta sino a la descripción de la efectivamente desplegada en demanda del acceso al aborto y la reconocida por quienes desde el Estado otorgaron el derecho.

La observación de los encuadres normativos “oficiales” en las dos experiencias relevadas sugiere un panorama variado en la justificación de las reformas tanto de parte de los tribunales como en la expresión de motivos de las nuevas leyes o regulaciones administrativas. Como en otras experiencias comparadas, el desacuerdo normativo fue y continúa siendo ubicuo en todos los procesos de liberalización. A pesar de la visión compartida de los costos de la penalización, ni las feministas ni los sectores liberales y progresistas pro-reforma expresaron una mirada monolítica sobre su mejor encuadre argumental al demandar las reformas. Además, los desacuerdos normativos han permanecido en constante fluidez desde mediados de los años sesenta. Así, algunos

24 En México DF, la Resolución “Lineamientos Generales” (4/5/07), ver supra, nota 49. En Colombia, la Resolución 4905/2006 aprobada por el Departamento de Desarrollo Social.

25 Para identificar estos fundamentos a lo largo del trabajo he apelado a distintos tipos de fuentes. En el caso de los argumentos oficiales: (a) allí donde hubo pronunciamientos judiciales consideraré los argumentos de los votos mayoritarios y (b) cuando las reformas fueron legislativas me basaré recurriré a fuentes secundarias de los debates legislativos y las exposiciones de motivos de la ley, si las hubo. Para el retrato de los argumentos de la reivindicación de las reformas he tomado fuentes secundarias que describen la movilización que acompañó debates parlamentarios o iniciativas diversas de *advocacy* pro reforma. En la reconstrucción de los argumentos en cada país sigo, principalmente, los trabajos de : (i) en EE.UU.: Siegel (1995), Gordon (1986), Mohr (1978) Burns (2005), y Balkin (2005); (ii) en España: Rubio Marín (2004) y Valiente (2001); (iii) en Colombia: Jaramillo y Alfonso (2008) y Vivero Vigoya (2006); y (iv) en México: GIRE (2008), y Ortiz Ortega (2005). En otro trabajo (Bergallo 2009), he descrito en más detalle los distintos argumentos y sus fuentes.



argumentos han evolucionado o enfrentado reformulaciones diversas mientras emergían también nuevas conceptualizaciones.

En las primeras reformas llevadas a cabo en los países centrales los argumentos predominantes en la justificación oficial se basaron en derechos de la tradición liberal clásica como la privacidad, la defensa de la libertad de conciencia, la libre determinación de la personalidad y la protección de la separación entre la Iglesia y el Estado, objetivos de salud pública o de protección de la salud de la mujer, el carácter superogatorio de llevar adelante un embarazo no deseado o producto de violación, los peligros y costos impuestos por la criminalización y, en particular, la afectación que estos suponen para las mujeres más pobres y vulnerables como una cuestión de justicia social. En cada país, la fundamentación de esas reformas también estuvo en conexión directa con el tipo de modelo regulatorio adoptado.

Sólo recientemente, las críticas feministas al derecho –aunque no las más radicales- y el discurso de la igualdad entre los sexos junto a una renovada apelación a la dignidad de las mujeres comenzaron a aparecer en los marcos de justificación de reglas más permisivas frente al aborto. Mucho más novedosas aún son las referencias al aborto como un asunto de derechos humanos y un asunto del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) presentes en la sentencia colombiana.

En el caso concreto de la experiencia de Colombia y México DF, los jueces y los legisladores apelaron a argumentos adicionales para fundar las reformas. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se destacaron en la justificación de la decisión colombiana. Un espacio importante fue ocupado por las referencias a la CEDAW junto a otras normas internacionales y precedentes sobre derechos reproductivos y el derecho a la salud de las mujeres. Las apelaciones al derecho comparado también integraron los discursos de fundamentación de la reforma colombiana. La Corte colombiana hizo hincapié en la falta de proporcionalidad en el trato de los derechos de la mujer que supone la imposición de una penalización total en defensa del interés en la protección de la vida fetal.

Otra cuestión clave en el debate en ambos contextos fue la discusión sobre el reconocimiento de la protección jurídica de la vida intrauterina. En Colombia, los tribunales negaron la existencia de un derecho absoluto a la vida del feto que fuera protegido constitucionalmente, aunque reconocieron un interés estatal –que se incrementaba durante el embarazo- en la protección de la vida fetal. Además, en las reformas en pos de un modelo de permisos con implementación, la Corte Constitucional insistió en la relevancia de la protección de la vida fetal a través de la preservación de la penalización durante todo el embarazo. La Corte colombiana formuló esta idea a partir de un test de proporcionalidad para ponderar valores, principios y derechos (Undurraga y Cook 2009). En cambio, en el modelo de derogación adoptado en la reciente reforma mexicana, las nuevas normas coincidieron en que durante la primera etapa del embarazo el interés estatal en la protección de la vida fetal es superado por el derecho de la mujer, que claramente prevalece en la circunstancia de conflicto entre ese derecho, y un interés en la protección de vida intrauterina en cabeza del Estado. En estos casos, la norma mexicana asume que el interés estatal en la protección de vida fetal autoriza mayores restricciones en el acceso de las mujeres al aborto a medida



que avanza el embarazo, aunque durante la primera etapa esas restricciones no permiten el empleo de la penalización.

Por último, resulta interesante destacar que la Corte Colombiana no respondió la pregunta -central para algunos- sobre el comienzo de la vida. La cuestión adquiere relevancia sólo si se asume, primero, que puede determinarse jurídicamente cuándo comienza la vida, y segundo, si se considera que esa vida recibe del derecho una protección constante como la que emergería de un derecho absoluto a la vida. Sin embargo, la determinación del comienzo de la vida plantea una cuestión sobre la que ni la ciencia, ni la moral, ni las religiones han alcanzado un acuerdo, y que el derecho no puede resolver. Pero además, esa determinación sólo parece necesaria si estamos dispuestos a derivar de ella alguna concepción sobre la protección jurídica de esa vida desde su comienzo hasta el momento en que se considera el pedido de aborto, pedido que jamás ocurre al momento de concepción, como es obvio. Por otra parte, en ninguno de los países estudiados, ni los tribunales ni las legislaturas reconocieron mayoritariamente la existencia de un derecho a la vida en el embrión o el feto en el embarazo temprano, y mucho menos que ese derecho fuera absoluto, dado que ninguna de las legislaciones estudiadas reconoce ningún derecho absoluto. Las pruebas de ello estaban disponibles en distintas instituciones jurídicas que reflejan la protección diferente que derecho otorga a la vida nacida frente a la vida fetal. Sugeridas, entre otros, por la diferencia entre la pena del infanticidio y el aborto, la justificación de la legítima defensa o el estado de necesidad, la desigual valoración económica en el régimen de indemnizaciones, para nombrar sólo algunas (Ferrante 2008).

c. Los foros de la reforma. En México, los tres poderes del Estado participaron de las iniciativas reformistas en las diferentes etapas de los procesos de liberalización.

A diferencia de Colombia, donde el Congreso aún no se ha pronunciado sobre las reformas, en México los poderes legislativos estatales o nacional sancionaron leyes en pos de la liberalización. El papel del legislativo difirió según el modelo regulatorio propuesto. Las legislaturas estatales fueron las primeras en adoptar el modelo de permisos con implementación, en México a partir del año 2000. Más tarde, la legislatura estatal de Ciudad de México instauró el modelo de derogación para su distrito.

Estas reformas legislativas ocurrieron en contextos políticos diversos en los dos países. Los enfrentamientos entre dos ex candidatos presidenciales fueron parte del trasfondo político de las últimas reformas de México DF que reforzaron un proceso iniciado como parte de la acción coordinada de algunas organizaciones feministas y legisladores de la ciudad (GIRE 2008).

El papel de los tribunales en los procesos de reforma también fue heterogéneo. Mientras la intervención de los tribunales constitucionales y el ejercicio del control de constitucionalidad resultaron factores determinantes en momentos del proceso colombiano, en México DF éstos fueron llamados sólo a certificar el carácter constitucional de las nuevas reglas propuestas por el legislativo.

Finalmente, los procesos de implementación de las decisiones de los tribunales o las reformas legislativas han dependido sustancialmente de la sanción de reglas administrativas



a nivel federal o local para implementar la oferta de servicios y las condiciones de acceso a los abortos permitidos. En particular, los actores del sistema sanitario, con el liderazgo de los ministerios de salud, son quienes emitieron estas regulaciones sin las cuales la puesta en práctica de los cambios legislativos o judiciales no hubiera sido posible. En Colombia, cabe destacar que las normas para implementar la decisión de la Corte incluyen un decreto presidencial con el efecto de legitimación que eso supone.

La confrontación de las experiencias comparadas y la revisión de la práctica local sugieren algunas conclusiones en las tres dimensiones de las experiencias de reforma que podrían iluminar las propuestas de liberalización en debate hoy en el país y los interrogantes adelantados en la introducción.

A modo de conclusión

Las dos jurisdicciones observadas muestran que los procesos de reforma siguieron una pauta de interacción entre modelos regulatorios. Los dos regímenes observados tuvieron vigentes regulaciones que seguían el modelo de permisos y avanzaron hacia su implementación, como en Colombia, o hacia su sustitución por el modelo de derogación, como en México DF. En este último caso, además, el reemplazo de uno a otro modelo se produjo rápidamente en el transcurso de menos de una década. En Colombia, que partía de una normativa más restrictiva, es demasiado pronto para evaluar si el cambio entre los modelos de reglamentación y el salto hacia el modelo de derogación podrá llevarse a cabo en un lapso breve de tiempo. A pesar de estas diferencias, en ambos países el cambio incluyó un período en el que el modelo de permisos resultó accesible.

Las experiencias comparadas también señalan la importancia que ha tenido la regulación administrativa para la implementación efectiva de los permisos, y el rol garantizador que jugó la normativa generada por los ministerios de salud, para regular las condiciones de acceso a los servicios de aborto permitidos y los establecimientos donde ellos se brindan.

La revisión presentada en estas páginas sugiere que es necesario comprender las propuestas más “conservadoras” que buscan el cumplimiento del modelo de permisos con implementación sólo como un estadio del camino hacia mejores y mayores reformas en sintonía con las reivindicaciones de un modelo de derogación. Resaltar el paso casi necesario que muestran de trabajar en la implementación del modelo de permisos no supone desconocer el carácter limitado de esta estrategia gradual ni los efectos injustos que puede generar respecto del empoderamiento de los profesionales de la salud que, en definitiva, son quienes tienen a su cargo la guardia de los permisos. La medicalización que implica este modelo y la consecuente reducción de los espacios de autonomía de la mujer que una implementación restrictiva puede imponer no está exenta de costos. Esos costos muy probablemente se distribuirán de forma inequitativa para recaer sobre mujeres, en su mayoría pobres, que deberán enfrentar la intervención médica con sus previsibles actitudes paternalistas.



Al igual que en otras causas que ha abrazado el feminismo, la liberalización del aborto parece no adoptar un modelo único y monolítico, ni un solo paradigma regulatorio unívoco en el camino hacia el reconocimiento del derecho al aborto, como a veces se propone en el enfrentamiento de visiones maniqueas. Según éstas, las feministas sólo aceptarán un modelo de abandono total de la penalización, mientras que los defensores de la vida reclaman la prohibición del aborto sin excepciones en nombre de un derecho a la vida reconocido de forma absoluta. Ambas posturas, son sin embargo, implausibles. La primera representa una descripción incorrecta de la mayoría de las posturas feministas que han reclamado históricamente un modelo de plazos. La segunda tampoco refleja ninguna posición defendible razonablemente. En Argentina no sólo no hay derechos absolutos sino que no es posible fundar un derecho a la vida absoluto en el desarrollo temprano del feto en ninguna norma de nuestra Constitución.

El estudio de los casos comparados también indica que la aplicación del modelo de permisos con implementación ha prosperado con más éxito cuando se sustenta en un encuadre limitado y humanitario (Burns 2005) basado por ejemplo, en argumentos menos polarizantes como el de la protección de las mujeres más pobres que recurren al aborto o el interés médico en la cuestión de salud de las mujeres y su protección ante muertes maternas. Esta justificación restringida recorta los argumentos en los que aparecen en juego cosmovisiones éticas opuestas e incompatibles, como las que enfrentan a quienes reivindican una forma única de defensa del valor vida y quienes reclaman una propiedad ilimitada sobre el cuerpo. Según Burns, este tipo de encuadre limitado caracterizó las poco controvertidas reformas por el modelo de permisos con implementación que se llevaron a cabo en los Estados Unidos antes de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Roe vs. Wade*. También parece ser el tipo de argumento empleado con más fuerza durante las reformas europeas de los setenta y la española de los ochenta. Esta perspectiva puede hoy replantearse y completarse además con apelaciones fuertes al compromiso de eliminar la discriminación por sexo y promover los derechos sociales, y entre ellos, el derecho a la salud, como en parte ha sucedido en las reformas recientes de Colombia y México.

Las consideraciones que prohíben la discriminación por sexo y exigen la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y calidad de servicios para cumplir, proteger y promover el derecho a la salud de las mujeres constituyen las bases normativas del vigente modelo de excepciones en América Latina. Esas razones sustentan la necesidad de regular y garantizar el acceso a los abortos no punibles, allí donde están permitidos, para convertir la regulación actual en un auténtico modelo de permisos con implementación y remover las barreras que hoy lo limitan. Este encuadre normativo no necesita los ambiciosos acuerdos políticos que puede requerir una reforma legislativa y podría, más bien, implementarse con la regulación administrativa o, eventualmente, la legislación provincial mientras se avanza en las reformas más profundas planteadas en el seno de los órganos de deliberación política.

Desde el comienzo de las reformas de los sesenta, las feministas no han dejado de señalar los límites de un derecho otorgado en base a argumentos que escapan a los profundos problemas de igualdad y dominación que subyacen a la restricción del acceso al aborto. Los riesgos de estas justificaciones normativas limitadas han sido demostrados



claramente a la hora de pelear por la cobertura de los servicios, pero también en el papel sobredimensionado de los médicos como guardianes del modelo de permisos que hemos señalado arriba. Sin embargo, es posible que en el contexto de grandes restricciones vigentes en países como Argentina –donde se observan grandes dificultades para la implementación de un modelo de permisos- el espacio para las conquistas reivindicadas en términos feministas sea más limitado.

Una aclaración adicional puede ser necesaria aquí. La oposición a las políticas de derechos reproductivos y a las reformas para la liberalización del aborto se han identificado a menudo con los grupos organizados que encarnan visiones extremas y conservadoras de la sexualidad de las personas, de los roles de las mujeres y su función reproductiva, entre otros. Sin embargo, la resistencia a la reforma del aborto no es el resultado exclusivo de la acción de estos grupos. Sucede a menudo que la hostilidad a la aprobación o la aplicación de las reformas sobre el aborto es producto también de lo que Burns ha conceptualizado como el “veto moral” que tienden a ejercer estos grupos conservadores. El concepto de “veto moral” proporciona una explicación mejor de la historia de la dinámica de la oposición al control reproductivo de las mujeres en general. Estos grupos, fuertemente movilizadas en torno a una concepción moral que favorece un objetivo determinado de regulación –en este caso, la prohibición del aborto y, más ampliamente, la eliminación de los cambios que su permisión supondría en términos de roles de género- rara vez tienen éxito en cristalizar sus objetivos en normas jurídicas. En cambio, son eficaces en el veto de las iniciativas reformistas: “[su] estrategia de éxito, entonces, es fundamentalmente negativa más que positiva”, afirma Burns (2005, 22). Estos grupos son exitosos en el bloqueo de la implementación de cambios legislativos o en la restricción de la aplicación de nuevas normas, que resulta como consecuencia de que, en general, es más sencillo para los legisladores y funcionarios públicos –y añadiría, la comunidad en general- mantener el *status quo* y, por tanto, no comprometer las expectativas del apoyo político de la comunidad que tiene el potencial para ejercer el veto moral.

La dinámica del veto moral y las dificultades históricas para avanzar en la aplicación concreta de un modelo de permisos con implementación quizás confirmen que el encuadre restringido propuesto más arriba, y concebido en contraste con una cosmovisión moral del tipo de la propuesta por los feminismos que no aceptan transigir por un modelo más moderado, sea una alternativa a seguir en Argentina. La evaluación de esta propuesta de encuadre limitado debe tener en cuenta, también, que parte del éxito del bando conservador en el debate de las iniciativas legislativas para facilitar el acceso a los abortos permitidos reside en la capacidad para ampliar el marco del debate y presentar cada iniciativa –incluso las más tibias- como proyectos de legalización total en las que el derecho penal sería abandonado por completo.²⁶ Además, la propuesta tiene en cuenta otro logro indiscutible de los grupos conservadores en presentar la disputa como una confrontación entre un derecho absoluto a la vida del feto supuestamente reconocido

26 Como ejemplo de ello, véanse las transcripciones de los debates legislativos de cuatro proyectos de ley de la Ciudad de Buenos Aires regulando el artículo 86 del CPN. En esos debates, la oposición total a cualquier tipo de regulación se centró en confundir la estrategia de regulación de los permisos con una propuesta de derogación de la penalización, alternativas que el público en general no distingue con claridad.



en la Constitución y los tratados de derechos humanos y la libertad total de la mujer de disponer de la vida de un tercero. Ello con la previsible reacción generalizada a favor de la preservación del *status quo* frente a lo que se percibe como un planteo de confrontación de dos cosmovisiones morales extremas, para el público informado con muy poco detalle sobre las alternativas regulatorias disponibles más moderadas.

Por otra parte, debe también tenerse presente la importancia de que los tribunales logren articular la diferencia entre el interés constitucional en la protección de la vida intrauterina y el reconocimiento de un derecho a la vida de parte del embrión. La comprensión de esta diferencia ha sido un presupuesto básico de las argumentaciones constitucionales de las reformas de las jurisdicciones estudiadas.

Las experiencias revisadas muestran la centralidad de las instituciones encargadas de regular la implementación del acceso a los servicios de aborto, cualquiera sea el modelo regulatorio adoptado. Las áreas de salud, mujeres, justicia o directamente los titulares de los poderes ejecutivos son quienes han podido avanzar en la sanción de las normas de las que depende la garantía efectiva de oferta de servicios de aborto legal. Estas normas buscan transmitir claridad a la profesión médica sobre el alcance de los permisos y las restricciones a la imposición de obstáculos. Tanto las normas como las políticas para su aplicación deberían cumplir con el deber de proporcionar servicios de aborto en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (Hunt 2006).

Finalmente, el caso de México DF ilustra la importancia de los procesos legislativos y de las cuestiones de reforma en la agenda parlamentaria. Este es en definitiva el desafío más difícil que enfrentan las iniciativas reformistas en América Latina. El caso mexicano quizás sólo haya sido posible porque no exigió la intervención del congreso federal. El caso colombiano, en cambio, dependió de la interpretación de la corte constitucional.

Un comentario final sobre Argentina. He dejado ver hasta aquí que entiendo que nuestro país puede pasar a un modelo de permisos con implementación sin la intervención del Congreso Nacional. Buenas y completas regulaciones ministeriales o leyes provinciales serían suficientes, si fueran seguidas por políticas públicas para garantizar su implementación y cumplimiento. Para dar el segundo paso, es decir para pasar a un modelo de derogación, dado que el diseño federal argentino no hace posible una alternativa legislativa local como la mexicana, será necesaria una reforma legislativa del Código Penal o un pronunciamiento de los tribunales (e idealmente también de la Corte Suprema), que cuentan con suficiente base en el derecho nacional para resolver en el mismo sentido que lo hizo la Corte estadounidense en *Roe vs. Wade*.

Referencias citadas

ALEGRE, M. (2009) *Opresión a conciencia: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva*. Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory-SELA-.

ALLEN, A. (2003) *Legal Aspects of Abortion*. En Encyclopedia of Bioethics, editado por S. Post. New York: Macmillan Reference,.



- ALLER ATUCHA, L., y PAILLES J., (1996)** *La práctica del aborto en la Argentina. Actualización de los estudios realizados. Estimación de la magnitud del problema.* Buenos Aires: Marketing Social,
- BALKIN, J. M. (2005)** *What Roe v. Wade should have said: the nation's top legal experts rewrite America's most controversial decision.* . New York: New York University Press.
- BERGALLO, P. (2007)** *El derecho al aborto en los sistemas jurídicos del mundo* FEIM, CEDES IPPF. http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/05_Bergallo.pdf (último acceso: September de 2009).
- BILLINGS, D. L., C. MORENO, C. RAMOS, D. GONZALEZ DE LEON, R. RAMIREZ, and L., et al. and VILLASENOR MARTINEZ (2002).** *Constructing Access to Legal Abortion Services in Mexico City.* Reproductive Health Matters 19: 86-94.
- BLOFIELD, M. (2006)** *The politics of moral sin: abortion and divorce in Spain, Chile and Argentina.* New York: Routledge.
- BOHMER, M.(2008)** *The Use of Foreign Law as a Strategy to Build Constitutional and Democratic Authority.* Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 77, nº 2: 441.
- BURNS, G. (2005)** *The Moral Veto: Framing contraception, abortion, and cultural pluralism in the United States.* . Cambridge, England: Cambridge University Press.
- CASAS BECERRA, L. (2009)** *Mi cuerpo no es realmente mío.* En Derecho y Propiedad, editado por P. Bergallo. Buenos Aires: Librería.
- CEDES (2007).** *Morbilidad materna severa en la Argentina. Trayectorias de las mujeres internadas por complicaciones de aborto y calidad de la atención recibida.* Buenos Aires.
- COHEN, J.L. (2004)** *Regulating intimacy: a new legal paradigm.* Princeton, N.J.:Princeton University Press.
- DWORKIN, R. (1993)** *Life's Dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom.* New York: Vintage.
- ENNY S.(2007)** *Encuesta Nacional de Nutrición y Salud.* Buenos Aires: Health National Department.
- FARRELL (2008), M.** *¿Existe un derecho constitucional al aborto?* Buenos Aires: Unpublished manuscript on file with the author.
- FERRANTE, M. (2008)** *Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto.* Unpublished manuscript on file with the author.
- GARROW, D. (1999)** *Abortion Before and After Roe v. Wade: An Historical Perspective.* Albany Law Review 62, no. Spring: 833-852.
- GHIONE, E. V. (1961)** *El llamado aborto sentimental y el código penal argentino.* La Ley, nº 104: 777.
- GIRE, Grupo de Información en Reproducción Elegida (2008),** *El proceso de despenalización del aborto en la ciudad de México.* Editado por Grupo de Información en Reproducción Asistida. Serie, Temas para el debate.
- GIRE, Grupo de Información Reproductiva Elegida (2007).** *El aborto en los códigos penales de las entidades federativas.* D.F: GIRE.
- GLENDON, M.A. (1987)** *Abortion and divorce in Western law.* Cambridge: Harvard University Press.



- GORDON, L. (1986)** *Who is frightened of reproductive freedom for women and why? Some historical answers* *Frontiers.*, nº 9(1): 23-6.
- GUTIERREZ, M.A. (2000)** *Mujeres Autoconvocadas para Decidir en Libertad (MADEL): la experiencia reciente del movimiento de mujeres.* En *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, M. Abregú and S. Ramos. Buenos Aires: Cuadernos del Foro de la Sociedad Civil en las Américas.
- GUTTMACHER INSTITUTE (2008)**; World Health Organization. http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html (último acceso: Septiembre de 2009).
- HAWKER COSTA (1994)**, S. *Aborto clandestino: Una realidad latinoamericana.* New York: Alan Guttmacher Institute.
- HTUN, M.(2003)** *Sex and the State: abortion, divorce, and the family under Latin American dictatorships and democracies.* Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- INFORME DEL COMITÉ DE EXPERTOS (2009)** Informe del Comité de Expertos. *Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva regulación.* Madrid.
- JACKSON, V., y TUSHNET M. (1999)** *Comparative Constitutional Law.* New York: Foundation Press.
- JARAMILLO, I.C., and ALFONSO T.(2008)** *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- JIMENEZ DE ASÚA, L. (1942)** *El aborto y su impunidad.* La Ley 26: 977 .
- LAMAS, M. (2001)** *Política y reproducción: aborto, la frontera del derecho a decidir .* Barcelona: Plaza & Janés.
- LAURENZO COPELLO, P. (2008)** *Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos.* Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, nº 3: 235-247.
- LAVRIN, A. (1989)** *Sexuality and marriage in colonial Latin America.* Lincoln: Nebraska University Press.
- LOPEZ, E. y MASAUTIS, A.(1997)** *Aborto en el Conurbano de Buenos Aires: Opiniones, Evidencias.* En *Anticoncepción y aborto: Su papel y sentido en la vida reproductiva.*, de E López. Facultad de Ciencias Sociales.
- LUKER, K. (1984)** *Abortion and the politics of motherhood. California series on social choice and political economy.* . Berkeley: University of California Press.
- MAC KINNON, C. A. (1989)** *Toward a feminist theory of the state.* Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- MADRAZO, A.(2009)** *El derecho a decidir o el derecho a la procreación.* Seminario de Teoría Constitucional, Derecho y Sexualidad. Asunción.
- Mc BRIDE, D. E. (1996)** *Abortion policy triads and women's rights in Russia, the United States and France.* En *Abortion politics: public policy in cross-cultural perspective.*, de M. Gitchens y D. E. McBride. New York: Routledge.
- MOHR, J. C. (1978)** *Abortion in America: The origins and evolution of national policy, 1800-1900.* New York: Oxford University Press.
- MOLLMANN, M.(2005)** *Mexico, the second assault: Obstructing access to legal abortion after rape in Mexico.* Human Rights Watch, New York.



- MOLONEY, A.(2009)** *Unsafe abortions common in Colombia despite law changes*. The Lancet 373 , nº 9663: 354.
- MOONEY, C. Z. y LEE M.-H.(1995).** *Legislating Morality in the American States: The Case of Pre-Roe Abortion Regulation Reform*. American Journal of Political Science 39, no. 3: 599.
- NARI, M.(2004)** *Políticas de maternidad y maternalismo político: Buenos Aires, 1890-1940*. Buenos Aires: Biblos.
- NATIONAL HEALTH DEPARTMENT (2007).** Basic information. Health Information and Statistics Office. Buenos Aires.
- NATIONAL HEALTH DEPARTMENT (2009)**, Subsecretaría de Salud Comunitaria. *Plan Estratégico para la Reducción de la Mortalidad Materna e Infantil*. Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación and UNICEF.
- NINO, C.(1993)** *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- ORTIZ ORTEGA, A. (2005)** *The politics of abortion in Mexico: The paradox of Doble Discurso*. En *Where human rights begin: Health, sexuality, and women in the new millenium*. , by W. Chavkin and E. Chesler. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press.
- PANTELIDES, E. A. (2006)** *La transición de la fecundidad en la Argentina, 1869-1947*. Buenos Aires: Centro de Estudios de Población.
- PECHENY, M.(2005)** *Yo no soy progre, soy peronista: ¿por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?* Vol. 6, de *Jornadas Nacionales de Debate Interdisciplinario en Salud y Población*, de M. Abramzón y et.al, 18. Instituto Gino Germani-Facultad de Ciencias Sociales, UBA.
- PETRACCI, M. (2007)** *Opinión pública sobre la interrupción voluntaria del embarazo y despenalización del aborto en la Argentina y América Latina*. Buenos Aires: CEDES/FEIM/IPPF.
- PETRACCI, M. y RAMOS S. (2006)** *La política pública de salud y derechos reproductivos en la Argentina: aportes para comprender su historia*. Buenos Aires: UNFPA, CEDES.
- POST, R. y SIEGEL., R.(2007)** *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 42, no. 2: 373.
- POU, F.(2009)** *El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal*. En *Anuario de Derechos Humanos*, de Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- RAMOS, S.; BERGALLO, P., ARIAS FELJOO, J. y ROMERO M. (2009)** *El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en Argentina*. En *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2008.*, de Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Buenos Aires: Siglo XXI.
- RAMOS, S. y VILADRICH A.(1993)** *Abortos hospitalizados entrada y salida de emergencia*. Buenos Aires: CEDES.
- REAGAN, L. J. (1997)** *When abortion was a crime: Women, medicine, and law in the United States, 1867-1973*. Berkeley: University of California Press.
- RUBIO-MARIN, R.(2005)** *Engendering the Constitution: the Spanish experience*. In *The gender of constitutional jurisprudence*. En B., Rubio-Marín, R. Baines. Cambridge: Cambridge University Press.



- SIEGEL, R. (1995)** *Abortion as a sex equality right: its basis in feminist theory*. En *Mothers in law: Feminist theory and the legal regulation of motherhood. Gender and culture.*, de Karpin, I. y M. Fineman. New York: Columbia University Press.
- SIEGEL, R.(2005)** *The gender of the United States Constitution*. En *The gender of constitutional jurisprudence*, de Rubio-Marín, R., y B. Baines. Cambridge: Cambridge University Press.
- SIEGEL, R. (2008)** *The right's reasons: constitutional conflict and the spread of woman-protective antiabortion argument*. *Duke Law Journal* 57: 1641-92.
- SIEGEL, R. (2007)** *The new politics of abortion: An equality analysis of woman-protective abortion restrictions*. *Illinois Law Review*, 991-1054.
- TUSHNET, M. (1996)** *Abortion. Constitutional issues*. New York: Facts on File, Inc.
- UNDURRAGA, V. y COOK, R.(2009)** . *Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: the Colombian Court Decision C-355/2006*. En *Constituting equality: Gender equality and comparative constitutional rights*, de S. H. Williams. Cambridge: Cambridge University Press.
- VALIENTE, C.(2001)** *Gendering Abortion Debates: State Feminism in Spain*. En *Abortion Politics, Women's Movements, and the Democratic State*, de D. E. McBride. New York: Oxford University Press.
- VIVEROS VIGOYA, M. (2006)** *Saberes, culturas y derechos sexuales en Colombia*. Bogotá: Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos [u.a.].
- WHO (2003)**. *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*. Ginebra: WHO.
- ZAMPAS, C. y GHER, J.L.(2008)**. *Abortion as a Human Right: International and Regional Standards*. *Human Rights Law Review* (Oxford University Press) 8: 2.



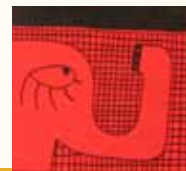
Inaccesibilidad al aborto no punible en la Argentina: obstáculos de *IURE* y obstáculos de *FACTO*

Mercedes Cavallo¹

Resumen

En Argentina, el aborto está penalizado. Sin embargo, el Código Penal contempla causales de excepción que, de aplicarse correctamente, podrían asegurar el procedimiento en un vasto número de casos. No obstante, la norma fracasa porque el aborto no punible es virtualmente inaccesible, la norma no disuade a las mujeres de practicarse abortos clandestinos y es escasamente aplicada por los tribunales en su función punitiva. El fracaso de la norma representa un serio problema de salud pública, dado que los abortos asépticos constituyen la primera causa de morbi-mortalidad materna. La inaccesibilidad al aborto no punible está determinada por obstáculos *de iure* y *de facto*. Dentro de los obstáculos *de iure* se encuentran la ambigüedad de la ley, la intervención judicial ilegal previa a la práctica del aborto y la heterogeneidad en las interpretaciones judiciales de la norma cuando se solicitan las autorizaciones. Dentro de los obstáculos *de facto* se encuentran la falta de información jurídica de las y los profesionales de la salud y la mala fe con que algunos profesionales y funcionarios operan. Esta realidad implica la violación, por parte del Estado, de los derechos humanos de las mujeres a la salud, vida, igualdad, integridad física y moral y al derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

1. Abogada graduada de la Universidad Torcuato Di Tella (2007) y LL.M. en Derechos Sexuales y Reproductivos de la University of Toronto (2009). Durante 2007 y 2008, ocupó el cargo de Prosecretaria Administrativa en la Corte Suprema de Justicia. En 2008 también fue asistente de investigación sobre derechos sexuales y reproductivos. En 2009 fue pasante en la Irish Family Planning Association y participó en el caso "ABC v. Ireland" como asistente legal ante la Corte Europea de Derechos Humanos. En 2010 asesoró legalmente a la Fundación para la Salud Adolescente del 2000 (FUSA 2000). Desde 2010 se desempeña como abogada en la ADC desarrollando proyectos de equidad de género y derechos sexuales y reproductivos. Desde 2011 integra el Consejo Asesor de Salud Adolescente del Ministerio de Salud de la Nación, desde donde capacita a servicios de salud en el país, en materia de derechos de adolescentes en el ámbito sanitario.



I. Introducción

En Argentina, el aborto es un delito que admite supuestos de no punibilidad para los llamados abortos terapéuticos y sentimentales; es decir: cuando existe peligro para vida o la salud de la mujer, y cuando el embarazo provino de una relación sexual no consentida. Sin embargo, en la práctica, las mujeres legitimadas a tener un aborto no punible no pueden acceder a él.

Según cifras del Ministerio de Salud (2010) en Argentina en 2009 se registraron 745.000 nacidos vivos. Estimaciones realizadas por Pantelides y Mario (2007) indican que en el país se practican entre 486.000 y 522.000 abortos clandestinos al año –es decir que hay más de un aborto por cada dos nacimientos. El altísimo número de abortos clandestinos evidencia, por sí sólo, el poco o nulo efecto disuasor de la ley sobre las mujeres. Por otra parte, las prácticas judiciales tampoco promueven la persecución del delito, tal como se desprende de “la significativa diferencia observable entre las cifras del aborto clandestino y las de mujeres encarceladas por el delito de aborto” (Ramos et. al, 2009: 481).

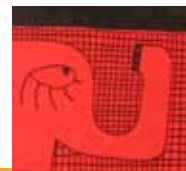
Si bien no existe evidencia concluyente que determine cuántos de los abortos clandestinos corresponderían a abortos no punibles según el Código Penal, diversos investigadores e instituciones de la sociedad civil han señalado que una cantidad considerable de mujeres que tiene derecho a un aborto legal y seguro no puede acceder a él (Ramos et. al, 2009: 453; Human Rights Watch, 2005: 49-66; Human Rights Watch, 2010: 22-27). Esto es porque la criminalización también afecta a los abortos no punibles: si a alguien disuade la norma, es a los y las profesionales de la salud que, por temor a una potencial persecución penal, se rehúsan a practicarlos o solicitan expresas autorizaciones judiciales previas a la práctica médica.

Este artículo parte de la posición que una correcta interpretación de los supuestos de no punibilidad del Código Penal seguramente admitiría el aborto legal en varios de los casos en que se realiza clandestinamente. Si bien no es el propósito discutir la interpretación y el alcance de las excepciones para el aborto no punible, el tema se reseñará someramente a los efectos de visibilizar los principales obstáculos de *iure* y de *facto* que vuelven inaccesible al aborto no punible, y denunciar las violaciones a los derechos humanos que de allí se derivan.

II. Obstáculos de *iure* que enfrentan las mujeres para acceder a la interrupción legal del embarazo en condiciones seguras

Si bien la ley penal argentina admite supuestos de aborto no punible, el acceso se ve truncado por tres obstáculos que derivan de la ley y que están concatenados entre sí:

1. La letra de la ley es ambigua;
2. La ambigüedad empuja a las y los médicos a solicitar autorizaciones judiciales no



requeridas por la ley;

3. Las y los jueces interpretan la ley de modo heterogéneo, contribuyendo a la confusión causada por la ambigüedad de la norma. Esta circunstancia incentiva la judicialización y desincentiva el acceso.

A continuación se describirá cada obstáculo.

Primer obstáculo *de iure*: ambigüedad de la ley

El primer problema de la legislación consiste en la vaguedad de sus términos. El aborto es un delito tipificado por el Código Penal en su artículo 85. Sin embargo, el artículo 86 establece las circunstancias de no punibilidad: permiso para el aborto terapéutico y permiso para el aborto sentimental.

Para el permiso de aborto terapéutico, el Código lee:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: 1º) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”.

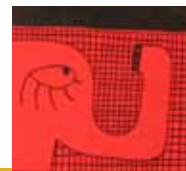
La redacción del artículo plantea preguntas acerca del alcance del permiso. ¿Qué tan *grave* debe ser el peligro para que se considere configurada la causal? ¿Cuán *probable* debe ser el daño en caso de que el aborto no sea practicado? ¿Cuál es la definición de *salud* que debe emplearse? ¿Refiere el Código únicamente al concepto de salud *física* o contempla también la *salud integral*, en el sentido de pleno *bienestar biopsicosocial*?

Para el permiso de aborto sentimental, el Código lee:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: (...) 2º) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

La ambigüedad en la redacción del artículo plantea la siguiente pregunta: ¿es permisible el aborto cuando el embarazo proviene de una violación a una mujer sana, o el permiso sólo opera cuando la mujer violada es, además, discapacitada mental?

Estas preguntas generan polémica en los tribunales, y lamentablemente no existe un criterio jurisprudencial unificado para interpretar el alcance del art. 86 del Código Penal. No obstante, el sistema jurídico penal establece principios para la correcta interpretación de las normas criminales. Un principio rector es el de “interpretación estricta” que se deriva



del “principio de legalidad”. Como explica Ferrante (en prensa), su versión más extendida sostiene que en “los casos en los que el lenguaje de la ley es tal que deja dudas acerca de si un caso individual es punible o no lo es, el juez (o quien se pone imaginariamente en su lugar) debe interpretar el derecho; debe inferir cuál es el sentido o el fundamento de las leyes en juego, y extender la condenación legal al caso dudoso sólo si eso está de acuerdo con ese sentido. De otro modo —esto es, si de acuerdo con el sentido o el fundamento de la ley, el caso dudoso no debería ser punible— el intérprete debe abstenerse de condenar”.

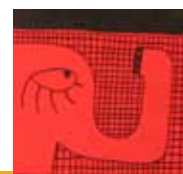
Entonces, si se aplica el principio de interpretación estricta al permiso para el aborto terapéutico, se concluye que la falta de mención expresa del requisito de gravedad en el peligro para la vida o la salud de la mujer confirma que se trata de un permiso más bien amplio, que incluye casos en que el peligro para la salud no sea grave o inminente. En relación a si el término “salud” contempla tanto a la salud física como a la mental o emocional, la falta de especificación expresa confirma, nuevamente, un permiso más bien amplio y general para abortar bajo esta causal. De otra forma, el legislador hubiera especificado el tipo de peligro y la definición de salud.

En relación al permiso para el aborto sentimental (es decir, cuando el embarazo es producto de una violación), la ambigüedad en la redacción del Código ha dado lugar a un debate sobre la permisibilidad del aborto cuando la mujer que queda embarazada como consecuencia de una violación es mentalmente sana (no “idiota o demente”). Sin embargo, el principio de interpretación estricta indica que no hay razones para sostener que el Código restringe el aborto sólo a los casos en que la mujer violada es además idiota o demente. Esto es así porque el fundamento del permiso es que la mujer no es responsable por el embarazo, ya que no consintió la relación sexual. La falta de consentimiento se da en cualquiera de los dos casos, ya sea por violación en mujeres sanas o porque el consentimiento es inválido en mujeres discapacitadas mentales.

Afirmar un permiso restringido a casos de violación de mujeres idiotas o dementes implica aceptar una visión eugenésica del Código, que justifica el aborto para evitar, por ejemplo, la propagación de enfermedades o discapacidades genéticas. O, peor aún, establece una regla misógina que sugiere que únicamente las mujeres idiotas o dementes son víctimas de una violación, mientras que las mujeres sanas “provocan” las violaciones, o, al menos, las consienten tácitamente. Ninguna de las dos justificaciones de la interpretación restringida es aceptable en un estado de derecho.

Entonces, una correcta lectura del Código admitiría el aborto no punible en una vasta cantidad de casos: cuando exista peligro no cualificado para la salud de la mujer (entendida según la definición de la Organización Mundial de la Salud como el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad” (OMS, 1946: preámbulo); peligro no cualificado para la vida de la mujer; cuando una mujer discapacitada mental quede embarazada; y cuando una mujer sana y mayor de edad fuera violada (ver Maffía, 2006: 150). Además, para ninguno de estos casos la norma requiere autorización judicial previa.

A los permisos del Código recién explicados, algunas jurisdicciones, como la Ciudad de Buenos Aires, también incluyen por ley la causal de malformaciones en el feto



incompatibles con la vida extrauterina (ley 1044/2003 CABA). Este supuesto acoge legislativamente un precedente de la Corte Suprema de Justicia de 2001 que permite la interrupción del embarazo cuando el feto padece de anencefalia (un trastorno definitivo que lo hace incompatible con la vida extra uterina) (CSJN, “T, S c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, s/amparo”; 11-1-2001).

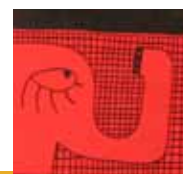
Segundo obstáculo *de iure*: judicialización e incompetencia de las y los jueces para pronunciarse

En Argentina, la mayor parte de las sentencias judiciales que se expiden sobre el alcance del artículo 86 tiene lugar en una instancia previa a la práctica del aborto (ver STJ de Chubut, “F., A. L. s/Medida Autosatisfactiva” (08/03/2010); STJ de Mendoza, “Gazzoli, Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y otros. c/ C/ sin demandado s/ acción de amparo”; 22/08/2006). Ante un supuesto caso de aborto no punible, dada la ambigüedad de la ley, las y los profesionales de la salud solicitan autorizaciones judiciales previas para asegurarse que no serán perseguidos penalmente por la comisión de un aborto que creyeron no punible cuando, en realidad, lo era².

Así lo creen también algunos jueces. Por ejemplo, en un caso de 2007, una niña de 14 que había sido violada por su padrastro requirió autorización judicial para que le practicaran un aborto no punible, según el permiso para casos del violación establecido en el art. 86.2 CP. Si bien es cierto que el art. 86 CP no exige una autorización judicial para que se realice la práctica, los jueces de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata estimaron que la competencia para conceder o no la autorización judicial se justificaba en la propia ambigüedad de la ley. En otras palabras, la competencia de los jueces nacía ante la falta de salvaguarda jurídica que enfrentaban los profesionales de la salud cuando dudaban sobre si un caso determinado correspondía a un supuesto de aborto no punible. En palabras del juez Loustaunau:

“De seguirse el criterio que propicia la apelante, ha de solidificarse el círculo vicioso en el cual el médico no actúa por temor a las sanciones jurídicas, y los jueces no consideramos necesaria la autorización previa, pero tampoco garantizamos la ausencia de sanciones, por lo que el médico persistirá en no realizar la intervención” (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “O., M.V. s/ víctima de abuso sexual”; 21/02/2007).

2. Para los supuestos de error, donde el profesional de la salud creyó que concurría un supuesto de no punibilidad que en realidad no concurría, es pertinente la discusión sobre si las excepciones de no punibilidad previstas en el art. 86 son elementos negativos del tipo o son causas de justificación. Si fueran elementos negativos del tipo, el error conduciría a la atipicidad (quedaría pendiente la discusión acerca de la potencial subsunción en alguna de las figuras de lesiones). En cambio, si fueran causas de justificación, la falta de representación de la no concurrencia del permiso podría derivar, al menos teóricamente, en una sentencia condenatoria a los profesionales de la salud por injusto completo de aborto (aunque con disminución de la pena, siempre dentro de la escala penal del tipo doloso -teoría de culpabilidad estricta-) o también a la impunidad por aborto (siempre quedando pendiente la discusión acerca de las posibles lesiones -teoría de la culpabilidad limitada-).



Este tipo de intervenciones judiciales previas a la práctica del aborto son ilegales porque la ley no las requiere y porque implican una extralimitación de la competencia de los jueces sobre un ámbito propio del Poder Legislativo.

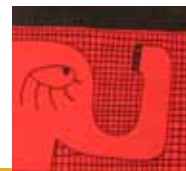
Además, y al margen de las razones legales, la intervención judicial, lejos de otorgar certezas para la comunidad médica —o de garantizar el aborto a las mujeres—, aumenta las dudas. Por un lado, porque contribuye a la falsa creencia de que se trata de un requisito legal, y, por otro, porque las y los jueces hacen interpretaciones disímiles del alcance de la norma. Es decir que hay jueces como los de la Cámara de Mar del Plata que consideran que su intervención es legal y necesaria, y jueces como los de la Suprema Corte de Buenos Aires, o los de la Suprema Corte de Entre Ríos, que consideran que carecen de competencia para intervenir antes de la práctica del aborto (TSJ de Buenos Aires, “C.P. de P.A.K s/ autorización” (27/06/2005); TSJ de Entre Ríos, “Defensora del Pueblo y Menores N°2 (en representación de la persona por nacer) s/ medida cautelar de protección de persona”; 2007).

Tercer obstáculo *de iure*: heterogeneidad en la interpretación cuando se solicita autorización judicial

Además de la heterogeneidad de las decisiones judiciales en torno a la pertinencia de la actuación judicial en una instancia anterior a la práctica del aborto, en Argentina no existe jurisprudencia uniforme relativa al alcance de las excepciones establecidas en el artículo 86. Los distintos tribunales tienen criterios variados y, a menudo, encontrados sobre la interpretación de los supuestos de aborto terapéutico y sentimental (la mayoría de las veces sobre-restrictivos e inconstitucionales). Por ejemplo, en relación al aborto terapéutico, algunos jueces consideran que el Código lo permite cuando la salud física o mental de la mujer esté en peligro, si y sólo si se trata de un peligro grave e inminente (Juzgado Correccional de Bahía Blanca N°1, “Y., R.H.”; 24/11/2003), mientras que otros jueces son menos estrictos con el tipo de peligro (ver Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “O., M.V.”; 21/02/2007). Así también, en relación al aborto sentimental, algunos tribunales creen que el Código requiere que la mujer violada sea además idiota o demente, mientras que otros tribunales estiman que la mera violación habilita el permiso (ver, por ejemplo, “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”; Juzgado Correccional de Bahía Blanca N°1 “Y., R.H.”; Ver, por ejemplo, Juzgado de Familia de Mendoza N°1 “B., L. A.”; 16/09/2008).

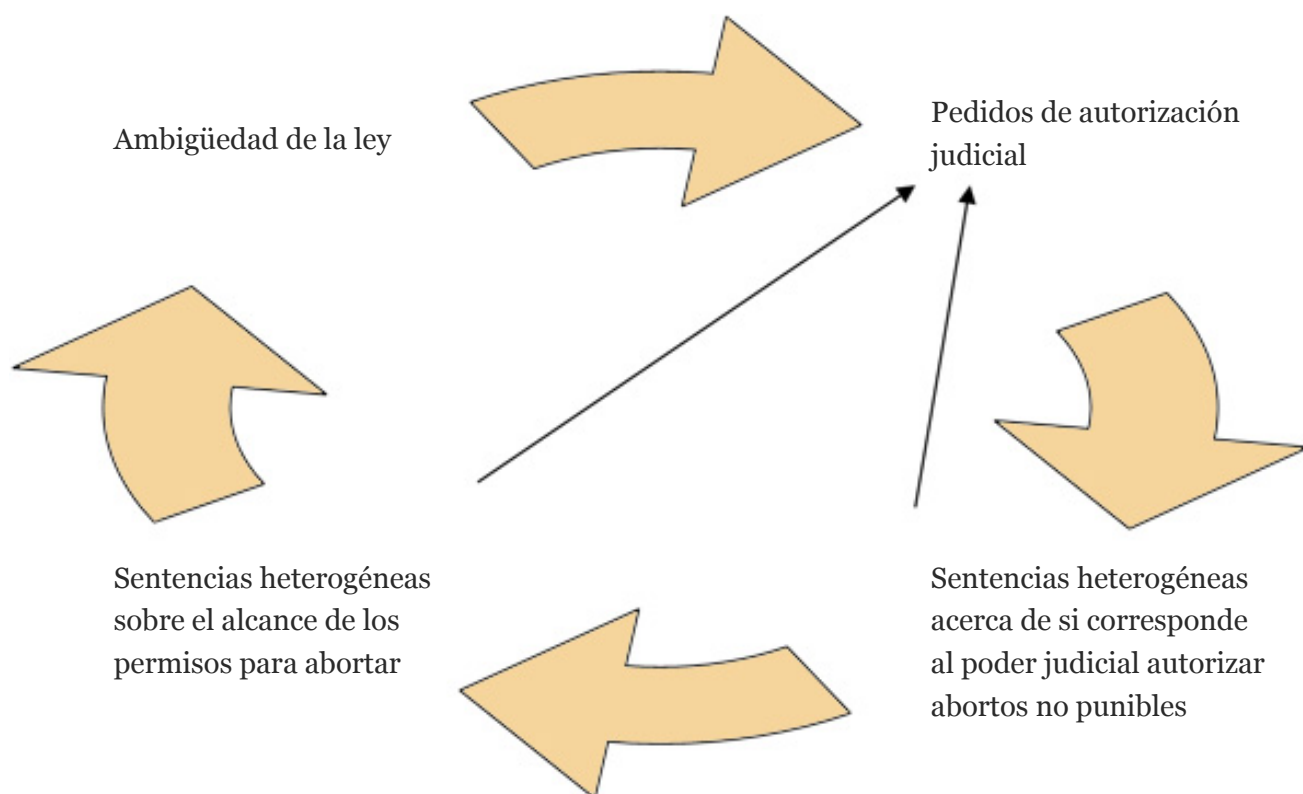
La heterogeneidad en la aplicación de la norma está propiciada por el sistema jurídico de tradición francesa, donde no se sigue la “regla del precedente” y las y los jueces tienen independencia interna (ver Sagües, 2006).

La consecuencia inmediata de la interpretación heterogénea es la inseguridad jurídica: las y los jueces confunden a las y los médicos sobre los supuestos de no punibilidad. La inseguridad jurídica tiene dos consecuencias: alimenta la judicialización del aborto no punible explicada en la sub-sección anterior, y disuade a las y los médicos de practicar el



aborto. Esto, a su vez, contribuye al aborto inseguro de dos modos: demora la provisión de servicios de salud a través de la imposición de barreras burocráticas, y empuja a las mujeres a requerir servicios clandestinos.

Figura 1: los obstáculos *de iure* en perspectiva

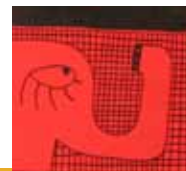


III. Obstáculos *de facto* que enfrentan las mujeres para acceder a la interrupción legal del embarazo en condiciones seguras

Primer obstáculo *de facto*: las y los profesionales de la salud carecen de información jurídica correcta

Es común escuchar que la razón por la que los y las profesionales de la salud solicitan autorizaciones judiciales para practicar abortos no punibles es que temen la sanción penal —cárcel—. Sin embargo, de todos los fallos publicados sobre aborto en Argentina desde la década de 1920 hasta nuestros días, sólo se registraron dos casos en la década de 1940 donde un médico y una partera fueron condenados por realizar abortos que creyeron no punibles (T. Tucuman “D.M.,S. y otra” abril 1941 LL, 1941, t.22, 938; CP Federal de Córdoba “Barrancos, Arístides y otros” diciembre 1945 LL, 1946, t.44, 779).

De hecho, existe el riesgo punitivo opuesto al que se alega: no practicar abortos no punibles es lo que acarrea sanción penal. En 2008, en el caso conocido como “Ana María Acevedo”, por primera vez, un juez aplicó una sanción por esta causal (Juzgado Correccional de la



Quinta Nominación de Santa Fe, Resolución 1576, libro de fallos 18, folio 11/08/2008).

Ana María Acevedo tenía 19 años y cáncer de mandíbula. Los médicos que la atendieron se negaron a practicarle el tratamiento indicado (radioterapia), por su efecto teratogénico sobre el feto, a la vez que denegaron el aborto terapéutico. La joven murió a los pocos meses, al igual que su beba de apenas unos días que había nacido prematuramente debido al frágil estado de salud de la madre.

En la resolución, el juez responsabilizó a los y las profesionales de la salud involucrados por la violación de dos deberes: 1) el deber médico de obrar conforme a la correcta *lex artis*; 2) el deber administrativo derivado de ser empleados del Estado y garantes de la salud pública. El juez procesó por lesiones culposas e incumplimiento de los deberes de funcionario público.

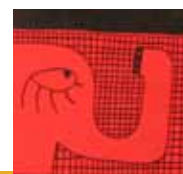
Si bien es cierto que muchos jueces se consideran competentes para otorgar o denegar autorizaciones judiciales para la práctica de abortos no punibles, también es cierto que de todos los fallos publicados en materia de aborto no se encontró ninguno que procesara o condenara a médicos por no solicitar autorización judicial. Es decir que casi no hay condenas por prácticas de aborto que se creyeron no punibles, y, aunque hay jueces que se manifiestan en relación a los pedidos de autorización, no hay sanciones judiciales cuando esos pedidos no se hacen.

Pareciera, entonces, que la razón por la que los profesionales de salud se niegan a realizar abortos no punibles, o solicitan autorizaciones previas a la práctica, es por confusión respecto de los supuestos de no punibilidad y por ignorancia respecto del bajísimo número de condenas a profesionales de la salud por la comisión de abortos que creyeron no punibles. La realidad nos muestra que a pesar de que las normas del Código parecen claras y liberales y el aborto prácticamente no se persigue penalmente, la ley penal tiene influencia sobre los profesionales de la salud, impidiendo la provisión de aborto no punible seguro.

La enorme cantidad de abortos clandestinos que tienen lugar en Argentina cada año, sumada a la reducida cantidad de abortos no punibles que se realizan de forma legal y segura demuestra que la norma penal requiere de regulación y clarificación. Así lo entendieron algunos gobiernos locales que implementaron protocolos para la atención de los abortos permitidos por el Código Penal de alcance provincial. Dichos protocolos clarifican aquellos aspectos supuestamente “oscuros” de la redacción del artículo 86 del Código Penal, en cuanto a los permisos que tienen los y las profesionales de la salud para realizar abortos no punibles. Tal es el caso de Chubut en 2010, Santa Fe en 2009, la Provincia de Buenos Aires en 2007 y Neuquén en 2007. Sin embargo, el protocolo nacional conocido como “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles”, a pesar de estar aprobado carece de resolución del Ministerio de Salud, lo que le quita fuerza vinculante en dependencias sanitarias del Estado.

Segundo obstáculo ***de facto***: mala fe

Existen casos en que las y los médicos se rehúsan a hacer abortos no punibles con mala



fe, y no por ignorancia o confusión. La relativa vaguedad del artículo y la falta de voluntad política para ejecutarlo a veces maquillan la mala fe con que algunos profesionales de la salud y algunos funcionarios públicos niegan un derecho reconocido por la ley.

La sanción en sede judicial cuando no se practican los abortos no punibles contribuiría a resolver el problema de la judicialización y de la denegación de la práctica en los casos de mala fe de los médicos. Sin embargo, solamente en el caso de Ana María Acevedo se procesó a médicos por este supuesto.

La mala fe de algunos servicios de salud se observa en el abuso de la objeción de conciencia, como sucedió, por ejemplo, en el Hospital Itaurraspe en Santa Fe³. La objeción de conciencia es sintomática de una sociedad con inequidades de género que han probado su enorme influencia para afectar el modo en que la ley opera todos los días (Alegre 2010). La resistencia de la Iglesia Católica⁴ y la perpetuación de estereotipos de género desde las instituciones públicas y sanitarias son casos ilustrativos (Ramos et. al, 2001).

IV. Violaciones a los derechos de las mujeres

En 1994, Argentina incorporó dentro de su derecho interno, con rango constitucional, numerosas normativas internacionales que otorgan protección a los derechos humanos de las personas (art. 75.22 Constitución Nacional).

De hecho, en mayo de 2011, el Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas condenó a la Argentina en el caso “LMR”, por impedir el acceso a un aborto no punible a una adolescente, discapacitada mental, que había sido violada por su tío. (CCPR/C/101/D/1608/2007, 28 de abril de 2011)⁵

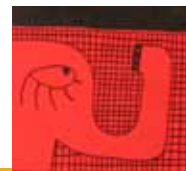
En 2006, cuando VDA, la madre de LMR, advirtió que su hija no se sentía bien, la llevó al Hospital de Guernica, donde se determinó que la adolescente había sido violada y estaba embarazada. Como resultado, VDA solicitó que a su hija se le practicara un aborto no punible. El Hospital Guernica se negó a realizar el procedimiento, y las refirieron al Hospital de San Martín, que quedaba a más de 100 km de donde vivían. Para ese momento, el embarazo llevaba casi 15 semanas de gestación.

La realización del aborto en el Hospital San Martín fue impedida por orden judicial, que fue apelada y confirmada por la Cámara Civil. La Cámara instó a la jueza de primera instancia para que extremara el control de L.M.R., y supervisara de manera constante y directa tanto el estado de salud de la adolescente como del niño por nacer, por intermedio

3. Ver <http://www.artemisnoticias.com.ar/site/notas.asp?id=22&idnota=5671>

4. Por ejemplo, el escándalo ocurrido en 2005 entre el ex Obispo Antonio Baseotto y el ex Ministro de Salud Ginés González García, donde el Obispo manifestó en una carta pública que, por sus intentos de garantizar el acceso al aborto no punible, a la educación sexual y a la anticoncepción el Ministro merecía “que le cuelguen una piedra de molino al cuello y lo tiren al mar” <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/47775-16196-2005-02-25.html>

5. http://www.cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=409:caso-lmr-argentina-aborto&catid=47&Itemid=132



de la Subsecretaría de la Minoridad. La resolución fue apelada ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que dejó sin efecto la sentencia de la Cámara y otorgó el permiso para el aborto. Para ese entonces, el embarazo llevaba 21 semanas de gestación.

A pesar de la autorización, el Hospital San Martín se rehusó a practicar el aborto, alegando que la interrupción de un embarazo tan avanzado podía implicar riesgos para la salud de LMR. Finalmente, con la ayuda de algunas organizaciones de mujeres, LMR pudo acceder a un aborto clandestino de manera privada.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que la omisión del Estado argentino en proveer los servicios de aborto seguro en este caso, que estaba permitido por ley, causó sufrimiento moral y físico, configurándose una violación al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que establece el derecho a estar libre de trato cruel inhumano y degradante.⁶ El Comité refirió que la violación es aún más evidente en este caso, dado que la víctima había sido violada y era discapacitada mental. El Comité entendió, además, que las barreras que impidieron el acceso al aborto seguro implicaron una intervención ilegítima en el derecho de LMR a la vida privada establecido en el artículo 17 del PIDCP. Finalmente, el organismo también estableció que, a pesar de que LMR pudo acceder a los recursos judiciales, éstos no fueron efectivos dado que, para obtener la autorización, LMR tuvo que pasar por tres instancias judiciales, el período del embarazo se prolongó varias semanas, se aumentó el riesgo para su salud y tuvo que acudir a servicios privados y clandestinos. De acuerdo con el Comité, entonces, el Estado argentino también violó el derecho a un recurso judicial efectivo establecido en el artículo 2.3, en relación a los artículos 3, 7 y 17.

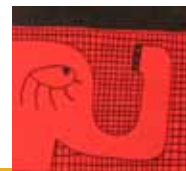
Como condena, el Comité estableció la obligación de Argentina de implementar medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada, y la obligación de tomar medidas (legislativas y/o regulatorias) para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

V. Reflexión final: ¿hacia dónde vamos?

En Argentina, el aborto practicado en condiciones de riesgo constituye la primera causa de morbi-mortalidad materna. Desde 1921 el Código Penal contempla causales de aborto no punible que, de aplicarse correctamente, podrían asegurar la práctica en un amplio número de casos. Obstáculos *de iure* y *de facto*, sin embargo, han determinado un escenario de incertidumbre que hace que el aborto no punible sea virtualmente inaccesible. Esta realidad implica la violación, por parte del Estado, de los derechos humanos de las mujeres a la salud, vida, igualdad, integridad física y moral y al derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Desde distintos frentes, la sociedad civil está actuando para resolver la falta de acceso al aborto no punible y reducir la morbi-mortalidad materna. Por ejemplo, en 2009, la

6. Ver el dictamen del Comité en un caso similar contra Perú. Com. DDHH, ONU, "K.L. v. Perú", Comm. Nº 1153/2003: Perú. 22/11/2005, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005).



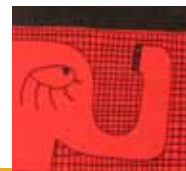
asociación *Lesbianas y feministas por la descriminalización del aborto* implementó la línea telefónica “Aborto: más información menos riesgos” a la que cualquier mujer puede llamar para obtener información sobre aborto con medicamentos (misoprostol). De modo similar, el Proyecto Fundación para la Salud Adolescente del 2000 (FUSA 2000) desarrolla acciones asistenciales en beneficio de la salud integral de los y las adolescentes y jóvenes, entre las que ofrece información sobre los distintos métodos de aborto inseguro y seguro. Estas iniciativas, sin embargo, tienen un efecto limitado en la reducción de la morbi-mortalidad materna derivada de abortos asépticos. Por la complejidad de los factores que la determinan, requerir reformas legales para solucionar la falta de acceso al aborto no punible parece una empresa más o igual de costosa que bregar por la despenalización del aborto temprano.

En el último tiempo, distintas acciones fueron planteadas en esta dirección. Por ejemplo, el 16 de marzo de 2010 la *Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito* presentó ante la Cámara de Diputados/as el Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria de Embarazo hasta la semana 12 de gestación. En noviembre de 2010, este y otros proyectos en relación al aborto fueron discutidos por primera vez en la Cámara de Diputados. Por la despenalización, también en 2010, más de mil mujeres presentaron en distintos tribunales del país una acción de *hábeas corpus* preventivo y colectivo para pedir que se declare inconstitucional la criminalización del aborto y que la Justicia inste al Congreso a despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo.

La inaccesibilidad al aborto no punible evidenció, por muchos años, la ausencia de los derechos de las mujeres en la agenda del gobierno argentino. En la última década, distintas acciones orientadas a la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y jóvenes advierten sobre una mayor voluntad política (ver Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, 2003; Ley Nº 26.130/2006; Ley Nº 26.150/2006). Si bien políticas en torno a la anticoncepción, anticoncepción de emergencia, educación sexual y violencia son pre-requisitos esenciales para la disminución de los abortos inseguros, ante el severo problema de salud pública que esto implica, es imperante que desde el Estado se aborde concreta y seriamente el tema del aborto.

Referencias citadas

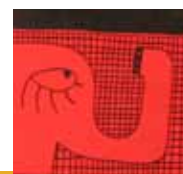
- ALEGRE, M. (2010). “Opresión de conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”. SELA, *Derecho y Sexualidades*. Buenos Aires: Librería.
- BERGALLO, P. (2010). “A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto”. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009*. Buenos Aires: ELA.
- FERRANTE, M.: “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”. Paola Bergallo ed., *Aborto y justicia reproductiva*. Buenos Aires: Editores del Puerto, en prensa.
- GARGARELLA, R. (1996). *La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.



- GRAHAM, H. (2004). "Social Determinants and their unequal distribution: clarifying policy understandings". *Revista Milbank Quarterly*, 82, 101-124.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2005). *Decisión Prohibida*. Nueva York: HRW.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2010). *Derecho o Ficción*. (Nueva York: HRW.
- INSÚA, I y ROMERO, M. (2007). *Morbilidad materna severa en la Argentina: Egresos hospitalarios por aborto de establecimientos oficiales (Resumen Ejecutivo)*. Buenos Aires: CENEP; CEDES.
- LLOVET, J.J. y RAMOS, S. (1998). "Induced Abortion in Latin America: Strategies for Future Social Research". *Revista Reproductive Health Matters*. 11 (6), 55-65.
- MAFFÍA, D. (2006). "Aborto no punible: ¿qué dice la ley?". Susana Checa ed., *Realidades y Coyunturas del aborto: entre el derecho y la necesidad*. Buenos Aires: Paidós.
- MARMOT, M y WILKINSON, R. (1999). *Social Determinants of Health*. New York: Oxford University Press.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN (2010). *Estadísticas Vitales: Información Básica 2009*. Buenos Aires. Ministerio de Salud; Sistema Estadístico de Salud, Serie 5, Número 53, Buenos Aires, Argentina.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN (2007). *Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico*. Ministerio de Salud de la Nación, Sistema Estadístico de Salud, año 2005, serie 11, nº 1, Buenos Aires, Argentina.
- PANTELIDES, E. y RAMOS, S. y ROMERO, M. y FERNÁNDEZ, S. y GAUDIO, M. y GIANNI, C. y MANZELLI, H. (2007). *Morbilidad materna severa en la Argentina: Trayectorias de las mujeres internadas por complicaciones de aborto y calidad de la atención recibida (Resumen Ejecutivo)*. Buenos Aires: CENEP; CEDES.
- RAMOS, S y BERGALLO, P. y ROMERO, M. y FEIJOÓ, J. (2009). "El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina". Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- RAMOS, S. y GOGNA, M. y PETRACCI, M. y ROMERO, M. y SZULIK, D. (2001). *Los médicos frente a la anticoncepción y el aborto: ¿una transición ideológica?* Buenos Aires: CEDES.
- SAGUES, N.P. (2006). "La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y Argentina". *Revista del Centro Estudios Constitucionales*. 4 (001) 17-32.

Jurisprudencia

- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, "K.L. v. Perú", Comm. Nº 1153/2003: Perú. 22/11/2005, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005).
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "T, S c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, s/amparo" (11-1-2001)



Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Benghalensis y otros c. Estado nacional”, (1/06/2000).

Superior Tribunal de Justicia de Chubut, “F., A. L. s/Medida Autosatisfactiva” (08/03/2010)

Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, “Gazzoli, Ana Rosa en J° 32.081 Cano Sonia M. y otros. c/ C/ sin demandado s/ acción de amparo” (22/08/2006).

Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires, “C.P. de P.A.K s/autorización” (27/06/2005)

Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires, “R.,L.M. NN Persona por nacer. Denuncia” (31/07/2006)

Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos, “Defensora del Pueblo y Menores Nº 2 (en representación de la persona por nacer) s/ medida cautelar de protección de persona” (2007)

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “O., M.V. s/ víctima de abuso sexual” (21/02/2007)

Juzgado Correccional de Bahía Blanca Nº1, “Y.,R.H.” (24/11/2003)

Juzgado de Familia de Mendoza Nº1 “B., L. A.” (16/09/2008)

T Tucumán “D.M.,S. y otra” abril 1941 LL, 1941, t.22, 938; CP Federal de Córdoba “Barrancos Arístides y otros” diciembre 1945 LL, 1946, t.44, 779.

Juzgado Correccional de la Quinta Nominación de Santa Fe, Resolución 1576, libro de fallos 18, folio 471 — conocido como el caso “Ana María Acevedo” — (11/08/2008)

Legislación

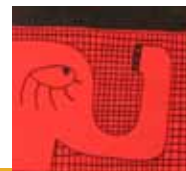
Código Penal Argentino

Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable de 2003,

Ley Nº 26.130 de 2006

Ley Nº 26.150 de 2006

Ley 1044/2003 en la Ciudad de Buenos Aires



La despenalización del aborto en el Distrito Federal, México.¹

Marta Lamas²

Resumen

El artículo reseña la intensa lucha llevada a cabo desde la década de 1980 por diversos actores sociales (principalmente organizaciones feministas) para lograr la despenalización del aborto voluntario, hasta las 12 semanas de gestación, en México. En 2002 se regularon claramente en el D.F. los requisitos y procedimientos para la realización de abortos no punibles, en tanto que en 2007 se aprobó la reforma al Código Penal que introdujo en la Ciudad de México el sistema de plazos en materia de aborto voluntario. Este logro estuvo ligado a un conjunto de experiencias de organización ciudadana y alianzas políticas, entre las que se destaca el activismo del movimiento feminista (en el marco de una nueva visión estratégica sobre la profesionalización del activismo ciudadano) y a la coyuntura política pos-electoral en 2006.

1. Este artículo fue publicado en BAITENMANN, Helga; CHENAUT, Victoria y Ann VARLEY (coords) (2010): *Los códigos del género. Prácticas del derecho en el México contemporáneo*, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM : México.

2. Antropóloga con formación psicoanalítica, participa desde 1971 en el movimiento feminista. Profesora-investigadora del Programa Universitario de Estudios de Género de la UNAM y del departamento de Ciencia Política del ITAM. Directora de la revista *Debate Feminista*. Fundó el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). Perteneció al Consejo Directivo de "Semillas", Sociedad Mexicana Pro-Derechos de la Mujer A.C., y es directora fundadora del Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir. Ha publicado seis libros publicados, el más reciente es *Feminismo: transmisiones y retransmisiones* (Taurus).



El 24 de abril del 2007, seis partidos³ de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) despenalizaron el aborto voluntario hasta las 12 semanas de gestación. Para reconstruir lo que ha sido uno de los triunfos más valiosos de la ciudadanía democrática en México, es indispensable que diversos actores sociales relaten sus experiencias. Por lo pronto, a reserva de que otros se sumen con sus propias versiones, estas páginas abonan al recuerdo de un largo proceso que derivó en tan trascendente decisión.

Son muchos los hechos, y son distintas las posibles perspectivas de análisis. Desde la mirada parcial de esta feminista, tres cuestiones fueron determinantes para que la Asamblea Legislativa aprobara la reforma al Código Penal que introduce en la Ciudad de México el sistema de plazos en materia de aborto: a) el movimiento feminista y, en concreto, una nueva visión estratégica sobre la profesionalización del activismo ciudadano; b) el triunfo electoral del PRD en la Ciudad de México y c) la polarización postelectoral de 2006. Al perfilar a grandes rasgos un complejo proceso es inevitable hacer omisiones. En especial, al centrarme en la labor de una organización podría parecer que minimizo la participación de otras que también colaboraron en la despenalización⁴. No es así. Mi intención es hablar de lo que conozco y espero que pronto otras voces se sumen narrando sus experiencias y reflexiones en torno a este suceso.

Este artículo consta de tres secciones: 1) un rápido sobrevuelo sobre la lucha feminista por el aborto y el giro hacia la profesionalización de un grupo de activistas; 2) un resumen sobre el trabajo en alianza con el PRD y 3) una mirada al contexto político que favoreció la decisión, junto a un relato breve sobre en qué consiste la despenalización.

a) La lucha feminista y el giro hacia la profesionalización de un grupo de activistas.

Desde el inicio del resurgimiento feminista de los años setenta⁵, el reclamo del derecho sobre el propio cuerpo fue un eje del activismo de los variados grupos que se unieron en la Coalición de Mujeres Feministas (Lau, 1987; González, 2001; Lamas, 2001). Tres demandas concentraron los reclamos: a favor de la maternidad voluntaria, contra la violencia sexual y por el respeto a la libertad sexual. En 1976 las feministas acudimos a la sede de la Cámara de Diputados de Donceles y, como ningún partido de izquierda tenía registro legal, entregamos al representante del PRI nuestro proyecto de ley

3. Se trata de los cinco partidos que integraron la Coalición Parlamentaria Socialdemócrata: el Partido de la Revolución Democrática (PRD), el Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido del Trabajo (PT), el Partido Convergencia y el Partido Alternativa Socialdemócrata. El sexto fue el Partido Nueva Alianza, que no pertenecía a la Coalición.

4. He tomado como eje de mi análisis a GIRE, pero también ha sido crucial el trabajo de Católicas por el Derecho a Decidir, Equidad de Género, Population Council, IPAS, Afluentes, SIPAM, Elige, MEXFAM, DEMYSEX, FUNDAR, Decidir, Consorcio y muchas más. Juntas, algunas de estas organizaciones formaron la Alianza Nacional por el derecho a decidir, que igualmente tuvo un papel relevante.

5. En estas páginas sólo abordo lo relativo a la segunda ola del feminismo a partir de los setenta. Pero desde los años treinta hay antecedentes de lucha feminista por despenalizar el aborto. Ver Cano, 1990.



sobre “Maternidad Voluntaria”. Éste fue velozmente despachado al congelador. Ese mismo año, el Consejo Nacional de Población (CONAPO) había convocado a un Grupo Interdisciplinario para el estudio del Aborto (GIA), compuesto por más de 80 especialistas, demógrafos, economistas, psicólogos, médicos, abogados, antropólogos, filósofos, un sacerdote católico, un pastor protestante y un rabino judío. El GIA culminó sus trabajos en la ciudad de Querétaro con la recomendación de suprimir toda sanción penal cuando el aborto fuera voluntario y expedir normas técnicas sanitarias pertinentes para ofrecer el servicio. El entonces presidente Luís Echeverría hizo caso omiso de tal pronunciamiento y además ordenó que dicha recomendación no se diera a conocer. Pero las feministas continuamos organizando Jornadas Nacionales sobre Aborto, dando conferencias y realizando marchas⁶.

En 1979 se crea el Frente Nacional de Lucha por la Liberación y los Derechos de las Mujeres (FNALIDM), que se suma al proceso de lucha por la despenalización del aborto. A pesar de sus diferencias, la Coalición de Mujeres Feministas y el FNALIDM reforman conjuntamente el proyecto de ley que las organizaciones feministas habían presentado en 1976. Con la Reforma Política, el Partido Comunista Mexicano había ganado su registro y en 1980 las feministas lo llevamos a la fracción parlamentaria comunista para que ésta lo presentara en la Cámara de Diputados, manteniendo el nombre de “Maternidad Voluntaria” (González, 2001; Lamas, 2001). Esto desató una feroz campaña de la derecha, con carteles con las fotos de los diputados y el lema “Estos son los asesinos”. En 1983, durante el gobierno de De la Madrid, la PGR, el PJDF y el INACIPE proponen una reforma al Código Penal en materia de aborto, que es frenada por el escándalo que organiza la Iglesia católica (Tarrés et al., 1991).

En 1989, durante el gobierno de Salinas de Gortari, unos agentes judiciales llegan a una clínica donde se practican abortos clandestinamente y detienen a unas mujeres que acaban de abortar, así como al personal médico, y los llevan a los calabozos policíacos de Tlaxcoaque. A los pocos días, una detenida decide denunciar y se genera una reacción social de indignación en defensa de las víctimas de la policía. El 5 de abril las feministas publicamos una solicitada en los periódicos *Excélsior*, *La Jornada* y *El Día* firmado por una pluralidad de mujeres: funcionarias gubernamentales, artistas e intelectuales, políticas del PRD y del PRI, y feministas de variado signo. La solicitada genera una ola de adhesiones externas y el Secretario de Salud invita a algunas de las firmantes a hablar con él. La reunión es un mero acto ritual, donde confirmamos el desinterés total del gobierno por abordar seriamente el problema.

En diciembre de 1990 la prensa nacional da a conocer que el Congreso de Chiapas, con mayoría del PRI, amplía las razones por las que el aborto no ha de ser punible: si lo solicita una pareja con el fin de planificación familiar, o si lo pide una madre soltera, o alguien por razones económicas. Además del apoyo de intelectuales y científicos de primer nivel hay pronunciamientos inesperados a favor de la despenalización, como el del Congreso del Trabajo. La Iglesia católica reacciona con una manifestación de protesta

6. Un recuento de las acciones en esos años se encuentra en Lamas, 2001.



en Tuxtla Gutiérrez y el obispo de Chiapas, Samuel Ruiz, preside la marcha y condena a las feministas que “promovieron la ley”. El Congreso local “congela” la nueva ley y la envía para dictamen a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, presidida por Jorge Carpizo, quien en un acto de congruencia se niega a dictaminarla, pues considera que su función es sólo defender los derechos de las personas ya nacidas.

Como respuesta a lo ocurrido en Chiapas, el 8 de enero de 1991 la Coordinadora Feminista del Distrito Federal y 62 organizaciones sociales, sindicales, femeninas, etc., fundan el Frente Nacional por la Maternidad Voluntaria y la Despenalización del Aborto. El 13 de enero el Partido de la Revolución Democrática (PRD) toma por unanimidad una resolución favorable a la despenalización del aborto. El 15 de enero se realiza el primer acto público del Frente Nacional por la Maternidad Voluntaria y la Despenalización del Aborto (FNMVDA): una marcha de protesta por la suspensión de las reformas chiapanecas. La consigna de la marcha es “Yo he abortado” y decenas de mujeres llegan hasta la sede de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, donde se entrega un escrito en el que, por primera vez en México, las feministas reivindican los derechos reproductivos, incluyendo el aborto, como derechos humanos de las mujeres.

Ese año es muy movido: en mayo, el FNMVDA hace un plantón en la sede de la representación del gobierno de Chiapas en el DF. En junio se lleva a cabo el Primer Foro Nacional por la Maternidad Voluntaria en Chiapas, organizado por el Frente Chiapaneco, el FNMVDA y con el apoyo de Católicas por el Derecho a Decidir. El Foro concluyó con la firma de un documento que se dio a conocer como Pacto Federal de Chiapas. En agosto se realizó una jornada por la maternidad voluntaria que incluyó una conferencia de prensa en la sede de la representación de Chiapas en el Distrito Federal y un acto en el monumento a la Madre en la Ciudad de México, donde se colocó una placa a la estatua, justo debajo de donde se encuentra grabada la leyenda: “A la que nos amó aún antes de conocernos”; la placa feminista dice: “Porque su maternidad fue voluntaria”.

Por otro lado, Carlos Salinas de Gortari reforma el artículo 130 de la Constitución, que impedía la existencia jurídica de las iglesias. La medida, argumentada como “moderna”, establece la libertad de creencias y da a las iglesias la posibilidad de operar abiertamente. Un grupo de intelectuales, previendo los conflictos por venir, publica un llamamiento donde señala que hay una serie de cuestiones que también la Iglesia católica debería respetar, entre las cuales se encontraba el derecho a decidir sobre el propio cuerpo⁷.

Poco después, unas feministas preocupadas por las consecuencias previsibles de esa reforma constitucional decidimos formar un grupo de incidencia ciudadana para responder sistemáticamente con información seria al discurso arcaico y amarillista del Vaticano y sus aliados nacionales. Así nace el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), cuyos objetivos estaban alimentados por tres ideas:

1. Introducir un nuevo discurso sobre aborto. Retomando el señalamiento de Saúl Alinsky (1971), de tener objetivos radicales pero métodos reformistas, GIRE se propone cambiar estratégicamente varios elementos discursivos. Uno era dejar de hablar de legalización y

7. El Acuerdo de mutua tolerancia aparece en La Jornada el 26 de junio de 1991.



en cambio hablar de despenalización. Otro era pasar del tradicional “a favor o en contra” a formularse la pregunta de “¿quién debe tomar la decisión de una interrupción del embarazo?”⁸ Un tercero era dar énfasis a los problemas de justicia social, democracia y salud pública que provoca la penalización.

2. Ofrecer información rigurosa y confiable a tomadores de decisiones (funcionarios, diputados), a transmisores de información (periodistas) y a los profesionistas más involucradas (médicos y abogados). GIRE arma un centro de documentación especializado y pronto se convierte en una referencia fundamental sobre el aborto.

3. Visibilizar a otros grupos sociales que coinciden con la demanda de despenalizar el aborto.

Por la necesidad de contar con personería jurídica, en abril de 1992 nos constituimos legalmente como una asociación sin fines de lucro. GIRE se veía a sí mismo como esa “minoría consistente” de la que habla Serge Moscovici (1981)⁹. En *Psicología de las minorías activas*, Moscovici señala que las fuentes de influencia desencadenan procesos cognitivos que tienen efectos transformadores sobre el proceder de los demás miembros del grupo social. Él afirma que un aspecto importante de la influencia reside mucho más en el estilo de comportamiento adoptado por las partes al defender su punto de vista, que en su pertenencia a una minoría o mayoría. Moscovici subraya la importancia de una conducta consistente como factor de influencia eficaz y al explicar que no está en juego simplemente un intercambio de información, sino también un intercambio de influencia y otras cuestiones más inconscientes y elusivas, como el prestigio, abre un horizonte nuevo para comprender la labor de *advocacy*¹⁰. Desde esa concepción, GIRE armó una red de apoyo de mujeres con prestigio social (intelectuales, científicas, artistas, políticas y señoras de sociedad), y también promovió la participación de intelectuales, científicos y artistas hombres, para que expresaran públicamente su apoyo a un cambio legislativo relativo al aborto¹¹.

GIRE inauguró una forma distinta de *advocacy* al insistir en la importancia de no exagerar las cifras, y de manejar datos oficiales. Además, mostró que en el debate sobre la despenalización del aborto están implicados principios democráticos fundamentales: la libertad de conciencia, el laicismo y el derecho a la no intervención del Estado en cuestiones de la intimidad y privacidad. También se relacionó con organizaciones hermanas en América Latina. En los Encuentros Feministas Latinoamericanos y del Caribe, junto con

8. Eso se hizo desde sus primeras acciones públicas, como la presentación de la 1ª Encuesta Nacional sobre Aborto GALLUP/GIRE. A la pregunta central ¿quién debe tomar la decisión de un aborto? el 78% responde que la decisión atañe a la mujer, sola o con su pareja. En 1993 la Segunda Encuesta GALLUP/GIRE y en 1994, la Tercera Encuesta Nacional GALLUP/GIRE confirman la tendencia liberal de considerar que la mujer era la que debía tomar la decisión.

9. Este psicólogo social planteó una nueva posición teórica referida a la concepción misma de los procesos subyacentes a la influencia social que se desarrolla en una situación de interacción social caracterizada, esencialmente, por la presencia de un conflicto social y cognitivo que ha de ser negociado por cada una de las partes en conflicto. Ver Moscovici, 1981.

10. *Advocacy* significa “abogar”, e implica tanto defender como promover una causa.

11. Ese fue el sentido de varias solicitadas donde se aboga por la despenalización. Por ejemplo, la de abril de 1998 la suscribieron Octavio Paz, Carlos Fuentes y Carlos Monsiváis entre otros destacados intelectuales.



el fortalecimiento de los lazos políticos de solidaridad regional, se había planteado la conmemoración de fechas para articular acciones de manera conjunta. Así, en 1990, durante el V Encuentro en Argentina, se fijó el día 28 de septiembre como “Día por el Derecho al Aborto de las Mujeres de América Latina y el Caribe”, siguiendo el esquema del 28 de mayo, Día Internacional de Acción por la Salud de las Mujeres¹². En 1993, un 28 de mayo, cerca de 20 organizaciones en la Ciudad de México se constituyeron en la Red por la salud de las mujeres del Distrito Federal. Poco después, fue creada la Coordinación Regional de la “Campaña 28 de septiembre por la despenalización del aborto en América Latina y el Caribe”. Bajo los lemas “Las mujeres deciden, la sociedad respeta y el Estado garantiza”¹³ y “Anticonceptivos para no abortar. Aborto legal para no morir”, la Campaña 28 de septiembre ha sido sostenida y alentada por siete redes regionales de mujeres y organizaciones de 21 naciones. La coordinación de la Campaña es rotativa, y cuando le tocó a México, la organización que se hizo cargo fue GIRE (de 1994 a 1997). Desde dicha coordinación, GIRE organizó en 1997 el Primer Encuentro Latinoamericano de Periodistas sobre Derechos Sexuales y Reproductivos.

Otro elemento que aprovechó GIRE fueron las conferencias de Naciones Unidas, la de Población y Desarrollo (El Cairo 1994) y la de la Mujer (Beijing 1995), que representaron un escenario decisivo para legitimar la discusión pública sobre el aborto. El Programa de Acción de Cairo pretendía que se reconociera que el aborto realizado en condiciones ilegales es un grave problema que es necesario enfrentar. Este pequeño reconocimiento, que abarcó solamente uno o dos párrafos de un documento de más de cien páginas que abordaba cuestiones de salud, alimentación, educación, protección de derechos y obligaciones de los países, y que aboga por un desarrollo integral dirigido a erradicar las desigualdades, fue magnificado por el Vaticano como la imposición de una política criminal de aborto legal. La campaña desplegada por el Vaticano en los medios de comunicación fue intensa y terrorífica¹⁴. Pero al final todos los países lograron un consenso, excepto Irán y Malta. Así, mientras el Vaticano perdía esa batalla, en el párrafo 8.25 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (Cairo 1994) quedaba consignado que el aborto inseguro es un grave problema de salud pública, y que en donde es legal debe ser asequible y seguro.

Entre los resolutivos de la Conferencia de Cairo, se planteaba la necesidad de “considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales”. Así, en 1995, en vísperas de la IV Conferencia sobre la Mujer

12. Las integrantes de la Red Mundial de Mujeres por los Derechos Reproductivos (RMMDR) reunidas en el V Encuentro Internacional sobre la Salud de la Mujer, celebrado en Costa Rica en mayo de 1987, fijaron el día 28 de mayo como fecha para el Llamado a la Acción. Desde entonces, ese día las organizaciones que integran la Red llevan a cabo en todo el mundo diversas actividades.

13. A ese slogan, María Consuelo Mejía, de Católicas por el Derecho a Decidir, sumó “y la Iglesia no interviene”. Así, en varios países se dice “Las mujeres deciden, la sociedad respeta, el Estado garantiza y la Iglesia no interviene”.

14. El Vaticano incluso llegó a beatificar a Gianna Beretta, una pediatra embarazada de su cuarto hijo y que padecía un cáncer uterino mortífero, pero que insistió en que se debería sacrificar su vida a favor de su hijo por nacer. Obviamente ella murió después de dar a luz, dejando huérfanos a los demás. Ver Kissling, 1994b.



en Beijing, el Secretario de Salud, Juan Ramón de la Fuente, declaró que el debate del aborto no estaba cerrado, que era un serio problema de salud pública y que debía ser revisado por el conjunto de la sociedad. El escándalo no se hizo esperar. Norberto Rivera, arzobispo primado de México, declaró “equivocada” y “errónea” la tendencia del gobierno mexicano de querer abrir una discusión en torno a la despenalización del aborto, pues es un tema que “va a dividir y confrontar a los mexicanos”. La derecha impulsó declaraciones apocalípticas y marchas a la Basílica.

Para la Conferencia de Beijing, la jerarquía católica decidió pelear con sus propias mujeres e impulsó la creación de varias organizaciones femeninas que comulgaban (literal y metafóricamente) con ella. Estas se enfrentaron a las feministas en la Carpa de ONG en Huairou. Pero pese a todos los esfuerzos del Vaticano, la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing) reafirmó el contenido de El Cairo. Especialmente importante fue el Párrafo 97: “Los abortos realizados en condiciones de riesgo ponen en peligro la vida de muchas mujeres, lo cual representa un problema de salud pública grave. La mayoría de estas muertes, los problemas de salud y las lesiones podrían prevenirse mediante un mayor y mejor acceso a servicios adecuados de atención en salud, incluyendo métodos seguros y efectivos de planificación familiar y atención obstétrica de urgencia.” Además, la Plataforma de Acción agregó la recomendación de que los países revisaran las leyes que penalizan a las mujeres cuando se someten a abortos ilegales (párrafo 106 K).

Al margen de otras consideraciones, el debate en torno a estas conferencias de Naciones Unidas resultó muy propicio para la causa porque se obligó a los gobiernos nacionales a tomar posición respecto de demandas nacionalmente acalladas, como el aborto. La influencia de las Conferencias ha sido muy amplia. En 1999 los países integrantes de la CEPAL se comprometieron a formular programas específicos para la salud de las mujeres, en el marco de los acuerdos de Cairo y Beijing, y hasta la fecha se revisa el cumplimiento de los gobiernos de las resoluciones establecidas en las Conferencias de Cairo y Beijing.

b) El trabajo en alianza con el PRD

Para 1996 el discurso público sobre el aborto había cambiado (especialmente en los medios) tanto por las conferencias de Cairo y Beijing, que difundieron la legitimidad que Naciones Unidas le otorgaba a la despenalización, como por el trabajo de GIRE y otras organizaciones civiles. La Red por la Salud de las mujeres del DF estaba activa, y organizaba actos públicos para el 28 de mayo (Día Mundial por la salud de las mujeres) y el 28 de septiembre (Día Latinoamericano por la despenalización del aborto). GIRE hacía publicaciones y talleres para médicos, abogados, periodistas y legisladores. Otras organizaciones ciudadanas difundían discursos desde diversas perspectivas sobre el derecho a decidir en materia de sexualidad y reproducción. Es de resaltar que en una región donde el catolicismo pesa tanto, ha sido especialmente eficaz el trabajo de la organización Católicas por el Derecho a Decidir.

En 1997 las plataformas del PRD y del Partido del Trabajo (PT) incluyen la despenalización del aborto como uno de los elementos de la “maternidad voluntaria”. Además, en mayo



de ese año, el candidato del PRD al gobierno del Distrito Federal, Cuauhtémoc Cárdenas, y las integrantes de la Red por la Salud de las Mujeres del D.F., que en ese momento representaba una de las corrientes más activas del movimiento feminista mexicano, sostienen una reunión donde entre los compromisos a cumplir en caso de resultar electo, Cárdenas firma la realización de una consulta pública sobre la reforma de las leyes sobre el aborto. Cárdenas gana el gobierno del Distrito Federal con 42% de los votos, lo que le da al PRD mayoría absoluta en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF). Los legisladores de la ALDF tenían la responsabilidad de redactar un nuevo código penal para el Distrito Federal. La tarea debía culminar durante el período de tres años para el que habían sido electos, que terminaría en septiembre del año 2000. El Código Penal vigente había sido redactado en 1931 y, aunque había sido reformado muchas veces a lo largo de los años, las cláusulas referentes al aborto habían permanecido intactas. Por ello, la legislación sobre el aborto para el D.F. era más restrictiva que la de las otras treinta y un entidades federativas¹⁵.

En 1998 las organizaciones feministas se reúnen en la “Campaña de Acceso a la Justicia para las Mujeres” (CAJM) para proponer reformas en cinco áreas: derechos de las víctimas, violencia doméstica, derechos de niñas, niños y jóvenes, derecho a la no discriminación, y aborto voluntario. Como parte de la CAJM, GIRE se ocupa específicamente del tema del aborto y promueve un diálogo entre los legisladores del PRD y algunos del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de cara a presentar una propuesta de ley orientada a modernizar el código penal del D.F. La idea era incluir las excepciones que ya existían en otras entidades federativas: malformaciones del producto y salud de la mujer.

El 22 de enero de 1999, el entonces Papa Karol Wojtyla llega a México y hace proclamas contra el aborto ante un auditorio de dos millones de personas en el estadio Azteca de la Ciudad de México: “¡Que ningún mexicano se atreva a vulnerar el don precioso y sagrado de la vida en el vientre materno!” Esta declaración y su repercusión en los medios de comunicación influenciaron las discusiones que tenían lugar en la ALDF. Los partidos recordaron el gran poder de la Iglesia católica, en especial, los riesgos políticos implícitos en liberalizar la legislación sobre el aborto durante el crítico período previo a las elecciones. Por eso el PRD decidió posponer la reforma del aborto durante la reforma del código penal, a fin de favorecer un proceso “pacífico” de reforma que no afectara negativamente la discusión en torno a otros temas. Así, los legisladores de la ALDF ni siquiera discutieron la propuesta sobre el aborto.

Preocupado por la negativa de los partidos a enfrentar el problema, GIRE encarga una encuesta de opinión a ARCOP, compañía previamente contratada por el PAN. Se elige la misma empresa con el fin de disminuir la posibilidad de que ese partido cuestionara la validez de los resultados que, como era previsible, fueron favorables al derecho al aborto. La encuesta mostró que, de aprobar las reformas, el PRD contaría con el apoyo del 71 por ciento en el caso de malformaciones fetales, y 63 por ciento en el caso de riesgo para la salud de la mujer. (GIRE/ARCOP).

15. En el D.F. se permitía el aborto cuando la vida de la mujer corriese peligro, cuando el aborto fuese resultado de una imprudencia o el embarazo producto de una violación, pero no estaba permitido por malformación fetal, riesgo para la salud de la mujer o existencia de razones socioeconómicas graves.



Sin embargo el PRD no quiso acicatear la ira de un enemigo político tan poderoso como la Iglesia católica meses antes de una elección presidencial que tenía grandes esperanzas de ganar. Por eso no cumplió su promesa de organizar una consulta pública sobre el aborto, optó por el silencio y las feministas asistimos consternadas a una nueva postergación del debate público en torno al aborto.

Pero una serie de circunstancias volvieron al año 2000 el año del debate sobre aborto. Lo primero fue el caso Paulina¹⁶, una adolescente de trece años, violada en Mexicali, Baja California, quien dos horas después del hecho presenta una demanda ante el Ministerio Público, acompañada de su madre y su hermano. En el acta queda consignado que había sido desvirgada, y que presentaba himen desgarrado por la violencia. Paulina queda embarazada a raíz de la violación y solicita, con el apoyo de su madre, el aborto legal al que tenía derecho. Treinta y cuatro días después de la comisión del delito, el Ministerio Público gira orden al Hospital General de Mexicali para que se realice el aborto. Dos meses y medio después de la violación, Paulina ingresa al Hospital General de Mexicali, donde se le mantuvo durante toda una semana, mientras la administración del hospital realizaba maniobras dilatorias. En ese tiempo, Paulina recibió la visita de dos mujeres que pretendían ser representantes del Sistema Integral para el Desarrollo de la Familia (DIF), y que le mostraron el grotesco film de Pro-Vida, “El grito silencioso”, haciéndola concentrarse después en una imagen de Cristo. Además, posteriormente, el Procurador General del Estado de Baja California llevó a Paulina y a su madre a visitar a un sacerdote, quien les explicó que el aborto es un pecado y constituye un motivo de excomunión. Pero Paulina y su madre siguieron insistiendo en su derecho al aborto legal. Minutos antes de la intervención programada, el director del hospital llamó aparte a la madre de Paulina y exageró los supuestos riesgos del aborto, diciéndole que su hija podía morir a causa de la intervención y que ella sería responsable de su muerte. Esto la atemorizó hasta el punto de desistir a que se le practicara el aborto a Paulina.

El caso Paulina salta a la prensa en enero de 2000 y se mantiene a lo largo de todo el año. GIRE, junto con el grupo Alaíde Foppa de Baja California, impulsan una campaña por la reparación del daño a Paulina, que culminará, seis años después, en un “acuerdo de solución amistosa” entre el Gobierno Federal y Paulina, firmado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington¹⁷.

16. Sobre el caso, ver *Las mil y una... La herida de Paulina*, de Elena Poniatowska (2000), así como dos cuadernos publicados por GIRE (2000 y 2004).

17. En vista de que las autoridades no cumplían con la recomendación de la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California, ni con la emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Paulina llevó su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con miras de llevarlo a la Corte Interamericana de Justicia. La Secretaría de Relaciones Exteriores medió entre el gobierno de Baja California y Paulina, y logró establecer este acuerdo, que fue ratificado en Washington. Entre los puntos que contiene el compromiso, destaca el Reconocimiento Público de Responsabilidad que el gobierno de Baja California tuvo que publicar en la prensa local y en el Diario Oficial, donde acepta haber obstaculizado el derecho de Paulina. Junto con este reconocimiento, dicho gobierno le otorga a ella y a la criatura que nació de la violación un conjunto de servicios y acciones tendientes a reparar el daño ocasionado: educación, salud y sostenimiento de la criatura producto de la violación. Lo verdaderamente sustantivo es que Paulina pide como reparación del daño cambios relativos a políticas públicas y leyes para que nunca otra mujer pasé por lo que ella pasó. Así, el



Además del caso Paulina, en 2000 hubo otros dos incidentes de impacto mediático relativos al aborto: el intento del P.A.N. de eliminar el aborto por violación en Guanajuato y las reformas en el D.F. conocidas como la Ley Robles. Voy por partes. Un mes después de las elecciones presidenciales, la tarde del 3 de agosto de 2000, los legisladores del PAN del Estado de Guanajuato aprobaron¹⁸ una inédita enmienda al código penal, orientada a castigar el aborto en casos de violación, con penas y multas para la mujer y la persona que practicara el aborto, a quien también se le suspendería la licencia para la práctica médica mientras estuviese en prisión. Dicha reforma debía entrar en vigor el 1 de octubre, en cuanto la suscribiera el gobernador del estado, quien tenía diez días para tomar la decisión a partir de la fecha en la que la legislatura le entregara el nuevo texto. Frente a la oposición de diversos voceros de la sociedad guanajuatense, el gobernador interino de Guanajuato comisionó a la Universidad de Guadalajara para que realizara una encuesta en quince regiones del estado para conocer la opinión de la población. Preocupadas por la validez de esa encuesta y por su posible uso político, diversas organizaciones no gubernamentales encargaron rápidamente otra encuesta, que fue realizada la misma semana que la del gobernador, para que sirviera de punto de referencia y control. El 29 de agosto de 2000, el gobernador de Guanajuato anunció su veto a la reforma de la ley, sobre la base de los resultados de la encuesta contratada por él mismo y, supongo, por la encuesta paralela.

También en agosto de 2000 el aborto fue tema central en el D.F. Una vez que se celebraron las elecciones presidenciales de julio de 2000, las feministas presionaron a favor de la liberalización de la ley de aborto con la gobernadora interina del Distrito Federal, Rosario Robles. Esta convocó a una sesión extraordinaria de la ALDF para presentar una iniciativa de ley a fin de incorporar al código penal como causales de no punibilidad del aborto las ya existentes en otros estados: la malformación fetal y el riesgo para la salud de la mujer. El PRD, que había evitado el tema durante la carrera por la presidencia, aceptó entonces

Gobierno Federal se comprometió, por medio de la Secretaría de Salud, a elaborar un comunicado para los Servicios Estatales de Salud explicando que las instituciones públicas de salud tienen la obligación de prestar oportunamente los servicios de Interrupción Legal del Embarazo (ILE) en los casos, términos y plazos permitidos de acuerdo con la legislación aplicable en cada entidad federativa. Con fecha de 4 de abril de 2006, la Secretaría de Salud envió a los Secretarios de Salud de cada entidad federativa el oficio circular con los siete criterios de atención, entre los que destacan: 1.) proporcionar información objetiva, suficiente, oportuna y comprensible a la mujer que tenga derecho a tener acceso a los servicios de ILE, sobre los procedimientos que se utilizan, sus riesgos y consecuencias, con el propósito de que tome de manera libre y responsable la decisión sobre si proceder o no a interrumpir su embarazo, mediante consentimiento informado y sin inducir o retrasar la decisión de la mujer, ni buscar disuadirla con información exagerada sobre los posibles riesgos y consecuencias del mismo; 2.) contar con personal de salud capacitado, actualizado, certificado y disponible para realizar estos procedimientos de manera tal que siempre se garantice la prestación del servicio; 3.) agilizar los trámites administrativos necesarios para que el procedimiento de ILE se lleve a cabo lo más tempranamente posible, dentro de las condiciones, los términos y plazos previstos por los ordenamientos aplicables en la materia y sin recurrir a prácticas dilatorias, ni involucrar a instancias que no estén explícitamente previstas en dichos ordenamientos; 4.) otorgar el servicio de ILE sin costo alguno para la usuaria.

18. El Congreso local se dividió casi por la mitad: quince legisladores del PAN, un antiguo miembro del PRI y un legislador del Partido Alianza Social (PAS) -es decir: diecisiete legisladores- votaron a favor de la medida, frente a dieciséis legisladores que votaron en contra: los del PRI, PRD, PT y Partido Verde Ecologista de México (PVEM).



promover la reforma, y la mayoría del PRD en la ALDF legisló a favor el 18 de agosto. Esta reforma, conocida como la ley Robles, significó tres ampliaciones: 1) de peligro de muerte se pasó a grave riesgo a la salud de la mujer; 2) se estableció el aborto por malformaciones del producto; y 3) se planteó la invalidez de un embarazo por una inseminación artificial no consentida. Además, se estableció en el código de procedimientos penales que el Ministerio Público sería el encargado de autorizar el aborto cuando éste fuera legal.

Como era de esperarse, el arzobispo de México y otros dirigentes de la Iglesia católica hicieron declaraciones públicas en el sentido de que todas las personas que estuviesen implicadas en la promoción del aborto serían excomulgadas de manera sumaria, pero cuando se le preguntó directamente si la misma disposición se aplicaría a la gobernadora, el jerarca respondió negativamente. Poco después, el 25 de septiembre de 2000, diecisiete diputados del PAN y cinco del Verde Ecologista interpusieron un juicio de inconstitucionalidad contra la llamada Ley Robles.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, un año y cuatro meses después, con una votación de 7 a 4, que no existía tal inconstitucionalidad, por lo que la reforma fue ratificada. A partir de ese momento tanto la Procuraduría General de Justicia del D.F. como la Secretaría de Salud del D.F. emitieron diversas normas para regular los procedimientos, servicios y obligaciones de los servidores públicos respecto a la realización de un aborto legal. Así, en el 2002, la Ciudad de México se convirtió en la entidad con los procedimientos más claros en materia de interrupción legal del embarazo.

La visión estratégica estaba dando frutos (¡y el gradualismo funcionaba!) pero había que avanzar más. En diciembre del 2003, la Asamblea Legislativa votó nuevas reformas en materia de aborto. Una diputada del PRI había presentado una propuesta para la “despenalización” del aborto en un arranque que más bien parecía una provocación. ¿Por qué el PRI, que jamás se ha interesado en despenalizar el aborto en los congresos donde tiene mayoría, proponía, justo donde es una minoría, la despenalización? Si el PRD aceptaba la propuesta, tendría que pagar el costo político, por ser la mayoría que haría posible la reforma; si no la aceptaba, quedaría como que estaba escabullendo su compromiso con el tema. La iniciativa de ley del PRI tenía serias fallas jurídicas y contradicciones de fondo (como mantener el castigo para los médicos que realizaran la interrupción).

Las organizaciones ciudadanas trabajamos para que el PRD hiciera otra propuesta, que constaba de una combinación de elementos que iban desde incrementar el castigo para quien hiciera abortar a una mujer sin su consentimiento hasta regular la objeción de conciencia de los médicos, de manera tal que aunque se reconociera el derecho individual del médico, se garantizara el servicio a la mujer que solicita un aborto legal. También propuso modificar la Ley de Salud, señalando que las instituciones públicas de salud debían, en un plazo no mayor de 5 días y de manera gratuita, realizar la interrupción legal del embarazo. Pero la reforma más importante, y que pasó totalmente desapercibida, fue que se eliminó el carácter de delito del aborto que se realiza en ciertas causales legales. Antes, la ley decía que no se castigaría el delito del aborto si concurrían ciertas circunstancias: grave riesgo a la salud de la mujer, violación, inseminación artificial no consentida, malformaciones graves del producto e imprudencia de la mujer. La nueva



reforma quitaba la condición de delito al aborto en el Distrito Federal cuando su realización se sustentara en alguna de las causas mencionadas. Tan técnica fue esta modificación de los términos jurídicos (“se excluye la responsabilidad penal en el delito de aborto”¹⁹) que hasta los miembros del PAN, encantados con el reconocimiento a la objeción de conciencia, votaron a favor de la ley el 26 de diciembre del 2003. La ley entró en vigor, sin que la derecha planteara una acción de inconstitucionalidad, el 27 de enero del 2004. Con estas reformas y reglamentaciones, la Ciudad de México se convirtió en la entidad federativa con las leyes más avanzadas, donde de ser un delito que no se castiga en ciertas circunstancias, el aborto deja de ser delito en esas causales. El matiz, aunque sutil, es crucial.

Sin embargo, muchas mujeres desconocían la legislación, y recurrían a los abortos ilegales y riesgosos. Una investigación realizada por Population Council mostró que, en México, el 18% de los abortos “clandestinos” se realizan por razones consideradas legales, como los embarazos producto de una violación (Lara et al, 2003). Una encuesta hecha por la empresa Ulises Beltrán & Asociados (UBA, 2003), en zonas de bajo nivel económico, señaló que el 74 por ciento de los entrevistados desconocía que el aborto por violación en México es legal. Por eso en marzo de 2004, GIRE echó a andar la Campaña “El aborto por violación es legal”. El objetivo de la Campaña era evitar abortos clandestinos en los casos permitidos por la ley; informar a mujeres de niveles socioeconómicos medio y bajo sobre el derecho a un aborto legal por violación y acompañarlas a ejercer su derecho en caso de que se les atorara el proceso.

La Campaña arrancó con el apoyo de tres instancias del gobierno citadino: el Instituto de las Mujeres del DF, la Procuraduría General de Justicia del DF y la Secretaría de Salud del DF. Pronto se sumaron la Dirección de Salud Reproductiva de la UNAM, el Instituto Nacional de Perinatología, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y dos asociaciones ciudadanas: Católicas por el Derecho a Decidir y Equidad de Género. Se hicieron más de dos millones de folletos, que se repartieron en instancias de gobierno: PGJDF, SSDF y en locales de instituciones educativas, como las escuelas preparatorias de la UNAM, en la UAM, el IPN y el Colegio de Bachilleres. Además, en el subterráneo, a donde concurren sectores socioeconómicos medios y bajos, se colocaron afiches en los vagones y puntos de difusión en las estaciones. También se colocaron carteles con el lema “El aborto por violación es legal” en agencias del MP, baños de mujeres de preparatorias (DF y UNAM), centros de salud del DF, universidades y delegaciones de Inmujeres DF. GIRE abrió una línea telefónica, con atención personalizada de 9 a 19 de lunes a viernes, más una grabación automática que daba información las 24 horas los 365 días del año.

El objetivo de la campaña -reafirmar la existencia de la Interrupción Legal del Embarazo- se cumplió largamente. La evaluación de su impacto se exploró con encuestas pre y post campaña en las 16 preparatorias del DF y con aplicación de cuestionarios a estudiantes de preparatorias y de CCH de la UNAM. La campaña siguió hasta 2007, y sirvió de instrumento para documentar las actitudes de los ministerios públicos y de los médicos.

19. Antes el Código Penal del Distrito Federal decía: “No se sancionará cuando:” (Artículo 146).



c) El contexto post-electoral y la reforma despenalizadora

La despenalización del aborto estuvo presente durante las campañas electorales de 2006, especialmente en boca de la única mujer candidata a la presidencia: Patricia Mercado (Partido Alternativa Socialdemócrata). En la competida elección presidencial el margen de diferencia entre Calderón (PAN) y López Obrador (PRD) fue de 0.65% (según el dato oficial). La sombra del fraude se extendió, y la negativa de Calderón a hacer un recuento de los votos llevaría al país a una brutal polarización. En ese marco, el 23 de noviembre de 2006, otra vez un diputado del PRI presentó en la ALDF una iniciativa de reforma para despenalizar el aborto. Cinco días después, dos diputados del Partido Alternativa Socialdemócrata (PAS), a nombre de la Coalición Parlamentaria Socialdemócrata, presentaron otra iniciativa de reforma sobre el mismo tema. Ambas propuestas fueron elevadas a las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social, para su estudio y dictamen.

Desde que inició el periodo de sesiones en la ALDF el 15 de marzo de 2007, hubo un gran debate público sobre el tema. Organizaciones conservadoras y progresistas, así como expertos jurídicos y médicos, fueron invitados a participar en foros organizados por la ALDF para discutir la despenalización del aborto voluntario. La iniciativa del PRI proponía la completa despenalización del aborto mediante la abolición de penas para las mujeres que procuraran o consintieran un aborto y regulaba la interrupción dentro de las primeras 12 semanas de gestación, pero tenía varias deficiencias: eliminaba la objeción de conciencia de los médicos, creaba una Comisión de Valoración encargada de la consejería y registro de los casos, derogaba las excluyentes de responsabilidad que permitían a las mujeres abortar (avances obtenidos en las reformas del 2000 y 2003), y sugería convocar a un referéndum para conocer la opinión de la población.

En cambio, la iniciativa del Partido Alternativa Socialista despenalizaba el aborto a través de la supresión de penas para las mujeres que consintieran o se procuraran un aborto dentro de las primeras 12 semanas de gestación. Además, conservaba las excluyentes de responsabilidad penal y la regulación de la objeción de conciencia. A raíz de la presentación de estas iniciativas, GIRE propuso establecer una quinta excluyente de responsabilidad en el Código Penal que permitiera interrumpir el embarazo dentro de las primeras 12 semanas de gestación cuando se afectara el proyecto de vida de la mujer. La intención era sustentar que un embarazo no deseado o no planeado obstaculizaba el proyecto de vida de la mujer, y por ende, afectaba sus derechos fundamentales a la vida, la salud física y psíquica y el desarrollo libre de la personalidad. La propuesta, pensada imaginando que una probable acción de inconstitucionalidad no revocara lo ya logrado, causó mucha controversia, tanto al interior de la ALDF como en el debate público. Al final, se retiró la quinta excluyente y se optó sencillamente por la despenalización antes de las 12 semanas.

El 19 de abril del 2007, ambas iniciativas fueron dictaminadas por tres Comisiones de la ALDF: Administración y Procuración de Justicia; Salud, y Equidad de Género. Después de un arduo trabajo de análisis y discusión para conciliar las 2 iniciativas y tomando en



cuenta el precedente de la Suprema Corte en la materia, las Comisiones Unidas aprobaron, por mayoría de votos de sus integrantes, el dictamen que planteaba la despenalización del aborto en los siguientes términos:

1) La reformulación de la definición jurídica penal del aborto, quedando como sigue “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación”. Por lo tanto, el aborto únicamente puede penalizarse a partir de la semana 13 de gestación, siendo lícitos los abortos consentidos o procurados dentro de las primeras 12 semanas de gestación (Artículo 144 CPDF).

2) Se definió el embarazo, para efectos del Código Penal, como “la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. Con esto se refrenda la legalidad de los métodos anticonceptivos post-coitales, como la anticoncepción de emergencia (Artículo 144 CPDF).

3) Se redujeron las sanciones para las mujeres que se practiquen un aborto. Antes la pena era de 1 a 3 años de prisión y ahora se impone, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar después de las doce semanas de embarazo, de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo en favor de la comunidad (Artículo 145 CPDF).

4) Para proteger la maternidad libre y voluntaria de las mujeres que fueran obligadas a abortar, se estableció la figura del aborto forzado que se define como “la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada”. La pena para quien realice un aborto forzado es de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión (Artículo 146 CPDF).

5) Se reformó la Ley de Salud del Distrito Federal señalando que la atención de la salud sexual y reproductiva es de carácter prioritario y que los servicios en esta materia tienen como finalidad la prevención de embarazos no deseados. Se estableció que el gobierno promoverá permanentemente y de manera intensiva políticas integrales tendientes a la promoción de la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Asimismo, se ofrecerán servicios de consejería (pre y post-aborto) y se les dará información objetiva a las mujeres que soliciten la interrupción legal del embarazo (Artículo 16 bis 8 LSDF).

Pese a las grandes presiones de los grupos conservadores y la jerarquía católica que pedían que se hiciera un referéndum y argumentaban que la vida del producto de la concepción debía prevalecer sobre los derechos humanos de las mujeres, el 24 de abril del 2007 el pleno de la ALDF aprobó las reformas por mayoría de 46 votos a favor (PRD, PT, Convergencia, Alternativa, PRI y del Partido Nueva Alianza), 19 en contra (PAN y PVEM) y 1 abstención (PRI). La ley fue publicada el 26 de abril de 2007 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y entró en vigor al día siguiente.

Inmediatamente los hospitales de la Secretaría de Salud del Distrito Federal empezaron a dar el servicio. El entonces Secretario de Salud, Dr. Manuel Mondragón y Kalb, puso un ejemplo de compromiso con el tema y se dedicó a visitar los hospitales, para detectar los problemas que pudieran surgir. Al mismo tiempo, el grupo ProVida empezó a convencer/atemorizar a los médicos para que se declararan objetores de conciencia. Las tensiones



derivadas de dar un nuevo servicio, cargado de conflictos ideológicos, se dejaron sentir. No obstante se habían actualizado los Lineamientos de Operación de los Servicios de Salud relacionados con la interrupción legal del embarazo en el Distrito Federal²⁰, que establecen reglas precisas para la prestación de los servicios médicos de interrupción legal del embarazo, las presiones fundamentalistas lograron que en algunos hospitales el servicio se diera de manera temerosa. Al mes de aprobada la reforma legislativa el Secretario de Salud dio a conocer los datos sobre el servicios prestado: 230 mujeres atendidas, de las cuales el 56% tiene entre 20 y 29 años de edad y el 54% cuenta con estudios de nivel medio, técnico o universitario. Además, 81.4% profesa la religión católica²¹.

El 24 y 25 de mayo del 2007, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y la Procuraduría General de la República (PGR) interpusieron, respectivamente, una acción de inconstitucionalidad. Éste era un escenario previsto por el gobierno del DF y las organizaciones civiles que apoyamos la despenalización de aborto. La argumentación era más ideológica que jurídica y hacía gala de un total desconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, consideradas exclusivamente como entes reproductores.

Como es de imaginar, el proceso de deliberación de la Suprema Corte estuvo acompañado de expresiones a favor y en contra. Mientras la jerarquía de la Iglesia católica profería amenazas de excomunión y salía a la calle con estandartes que representaban a la Virgen de Guadalupe cargando unos fetos y exclamando “¡Ya me mataron a un hijo! ¿Me van a matar más?”, en una de las audiencias públicas un sacerdote dominico colaborador de Católicas por el Derecho a Decidir hablaba a favor de la despenalización. Mientras los abogados católicos amenazaban con la debacle moral, Jesús Zamora Pierce, ex-presidente de la Academia Mexicana de Derecho Penal, argumentaba públicamente por qué el aborto no puede ser considerado delito. Mientras las fuerzas conservadoras hacían peregrinaciones, los intelectuales y los científicos del país manifestaban su apoyo a la despenalización con avisos pagados en la prensa²². Mientras las mujeres conservadoras rezaban en las iglesias, las feministas marchaban acompañadas de sindicalistas, estudiantes y de la ciudadanía amplia y sencilla, cantando “Saquen sus rosarios de mis ovarios”.

El intervencionismo de la Iglesia católica, que se aferra a la cantinela de “defensa de la vida” para atacar y amenazar a quienes no comparten sus creencias, fue impresionante. Richard Hare, un filósofo inglés que trabajó sobre las valoraciones morales desde la racionalidad, hizo una definición que les cae como guante a los obispos católicos al señalar que el fanatismo es “la actitud de quien persigue la afirmación de los propios principios morales dejando que éstos prevalezcan sobre los intereses reales de las personas de carne y hueso, al mismo tiempo que permanece indiferente frente a los enormes daños que su actuación

20. Vid. *Acuerdo que reforma, adiciona y deroga diversos puntos de la circular/gdf-ssdf/01/06 que contiene los lineamientos generales de organización y operación de los servicios de salud relacionados con la interrupción legal del embarazo en el distrito federal*. Gaceta Oficial del Distrito Federal, 4 de mayo de 2007, p. 2-5.

21. González, Rocío y Servín, Mirna. “En su mayoría católicas, las mujeres que han abortado”, La Jornada, 29 de mayo de 2007.

22. El Colegio de Bioética jugó un papel decisivo. Constituido por figuras de primer nivel (varios Premios Nacionales de Ciencia y miembros del Colegio Nacional), el martes 17 de abril de 2007 publicó una solicitada en La Jornada y Reforma, con una impresionante explicación de índole científica.



ocasiona a millones de seres humanos” (Hare, 1982).

Sí, el Vaticano y sus seguidores insisten en afirmar sus principios morales por encima de la salud y la vida de millones de mujeres. Por suerte, las actitudes de los curas y monjas de organizaciones de base están lejos de esta postura. Sin negar que el aborto es un conflicto ético, subrayan que este tipo de dilemas, cuando conciernen a los derechos de la persona que está llamada a resolverlos, deben de ser dejados a su autodeterminación. Varios sacerdotes jesuitas y dominicos, así como algunas monjas, compartieron la sabiduría de quien fuera obispo auxiliar de Madrid, Monseñor Alberto Iniesta: “Mi conciencia rechaza el aborto, pero mi conciencia no rechaza la posibilidad de que la ley no lo considere un delito” (Ibáñez, 1991). Así, distinguieron entre el carácter moral del aborto y su estatuto legal.

Después de un año y cuatro meses de intensa deliberación y con 6 audiencias públicas²³ sobre el tema, ocho magistrados de once de la Suprema Corte de Justicia resolvieron que la despenalización del aborto legislada en el D.F. es constitucional. Esto representa un parteaguas para todo el país, pues el concreto derecho a decidir de las mujeres queda priorizado sobre un abstracto derecho a la vida.

La despenalización pone a la Ciudad de México a la vanguardia en América Latina del tratamiento penal en relación al aborto, con argumentos que calan hondo en el imaginario colectivo y con una experiencia de organización ciudadana y alianzas políticas que puede ser llevada a otras latitudes.

Hubo varios elementos que confluyeron para la aprobación de la despenalización del aborto en la Ciudad de México: el carácter liberal de la Ciudad; los cambios normativos anteriores a las leyes del Distrito Federal en esta materia; las tendencias internacionales hacia la liberalización de las leyes que criminalizan el aborto; y los tratados internacionales que protegen derechos de las mujeres ratificados por México, al igual que las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos realizadas al gobierno mexicano en esta materia²⁴. Sin duda fue fundamental la labor de las organizaciones de mujeres y de derechos humanos, así como de intelectuales, científicos, artistas, jóvenes, académicos, analistas políticos y periodistas que se pronunciaron a favor de este derecho de las mujeres y que presionaron por una reforma congruente con el Estado laico. Fue notable el trabajo comprometido y de gran impacto de los integrantes del Colegio de Bioética.

Por otra parte, si bien fueron el PRI y el PAS quienes propusieron la reforma, el compromiso de la mayoría perteneciente al PRD fue lo que consiguió su aprobación. Además, fue crucial el hecho de que Marcelo Ebrard, el Jefe de Gobierno del DF, apoyara, pues de no estar de acuerdo hubiera podido ejercer su derecho de veto.

23. Las audiencias se realizaron entre el 10 de abril y el 27 de junio de 2008. La resolución se hizo pública el 27 de agosto del 2008. El PUEG de la UNAM publicó un libro con una selección de las intervenciones a favor de la despenalización. Ver Enríquez y de Anda 2008.

24. Principalmente las recomendaciones emitidas por el Comité para Eliminar la Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), como resultado del análisis de los informes presentados por el Estado mexicano al Comité en diciembre de 2000 y en enero de 2006, examinados en el 2002 y en agosto de 2006, respectivamente.



Otro factor decisivo para lograr estos cambios normativos fue la polarización post-electoral. El clima político también contribuyó a que el PRD se decidiera a legislar radicalmente un tema como el aborto. El PRD aprovechó la oportunidad política de contar con la mayoría parlamentaria para impulsar en la legislatura un tema tan controvertido, y para subrayar así su proyecto de nación en contraposición con el proyecto del PAN. Además, la integralidad de las reformas fue muy positiva, pues se resaltó en el discurso público que las modificaciones legales no sólo proponían la despenalización del aborto sino una estrategia de prevención de embarazos no deseados y de prestación de servicios de salud sexual y reproductiva. Esto ayudó a generar opiniones favorables en el debate público. Por eso la brutal presión de la jerarquía católica, incluso de Joseph Ratzinger, no impidió la aprobación de las reformas.

Lo que sí ha provocado el activismo católico es una reacción en varios estados de la república, que se ha expresado en modificaciones a las constituciones locales para “proteger la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural”. A partir de la resolución de la SCJN, en agosto del 2008, seis estados han avanzado en lo que parece ser un “blindaje” en contra de la despenalización. La primera iniciativa aprobada por un congreso local fue la de Sonora, el 21 de octubre del 2008, presentada por las fracciones del PAN y del PRI del congreso sonorense, de mayoría priísta y con un gobierno del mismo signo. La segunda iniciativa fue el 11 de noviembre, en Morelos, gobernado por el PAN, y la propuesta fue presentada por una diputada del PRI y una del PAN. La tercera fue el 14 de diciembre del 2008, en Baja California, con gobierno del PAN, donde en votación secreta se aprobó con el apoyo de la fracción del PRI. La cuarta fue en Colima, con gobierno del PRI, el 17 de febrero de este año. En Puebla, con gobierno del PRI, se aprobó el 12 de marzo y en Jalisco, gobernado por el PAN, el 26 de ese mismo mes. Al cierre de este artículo existen iniciativas similares en los estados de Aguascalientes, Estado de México, Guanajuato, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí y Veracruz. Si bien la estrategia de reformar las constituciones estatales es una iniciativa orquestada por los grupos católicos más conservadores, es de notar que las que se han llevado a cabo han sido posibles por el decidido apoyo del PRI. Habrá que ver qué ocurre cuando el derecho al aborto por ciertas causas, consagrado en los códigos penales de los estados (que no han sido reformados) entre en contradicción con la reciente reforma. ¡Todavía hay luchas para rato!

A esta reacción católica se suma el fundamentalismo del Secretario de Salud federal, Dr. José Ángel Córdova Villalobos, que impide que los hospitales federales ubicados en la Ciudad de México se acojan a la normatividad de la despenalización del aborto. Así, en el Hospital de la Mujer y en el Gea González, al igual que en el Hospital General y en el Juárez, los médicos tienen prohibido realizar la intervención, no obstante que se encuentran obligados por la ley. Obedeciendo el lineamiento de Córdova Villalobos tampoco las clínicas y hospitales del Seguro Social y del ISSSTE dan ese servicio a sus aseguradas.

Los gobiernos democráticos diseñan y legitiman un sistema de reglas donde, salvados los derechos fundamentales, la gente decide conforme a una variedad de creencias, pero a partir de su propio discernimiento. Lo que no pueden hacer los funcionarios de un



gobierno que se precie de democrático es intentar prohibir u obstaculizar leyes que sólo afectan a quienes se acogen a ellas. Tal es el caso del divorcio y del aborto: a nadie afecta en sus derechos que el vecino se divorcie o la vecina aborte. Y la negativa federal a que los hospitales federales y las clínicas del IMSS y del ISSTE en la Ciudad de México realicen abortos antes de las 12 semanas es un desacato a la ley que, además, pone en evidencia un brutal desprecio hacia las mujeres que necesitan poner fin a un embarazo no deseado.

No obstante esta deplorable reacción, la despenalización en el DF se sostiene en el imaginario ciudadano del país como un símbolo, por la voluntad de abatir la mortalidad materna causada por el aborto inseguro y por el esfuerzo para contrarrestar la injusticia social que implica esta práctica cuando es ilegal. Además de ser un importante reconocimiento de la libertad reproductiva de las mujeres y de sus derechos fundamentales a la vida, la salud y el desarrollo de sus proyectos de vida, guarda concordancia con el carácter laico del Estado mexicano, que respeta la diversidad ideológica y reconoce la libertad de conciencia de las personas. Finalmente, estas reformas son congruentes con la opinión de la sociedad mexicana respecto a la despenalización del aborto, como lo reflejan diversas encuestas aparecidas en los principales diarios del país²⁵.

La apropiación de la ley por parte de la sociedad, especialmente de las mujeres que se benefician con la prestación de dichos servicios médicos, es impresionante. Al cierre de este artículo (abril del 2009), a dos años de votada la reforma, 23.233 mujeres habían interrumpido sus embarazos²⁶.

La cada vez mejor prestación del servicio por parte de las instituciones de salud del Gobierno del DF y la decisión de las mujeres de ejercer su derecho a elegir, implican un signo de maravillosa vitalidad democrática.

Referencias citadas

- ALINSKY, S.D. (1971).** *Rules for Radicals. A Pragmatic Primer for Realistic Radicals.* Vintage Books, New York.
- CANO, G (1990)** “Una perspectiva del aborto en los años treinta: la propuesta marxista”, en *Debate Feminista* núm. 2, septiembre 1990. México.
- DE LA BARREDA, L. (1991)** *El delito de aborto. Una careta de buena conciencia.* Miguel Ángel Porrúa e Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.
- ENRIQUEZ, L. y DE ANDA C, coordinadoras. (2008).** *Despenalización del aborto en la ciudad de México. Argumentos para la reflexión*, Programa Universitario de Estudios de Género, GIRE e IPAS, México.

25. Cfr. Encuesta realizada por María de las Heras, “DF: 72% de las mujeres apoya la despenalización del aborto”, Milenio Diario, 20 de marzo de 2007. Encuesta de Reforma: Aborto, “Avalan despenalización”, Reforma, 20 de marzo, página 5.

26. Esta cifra la dio el Secretario de Salud del DF, Dr. Armando Ahued, el 23 de abril de 2009, en el acto “Dos años de la interrupción legal del embarazo en el Distrito Federal”, que se llevó a cabo en el Palacio de la Antigua Escuela de Medicina, con la presencia del jefe de Gobierno, Marcelo Ebrard.



- GIRE/ARCOP. (1999)** *Estudio de opinión pública sobre aborto en el Distrito Federal: abril 1999*. México.
- GIRE (2000)**. Paulina. *En el nombre de la ley. Temas para el debate número 2*. Cuadernos de GIRE. México.
- GIRE. (2003)**. *Leyes del aborto en México*. Hoja informativa. México, noviembre 2003.
- GIRE/BELTRÁN U. & Asociados. (2003)**. *El aborto por violación es legal: evaluación de la campaña en medios en el DF*, México: BGC, marzo 2003.
- GIRE (2004)**. Paulina. *Cinco años después. Temas para el debate número 4*. Cuadernos de GIRE. México.
- GIRE. (2004)**. *Leyes sobre el Aborto. Los avances en la Ciudad de México*. Hoja informativa. México, Junio del 2004.
- GIRE. (2008)** Paulina. *Justicia por la vía internacional. Temas para el debate número 6*. Cuadernos de GIRE. México, Marzo del 2008.
- GONZÁLEZ, C. (2001)**. *Autonomía y alianzas. El movimiento feminista en la Ciudad de México 1976-1986*. Colección Libros del PUEG. UNAM. México.
- HARE, R. (1982)**. *Moral Thinking*. Oxford University Press.
- IBÁÑEZ, JL. (1993)**. *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid.
- LAMAS, M. (2001)**. *Política y reproducción. El aborto: la frontera del derecho a decidir*. Plaza y Janés, México.
- LAMAS, M. (2007)**. *Desigualdad, reproducción y derecho en Los derechos humanos económicos, sociales y culturales*, Luis Orcí Gándara y Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri coordinadores, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.
- LAMAS, M. (2008)** *El aborto en la agenda del desarrollo en América Latina* en Perfiles Latinoamericanos núm. 31 (enero-junio), FLACSO, México.
- LARA, D. et al. (2003)**. *Women´s experiences with induced abortion in Mexico*, s/l, s/e, s/f, citada en Lara, Diana et al. *El aborto en México*, Population Council, México.
- LAU JAIVEN, A. (1987)**. *La nueva ola del feminismo en México*. Planeta. México.
- LEAL L.M. coordinadora, (1980)** *El problema del aborto en México*. Miguel Ángel Porrúa Ed., México, 1980.
- MATEOS CÁNDANO M. (1980)** “Aspectos médicos y de salud”, en LEAL. L.M: *El problema del aborto en México*, Miguel Ángel Porrúa Ed., México, 1980.
- MONSIVAIS, C. (1991)** “De cómo un día amaneció Pro Vida con la novedad de vivir en una sociedad laica”, en *Debate Feminista* núm. 3, septiembre 1991.
- MOSCOVICI, S. (1981)**. *Psicología de las minorías activas*. Ediciones Morata, Madrid.
- PONIATOWSKA, E. (2000)**. *Las mil y una... La herida de Paulina*. Plaza y Janés, México, 2000.
- TARRÉS, M L. con HITA G. y LOZANO A. (1991)** *Actitudes y estrategias de los diversos agentes sociales y políticos que participan en el debate sobre el aborto en la prensa mexicana 1976-1989*, Mimeo, nov. 1991.



“La penalización es ineficiente para desalentar a las mujeres que han decidido abortar, pero eficiente en la generación de abortos inseguros”.

Entrevista a Silvina Ramos

SILVINA RAMOS es socióloga e investigadora titular del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Argentina. Es miembro del *Comité Asesor de Investigaciones en Salud* de la OMS y de la *Comisión sobre Información y Rendición de Cuentas para la Salud de las Mujeres y los Niños* -creada por la OMS por requerimiento de Naciones Unidas. Coordina los programas del *Consortio Internacional de Aborto con Medicamentos* y codirige el *Observatorio en Salud Sexual y Reproductiva* de Argentina (OSSyR). Integra el Consejo Asesor del *Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable* (Ministerio de Salud) y el Consejo Directivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Argentina.



P: Pareciera que la práctica del aborto voluntario se mantiene, a pesar del desarrollo de los métodos anticonceptivos.

Silvina Ramos: Sin duda, la práctica del aborto ha existido en todas las sociedades, incluso luego del desarrollo de los métodos anticonceptivos llamados “modernos” – básicamente, los anticonceptivos orales que se introdujeron al mercado en los países centrales en la década de 1950 y en la Argentina una década más tarde. El aborto sigue ocurriendo por varios motivos. En primer lugar, porque no todas las mujeres tienen acceso a los métodos anticonceptivos, aunque esta situación es cada vez menos frecuente dada la consolidación de políticas públicas de acceso. Y aun cuando tienen acceso, algunas no cuentan con la información, las condiciones personales o sociales necesarias para utilizar el método de manera eficaz. Por ejemplo, los anovulatorios orales fallan si no se cumple el régimen de uso; y la mujer queda embarazada aunque haya procurado no hacerlo. En segundo lugar, porque aun en condiciones de uso óptimas los métodos anticonceptivos pueden fallar. Obviamente, el riesgo de embarazo es muchísimo menor con un dispositivo intrauterino, píldoras anticonceptivas, diafragma o condón que con retiro o coito interrumpido. La violación también es una razón de embarazo no deseado. Y una última situación se vincula a cambios en la vida afectiva, familiar o social de la mujer: un embarazo planeado puede convertirse en una situación vital no querida si ocurren circunstancias que hacen sentir y pensar a la mujer que no es el momento adecuado para tener un hijo/a; y responsablemente y en ocasiones enfrentando sentimientos ambivalentes, toma la decisión de interrumpirlo porque sabe que no es lo mejor para ella y eventualmente para sus otros hijos/as en ese momento de sus vidas.

Básicamente por estas razones –aunque también puede haber otras razones dado que la relación entre la vida sexual, la capacidad reproductiva y la vida personal de las mujeres adquiere innumerables formas- el aborto ha sido y es un recurso al que las mujeres acuden para no someterse a una maternidad forzada. Las estrategias y los recursos para abortar difieren: más o menos cruentos, más o menos efectivos, más o menos seguros, dependiendo grandemente del contexto legal en el que el aborto se realiza.

P: ¿Cómo puede analizarse la relación entre el aborto como necesidad de ciertas mujeres en ciertos momentos de su vida y los marcos normativos que lo permiten o lo penalizan?

Silvina Ramos: La penalización es ineficiente para desalentar a las mujeres que han decidido abortar, pero eficiente en la generación de abortos inseguros. Las mujeres que enfrentan un embarazo no planeado o no deseado toman la decisión de interrumpirlo más allá de las limitaciones que establezcan las leyes. Lo que sí hacen las leyes es proteger su salud y sus vidas, o someterlas a situaciones de clandestinidad, riesgos y muerte. Para la OMS, un aborto se califica de “inseguro” cuando el procedimiento para terminar el embarazo es realizado por personas que carecen del entrenamiento adecuado, o en un ambiente que no reúne los estándares sanitarios mínimos, o ambas condiciones juntas. Donde el aborto es legal, hay mayores oportunidades de acceder a un aborto seguro que



en contextos legales restrictivos, donde ni siquiera se garantiza el acceso a los abortos no punibles. Cuando el clima es de ilegalidad y clandestinidad, solo acceden a aborto seguro las mujeres que cuentan con recursos económicos para pagarlo y redes sociales – generalmente de mujeres- que les ofrecen buena información acerca de dónde conseguir esos servicios de calidad. Las demás mujeres terminan atrapadas en circuitos también clandestinos, pero donde personas no calificadas realizan intervenciones poco seguras. También ocurre que las propias mujeres intenten inducirse un aborto con métodos variados, poco efectivos y frecuentemente inseguros.

Toda la evidencia apunta en la misma dirección: las regiones con leyes menos restrictivas tienen menores tasas de abortos inducidos, y allí los abortos inseguros son prácticamente inexistentes. En contraste, en aquellos lugares donde las leyes son restrictivas, la mayoría de los abortos son inseguros y las tasas de abortos son altas. Aparte, las restricciones al aborto conllevan un no reconocimiento del derecho de la mujer a decidir acerca de su capacidad reproductiva y el mejor momento y oportunidad para tener hijos/as.

Por otra parte, como es imposible perseguir todos los delitos, los fiscales y los jueces suelen sobreseer a las personas denunciadas por aborto, y desestiman informal pero sistemáticamente el seguimiento de estos casos. Las estadísticas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación son elocuentes al respecto. Es síntesis, la penalización no protege “la vida en gestación” ni desalienta el aborto, pero sí impacta directamente en la salud de las mujeres, ya que les puede provocar la muerte.

En Argentina, desde hace 25 años casi un tercio de las muertes maternas se debe a complicaciones post-aborto; y anualmente 70.000 mujeres egresan de los hospitales públicos por estas mismas causas. En los últimos años, las drogas para inducir el aborto han modificado el escenario y las oportunidades de las mujeres. Además de su costo (variable, pero comparativamente accesible) los medicamentos ofrecen a las mujeres –en la medida en que estén bien informadas- la posibilidad de inducirse un aborto sin intervención de terceros. Bien administrado, resulta mucho más seguro y eficaz. Y fundamentalmente, permite preservar la intimidad y privacidad, condiciones muy valoradas por las mujeres.

P: ¿Existen estimaciones acerca de la cantidad de abortos realizados clandestinamente?

Silvina Ramos: Es complejo estimar valores para los abortos inducidos en contextos donde la práctica es ilegal, dado se realizan de manera clandestina y obviamente no se informa su ocurrencia. Las mujeres lo ocultan y quienes colaboran con el procedimiento también lo ocultan, sean médicos, parteras, farmacéuticos o cualquier otro idóneo. Sin embargo, desde hace ya varias décadas, investigadores de diversas instituciones académicas (tales como la Organización Mundial de la Salud y en particular el Instituto Allan Guttmacher) han desarrollado metodologías para estimarlo.

Para tener una idea global de la incidencia del aborto: cada año, 210 millones de mujeres se embarazan en el mundo y 135 millones de ellas tienen un parto con un nacido vivo. Los 75 millones de embarazos restantes terminan en un nacido muerto o en un aborto espontáneo o inducido. En 2003, la OMS estimó que 42 millones de embarazos se interrumpían



voluntariamente: 22 millones de forma segura y 20 de forma insegura.

En 2010 la OMS publicó nuevas estimaciones que muestran que, al igual que las muertes maternas, las muertes por abortos inseguros se están reduciendo en forma progresiva en todo el mundo. De 69.000 en 1990, bajaron a 56.000 en 2003, y a 47.000 en 2008. A pesar de esta buena noticia, el número absoluto de abortos inseguros se mantiene inaceptablemente alto: 21.6 millones de abortos inseguros en el mundo, 98% de los cuales ocurren en países en desarrollo. Siguiendo el patrón previo, casi todos los abortos inseguros ocurren en países con leyes restrictivas para la interrupción voluntaria del embarazo, y con acceso restringido a consejería en salud reproductiva y a métodos anticonceptivos.

Según ese mismo estudio, la razón de abortos inseguros no ha cambiado: 14 abortos inseguros cada 1000 mujeres; y la proporción de muertes maternas por abortos inseguros se mantiene en poco más de una de cada diez muertes (13%) en el mundo, aunque con grandes disparidades regionales.

Para la región de América Latina, las estimaciones realizadas con metodologías validadas internacionalmente indican que se producen 4,2 millones de abortos inseguros por año. Esta cifra implica una tasa de 31 abortos inseguros cada 1000 mujeres de 15-44 años: la más alta del mundo -y sólo comparable a la de África Subsahariana-. También estas estimaciones indican una razón de 39 abortos cada 100 nacimientos (o sea cuatro abortos por cada 10 nacimientos).

Los métodos para estimación del número de abortos en contextos de legalidad restrictiva o absoluta fueron aplicados en la Argentina en un estudio conducido en el 2009 -a solicitud del Ministerio de Salud de la Nación- por dos investigadoras del CONICET: Alejandra Pantelides y Silvia Mario. En ese estudio se utilizaron las dos metodologías validadas internacionalmente: el método basado en las estadísticas de egresos hospitalarios por complicaciones de aborto -de Singh y Wulf de 1994- y el método residual -de Johnston y Hillde de 1996, basado en el de Bongaarts de 1978 y 1982. Con el primer método, se estimó que para el año 2000 el número de abortos inducidos sería de 372.000 a 447.000, con una razón de aborto inducido/nacimiento de 0,53 a 0,64 (más de 1 aborto cada 2 nacimientos); y con el segundo método, la estimación para el año 2004 indica que se realizaron entre 486.000 y 522.000 abortos en nuestro país.

P: En muchos países la despenalización del aborto también se fundamentó en una lógica de salud pública. ¿Qué estrategias permitieron abordar las diversas dimensiones sanitarias, sociales e individuales que se entrecruzan en esta problemática?

Silvina Ramos: La experiencia internacional en materia de regulación del acceso al aborto y desarrollo de políticas públicas de acceso a servicios de salud reproductiva muestra que los países que redujeron las muertes maternas por complicaciones de abortos inseguros lo lograron combinando cuatro estrategias:

1. Educación sexual integral (adecuada a cada etapa del ciclo evolutivo, con docentes capacitados y acciones articuladas con otros sectores);



2. Programas de salud sexual y reproductiva universales (con provisión de métodos anticonceptivos de acuerdo con la decisión y preferencia de mujeres y varones);
3. Mejoramiento de la calidad de la atención de las mujeres en situación de aborto (la llamada atención post aborto); y
4. La ampliación de las causales de despenalización del aborto y/o la legalización con el modelo de plazos (es decir el aborto permitido hasta un número determinado de semanas de gestación, generalmente de 12 a 16 semanas).

Esta última estrategia también está avalada por el informe especial de la OMS “Mujeres y Salud: la evidencia de hoy, la agenda del mañana”. El informe sostiene que “a medida que los países amplían las causales para que las mujeres accedan a un aborto legal y seguro, las tasas de mortalidad materna disminuyen.” Con él, Margareth Chan, directora general de la OMS, reafirmó su compromiso personal y político para con la salud de las mujeres en todo el mundo.

P: En Argentina en los últimos años, ¿cómo han sido el debate social y lucha política en torno al acceso al aborto?

Silvina Ramos: El acceso al aborto legal y seguro fue una reivindicación sistemática del movimiento de mujeres desde la recuperación de la democracia (tal como lo evidencian, desde hace más de 20 años, los encuentros nacionales de mujeres). El proceso alrededor de la reforma constitucional de 1994 dio al tema una visibilidad mediática impensada, y al movimiento de mujeres una visibilidad mayor, así como una experiencia política de alianzas y confrontaciones que hasta ese momento no había tenido. Si bien en ese escenario el movimiento de mujeres actuó defensivamente, ese episodio le sirvió para fortalecer su lugar como actor político y aglutinarse alrededor de un frente nacional (“Mujeres por el Derecho a Decidir en Libertad - MADEL”), ensayando modalidades de alianzas entre organizaciones y militantes autónomas que, a pesar de las dificultades, se articularon con cierto grado de éxito. Esta experiencia política, sumada a la fuerza que el movimiento internacional de mujeres demostraba con la movilización, y las conquistas alcanzadas en las conferencias de Naciones Unidas (tales como la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), El Cairo, 1994, y Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995) fortaleció las capacidades de los grupos de mujeres y del movimiento en su conjunto.

Uno de los rasgos centrales de la historia reciente ha sido la creciente pluralidad de voces que intervienen en la escena pública para hablar del aborto y promover cambios con vistas a mejorar la situación y los derechos de las mujeres. En este escenario se destaca sin duda el movimiento de mujeres y, dentro de éste, los grupos feministas, ambos usinas de ideas y acciones. Pero también se han sumado legisladores/as, dirigentes sindicales, organizaciones juveniles, expresiones de la cultura, comunicadores sociales, profesionales de la salud y profesionales del derecho. Esta diversificación de actores implicó diversificación de los hechos, estrategias e instrumentos de la acción política: declaraciones, solicitadas, consensos de expertos, materiales de difusión, campañas, conmemoraciones, presentaciones judiciales, litigios de alto impacto, manifestaciones



públicas, encuentros de mujeres, proyectos de ley, compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, recomendaciones de organismos de Naciones Unidas al gobierno argentino, entre otros. La diversificación también muestra la madurez del movimiento de mujeres, el efecto secular de su trabajo político de varias décadas, y su reacción sistemática ante quienes por acción u omisión se oponen al acceso al aborto legal y seguro -fundamentalmente los grupos conservadores vinculados a la Iglesia Católica.

También en el proceso político han ocurrido cambios significativos. En primer lugar, y muy destacadamente, la conformación y el sostenimiento -desde el año 2005- de un frente de más de 300 organizaciones de mujeres reunidas en la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Entre las actividades y acciones de esta campaña que han impulsado al proceso de cambio se destaca la presentación (con el aval de más de 60 legisladores de diversas bancadas) de un proyecto de ley para la legalización del aborto con un modelo combinado de plazos e indicaciones en el Parlamento nacional. En parte gracias a la Campaña Nacional, y en parte como efecto de procesos seculares de construcción de una agenda pública, se ha incrementado la visibilidad del aborto en los medios de comunicación gráficos y audiovisuales.

P: ¿Las y los profesionales de la salud han acompañado este proceso?

Silvina Ramos: Los profesionales de la salud también resultaron un actor clave en el debate social sobre el aborto en la Argentina. Su relevancia descansa en su legitimidad como comunidad científica y profesional con peso decisivo en la discusión, el diseño y la aplicación de normas legales que regulan la práctica del aborto. Y también porque legal, normativa, social y culturalmente se les ha adjudicado una autoridad experta para intervenir en el campo de la salud y la enfermedad.

Existen unos pocos estudios que relevan sus opiniones sobre aborto y derechos sexuales y reproductivos. Con respecto al aborto, muestran que lo consideran un problema de salud pública de gran relevancia y asocian los altos índices de mortalidad materna con su práctica insegura. También consideran que los médicos deben realizarlos cuando no son ilegales; que no deben penalizarse cuando se trata de salvar la vida y la salud de la mujer; y que la despenalización es una estrategia adecuada para reducir la mortalidad materna. Quienes fueron consultados creen que los hospitales públicos deberían realizar los abortos no punibles. Por último, los profesionales demandan una política explícita por parte del Ejecutivo en materia de aborto no punible para sentirse avalados y protegidos y poder cumplir con su responsabilidad profesional. Además, la evidencia señala que se han reducido las denuncias efectivas contra mujeres que acuden para ser atendidas en casos de complicaciones de abortos. Las y los profesionales de la salud intervienen en el debate cada vez más, aunque casi exclusivamente a través de individuos aislados (tanto varones como mujeres): sus sociedades científicas y profesionales no suelen intervenir, y en ese sentido tienen una asignatura pendiente con la sociedad y las mujeres.

En general, pareciera que las dificultades para fijar posición pública sobre aborto son mayores que en el caso de anticoncepción, a pesar de tratarse de una práctica que miles de mujeres y varones de esta sociedad resuelven moralmente en forma cotidiana. Sin



embargo, en perspectiva histórica, pareciera que en la actualidad el problema se hubiera invertido y actualmente son muchos menos quienes no sienten la responsabilidad ciudadana de opinar públicamente sobre el tema, o quienes no tienen más remedio que hacerlo -según pertinentemente indica mi colega Mario Pecheny.

P: ¿Qué otros actores institucionales han intervenido?

Silvina Ramos: Los profesionales del derecho también han intervenido en la escena pública. Por mencionar un ejemplo, en septiembre de 2010 la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (que nuclea más de 300 académicos y profesores) emitió un dictamen técnico para clarificar los alcances de los permisos para abortar vigentes en consonancia con las regulaciones estipuladas en la guía de atención de los abortos no punibles elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación (primera versión en el año 2007 y segunda versión en el año 2010).

También las organizaciones de derechos humanos van tomando posición institucional sobre el tema: participan y apoyan actividades y estrategias en ese sentido.

En el plano internacional y regional, las recomendaciones de los comités de derechos humanos y de seguimiento de los acuerdos de las Naciones Unidas en materia de derechos de las mujeres también han marcado un rumbo sistemático, ya que siempre han interpelando al gobierno por el incumplimiento de las normas vigentes y recomendado acciones urgentes para garantizar la atención digna y de calidad a las mujeres en situación de aborto. El gobierno argentino debe atender estos señalamientos y honrar los compromisos internacionales en el menor plazo posible, como corresponde a un gobierno que se ha posicionado como defensor de los derechos humanos.

P: En conjunto, ¿qué impacto han tenido estas voces y estas acciones en las políticas públicas?

Si bien el acceso al aborto legal y seguro no es todavía una realidad en nuestro país, en los últimos tiempos se observan algunos positivos signos de cambio. Un ejemplo lo constituyen los fallos de las máximas instancias judiciales que avalan la interrupción del embarazo en situaciones contempladas por el Código Penal.

En el campo de las políticas públicas, un avance significativo ha sido la consolidación del *Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable*. Aún cuando continúa en un “limbo” desde el punto de vista de la voluntad política de las máximas autoridades nacionales, la guía de atención de los abortos no punibles del Ministerio de Salud ha marcado un rumbo: varias jurisdicciones la han adoptado y demasiado paulatinamente – visto el incumplimiento por parte de los estados provinciales del derecho al acceso al aborto no punible- están comenzando a implementar esta política pública.



P: Todo indicaría que, aunque sea lentamente, la sociedad argentina está comenzando a levantar el “veto moral” sobre el aborto inducido.

Silvina Ramos: Con algunos matices regionales, las encuestas de opinión pública realizadas en los últimos 10 años muestran que más de la mitad de la población consultada (generalmente adultos, mujeres y varones) acuerda con la despenalización del aborto. El acuerdo sube (hasta el 80% y 90%) cuando se trata de legalizar el aborto en situaciones de riesgo para la salud (física y mental), malformación fetal y violación de la mujer.

En la actualidad, el discurso a favor del aborto combina diversos argumentos. Uno de ellos hace hincapié en la preocupación por la salud pública (especialmente la relación entre aborto inseguro y morbilidad materna). Otro se centra en la no discriminación (las normas restrictivas y el aborto inseguro afectan únicamente a las mujeres) y en la justicia social, porque los peores efectos de la ilegalidad del aborto afectan sobre todo a las mujeres más vulnerables de la sociedad, ya que deben recurrir a procedimientos inseguros que ponen en riesgo su salud y su vida.

P: ¿Cuáles son los desafíos pendientes?

Silvina Ramos: Frente a todos estos avances argumentativos, sociales y políticos, hay algunas cuestiones que resultan todavía campo de trabajo. Las estrategias de los grupos conservadores –particularmente los ligados a la jerarquía de la Iglesia Católica– se recrean permanentemente, y son más inescrupulosas en sus formas y contenidos que lo que solían ser en el pasado. Entre esas estrategias se incluyen los pedidos de inconstitucionalidad del Programa Nacional de Salud Reproductiva, la difusión de información deliberadamente errónea sobre los efectos de algunos métodos (tales como la anticoncepción hormonal de emergencia), o los recursos de amparo para frenar el acceso a los abortos no punibles contemplados en el Código Penal.

Por otra parte, es necesario reforzar ciertos argumentos: la apelación al Estado liberal y laico, que respeta las libertades y decisiones individuales, desestima las consideraciones confesionales y legisla para la diversidad de posiciones éticas y morales. También debe reforzarse la apelación explícita al derecho de las mujeres a su intimidad y autonomía en las decisiones relativas a su sexualidad y reproducción.

Efectivamente, “el veto moral” sobre el aborto se está debilitando, y en los debates y los cuestionamientos emergen más actores, y más fuertes. Pareciera que estamos ante un proceso irreversible e irrefrenable hacia el acceso al aborto seguro y legal, garantizado por un estado comprometido con los derechos humanos de las mujeres, con el debate democrático y con la pluralidad de opiniones. Esto significa que nadie obligará a abortar a la mujer que no desea hacerlo, pero tampoco nadie impondrá ni la maternidad ni la intervención clandestina a la mujer que no desea un hijo.



“El acceso desigual al aborto genera injusticia”

Entrevista a Luciana Sánchez y Verónica Marzano¹

Lesbianas y feministas por la descriminalización del aborto es un colectivo militante abocado a la legalización del aborto y a la difusión de información correcta y accesible acerca del aborto con medicamentos. Su trabajo cotidiano se apoya en dos elementos básicos: una línea de consulta telefónica (“Más información, menos riesgos” –011 156 664 7070) y el manual de acceso público “Todo lo que querés saber sobre cómo hacerse un aborto seguro con pastillas” (<http://abortoconpastillas.info>)

1. Integrantes de *Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto*



P: ¿Cuándo y por qué surge Lesbianas y Feministas por la descriminalización del aborto?

Verónica Marzano: Nosotras nos conformamos como grupo político en diciembre de 2008. Casi todas veníamos de trabajar en diversos proyectos políticos cercanos a los derechos de las mujeres, pero no nos habíamos involucrado nunca en temáticas relativas al aborto. La verdad es que los discursos alrededor del tema jamás nos interpelaron: nos resultaban algo clasistas, racistas, heterosexistas y lesbofóbicos – una suma de cosas que nos mantuvieron al margen del tema. Desde nuestra perspectiva, la representación de los derechos sexuales y reproductivos en Argentina padece un fuerte (y conocido) sesgo de clase, y también de sexualidad: en su mayoría, las o los voceros han sido heterosexuales. En ese panorama, nos propusimos incorporar otras visiones a la discusión en curso acerca de la descriminalización del aborto.

P: ¿Desde cuándo funciona la línea de aborto seguro “Más información, menos riesgos” y qué brinda?

VM: La línea telefónica comenzó a funcionar en 2009. Básicamente, damos información sobre el uso correcto del medicamento (misoprostol) para llevar adelante un aborto voluntario durante las primeras doce semanas de embarazo. Pero la línea no sólo da información, sino que también la recibe: las mujeres nos cuentan cuáles son los obstáculos para conseguir el misoprostol, cómo fue su experiencia de uso, cuántos embarazos no deseados tuvieron, qué cosas las preocupan acerca de este aborto concreto, y de su salud sexual en general, etcétera. Nos llaman una, dos, tres, diez veces para contarnos que están buscando pastillas, cómo va el sangrado, la que decidió no abortar, la que quiere que la acompañemos en su denuncia...

En Ecuador, Chile, Perú, y Venezuela existe una línea telefónica similar. Cuando la conocimos, nos pareció una herramienta bien interesante para iniciar el cambio que estábamos buscando. Tiene un componente muy afín a la política lesbiana que es la visibilidad, la posibilidad por fin de escuchar la voz propia de esas mujeres de las que se venía hablando hacia 10 años, pero con discursos tan atravesados por prejuicios que su imagen resultaba un compendio de estereotipos clasistas y sexistas... La línea nos permite dejar de lado discursos contruídos en “laboratorios” teóricos y poner en juego las impresiones de las miles de mujeres que se enfrentan a embarazos no deseados y nos llaman todos los días. Eso sumado a nuestra visión lesbiana sobre el ejercicio de la sexualidad, el cuerpo y la autonomía.

Luciana Sánchez: Según lo que hemos sistematizado, a la línea llamaron aproximadamente 8.000 mujeres, el 90% de ellas antes de la semana 10 de embarazo. Muchas de las que llaman con más semanas de embarazo son mujeres que intentaron antes abortar con misoprostol, pero que no lo lograron porque no tuvieron información correcta, o porque no tuvieron acceso a la dosis completa del medicamento.



P: ¿Qué han observado en relación al acceso al medicamento?

LS: Cuando comenzamos con la línea, apenas un 10 % de las mujeres accedía al medicamento con la receta; el resto tenía que comprarlo de manera clandestina. Ahora, el 50% de las mujeres accede con receta y un 50% sigue consiguiéndolo por fuera de los circuitos establecidos. Las mujeres de clase media consiguen rápidamente la receta y compran las pastillas en la farmacia. Evidentemente, el acceso al medicamento de manera legal o ilegal condiciona el precio, y el acceso a la dosis completa se vincula directamente con abortos completos o incompletos. Esto se deriva en que las mujeres tengan que ir o no al hospital, o que terminen medicalizadas.

VM: *El precio del misoprostol de venta clandestina está claramente asociado al contexto local.* En los partidos del conurbano más próximos a la Ciudad de Buenos Aires se consigue a \$45 la pastilla, en tanto que en los más alejados (tales como Almirante Brown, Berazategui, Florencio Varela, Malvinas Argentinas, José C. Paz, Merlo, etc.) el precio asciende a \$85 por pastilla. Además, en estas zonas las mujeres no consiguen ni la receta, ni la dosis completa. Cuando consiguen la dosis recomendada de 12 pastillas, ya tienen embarazos de 12 semanas o más, con lo cual sus riesgos van a ser mayores. Ese riesgo incrementado es consecuencia de la distribución desigual del acceso al aborto. La situación es bastante parecida en las provincias, donde las mafias entre médicos, farmacéuticos y políticos directamente impiden la circulación del misoprostol y la emisión de recetas para comprarlo.



La Consejería Pre y Post Aborto en un hospital público

El Servicio de Adolescencia del Hospital General de Agudos “Dr. Cosme Argerich” (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) provee consejería pre y post aborto desde el año 2004. Su trabajo se difunde a través de los programas de salud sexual y reproductiva de la Ciudad y de la Nación; los casos suelen recibirse por derivación del Programa de Retención Escolar de Alumnas/os madres y padres (del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires), por derivación de otros profesionales, y por el boca a boca entre las propias usuarias. Desde 2009, y a través de un convenio con IPPF – International Planned Parenthood Federation, se lleva adelante un registro estadístico sistematizado de la atención.

La perspectiva de trabajo del Servicio consiste en informar y asesorar a las adolescentes o jóvenes que han decidido interrumpir su embarazo, y hacer el seguimiento del proceso de modo tal de asegurar la salud de la mujer. Por tratarse de un hospital público, la decisión consensuada entre las y los profesionales consiste en no indicar medicación –es decir: no hacer recetas. El equipo del Servicio recomienda iniciar el procedimiento con 8 pastillas, utilizadas en dos dosis por vía vaginal –ya que la evidencia científica muestra que es la más eficaz y la que presenta menos efectos adversos. Generalmente, y según han informado las usuarias, las 8 pastillas de misoprostol suelen ser adquiridas en farmacias que no solicitan receta, en los circuitos de venta de Internet, o a través de la compra de recetas que permiten la posterior adquisición del misoprostol en farmacias.

En la experiencia del Servicio, con el uso del misoprostol se han reducido los abortos incompletos en pacientes que han recibido asesoramiento y que han realizado adecuadamente el procedimiento. En los casos en que las pacientes quizá no hayan utilizado las dosis adecuadas, y que requieran internación por aborto incompleto, se reducen en forma importante las complicaciones graves. Si el caso no se puede resolver en forma ambulatoria, la paciente es internada en el Servicio de Obstetricia del Hospital; sin embargo, estas situaciones han sido excepcionálísimas desde que se instaló el Servicio de Consejería.

Si bien no todas las personas que se desempeñan en el Hospital acuerdan ideológicamente con el Servicio, no han obstaculizado su actividad ni ha habido tensiones con el Comité de Bioética. Incluso en las Jornadas Hospitalarias 2006 resultó premiada la presentación que daba cuenta del trabajo de la Consejería. En 2010, la Organización Panamericana de la Salud – OPS otorgó al Servicio la distinción “Buenas Prácticas en Salud” por la perspectiva innovadora en consejería pre y post aborto. Más allá de premios y distinciones, el Servicio se sostiene principalmente en el compromiso personal de las y los profesionales que llevan adelante el proyecto.

Fuente: Equipo de Salud – Servicio de Adolescencia, Hospital General de Agudos “Dr. Cosme Argerich”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
<http://hospitalargerich.org.ar/>

P: En caso que por alguna razón una mujer asesorada por ustedes haya tenido un aborto incompleto o con algún otro inconveniente, ¿se le aconseja ir al hospital?

VM: Los abortos con misoprostol pasan siempre por un estadio de incompletos, hay que esperar. Lo importante es saber si el aborto es exitoso, es decir: si se produce la expulsión del saco gestacional; la expulsión de restos puede completarse incluso durante la próxima menstruación. Lo importante es que la mujer sepa ante qué señales de alarma debe ir al médico. Tenemos que desterrar esa idea de que lo mejor que le puede pasar a una mujer es ir al hospital a que le terminen el aborto. Medicalizar un procedimiento cuando no es necesario es violatorio de la autonomía. En el 90% de los casos, las mujeres tienen abortos exitosos y completos cuando tienen buena información y acceso al medicamento: esos son los dos pilares fundamentales del aborto seguro.

LS: Si una mujer usa 12 pastillas de misoprostol, sólo necesita ir a la consulta médica para que le den la receta, y ojalá información correcta acerca del uso. Pero lo que sucede cuando consulta es que le indica dosis menores de misoprostol... Hemos visto casos donde indican cuatro pastillas para iniciar el sangrado y volver a la consulta (obviamente con un aborto que no concluyó), sospechamos que para que se hagan investigaciones de seguimiento sobre el uso del misoprostol...y eso nos parece terrible.

P: ¿El manual fue una estrategia para difundir conocimientos y experiencias de la línea?

VM: Nosotras trabajamos políticamente a mediano y largo plazo. El conocimiento no se podía quedar en la línea de teléfono ni con nosotras; siempre estuvo la intención de difundir. El mayor desafío consistió en encontrar el vehículo y el lenguaje para la transmisión del conocimiento. *El propósito del manual es distribuir la información y que cualquier mujer lo pueda leer*, por eso le dimos tanta importancia al uso de las palabras: era imprescindible usar las palabras de las mujeres que nos llaman. A través de la línea, hemos visto que cuando una mujer necesita abortar, lo primero que hace es preguntarle a otra mujer, que es siempre su primera fuente de información. A esta altura, el 35% de las mujeres que se comunica con nuestra línea lo hace por referencia de otra mujer, que ya llamó y recibió información

LS: Tanto la línea como el manual tienen una enorme difusión de boca en boca, y también a través de la televisión, las organizaciones y los movimientos sociales. La información sobre cómo abortar con medicamentos siempre la difundimos las mujeres, las lesbianas. Incluso nos han relatado situaciones de prestadores de salud que por temor de ser acusados, ponían visible en la pantalla de su computadora el número de la línea ¡y se daban vuelta para que la mujer interesada lo copiara!

VM: Además, a partir del contacto con la línea, las mujeres se involucran y nos vuelven a llamar para formar parte del equipo; quieren atender la línea, nos buscan en los actos políticos. En resumen, *lo que sucede en la línea es un acto político, cada conversación es un hecho político*. A partir de la línea también sacamos conclusiones políticas: por



ejemplo, empezamos a percibir que *las muertes por aborto no son resultado sólo de la ilegalidad, sino también de la violencia médica.*

P: ¿Podríamos decir que la línea y el manual instauraron nuevos debates en diversos ambientes?

VM: Sin duda. El manual también sirvió para que distintos gremios docentes pudieran armar documentos a favor del aborto legal; se generaron debates acerca de la difusión de la línea, si se llevaba el manual al aula, si se lo incorporaba a la biblioteca. *En espacios de base, donde las injusticias alrededor del aborto son realmente importantes, se empezó a instalar el debate político como tal, porque el aborto es un hecho político además de un tema de salud. Y quién tiene el monopolio de la información también es una cuestión política.*

LS: Circula mucha información errónea acerca del misoprostol, y nos sorprendió –y preocupó– descubrir que muchas veces provenía de médicos y médicas especializados. Si una mujer usa correctamente las 12 pastillas, tiene 90% de posibilidades de hacerse un aborto seguro en su casa. Sin embargo, una parte significativa de médicas y médicos informa mal, y el mal uso da lugar a no-abortos, abortos incompletos o las temidas malformaciones fetales.

VM: También es necesario trabajar más sobre qué clase de consejerías pre y post aborto son necesarias, y cuál es el abordaje médico más adecuado. Trabajar estos temas implica destrabar los núcleos duros de una serie de concepciones que obstaculizan la difusión y el acceso al aborto sin riesgos.

LS: La violencia hospitalaria es mucha y la relación que tienen con el hospital las mujeres trabajadoras y de sectores populares es distinta a quienes escriben los proyectos de ley.

VM: Las mujeres más pobres o más jóvenes dicen “no quiero ir al hospital o a la salita. Esos lugares están llenos de carteles que hablan de la maternidad; si me hacen una ecografía me van a decir ‘mamita’, me van a hablar del bebé, y me van a querer anotar en padrones y programas”. Creemos que la información tiene que estar en un cartel en la puerta: quien no quiere entrar al centro de salud tiene derecho a no hacerlo; debería haber consejerías fuera de los centros de salud.

También trabajamos mucho sobre el estigma, porque *si hay algo que atraviesa a los médicos, y no solo a las mujeres, es el estigma.* Que su centro de salud sea estigmatizado como “abortero”, que ellos mismos se conviertan en “aborteros” para sus pares. No hay certezas acerca de cuáles –si los hay– son los riesgos para el/la profesional que receta misoprostol. Obviamente cuando un profesional se vuelve un militante de su profesión corre más riesgos que cuando se vuelve parte de la corporación.

LS: Y no es menor la disputa política y el debate en torno al misoprostol en la comunidad médica –e incluso en los laboratorios que lo producen. Una de las discusiones refiere a si el misoprostol debe o no registrarse para uso obstétrico, de modo que los médicos puedan recetarlo sin supuestos riesgos legales. Sin embargo, esta discusión no se plantea en pediatría, donde casi el 60% de las drogas están registradas para otra cosa... Si el



misoprostol se registra para uso obstétrico, sólo los ginecólogos y las ginecólogas y los y las obstetras podrán recetarlo. Lo que quieren es restringir la circulación, y por su puesto nosotras no queremos que eso pase.

VM: Cuando estábamos por lanzar la línea, nos decían que visibilizando el misoprostol sólo íbamos lograr su restricción. Sin embargo, según una publicación de una institución de farmacéuticos, la venta legal de misoprostol aumentó un 300%.

P: ¿Han articulado con otras organizaciones para difusión?

VM: Integramos la *Red Contra el Aborto Inseguro en la Argentina* junto con la Asociación Metropolitana de Médicos Generalistas, Médicos del Mundo, y con unos 40 centros de salud que brindan información en la Ciudad de Buenos Aires y en el conurbano. Trabajamos con los movimientos sociales, porque creemos que quienes tienen que defender el misoprostol son las mujeres que lo usan, las mujeres en general, y los varones; en fin: todas las personas que nos beneficiamos cuando no hay complicaciones por abortos, y cuando las mujeres que abortan sufren lo menos posible.

LS: A nosotras nos gustaría que haya producción pública de misoprostol con gusto a frambuesa, limón y chocolate, ojalá la industria algún día responda en ese sentido porque es posible, barato y fácil. Pero hasta que eso suceda luchamos, al menos, para que *el misoprostol sea de venta libre y que la información esté disponible masivamente*, y para que el aborto sea parte también de la educación sexual integral.



La igualdad de oportunidades en educación, la reforma escolar y la Justicia. Un estudio sobre el Litigio de Desegregación de San José¹

William S. Koski y Jeannie Oakes

Resumen

El artículo analiza la función de la Justicia en la búsqueda de la igualdad de oportunidades en la educación intentando responder a si la Justicia puede generar algún tipo de cambio social en el ámbito educativo.

Muestra algunos de los inconvenientes que se presentan al utilizar la Justicia para impulsar la reforma escolar analizando el litigio de desegregación y los esfuerzos por instaurar la igualdad en la educación de San José, California. Además, presenta un relato del litigio de desegregación del Distrito Escolar Unificado de San José, y el efecto que tuvo en la política educativa del distrito. Específicamente, plantea dos interrogantes: ¿Cuál fue la función de la justicia al establecer las condiciones para impulsar una reforma educativa de espíritu igualitario? ¿Han producido esas reformas una mayor igualdad de oportunidades en la educación?

Las conclusiones indican que si bien la intervención judicial por sí sola no puede promover un cambio en la educación, sí puede facilitarlo. Más aún, el caso de San José demuestra que la Justicia puede modificar las condiciones estructurales de conflictos y negociaciones políticas a fin de facilitar la participación de las comunidades tradicionalmente menos favorecidas. Por último, analiza cómo las reformas políticas desarrolladas en San José e impulsadas por el litigio, produjeron o no una mayor igualdad educativa.

1. Publicado en: Smrekar C.E. y Goldring E.B., *Del Juzgado al aula. El panorama cambiante de la desegregación escolar*, Capítulo 4, Harvard Education Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.



En el período que siguió al caso caratulado *Brown v. Board of Education of Topeka* y a la lucha por la integración en las escuelas de nuestro país, diferentes analistas han lamentado o celebrado, la función de la Justicia en la búsqueda de la igualdad de oportunidades en la educación. Aquellos que critican el papel de la justicia en este tipo de casos, han condenado abiertamente el carácter “imperialista” de las órdenes judiciales de desegregación, alegando que tales intervenciones violan los principios de federalismo, separación de poderes y control local. Los defensores de la justicia, por su parte, han alabado tal intervención como el único medio para generar una política social que respete los derechos de los políticamente indefensos. Dejando de lado argumentos ideológicos, muchos académicos e investigadores pragmáticos han debatido, como cuestión teórica y empírica, si la Justicia puede generar algún tipo de cambio social e igualdad de oportunidades en el ámbito educativo.

Este capítulo presenta algunos inconvenientes que se presentan al utilizar la Justicia para impulsar la reforma escolar analizando el litigio de desegregación y los esfuerzos por instaurar la igualdad en la educación de San José, California. Presentamos un relato del litigio de desegregación del Distrito Escolar Unificado de San José que se desarrolló durante treinta y siete años, y el efecto que tuvo en la política educativa del distrito. Específicamente, planteamos dos interrogantes que se relacionan entre sí: ¿Cuál fue la función de la justicia al establecer las condiciones para impulsar una reforma educativa de espíritu igualitario? ¿Han producido esas reformas una mayor igualdad de oportunidades en la educación?

Empleando una minuciosa revisión de archivos de documentos legales, notas de prensa y entrevistas con actores políticos claves, describimos las condiciones políticas e institucionales imperantes en las que el tribunal de distrito de los Estados Unidos intentó primero generar un equilibrio racial/étnico en el distrito y luego reformar sus políticas educativas para promover una mayor equidad y alto rendimiento académico de todos sus estudiantes. Las conclusiones que presentamos indican que si bien la intervención judicial por sí sola no puede promover un cambio en la educación, sí puede facilitarlo al menos de tres maneras: una orden judicial puede procurar el debilitamiento de intereses políticos poderosos; “suplir” a las elites políticas que pretenden implementar una reforma escolar de espíritu igualitario; e introducir la presión normativa necesaria para que los sectores pertinentes trabajen en pos de la reforma escolar. Más aún, el caso de San José demuestra que la Justicia puede modificar las condiciones estructurales de conflictos y negociaciones políticas a fin de facilitar la participación de las comunidades tradicionalmente menos favorecidas, algo que de otro modo no sucedería en un proceso político mayoritario. Por último, el capítulo analiza cómo las reformas políticas desarrolladas en San José e impulsadas por el litigio, produjeron o no una mayor igualdad educativa. Analizando los datos recogidos durante el litigio y los datos sobre el distrito puestos a disposición del público en general una vez finalizada la supervisión judicial, intentamos comprender hasta qué punto fueron exitosos los esfuerzos del distrito por eliminar la subdivisión en sus escuelas y brindar igualdad de oportunidades académicas.



Más allá de la Corte “dinámica” y “limitada”: el “nuevo significado” de la revisión judicial

En su obra fundamental *The Hollow Hope*, Gerald Rosenberg entreteteje dos paradigmas de la Justicia que compiten entre sí como agentes de cambio en el diseño de políticas sociales: la noción de Corte “dinámica” (o “fuerte”) y la de Corte “limitada”. El concepto de Corte dinámica sostiene que dado que la Justicia goza de relativa independencia económica e institucional del Ejecutivo y del Legislativo, puede actuar cuando el Legislativo y el Ejecutivo no pueden o no están dispuestos a hacerlo. Más aún, siendo que los jueces federales son nombrados con carácter vitalicio basado en su “buena conducta”, están protegidos de las políticas electorales, y de las presiones del público, de los electores y de los grupos de interés que los poderes políticos deben enfrentar. Por último, dado que la justicia se preocupa más que los poderes políticos en el contenido de los derechos y la calidad de los argumentos, incluso los grupos más débiles e impopulares pueden ser favorecidos.

Por otra parte, la noción de Corte limitada postula que la Justicia enfrenta tres grandes obstáculos que le impiden diseñar una política social diferente a la que desarrollarían los poderes políticos: (1) la limitación de los derechos, (2) la limitación de la independencia y (3) la limitación de la capacidad. Rosenberg describe sucintamente la limitación de los derechos como “la naturaleza acotada de los derechos constitucionales [que] impide a la Justicia entender y actuar de manera efectiva en importantes reclamos de reforma social”. Este es el componente institucional formal de los derechos y está arraigado en el texto de la Constitución de los Estados Unidos y en su jurisprudencia interpretativa; fortalecido por la doctrina *stare decisis* (es decir, aquella que exige a la Justicia respetar los precedentes sentados en casos anteriores). En los casos de desegregación escolar en particular y de reforma escolar en general, la abundante jurisprudencia que interpreta las cláusulas de Igualdad ante la Ley y de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos impone una limitación formal sobre los jueces de los tribunales de distrito que desean aplicar dicha ley en aparentes agravios en el ámbito educativo. Esta restricción relativa a la naturaleza limitada de los derechos es un obstáculo institucional que impidió que demandantes y tribunales con consciencia de integración atacaran la segregación en el norte y el oeste del país (incluyendo San José), hasta el fallo trascendental de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Keyes* contra el Distrito Escolar de Denver No. 1, que proporcionó orientación a los demandantes que intentaban demostrar que las decisiones de los consejos escolares que sostuvieran o exacerbaran la segregación racial podían ser tomadas como prueba de intencionalidad segregacionista aún cuando no existiera constancia escrita de una política en tal sentido.

Más allá de la restricción de los derechos, Rosenberg sostiene que la Justicia no podrá generar políticas sociales significativamente diferentes a las de los poderes políticos porque, de hecho, no es política o económicamente independiente de estos. Si los poderes políticos disienten con los fallos judiciales pueden derogar las leyes estatales, enmendar la Constitución o simplemente ignorar la interpretación judicial.



Habiendo determinado que la práctica de un sistema escolar viola algún derecho legal, el tribunal no tienen otra opción más que diseñar e implementar una reparación equitativa eficaz que otorgue a los actores damnificados las condiciones de las que hubieran gozado si nunca hubieran sido perjudicados. Tal reparación deberá también evitar futuras violaciones a la Constitución. La limitación de la capacidad se basa en las simples nociones de que los tribunales no cuentan con las herramientas de investigación social necesarias para desarrollar políticas apropiadas y de que al no dirigir una escuela a diario no pueden implementar de manera directa los decretos de reparación. Sin embargo, muchos sostienen que es exagerada la presunta imposibilidad de la Justicia de investigar los factores sociales relevantes y de diseñar políticas resarcitorias en los casos de desegregación. Confiando en peritos y en expertos especiales designados por el tribunal, la investigación judicial de los hechos no es peor y hasta puede ser mejor que la investigación legislativa. Además, muchos tribunales han dejado el proceso de diseño del decreto de reparación en manos de funcionarios de educación locales o en manos de ambas partes intervinientes en el proceso judicial, mediante la negociación de un decreto judicial con previo consentimiento de las partes (“decreto de consentimiento”). Finalmente, los tribunales han desarrollado una variedad de herramientas para asistirlos en la implementación de decretos de reparación, que incluyen grupos de trabajo, magistrados, supervisores y expertos.

Poco más de una década después de que Rosenberg proclamara la promesa de cambio social generado por la Justicia como una “esperanza vacua”, algunos académicos comenzaron a dar una nueva mirada al litigio de derecho público y al rol de la Justicia en la reestructuración de las reparticiones públicas. Entre ellos, James Liebman, Charles Sabel y William Simon han específicamente considerado el rol de la Justicia en la reforma escolar, y su evaluación del potencial de éxito judicial, es mucho menos pesimista. En lugar de ver a la Justicia como una institución que simplemente impone órdenes resarcitorias bajo el modelo tradicional de reforma burocrática de “orden y control”, la Justicia está adoptando un enfoque “experimentalista” en la reforma escolar. En lugar de promulgar decretos verticalistas de normativa fija, orientados a brindar información, hoy la Justicia es llamada a desestabilizar o debilitar poderosos intereses políticos enraizados que vienen incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones para con los alumnos y permanecen inmunes a las fuerzas tradicionales de corrección política. La función de la Justicia es entonces la de reestructurar la negociación política tradicional a fin de que todos los sectores pertinentes puedan negociar un acuerdo que reformule las instituciones complejas tales como las escuelas. Es de destacar que la Justicia no es responsable de arreglar las escuelas; sino que simplemente es convocada a supervisar el desempeño (o de los estados o de los distritos escolares) en relación a los resultados educativos acordados. Cuando las escuelas no cumplen con lo requerido, el tribunal —en respuesta a un litigio— puede procurar un foro de reforma para “nuevos públicos”, teniendo en cuenta particularmente a aquellas voces que son desoídas en los foros políticos tradicionales, para reestructurar la escuela a fin de que alcance el éxito. Al igual que la tesis de Rosenberg, el modelo experimentalista no postula que la Justicia por sí sola sea suficiente para producir la reforma escolar. Pero, a diferencia de dicha tesis, los experimentalistas aceptan el rol de la Justicia en un proceso político que evoluciona hacia el mejoramiento de las condiciones



de aquellos que tradicionalmente son los políticamente indefensos. En palabras de Sable y Liebman:

“Estos desarrollos...sugieren la posibilidad de una forma descentralizada de revisión judicial que preserve la capacidad de deliberación constitucional como un modo de reflexionar sobre las normas más profundas de la comunidad política, a la vez que se disminuye sustancialmente el carácter intrusivo del poder judicial atemperando así el dilema contramayoritario”.

Con este marco en mente, nos ocuparemos del caso de San José.

La desegregación escolar en San José: la justicia y la igualdad de oportunidades

Ubicado al sur del Área de la Bahía de San Francisco, el Distrito Escolar Unificado de San José se extiende unas dieciséis millas en forma de medialuna desde la autopista Bayshore en el norte hasta el Valle de Almaden en el sur. El ancho del distrito varía desde el punto más angosto al sur (de una y una milla y media) hasta su sección media más ancha (de cuatro millas). Desde la Segunda Guerra Mundial, minorías étnicas — principalmente mexicano-americanos primero y comunidades vietnamita-americanas después—, tendieron a establecerse en el área norte del centro del distrito. El Valle de Almaden, que está subdividido en suburbios de nombres que connotan tranquilidad, como Cañada del Sauce, es el hogar de una gran población mayoritariamente blanca y en menor medida asiático-americana. Actualmente el distrito ostenta cuarenta y una escuelas: veintiocho escuelas primarias, seis escuelas de enseñanza media básica y siete escuelas secundarias. De 2006 a 2007 se inscribieron 31.097 alumnos divididos en siete grupos raciales/étnicos distintos: 1% indo-americanos; 12,7% asiáticos; 0,6% de las islas del Pacífico; 1,8% filipinos; 51,3% latinos; 3,5% afro-americanos y 28% blancos. El distrito no fue siempre mayoritariamente “minoritario”. De hecho hasta los años 90, los estudiantes blancos constituían la mayoría en el distrito. Como muchos otros distritos escolares de California, desde los años 60 San José es testigo de una comunidad latina cada vez mayor. De qué manera el distrito ofreció (o no) igualdad de oportunidades en educación a esa población en crecimiento constituye la esencia de este capítulo.

Señales de advertencia tempranas y el (tibio) esfuerzo por evitar la historia

Al menos desde 1964, los funcionarios del distrito de San José tenían conocimiento de que sus escuelas estaban segregadas por etnias. En 1962, el Consejo Administrativo del distrito (Consejo) anunció públicamente que la segregación de hecho era inherentemente



dañina y en 1963 reconoció la creciente balcanización de los grupos étnicos en las zonas residenciales del distrito. Tan preocupado estaba el Consejo, que encargó un estudio de segregación racial / étnico de sus escuelas y encontró en 1964 que el patrón residencial se reflejaba en las escuelas del distrito. En 1966, el Estado de California comprobó la segregación étnica en el distrito y lo instó a que voluntariamente tomara las medidas necesarias tendientes a la desegregación en sus escuelas, a riesgo de perder alrededor de US\$ 1,25 millones en fondos federales y estatales para fines específicos. Dos años más tarde, un informe comisionado por la Dirección General de Educación del Condado de Santa Clara confirmó los resultados obtenidos por el estado y recomendó el traslado de estudiantes a otras zonas para integración (busing) a fin de aliviar los efectos nocivos de los desequilibrios étnicos en las escuelas de San José. Anticipándose al problema de desegregación de las décadas de 1980 y 1990, el Superintendente George Downing expresó sus dudas de que el sistema de busing sirviera como plan para conseguir la integración, dado que los estudiantes tienden a permanecer con sus propios grupos étnicos en los pasillos y las aulas de las escuelas “desegregadas”. A pesar de que Downing y el Consejo apoyaron los esfuerzos por intensificar los servicios educativos en las escuelas del centro, ninguno de ellos estaba dispuesto a continuar con el sistema de busing como solución a los desequilibrios étnicos en las escuelas.

Sin embargo, hacia 1969, Downing y el Consejo, totalmente compuesto por cinco miembros blancos, no podían dilatar más la situación. El 10 de febrero de 1969, durante una reunión del Consejo y en respuesta a otra advertencia del estado, Downing en un abrupto cambio de postura “reafirmó el compromiso [del distrito] con un programa educativo integrado de alta calidad”. Downing hizo referencia a los esfuerzos del distrito por mejorar los servicios educativos en las escuelas céntricas de mayoría latina. “A pesar de estos y otros esfuerzos,” se lamentaba Downing, “continuamos enfrentando el problema del alumno de las minorías que se encuentra aislado de la comunidad como un todo y que siente una total frustración en su esfuerzo por desarrollar una identidad positiva”. Sin embargo, reconociendo el potencial del sistema de busing, el Consejo puso el freno y designó a un grupo asesor comunitario que propusiera recomendaciones para lo que denominó “el objetivo primario” de integrar las escuelas del distrito.

Este grupo de estudio, conocido como Equipo de Estudio para la Educación Urbana de Calidad (QUEST, por su sigla en inglés), resultó ser el punto de inflexión inicial del debate sobre busing en San José. En un principio, QUEST estaba integrado por miembros abocados a lograr la integración, incluso implementando el busing, de ser necesario. Sin bien el Consejo adoptó una actitud calma con respecto al busing, sistemáticamente desalentó a QUEST su recomendación. Las fuerzas anti-busing comenzaron a organizarse, lo que es hoy una historia conocida. El 5 de febrero de 1970, durante una reunión del Consejo, opositores al sistema de busing reclamaron la apertura de QUEST a defensores anti-busing y prometieron organizarse para oponerse a este sistema. Tan sólo dos meses más tarde, se formó Padres por una Mejor Educación (PBE, por su sigla en inglés), que aseguraban contar con mil integrantes y reclamaban la banca de aquellos miembros del Consejo que no se oponían al busing. El Consejo dio su consentimiento y no sólo abrió QUEST para que participaran miembros del PBE, sino que modificó su misión,



cambiando el “objetivo primario” de integración por “prioridad de largo plazo”. Ahora lo más importante para el Consejo era mantener la política escolar vecinal, según la cual ubicaba a sus alumnos imparcialmente sin tener en cuenta su raza o etnia. Siempre y cuando se siguiera estrictamente la política del distrito, según su propia teoría, el distrito no podría ser considerado ilegítimamente segregado.

Luego de nueve meses de discusiones, QUEST recomendó al Consejo y a su nuevo Superintendente, Chales Knight, adoptar un plan de desegregación desarrollado por el Profesor Robert Sasseen de la Universidad Estadual de San José, que se basaba principalmente en la matriculación abierta/transferencias voluntarias, escuelas “imán” y un plan a largo plazo de un gran complejo educativo. Knight aprobó muchas de las recomendaciones, pero el Consejo perdía interés en la desegregación y no procedió según las mismas. En su lugar, enfocó su atención en la gran superpoblación de las escuelas en el Valle de Almaden y en la reconstrucción de muchos establecimientos inhabilitados por ley estadual. Según la normativa de la Ley Field de California promulgada en 1933, las escuelas de los distritos debían construir y mantener edificios capaces de tolerar un terremoto de cierta magnitud. Trece de las escuelas de San José no cumplían con la normativa y el Consejo dispuso su cierre, demolición y reconstrucción de acuerdo con la Ley Field. El incesante crecimiento, de la población en el Valle sumado a las inhabilitaciones por la Ley Field, dio como resultado la doble jornada y padres influyentes disconformes que se hacían escuchar.

La respuesta inicial del Consejo fue solicitar dinero a los votantes. A fin de costear los esfuerzos de reconstrucción de las escuelas, el Consejo llevó a cabo elecciones de bonos en 1971, 1972 y 1973, amenazando con implementar el doble turno y aumentar el busing en caso de que las medidas de los bonos fracasaran. Las tres elecciones fracasaron, a pesar del llamamiento a aliviar la superpoblación. El Valle de Almaden respondió solicitando la autorización para transferir a sus niños a las escuelas de los distritos escolares cercanos de Cambrian y Union, cuya capacidad no estaba saturada. El Superintendente Knight aprobó la idea inter-distrito y el Consejo lo adoptó de forma unánime en la votación del 16 de mayo de 1974. Sin embargo, cuatro días más tarde, el Consejo rescindió la medida por asesoramiento legal. Tal incumplimiento de la política de escuelas vecinales del distrito podía percibirse como una fisura en la defensa acorazada del distrito contra el busing.

Los padres del Valle de Almaden no eran los únicos padres preocupados por el modo en el que el distrito se ocupaba de las escuelas superadas en su capacidad. Liderados por el grupo de apoyo latino La Confederación de la Raza Unida, la Asociación de Maestros Chicanos y los empleados del programa Model Cities — financiado con fondos federales—, en 1973 los latinos del distrito lucharon por la reconstrucción de la escuela de enseñanza media clausurada, Wilson Middle School, en el mismo predio céntrico donde se encontraba antes. Desde tiempo atrás Model Cities y la Confederación presionaban al distrito por mejores escuelas en el centro de la ciudad. Pero la escuela Wilson estaba ubicada en el barrio latino e inevitablemente abriría sus puertas como escuela de latinos y con desequilibrio étnico. Sin embargo, la coalición de grupos latinos no estaba preocupada por el desequilibrio étnico; tan sólo deseaba recuperar su escuela de barrio. Más aún, Wilson se convirtió en símbolo y punto de convergencia de la creciente insatisfacción de los latinos para con el



distrito por el maltrato que percibían hacia sus hijos. Las bajas calificaciones en lectura, la capacitación deficiente de los maestros y la casi inexistencia de educación bilingüe/bicultural eran prueba de ese maltrato en educación. Pero el Consejo con consciencia de litigio (claramente no era consciencia de integración) eligió no reconstruir la escuela Wilson y, en lugar de ello, resolvió extender el predio de la escuela Hoover, alegando que de lo contrario se exacerbarían los desequilibrios étnicos.

El problema de la sobrepoblación se resolvió reconstruyendo once escuelas de la Ley Field y gracias a una merma en la inscripción de estudiantes durante el baby bust (disminución de la tasa de natalidad). En cuanto a la idea de utilizar el busing para corregir los desequilibrios étnicos, en agosto de 1974 el distrito intentó dar por terminado el tema a través de una encuesta a los padres, quienes expresaron su disconformidad. El sondeo reveló que 82% se oponía al “traslado forzoso y obligatorio”, el 74% de los padres mexicano-americanos se oponía a esa forma de busing y el 20% de los padres se oponía aún al traslado voluntario. Pero el tratamiento que el distrito dio a las recomendaciones de QUEST, a la cuestión del busing y a las escuelas de la Ley Field, tendría repercusiones.

El caso que (casi) nadie notó

En otoño de 1971, tras la vorágine de QUEST, dos familias mexicano-americanas, las familias Díaz y Vásquez, demandaron al distrito con el objeto de impedir la reconstrucción de las escuelas inhabilitadas según la Ley Field en sus predios originales, dado que la ubicación de dichas escuelas tan sólo perpetuaría y exacerbaría la segregación étnica en el distrito. Arnulfo y Socorro Díaz no eran activistas. Simplemente veían que las escuelas del Valle de Almaden eran mejores que aquellas a las que asistían sus hijos y sintieron que eso era el resultado de la discriminación étnica. Asistieron y participaron de reuniones para averiguar por qué, pero nadie los escuchó. José Vásquez era activista. Era el líder de la Confederación de la Raza Unida. Pero al entablar la demanda contra el distrito, ni los Vásquez ni los Díaz contaron con el pleno apoyo de la comunidad latina o siquiera de la Confederación. Los Díaz fueron ridiculizados en la iglesia por desafiar públicamente al distrito e incluso recibieron amenazas de muerte. Se sentían simplemente “tres padres mexicano-americanos” (ni integrantes de la comunidad mexicano-americana ni líderes de derechos civiles), y quizás sólo eso eran, tal y como habitualmente los retrataba la prensa.

En representación de las familias, de todos los padres de apellido español y de los estudiantes del distrito, los abogados de la Sociedad de Ayuda Legal del Condado de Santa Clara (Legal Aid) solicitaron una medida de no innovar al Tribunal Federal de Primera Instancia para detener la reconstrucción de las once escuelas de la Ley Field. Los abogados de Legal Aid aseguraban que la reconstrucción de las escuelas perpetuaría la segregación étnica en violación de la cláusula de Igualdad ante la Ley y del Título IV de la Ley de Derechos Civiles. El juez Robert Peckham del Distrito Norte de California estuvo provisoriamente de acuerdo y decretó una medida cautelar de no innovar que interrumpía la reconstrucción de las escuelas a la espera de otras audiencias. Sin embargo, en una declaración emitida por el Consejo Administrativo, el distrito prometió resistir enérgicamente los esfuerzos de los demandantes por extender la medida. Dos meses más tarde, se impuso el distrito, cuando Peckham levantó la medida y se negó a otorgar el



mandamiento judicial. Peckham consideró que el distrito jamás había segregado por ley a sus estudiantes y que los demandantes no habían demostrado cómo había obrado el distrito para generar desequilibrios étnicos en las escuelas. Sin embargo, en esa primera audiencia advirtió al distrito que si reconstruían escuelas sin tener en cuenta el equilibrio étnico, “bien podrían estar provocando la vuelta del busing”. El distrito ignoró ampliamente la advertencia y reconstruyó nueve de las once escuelas en sus predios originales, con la esperanza de que los litigantes latinos se fueran.

No lo hicieron. En 1973 la Corte Suprema dictó el fallo *Keyes* y recomendó directrices a los defensores de la desegregación sobre cómo probar la discriminación intencional en ausencia de una ley. En julio de 1975, los Díaz, Vásquez y Legal Aid llevaron al distrito nuevamente a la justicia a un juicio de diez días que demostrara si sus políticas tenían la intención de aislar a los estudiantes latinos. Casi necesariamente, el distrito debió admitir que sus escuelas tenían desequilibrios étnicos pero sostuvo no haber hecho nada para provocar la segregación. Antes bien se ciñó a su política escolar vecinal neutral: la segregación de hecho era el resultado de las “incontrolables” elecciones residenciales de los grupos étnicos del distrito.

Legal Aid, en virtud de lo dispuesto por el fallo *Keyes*, repasó cerca de doce políticas del Consejo que presuntamente ocasionaban la perpetuación y exacerbación de los desequilibrios étnicos. Los demandantes señalaron que el distrito sabía de la segregación desde mediados de la década de 1960, y aún así desde 1965 había inaugurado nueve escuelas con desequilibrios étnicos; avivó el fantasma del busing en su propaganda electoral pro bono de 1971; reconstruyó QUEST bajo presión comunitaria en contra del sistema de busing; se desvió de su política escolar vecinal, al menos por unos días; y por último, ignoró las advertencias del Consejo Estadual de Educación (SBE, por su sigla en inglés) de que debía tomar medidas para integrar su escuelas.

Peckham consideró los argumentos de los demandantes, pero no estaba convencido. Refutó cada una de sus alegatos sobre los hechos en base a una doble observación: (1) el desequilibrio étnico existente es producto de una política escolar vecinal neutral y de sólida perspectiva educativa, y (2) el distrito no tenía obligación explícita de integrar, aún cuando había dejado pasar oportunidades para hacerlo. En síntesis, la segregación no era intencional. Sin embargo, Peckham nuevamente advirtió al distrito que no tenía “intención de marcar la actual asignación de estudiantes con un *imprimatur*, o de desalentar al consejo escolar en su intento por mejorar el equilibrio racial en el sistema escolar”. Sin embargo, el distrito ignoró la advertencia de Peckham. Las familias demandantes no estaban satisfechas con el fallo de Peckham y lo apelaron.

En Noviembre de 1979, el Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, de facción supuestamente activista, consideró que Peckham había aplicado un estándar equivocado para discriminación intencional y reenviaron el caso a Peckham para un estudio ulterior. El fallo de los jueces sugiere que Peckham había evaluado inadecuadamente que la política escolar vecinal étnicamente neutral del distrito “constituía o bien una defensa completa contra los cargos de intención segregacionista, o eliminaba por completo las inferencias de intención segregacionista que emanaban de la prueba”. El Tribunal del Noveno Circuito



instruyó a Peckham revisar toda la evidencia y sacar conclusiones respecto de la intención. En 1981 y en respuesta a ello, Peckham elaboró un extenso informe que no cambiaba su conclusión inicial: a la luz de toda la evidencia, el distrito no tuvo intención de segregar a los estudiantes a través de sus políticas. Comenzaba a vislumbrarse que la equidad educativa no llegaría a San José a través de la acción judicial.

La política local y las presiones externas: la tibia respuesta de San José

No era ningún secreto que las escuelas de San José eran segregadas. Sin embargo, durante los años posteriores a que el Consejo admitiera tal segregación en 1964, hubo poca presión política popular para abolir la segregación en las escuelas de San José. Hasta 1979, la prensa identificaba sólo algunas voces solitarias que hacían un llamado a la desegregación: la ex maestra y miembro del Consejo, Mary McCreath, las familias Díaz y Vásquez, Legal Aid y algunos miembros de QUEST. Lo que es más importante, las familias de la zona sur continuaban oponiéndose a la desegregación si ello implicaba el traslado obligatorio de sus hijos. A pesar de la ausencia de una presión interna significativa, el Consejo fue forzado a considerar la desegregación a medida que la presión externa aumentaba.

A fines de la década de 1960 y entrado el año 1971, el Consejo recibió advertencias periódicas del Estado de California que indicaban que los desequilibrios étnicos en las escuelas violaban la política del estado. En el verano de 1975, la Comisión de Relaciones Humanas del Condado de Santa Clara organizó encuentros sobre segregación en las escuelas, que tuvieron poca respuesta por parte del público, al tiempo que el jefe de cátedra de educación de la NAACP (Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color) viajó hasta la ciudad para condenar la segregación en las escuelas. El distrito no hizo nada. No fue hasta que el SBE promulgara las normas de desegregación que el distrito comenzó a movilizarse con renuencia. En abril de 1978, el SBE emitió una directiva requiriendo a todos los distritos del estado presentar un plan de desegregación para el 1 de julio de 1979, o bien demostrar que estaban desegregados, o probar que no podían desegregarse. Sin apartarse de su *modus operandi*, el Consejo no abordó las normas de SBE públicamente hasta enero de 1979, cuando autorizó una nueva comisión consultiva de ciudadanos para estudiar el problema y elaborar recomendaciones. La comisión se nombró recién a mediados de marzo de 1979 y no celebró su primera reunión antes del mes de mayo. Para entonces, quedaba claro que el distrito no llegaría a cumplir con el plazo establecido. Esta vez el SBE no le permitiría burlar su orden; el presidente del SBE, Michael Kirst, amenazó al distrito con sanciones económicas y con posibles acciones legales. Esto impulsó un “simulacro de incendio”. En poco menos de tres meses, la comisión compuesta por sesenta y cinco miembros definió la “desegregación” para las escuelas de San José y desarrolló un plan quinquenal de “desegregación” de las escuelas. Aún así, el plan se hizo tardíamente y no fue implementado en el plazo requerido que prescribía en septiembre de 1979, pero el SBE no impuso sanciones.

El plan quinquenal de desegregación estaba basado nuevamente en las escuelas “imán”. De acuerdo con su propia definición indulgente de “segregado”, el plan establecía que sólo catorce escuelas de San José, todas ellas céntricas, no cumplían con la normativa y requerían ser desegregadas. Los programas especiales e “imanes” propuestos incluían



programas para niños con aptitudes sobresalientes y talentosos, escuelas “de vuelta a lo básico”, escuelas creativas y de artes escénicas y programas de ciencias / medio ambiente (sólo algunos de los cuales se implementarían en las escuelas del centro). El objetivo del plan era la eliminación efectiva de la segregación en todas las escuelas del distrito para 1985. Sin embargo, la falla técnica del plan yacía en su dependencia de fondos federales no garantizados. En 1980, sólo US\$ 500.000 en fondos del distrito y US\$ 710.000 adicionales provenientes de la Ley de Emergencia Escolar (ESAA, por su sigla en inglés) habían sido destinados al plan (la ESAA sería revocada en poco tiempo por el Congreso). El distrito también procuró obtener un monto adicional de US\$ 1,8 millones en fondos provenientes del gobierno de Reagan, anti-busing y a favor de la libre elección, bajo el programa federal que promovía el desarrollo de las escuelas “imán”. En un principio, Washington rechazó el pedido dado que el plan de San José no estaba tan bien desarrollado como los planes de otras ciudades, el distrito se movía demasiado lento y había sido citado por la Oficina de Derechos Civiles (OCR) por violar los derechos de los estudiantes con conocimientos limitados del inglés. Con dificultades iniciales debido a fondos limitados y preparativos precipitados, y más tarde destruido por la quiebra fiscal del distrito en 1983, el plan poco pudo hacer para generar el equilibrio étnico en sus escuelas. De hecho, hacia 1985, trece escuelas seguían siendo étnicamente desequilibradas según la propia definición de la comisión.

Lo que es más importante, el plan de desegregación poco hizo por atender los deseos de los estudiantes y las familias latinas a las que debía beneficiar. A comienzos del proceso de planificación de la comisión consultiva de ciudadanos, nueve miembros, en su mayoría latinos, abandonaron la comisión y propusieron su propio plan de desegregación. El grupo llamado Coalición para las Escuelas del Centro, al que se sumaron educadores de las escuelas del centro y el activista latino (y posterior demandante en el juicio Díaz) Jorge González defendía mejores programas educativos en las escuelas del centro (tanto cursos enriquecidos como “de vuelta a lo básico”), clases bilingües/biculturales y estaba en contra del traslado obligatorio de estudiantes. La coalición consideraba que la definición de segregación de la comisión propiciaría el traslado desmedido de niños latinos de sus escuelas barriales, mientras que los niños blancos del Valle de Almaden tendrían más posibilidades de permanecer en su propio barrio. La posición de la coalición fue reforzada en marzo de 1980 por un informe de la OCR que consideraba que el distrito violaba los derechos educativos de los estudiantes con conocimientos limitados del inglés según las Directrices Lau de la OCR. La tibia respuesta del distrito a la presión externa sencillamente no era suficiente.

La intervención de la Justicia: la reparación de la segregación ilegítima (1985-2003).

No conformes aún con el fallo de Peckham de 1981 que indicaba que el distrito no había segregado intencionalmente a sus estudiantes, Legal Aid y las familias latinas nuevamente solicitaron al tribunal del Noveno Circuito que revisara el caso. En un principio, otro panel de tres jueces resolvió respaldar, en un fallo dividido dos a uno, la conclusión de Peckham; pero en mayo de 1984, en el décimo tercer aniversario del edicto Brown, el tribunal en



pleno del Noveno Circuito revocó el fallo de Peckham, lo cual implicó un punto de inflexión para las escuelas de San José. El Noveno Circuito observó que el distrito había atendido a un público que se oponía a la desegregación; que su respuesta a la superpoblación escolar había sido la doble jornada, desfavorable en términos educativos, para evitar el traslado de blancos al centro; que había nombrado personal docente y administrativo según su origen étnico; que se había negado a responder a las exhortaciones del SBE a desagregar, y que había ubicado nuevas escuelas y reconstruido escuelas de la Ley Field de modo tal que perpetuaban e intensificaban los desequilibrio étnicos. El tribunal además opinó que “al evaluar la evidencia en su totalidad, se desprende la ineludible conclusión de que el Consejo tuvo la intención de segregar. El patrón de decisiones del Consejo que sistemáticamente mantuvo o intensificó la segregación resulta evidente... En casi todas las instancias, el Consejo eligió ‘volcarse a la segregación’ más que alejarse de ella”. Al considerar que el distrito actuó con intención segregacionista, el Noveno Circuito hizo lo que Peckham no estaba dispuesto a hacer: interpretó agresivamente la evidencia en contra del distrito. Asimismo, el Noveno Circuito no hizo lo que Peckham debía haber hecho; traducir esta violación constitucional en una reparación efectiva.

La reparación por segregación ilegítima: equilibrio étnico e igualdad de oportunidades en educación (1985-1994).

La desegregación llegaba a San José a través del juzgado del Juez Peckham y un nuevo elenco se presentaba ante él reflejando así la gravedad del problema. Si bien los Díaz y los Vásquez continuaron íntegros, las decisiones importantes con relación a los actores vinculados a los procesos resarcitorios fueron acompañados por un grupo más amplio de actores latinos. Algunos de estos nuevos demandantes pertenecían al grupo de apoyo latino Raza Sí, liderado por Jorge González.

Falto de recursos y abrumado por el número de casos, Legal Aid continuó siendo el principal patrocinante en el tema, pero sumó el apoyo del Fondo Mexicano- Americano para la Defensa Legal y la Educación (MALDEF, por su sigla en inglés) y a su abogada litigante principal y ex miembro de la OCF, Norma Cantu para trabajar en la fase de protección de derechos. Sin embargo, más importante que la elaboración de una posición sensata y efectiva en las cuestiones resarcitorias fue la decisión de los actores de contratar al peso pesado experto en desegregación, Charles Willie. Willie era un veterano en desegregación, famoso por su apoyo a la integración étnica / racial como solución.

La defensa, por su parte, sumó a un nuevo equipo. Ramón Cortines, contratado en gran medida por su vasta y exitosa experiencia en la desegregación de las escuelas de Pasadena, fue nombrado superintendente justo antes del comienzo de la fase de protección de derechos. Cortines recibió inmediato reconocimiento en San José y fue visto como alguien capaz de hacer funcionar cualquier plan de desegregación en el distrito. El distrito también abandonó su asesoría local al contratar los servicios de Peter Collison, abogado litigante de trayectoria y ex miembro de una gran firma de abogados, para que llevara adelante las negociaciones y audiencias en la fase de protección de derechos. Finalmente, y para confrontar con Willie, el distrito convocó a Christine Rossel para que diseñara su



propuesta de plan resarcitorio. Rossell también había prestado declaración en varios casos de desegregación y era conocida por su convicción en los planes de integración “voluntarios” como el modo más eficaz de alcanzar un equilibrio étnico / racial y de evitar una “huida de blancos”.

Si bien el distrito había propuesto inicialmente un programa “imán” voluntario en julio de 1985, Peckham lo rechazó por ser inadecuado y programó una audiencia de diez días para desarrollar un nuevo plan. La audiencia fue una clásica batalla entre la pericia en ciencias sociales y la conjetura experimentada. Las partes no podían siquiera ponerse de acuerdo en la definición de “desegregación”, el distrito proponía una definición que daría lugar a una mezcla de etnias muy inferior a la propuesta por la definición de los actores. El plan del distrito continuaba enfocándose en la integración voluntaria a través del establecimiento de cuatro escuelas imán especializadas a nivel de distrito y dieciséis programas imán. El plan se sustentaba en los argumentos de Rossell que señalaban que la asignación obligatoria de estudiantes y el sistema de traslado de estudiantes (busing) darían lugar a una huida blanca, con lo cual no habría estudiantes blancos que se integraran en el distrito. Según el esquema de un plan de “elección controlada” propuesto por la parte actora, la integración no quedaría librada a la elección de los estudiantes y sus familias. Si un alumno decidía no asistir a un establecimiento imán se le permitiría definir su preferencia de escuela dentro de su área de asistencia, pero sólo se le concedería su preferencia si la asignación elegida cumplía con las metas de composición étnica. De lo contrario, se le asignaría una escuela obligatoriamente. Por último, los actores propusieron que un monitor externo fiscalizara la implementación del plan. Esta propuesta y la amenaza de la consiguiente pérdida del control del distrito encolerizaron tanto al Superintendente Cortines que amenazó con renunciar si se nombraba al monitor.

El juez Peckham fue mayormente persuadido por la tesis de Rossell que indicaba que el traslado obligatorio de estudiantes generaría una huida blanca, y en vísperas de Año Nuevo de 1985 básicamente adoptó la estrategia del distrito, salvo por unas pocas disposiciones de importancia. Defendió el enfoque del distrito en relación a los traslados voluntarios y a los programas imán y enriquecidos. Tal vez consciente de que el distrito sería el responsable de implementar la orden del tribunal, de que un número significativo de miembros de la comunidad latina se oponían al traslado obligatorio de alumnos fuera de sus escuelas barriales, y de que la libre elección probablemente se tradujera en una mayor satisfacción de padres y alumnos, Peckham se negó a adoptar el plan de asignación más rígido presentado por los actores. A pesar de que temía la huida blanca, Peckham rechazó la adopción del enfoque paulatino del distrito. En lugar de ello, decidió establecer metas provisionales: 60% del alumnado debía estar en escuelas desegregadas hacia 1986-1987, 70% hacia 1987-1988, 80% para 1988-1989, y 90% hacia 1989-1990. Finalmente, Peckham insistió en el nombramiento de un monitor judicial que funcionara “como los ojos y oídos del tribunal, para asegurar que el distrito lleve a cabo sus responsabilidades de desegregación de acuerdo con la orden”.

Los actores nombraron a Beatriz Arias, profesora de la Facultad de Educación de la Universidad de Stanford, como supervisora. Fue una elección sólida en términos educativos y políticamente astuta. Arias había sido miembro del panel de expertos en el



caso de desegregación de Los Ángeles, supervisora judicial en el caso Denver, y lo más importante, profesora del distrito de Pasadena durante la superintendencia de Cortines. “Es realista, práctica, y creo que será objetiva con la comunidad”, dijo Cortines el día de su nombramiento.

El primer día de la implementación del plan —el 8 de septiembre de 1986, primer día de clases—, los mayores inconvenientes que el distrito debió enfrentar fueron los retrasos de los micros escolares, algunos trayectos que fueron más largos que lo calculado, algunos guardias de cruce peatonal ausentes y uno o dos alumnos que olvidaron pasar a buscar. San José distaba mucho de ser Little Rock (no hubo resistencia oficial) o Boston (no hubo resistencia organizada y violenta por parte de la comunidad) o Detroit (no hubo una huida blanca significativa). El primer día de los traslados fue más un evento mediático que una crisis comunitaria, con periodistas poniendo micrófonos en la cara de los alumnos y un funcionario del distrito que se subió a un helicóptero para tener una vista aérea de la flota de buses amarillos. Antes del primer día, había razones para estar algo nerviosos, ya que el Superintendente Cortines, uno de los arquitectos del plan, renunció a su cargo para asumir como superintendente en San Francisco y un grupo de padres del Valle de Almadén amenazaba con desbaratar el plan bajo la consigna Salvemos Nuestras Escuelas. Pero todo salió prácticamente sin problemas.

De allí en más, quedó claro que el Juez Peckham y compañía tendrían un papel activo en la implementación continua de la orden del juez. Además de los informes semestrales, Peckham rutinariamente solicitaba que Arias estudiara cuestiones específicas. Arias manejó docenas de apelaciones de estudiantes del sistema de asignación y su oficina creció hasta tener un giro de US\$ 250.000 por año. Por parte del distrito, trató de conjugar el proceso de monitoreo con su propia oficina de integración y reporte rutinario. La relación entre la oficina del monitor y el distrito pasó a ser menos que amigable, puesto que el distrito al fin de cuentas buscaba limitaciones al rol del monitor. Peckham respondió a esa solicitud con ira. “Tiene que haber, durante la vigencia de este decreto, monitoreo continuo y completo por parte de este tribunal y por el monitor designado por el tribunal,” insistió Peckham, pero “hay una hostilidad, casi, en relación a que el tribunal tenga algo que ver con este [plan] y a que el monitor tenga algo que ver con esto.”

¿Cómo le fue al distrito? Para empezar, el dinero no era gran problema. La mayoría de los gastos de desegregación del distrito eran reembolsados por el estado: hasta US\$ 3,1 millones en el primer año solamente. Hacia 1993, el distrito recibía unos US\$ 3,5 millones en fondos federales para escuelas imán y hasta US\$ 22,6 millones en reembolsos del estado para el traslado de estudiantes, “costos directos e indirectos de administrar el programa”, programas y escuelas imán, prevención de deserción escolar, capacitación docente y guardería. “La desegregación nos ha salvado,” proclamó Norris Hill, el director de programas imán del distrito en 1993. En cuanto a las disposiciones de equilibrio étnico del plan, al distrito le fue mejor que lo previsto. La desegregación del cuerpo docente se logró en el primer año, 1986-1987. También en el primer año, con unos seis mil estudiantes en buses, 83% de los estudiantes del distrito se encontraban en escuelas desegregadas, lo cual era el objetivo del distrito para el tercer año. La huída de blancos era mínima, dado que la matriculación en el distrito estaba dentro del 1% de las proyecciones en el primer



año y sólo 3-6% de la población de estudiantes blancos se alejó. Al finalizar el segundo año, 86% de los estudiantes se encontraban en escuelas desagregadas; en 1988-89, el distrito había cumplido su objetivo de 90% un año antes de lo programado y en 1991, casi todos los estudiantes de San José estaban en escuelas desagregadas. El distrito estaba tan seguro de su éxito que informalmente expresó a Peckham en octubre de 1990 que ya había dado cumplimiento a la norma de Dowell (ciudad de Oklahoma) para acceder al status unitario.

A pesar de tales éxitos, surgieron algunos problemas. El sistema de asignación del distrito, que favorecía a padres y estudiantes que se anotaran en escuelas en la primavera antes del ciclo lectivo siguiente, afecta a los latinos desproporcionadamente. Como los latinos tendían a anotarse y por ende a definir sus preferencias de escuela más tarde que los blancos, a muchos menos latinos se les concedía su primera opción de escuela. Arias y otros denunciaron que los servicios bilingües del distrito eran inadecuados. Los latinos eran transportados en bus con mucha más frecuencia que los blancos y en general pasaban más tiempo en el transporte. Arias (en 1988 y 1990) y el diario local (1991) también informaron un aumento de la discriminación de segunda generación. En 1991, los latinos tenían el doble de probabilidad que sus compañeros de clase de ser suspendidos, desertar o repetir el grado. Los latinos tenían calificaciones generalmente dos niveles inferiores al promedio del distrito en las evaluaciones de rendimiento del estado. Finalmente, la segregación dentro del ámbito de la escuela, los mayores porcentajes de blancos ubicados con anticipación, la preparación para la universidad y los cursos de honores, y los mayores porcentajes de latinos en cursos de apoyo fue la norma. Los activistas como Jorge González de Raza Sí lamentaron la ineficacia del plan de desegregación para instaurar la igualdad educativa. “No sé exactamente qué ganamos,” se preguntaba.

El no abordaje de las necesidades educativas de los estudiantes latinos era particularmente notorio en contraposición con cambios demográficos en el distrito como telón de fondo. Cuando el Juez Peckham emitió su orden de reparación inicial, los blancos representaban 57% del cuerpo estudiantil y los hispanos, 30%. En el ciclo lectivo 1992-93, estas cifras se habían revertido: los blancos constituían sólo 30% mientras que los hispanos alcanzaban 44%, y los americanos de ascendencia asiática (13%) y afroamericanos (3%) representaban gran parte de la población restante. Sería difícil desconocer las necesidades de los grupos étnicos más grandes.

Quizás anticipando la insatisfacción de los actores con los aspectos del plan que tenían que ver con el traslado de estudiantes o busing, probablemente envalentonado por el modelo de la Corte Suprema de status unitario en los casos Pitts y Dowell, y/o respondiendo a la presión de los padres blancos que se oponían al sistema de busing, el distrito finalmente presentó una petición para acceder al status unitario el 19 de junio de 1992. La decisión de presentarla probablemente fuera impulsada por las garantías del estado de que los fondos de desegregación no se cortarían en tanto el distrito continuara implementando un plan de desegregación.



Reparando la segregación ilícita: Reforma escolar e igualdad de oportunidades educativas (1994-99).

En lugar de avenirse al pedido del distrito, los actores se opusieron a la petición del distrito argumentando que aunque se hubieran cumplido los objetivos de equilibrio étnico definidos en el decreto de reparación, subsistían “vestigios” de la discriminación. En consonancia, tomaron la petición de status unitario como una oportunidad de buscar una modificación a la orden de reparación de Peckham que corrigiera los problemas de discriminación educativa y de segunda generación que se habían planteado.

La segregación dentro de la escuela era un tema particularmente contencioso porque los esfuerzos de desegregación en realidad alentaban la práctica de subdivisión de los alumnos en niveles conocida como tracking. La desegregación exitosa en las escuelas dependía de la predisposición de los padres blancos de enviar a sus hijos a escuelas imán en vecindarios de minorías. Debido a que se consideraba que era más probable que los padres blancos participaran en la desegregación si sus hijos eran colocados en clases de nivel superior (high-track) separadas, los oficiales de distrito adoptaron de buena gana y dieron cabida a la subdivisión de los alumnos en niveles. Pero en 1988, cuando Arias detalló el uso de la subdivisión para volver a segregar a los estudiantes dentro de las escuelas, el entonces superintendente rápidamente replicó: “En lo que concierne a segregación en el aula, este distrito nunca ha segregado a estudiantes étnicamente”. El Juez Peckham parecía estar de acuerdo: “La limitada segregación que existe parece estar justificada por consideraciones válidas desde el punto de vista educativo y demográfico.”

Sin embargo, la evidencia mostraría lo contrario. Como preparación para la audiencia de status unitario, los expertos en subdivisión de estudiantes y agrupamiento por niveles de capacidad complementaron los informes de monitoreo de Arias con extensos nuevos análisis del tratamiento de los estudiantes latinos por parte del distrito, en base a la amplia base de datos que el distrito estaba obligado a mantener. Fue particularmente llamativo descubrir que el sistema de subdivisión de alumnos del distrito tenía el efecto de crear clases racialmente desequilibradas, en las que los blancos resultaban sistemáticamente favorecidos en las decisiones de matriculación de los cursos. Los análisis estadísticos revelaron que este patrón de sesgado de matriculación no podía explicarse únicamente en base al logro pasado de los estudiantes (medido por las calificaciones obtenidas en las evaluaciones). Más aún, se descubrió que la ubicación de alumnos en el nivel inferior (low track) tenía un impacto negativo en su desempeño académico. Por ejemplo, mientras sólo 56% de los latinos con muy altas calificaciones estaban en las clases “aceleradas”, 93% de los blancos y 97% de los americanos de origen asiático con calificaciones similares en las evaluaciones se inscribían en estas clases. Más aún, los estudiantes con calificaciones “promedio” en las evaluaciones que eran ubicados en cursos de nivel inferior empeoraban su desempeño en evaluaciones subsiguientes, mientras que los que tenían calificaciones “promedio” y eran ubicados en clases regulares y aceleradas lo mejoraban. En otras palabras, si los estudiantes comenzaban con un desempeño relativamente alto o bajo, los que eran colocados en cursos de menor nivel con el tiempo obtenían menos logros que estudiantes similarmente situados en cursos de mayor nivel.

Conforme los actores presionaban para que se prestara atención a estas cuestiones, el



distrito mismo reconocía la urgencia de abordar las necesidades de los estudiantes latinos. En 1991, el superintendente dijo al diario que el distrito ahora se estaba enfocando más en el rendimiento que en la segregación solamente. Sostuvo que él personalmente había alentado a las escuelas a abandonar el sistema de subdivisión de los alumnos y señaló la participación del distrito en “Equity 2000”, un proyecto destinado a pasar a los estudiantes hispanos a cursos de matemática de mayor nivel. Hubo un giro aún más acentuado hacia el énfasis en la calidad de la educación para los estudiantes latinos del distrito cuando, en 1993, Linda Murray asumió como superintendente. Murray aportó su experiencia significativa con una orden de segregación en el Condado de Broward, en la Florida, que la había dejado escéptica respecto de la capacidad de los planes de asignación de estudiantes como elemento aislado para corregir la desigualdad educativa. También reconoció las necesidades distintivas de los estudiantes latinos y de los que aprenden el idioma inglés (ELL). Como símbolo de ese reconocimiento, sus primeras medidas incluyeron la designación de una latina para administrar la oficina de segregación y un anuncio para desplegar los fondos de segregación del distrito con el objetivo de abordar las inequidades que enfrentaban los latinos.

En febrero de 1993, durante los extensos preparativos para la audiencia de status unitario, falleció el juez Peckham. El Juez Ronald Whyte fue seleccionado para seguir el caso y no perdió tiempo en hacer saber a las partes cómo lo manejaría. Adoptando una perspectiva experimentalista, Whyte declaró, “Se me ocurre que este es el tipo de controversia que pide a gritos una conciliación entre las partes,” observó. Agregó: “Es de esperar que vea una orden (de consentimiento) que sea apropiada”. Con ese empuje, Whyte pospuso la audiencia y designó a un juez retirado del tribunal superior de California para que mediara en la disputa. En vista del deseo de los actores de avanzar hacia escuelas vecinales de mejor calidad, el deseo del distrito de disminuir la supervisión judicial y sus declaraciones sobre la creación de igualdad de oportunidades en las escuelas céntricas, la decisión de Whyte de imponer una resolución por mediación generó la oportunidad para el surgimiento de un “nuevo público” en torno a la reforma de las escuelas de San José.

Durante casi diez meses, las partes, sus abogados y sus peritos trabajaron sin el tribunal para definir una modificación a la orden de 1985 que fuera mutuamente aceptable. La Superintendente Murray posteriormente recordaría que el interés de los actores en las cuestiones del rendimiento escolar contribuyeron a persuadirla de que el distrito debía mantener la orden judicial y usarla para apalancar su “accionar correcto” para los estudiantes latinos. Decidió usar el proceso de negociación para diseñar algo que ayudara a cerrar la brecha del rendimiento académico y a acelerar el inicio de los esfuerzos para eliminar el sistema de subdivisión de los estudiantes por niveles (tracking), que relegaba a los niños latinos a clases de nivel inferior. Murray reflexionó:

“Fue obvio para mí que teníamos enormes brechas de rendimiento (era obvio para todos) y que tal vez podíamos usar el proceso de negociación para rediseñar la orden judicial y convertirla en un instrumento que fuera capaz de abordar la cuestión primaria de las brechas de rendimiento y de oportunidad. Por lo tanto, a menudo digo, en retrospectiva, que fue oportunista dirigirse a la mesa y expresar: en lugar de abandonar la orden judicial en este momento, introduzcamos un decreto de consentimiento que tendría un reloj (no



duraría por siempre)... Simplemente pensé que esto realmente aceleraría los esfuerzos que necesitamos para tratar el tema de la subdivisión en niveles, el bajo rendimiento y el hecho de que tantos estudiantes hispanos asistían a cursos que no les permitían llegar a nada”.

En enero de 1994, las partes suscribieron una importante modificación al decreto de reparación. Los actores reconocieron el nuevo espíritu de cooperación. “Si este acuerdo es respetado por todas las partes intervinientes, realmente construirá una alianza. Creo que los actores están encaminados a generar confianza en el distrito,” manifestó Jorge González, de Raza Sí, a un periodista.

El acuerdo aprobado por el tribunal (el decreto de consentimiento de 1994) iba mucho más allá de lo que Peckham había ordenado, o tal vez hubiera podido ordenar, en términos de componentes educativos. Ambas partes promocionaron la nueva orientación que tomaba la orden. “El nuevo acuerdo aborda el progreso educativo de todos los estudiantes en el distrito unificado de San José,” anunció la Superintendente Murray. “Dentro de cada escuela, vamos a trabajar muy arduamente para asegurarnos de que cada estudiante goce de igualdad de acceso a todos los programas.” González coincidió: “Para mí, lo más importante es que [los actores] y el distrito se han dado cuenta de que tenemos el mismo objetivo... Este acuerdo simplemente es una herramienta para permitir al distrito tener éxito con todos los estudiantes.”

Como reflejo del nuevo curso adoptado por las partes en la “desegregación”, el texto del decreto de consentimiento de 1994 se parece menos a una orden de un juez y más a un capítulo de un libro sobre reforma educativa. En primer lugar, el distrito se comprometió a eliminar la subdivisión de sus alumnos por niveles y a basarse más en aulas con habilidades mixtas y con altos estándares para todos los estudiantes. Todos los alumnos de la escuela elemental debían asignarse a clases generales; no habría aulas exclusivas para la instrucción de los mejor dotados y más talentosos (GATE) y en cambio la instrucción GATE que fuera necesaria se realizaría ya sea en el aula general o bien en forma puntual y circunscrita. Se exigía a todas las escuelas medias adoptar el modelo de Escuelas Aceleradas desarrollado en la Universidad de Stanford por Henry Levin, con sus altas expectativas y mayor apoyo a todos los estudiantes. En las escuelas secundarias, el agrupamiento por habilidad podía continuar en los años superiores, pero los cursos básicos del noveno grado se basarían en habilidades mixtas (excepto las secuencias de cursos de buena fe como geometría de noveno grado, álgebra, trigonometría, pre-análisis matemático y análisis matemático). El distrito también debió diseñar un plan agresivo para llevar a todos los estudiantes, desde la escuela elemental, a secuencias de cursos de mayor nivel.

En segundo lugar, se estaban desarrollando programas especializados para apuntar al éxito de los estudiantes latinos. Sobresalía el compromiso del distrito de proporcionar educación bilingüe a todos los estudiantes de inglés que lo desearan. Esto incluyó la identificación de los estudiantes que necesitaban aprender el idioma inglés, su ubicación en aulas donde la enseñanza se impartía en su idioma primario en escuelas donde quince o más estudiantes elementales de inglés como segunda lengua en cualquier nivel grado requirieran dicha instrucción, y el monitoreo adecuado para hacer la transición a las aulas donde la enseñanza se dictaba en inglés. Debe destacarse, no obstante, que la institucionalización de la programación bilingüe del decreto de consentimiento de 1994



estaría en tensión con esfuerzos por reducir el aislamiento étnico, por lo menos al nivel del aula, ya que los estudiantes de inglés como segunda lengua se concentrarían en ciertas aulas para recibir la instrucción en el idioma primario.

En tercer lugar, el decreto exigió un completo informe del rendimiento académico del distrito y sus escuelas individuales junto con más de una docena de indicadores, entre otros, índices de retención, índices de graduación, promedios generales y puntajes en las evaluaciones del estado. Lo notable de este informe de rendimiento es el giro que propuso el decreto del monitoreo externo al monitoreo interno de los resultados de los estudiantes y el informe a los actores y sus abogados. Si bien la oficina del monitor del tribunal seguía existiendo, claramente estaba siendo suprimida gradualmente a medida que “las partes acuerdan que el distrito debe comenzar a asumir responsabilidad sobre el auto-monitoreo, previendo una reducción del costo de monitoreo externo.” De igual modo, las partes acordaron eliminar la intervención judicial en la medida de lo posible, ya que convinieron someterse a procesos informales de resolución alternativa de controversias toda vez que surgiera un desacuerdo.

Finalmente, las partes no abandonaron el equilibrio étnico como reparación para la segregación intencional. Sin embargo, los requisitos de tal equilibrio se relajaron a través de un cambio en la definición de una escuela “segregada”, ya que cualquier escuela podía tener una matrícula hasta 70% latina. Más aún, una media docena de las escuelas del distrito fueron dispensadas de los objetivos de equilibrio étnico. En agosto de 1994, este número aumentó a ocho escuelas. Esta laxitud en los objetivos de equilibrio étnico podría fijar el marco para el regreso a las escuelas vecinales. El decreto concluyó con un acuerdo que si el distrito lograba “el pleno cumplimiento” con las disposiciones del decreto, sería, por definición, “unitario”. El distrito acordó no presentar una petición de status unitario antes de la finalización del ciclo lectivo 1995-96, pero, si los actores no oponían una objeción por escrito al cumplimiento del decreto por parte del distrito, los actores se verían imposibilitados de argumentar que el distrito no era unitario.

A pesar de las buenas intenciones prevalecientes para el uso del decreto de consentimiento como elemento de reforma fundamental, la implementación resultó dificultosa. La Superintendente Murray esperaba resistencia de los miembros blancos y adinerados de la comunidad del distrito, particularmente en torno a la eliminación de la subdivisión por niveles, y pensó que el decreto judicial sería de ayuda: “Es muy difícil superar las actitudes y expectativas de los padres más acaudalados que desean que sus hijos asistan a cursos acelerados...” Según su mentalidad, es mejor tomar a los mejores y dedicarles un programa de estudios exclusivo para ellos... “Pensé que podía utilizar el decreto judicial si disponía la eliminación de la subdivisión por niveles. Se convirtió en un amortiguador para mí y mi Consejo decir que es una orden del tribunal.”

No obstante, Murray y sus colegas no lograron prever la vehemencia de la oposición con que se enfrentarían. Muchos padres blancos dijeron que el decreto favorecía injustamente a los latinos a costa de sus propios hijos. Incluso algunos que se consideraban a favor de la desegregación temieron que la eliminación de la subdivisión por niveles pusiera en riesgo la educación de sus propios hijos al “nivelar para abajo” los cursos. Alentando estos miedos, los medios locales informaron que los docentes se quejaban de que la inclusión



de “niños que solían asistir a clases de apoyo” dificultaba el dictado de clases y bajaba el nivel de instrucción. Los padres en la parte sur del distrito, principalmente poblada por blancos, también objetaron el agregado de un preescolar bilingüe a una escuela primaria, principalmente aduciendo que todos los niños debían recibir enseñanza en inglés. Un hecho que tornó el tema aún más contencioso fue que muchos padres latinos consideraron que el distrito no estaba poniendo demasiado compromiso en el esfuerzo. Algunos interpretaron que el uso de la orden judicial por parte del distrito como motivo para la reforma constituía una falta de compromiso con la misma. Utilizando expresiones que vapuleaban la orden judicial, la administración del distrito rápidamente convirtió el decreto de consentimiento en un pararrayos ante cualquier cuestión y actitud divisiva que se le opusiera.

En enero de 1996, el consejo escolar que había contratado a la Superintendente Murray puso en tela de juicio sus habilidades y pidió su renuncia, aunque luego dejó el pedido de renuncia sin efecto. El liderazgo del distrito estaba dividido y desorganizado. Sin embargo, al finalizar el ciclo académico 1995-96, el distrito presentó una petición de status unitario “parcial”, desoyendo las objeciones de los actores sobre el cumplimiento del distrito. El Juez Whyte nunca llegó a entender en esta petición, pues el distrito y los actores llegaron a acordar otra modificación al decreto que en última instancia volvería a poner a los alumnos en sus escuelas vecinales.

“Las partes acuerdan que ahora es el momento justo para que el Distrito Escolar Unificado de San José haga un cambio fundamental en sus prácticas de asignación de estudiantes. Al implementar las disposiciones de asignación de estudiantes de la Orden de Reparación de 1985 y la Orden de Reparación Modificada Estipulada de 1994... el distrito ha cumplido plenamente los requisitos numéricos de etnias para las asignaciones en todas sus escuelas...

Al cumplir este objetivo, el consejo escolar y el Distrito actuaron libres de cualquier intencionalidad de discriminar contra cualquier grupo étnico en el [distrito].

Para el futuro, las partes creen que la desegregación de las escuelas elementales puede lograrse con un sistema de asignación de alumnos que (1) no emplee estándares numéricos, y (2) combine asignaciones a escuelas vecinales con transferencias intradistritales. Mayoría a Minoría, escuelas imán reclutamiento enfocado.

Las partes reconocen que, adoptando estas disposiciones, la composición racial de algunas de las escuelas del distrito puede cambiar con respecto a los niveles actuales. Los actores acuerdan no procurar ninguna modificación futura a las prácticas de asignación de estudiantes que exija al distrito volver a cumplir índices numéricos de etnias en sus escuelas, o asignar o reasignar a estudiantes a escuelas en base a dichos índices. Los actores acuerdan asimismo que la composición racial de las escuelas del distrito no se utilizará como evidencia de intención discriminatoria con respecto a la implementación del programa de asignación de estudiantes del distrito.”

Este acuerdo, celebrado en agosto de 1996, dio el toque final a la transición del litigio de desegregación, alejándose del equilibrio étnico como significado central de la igualdad de oportunidades en educación y acercándose a la creación de buenas escuelas vecinales como real significado de dicha igualdad.



No obstante, sin objetivos explícitos de equilibrio étnico, el distrito esperaba mantener cierto semblante de integración con la continuación de programas imán, transferencias voluntarias mayoría a minoría y reclutamiento enfocado para alentar las transferencias voluntarias. Aún así, todo parecía reconocer que la modificación de 1996 traería aparejada la existencia de escuelas vecinales racialmente aisladas. Tal vez reconociendo esto, las partes esencialmente dieron vida a la doctrina “separados pero iguales” de Plessy contra Ferguson (1896), promoviendo la equidad vertical a través de financiación adicional a escuelas cuya matrícula superara 75% de latinos.

Indudablemente con un mayor conocimiento del potencial de una reacción pública para frustrar las reformas, la Superintendente Murray empleó una disposición de la orden judicial para que el programa de extensión de padres gastara los fondos de desegregación en una campaña concertada para concitar el interés del público. Valiéndose de Public Agenda, un grupo de investigación de la opinión pública, el distrito realizó una investigación en grupos motivacionales con diversos conjuntos de padres, estudiantes, docentes y miembros de la comunidad, consultándoles acerca de su visión sobre la calidad de las escuelas de San José. Public Agenda también coordinó “conversaciones de la comunidad”, involucrando a cientos de padres docentes y líderes de la comunidad en la conversación sobre sus aspiraciones para los niños de San José. La participación en estas conversaciones públicas fue administrada cuidadosamente para asegurar que grandes cantidades de padres latinos insuficientemente atendidos asistieran y fueran escuchados. Las reuniones y una encuesta de seguimiento por escrito de todos los padres, estudiantes y docentes convencieron a los funcionarios del distrito de que la comunidad apoyaría estándares más altos y un plan de estudios más riguroso. Incluso los docentes, concluyeron, estaban dispuestos a apoyar una política que preparara a los estudiantes de secundaria para la universidad, siempre que se les diera la capacitación y el respaldo necesario para alcanzar este objetivo.

Avanzando sobre la base de este obvio consenso de la comunidad, el Consejo adoptó una política de “universidad para todos” que exigía que, comenzando por los estudiantes de noveno grado que ingresaban a la escuela secundaria en el otoño de 1998, todos los estudiantes aprobaran la secuencia de quince cursos requeridos para ingresar a la Universidad de California y a la Universidad Estadual de California (los “cursos A-G”) para recibir el título. Esta secuencia incluye tres años de matemática preparatoria para la universidad hasta álgebra II, tres años de ciencia preparatoria para la universidad que incluye dos laboratorios de ciencia y dos años de aprendizaje de idioma extranjero.

Considerando el proceso en retrospectiva, Murray cree que la orden judicial los ayudó a avanzar con la reforma, aunque no la haya exigido. La eliminación de la subdivisión por niveles ordenada por el decreto judicial previo consentimiento de las partes de 1994 ocasionó que muchos más estudiantes latinos de escuela media y secundaria fueran ubicados en cursos más desafiantes. El hecho de que a estos alumnos les fuera tan bien académicamente como a las cohortes previas en cursos de nivel inferior ayudó a suprimir los mitos acerca de la capacidad de los estudiantes latinos de tener un buen desempeño en cursos de alto nivel.



Reparando la segregación ilícita: Enseñanza de inglés como segunda lengua e igualdad de oportunidades educativas (1999-03)

Un hecho que en parte motivó la vuelta a las escuelas vecinales fue que muchos latinos que estaban siendo trasladados en transporte escolar a las escuelas de concurrencia mayormente blanca (y cada vez más, de americanos con ascendencia asiática) en el sur del distrito también eran estudiantes que debían aprender el inglés (English Language Learners, ELL). Al llegar, encontraron que los cursos bilingües a los que tenían acceso en las escuelas céntricas no existían y por lo tanto se impedía el acceso equitativo a gran parte de la currícula. Esta falta de servicios educativos apropiados en función del idioma fue resaltada en el “Informe Sumario Quinquenal” de 1991 del monitor del tribunal.

Para abordar esta falta de acceso curricular, es preciso recordar que el decreto de consentimiento de 1994 específicamente requería amplias intervenciones para satisfacer las necesidades de los estudiantes que debían aprender inglés. En términos simples, la igualdad de oportunidades en educación en San José significó acceso idiomático para los estudiantes de inglés como segunda lengua a través de la programación transicional en la lengua primaria. Pero esta atención a las necesidades idiomáticas de este grupo de alumnos peligró con la promulgación en 1998 de una legislación que implementaba la iniciativa aprobada por los votantes de California, la Propuesta 227, que virtualmente eliminaría la educación bilingüe en el estado. Esa iniciativa, titulada “Inglés para los Niños” por sus defensores, buscó imponer programas de inmersión en inglés en la mayoría de las aulas de California. Pero el nuevo público formado por representantes de los actores y los líderes de distrito que se había desarrollado bajo la supervisión del Juez Whyte reconoció la amenaza y también vio una oportunidad para preservar (y mejorar) la labor del decreto de consentimiento de 1994. Debido a que el tribunal de distrito estadounidense administraba el decreto de consentimiento en virtud de sus facultades bajo la Constitución Estadounidense, el Juez Whyte podía invocar la cláusula de supremacía de la Constitución para asegurar que una ley del estado no falseara el poder federal. En otras palabras, el litigio de desegregación en sí –que alguna vez fuera considerado una carga impuesta sobre el distrito- ahora podía utilizarse para escudar al distrito (y a los actores) de lo que consideraban como consecuencias adversas de la ley estadual.

Hacia fines de la década de 1990, mucho había cambiado en el distrito. Los latinos no sólo pasaron a ser el grupo étnico más grande sino que “constituían una mayoría en el consejo escolar [incluso Jorge González]: tres de cinco. Además, el superintendente adjunto y tres altos directores eran latinos. Los latinos también estaban mejor representados entre los directores de escuelas. El resultado de este cambio fue la alineación sustancial de intereses entre la parte actora y el distrito. De hecho, en escritos judiciales de octubre de 1998 y marzo de 1999, tanto los actores como el distrito parecieron acordar que la igualdad de oportunidades en el contexto del caso de desegregación significaba tres cosas: (1) que el distrito debía mantener el curso de la reforma que había delineado en 1994 enfocando recursos a los estudiantes latinos en las escuelas céntricas, eliminando la subdivisión de los alumnos y desegregando las aulas, monitoreando los resultados académicos y suprimiendo gradualmente la supervisión judicial; (2) que todo esfuerzo por alcanzar el equilibrio étnico al nivel de la escuela debía ser voluntario y, significativamente, (3)



que los estudiantes ELL de San José debían tener acceso a igualdad de oportunidades a través de un programa transicional modificado de idioma primario. Las partes por lo tanto propusieron un programa para estudiantes ELL de escuelas elementales o instrucción de inmersión en inglés en su escuela elemental asignada. Esencialmente, las partes acordaron que dar acceso igualitario a los niños latinos en el contexto del litigio de desegregación significaba ofrecer a las familias la opción de “borrarse” del mandato de enseñanza sólo en inglés de la Propuesta 227 y optar por instrucción transicional en el idioma primario. En todos los demás aspectos, el decreto de consentimiento modificado reflejaba las medidas de reforma escolar del decreto de consentimiento de 1994 y las políticas de asignación de estudiantes de la modificación de 1996.

El fin de la intervención judicial y el futuro de la igualdad de oportunidades educativas

En mayo de 2002, el litigio de desegregación en San José ya tenía 31 años, el distrito había cumplido sus objetivos de equilibrio racial hacía 13 años y hacía 8 años que había retornado a las escuelas vecinales y demostrado su capacidad de autosupervisarse. Probablemente no haya sido sorprendente, entonces, que en una conferencia de avance sobre el caso, el 8 de mayo de 2002, el Juez Whyte, por propia iniciativa, planteara la cuestión de si el distrito debía declararse unitario y dictaminarse la conclusión de la supervisión judicial. Una semana más tarde, el Juez Whyte escribió a las partes, ordenándoles que se reunieran y consultaran sobre la necesidad de continuar con la función del monitor del tribunal y sobre la cuestión de si la supervisión judicial era de hecho necesaria:

“El tribunal anticipa que se presente un informe conjunto que resuma cualquier cuestión de controversia que pudiera existir, antes de que el distrito presente una petición para acceder al status unitario. El tribunal anticipa que el distrito presente una petición para que se le conceda el status unitario (que, por supuesto, puede o no encontrar oposición de los actores) dentro de los próximos tres a cuatro meses.”

Habiendo dirigido el litigio de desegregación durante casi diez años y habiendo creado el foro para un nuevo público compuesto por funcionarios distritales y representantes de los actores para definir la igualdad de oportunidades educativas, el Juez Whyte tal vez pareció convencerse de que la función de desarraigo desempeñada por la justicia era innecesaria, especialmente debido a los cambios demográficos del distrito y a la composición del Consejo y la administración. A instancias del juez, las partes iniciaron prolongadas negociaciones de conciliación final (de mayo de 2002 a abril de 2003) con la esperanza de evitar un procedimiento de petición de status unitario costoso (y, para los actores, potencialmente riesgoso). Después de todo, los actores ya habían concedido esencialmente que el distrito había cumplido totalmente con el decreto de reparación de 1986, el distrito había sido exonerado de los objetivos de equilibrio numérico en 1996 y por lo tanto les resultaría muy difícil a los actores demostrar de qué manera subsistían los vestigios de la segregación intencional anterior a 1985. Aún así, el Juez Whyte dispuso un foro final para que el nuevo público institucionalizara la visión del caso de desegregación de igualdad de oportunidades educativas.



Mucho tiempo después de que los niños de las familias Díaz y Vásquez se hubieran graduado de la escuela secundaria, los fiscales de los actores decidieron formar un comité de la parte actora con la finalidad de asesorar a los abogados sobre la mejor forma de resolver el litigio y autorizarlos a celebrar el acuerdo de conciliación. Quien fuera el abogado patrocinante de los actores durante mucho tiempo, Francisco García Rodríguez, participó en reuniones mensuales del comité de junio de 2002 a marzo de 2003. Las reuniones fueron muy publicitadas y contaron con buena asistencia. El objetivo de cada reunión consistía en la revisión de las propuestas de conciliación, recomendaciones sobre cómo el distrito podía mantener los logros de la desegregación y la propuesta de modificaciones a cualquier condición de la conciliación. En una reunión del comité del 3 de marzo de 2003, más de cien miembros de la clase y el comité votaron para aprobar un acuerdo final propuesto (con sólo un voto en contra) y seleccionaron a dos miembros del comité –Martha Barahona y Bertha Madero– para que actuaran como representantes designadas de la clase en nombre de la familia Vásquez.

¿Qué preveía el nuevo trato? A pesar de alejar el foco de la integración y acercarlo a la creación de igualdad en escuelas vecinales, la pieza central del acuerdo definitivo de conciliación (el Acuerdo) fue un plan de integración voluntario (VIP) y un proceso continuo para involucrar a la comunidad en la supervisión distrital a través de un comité permanente sobre integración. Notablemente, el VIP, que fue desarrollado por un distinguido comité liderado por el distrito (con participación de la comunidad) sobre integración, no recomendó el equilibrio étnico obligatorio ni siquiera los objetivos numéricos. En cambio, se enfocó en un plan de asignación de estudiantes neutral a consideraciones de raza que apuntaba a delimitar zonas de asistencia, imanes, elección y reclutamiento enfocado de estudiantes. Los estudiantes presuntamente serían asignados a escuelas vecinales, a menos que el estudiante solicitara su transferencia voluntaria y ésta contribuyera a la diversidad socioeconómica. Específicamente, los estudiantes podían ser transferidos fuera del límite escolar al que debían asistir si se pasaban de una escuela de bajo status socioeconómico (SES) a una escuela de alto status socioeconómico, y viceversa. La neutralidad de raza se convirtió en la consigna, dado que el distrito podría haber estado sujeto a la Propuesta 209 de California, que prohibía a los organismos gubernamentales, como los distritos escolares, dar cualquier tipo de tratamiento preferencial haciendo distinción de raza. Si la Propuesta 209 era aplicable a los esfuerzos de integración voluntaria en los distritos de escuelas K-12 en realidad era un interrogante abierto, pero el distrito no estaba dispuesto a abordar esa cuestión y optó por crear integración sin políticas basadas en cuestiones raciales. Por supuesto, no fue perjudicial que el estado, bajo el programa de Subsidio a la Mejora Enfocada a la Instrucción, comenzara a proporcionar fondos para los distritos que pasaban de planes ordenados por los tribunales a planes voluntarios de desegregación. Ese programa permitió al distrito continuar sus esfuerzos de desegregación voluntaria y al mismo tiempo recibir unos 30 millones de dólares en fondos destinados a desegregación.

El distrito también se comprometió a continuar el foco en desegregación en el aula, acceso a cursos avanzados y el programa ALA para estudiantes ELL, de los decretos de consentimiento de las partes de 1994 y 1999. El Acuerdo llevó tales reformas de igualdad un paso más allá y dispuso que el distrito mejoraría el rendimiento y la preparación para



la universidad de los estudiantes de rendimiento insatisfactorio (además de los de bajo rendimiento). La esperanza de los actores era que este Acuerdo formalizara e internalizara las normas de igualdad que se habían desarrollado bajo la supervisión judicial debido a que la intervención de la Justicia ya no estaría al alcance de los actores.

El Juez Whyte dio su anuencia al Acuerdo el 22 de agosto de 2003. Al hacerlo, dejó sin efecto los decretos de consentimiento y acordó que el asunto quedara fuera de su competencia hacia fin de año. El síndico del distrito y ex actor Jorge González dijo a un periodista que la orden del juez “sonaba muy bien... La conclusión es, creo que vio que ambas partes fueron honestas al mantener vivos los objetivos de la orden judicial original”. González profundizó en esta última parte de interpretación histórica un año más tarde en un artículo de diario que conmemoraba el quincuagésimo aniversario del caso Brown en San José: “El juicio nunca se entabló por desegregación... Queríamos igualdad de oportunidades.” Independientemente de su exactitud histórica, la declaración de González y su participación misma en el caso ejemplificaron el nuevo público que había surgido en San José. De activista de la comunidad latina a actor y luego miembro del Consejo escolar, González pasó a ser la voz de los niños latinos y la propia conciencia del Consejo en sus esfuerzos por eliminar los vestigios de la discriminación pasada. Y del traslado escolar obligatorio y las cuotas étnicas a la educación bilingüe, la desegregación en el aula y la igualdad vertical para las escuelas céntricas, el litigio creó un foro para que el nuevo público cobrara vida y efectivizara su propia versión de igualdad de oportunidades educativas.

Pero, ¿marcó una diferencia?

¿Reforma escolar de hecho? La implementación de la eliminación de la subdivisión por niveles (detracking) y “Universidad para todos” en San José

Del mismo modo que el decreto judicial de consentimiento forzó y al mismo tiempo permitió al distrito adoptar la eliminación de la subdivisión de los alumnos (detracking) en las escuelas elementales y medias y una política de graduación de escuela secundaria con el lema “universidad para todos”, los fondos disponibles a raíz del caso proporcionaron apoyo esencial para la implementación de estas ambiciosas políticas. Entre 1998 y 2002, los docentes recibieron desarrollo profesional intensivo en la enseñanza de cursos exigentes a grupos diversos de estudiantes y los administradores recibieron capacitación sobre cómo hacer cambios fundamentales en los cronogramas maestros de las escuelas. Comités liderados por docentes desarrollaron nuevos materiales de instrucción y tecnologías como apoyo a la enseñanza, así como un conjunto de programas de “red de seguridad” (academias de sábado, instrucción antes y después del horario escolar, clases “sombra”, programas “puente” de verano, etc.) para estudiantes con dificultades para cumplir los requerimientos de los cursos más exigentes. Nuevos sistemas de evaluación proporcionaron datos frecuentes que se esperaba que administradores y docentes de las



escuelas utilizaran para seguir el progreso de los alumnos, señalar aquellos con necesidad de ayuda extra y dar forma a la instrucción. Las encuestas anuales de “clima” administradas a docentes, estudiantes y alumnos monitoreaban el grado de satisfacción con la calidad de la educación en las escuelas.

Debido a que la resistencia del personal amenazaba la implementación exitosa de estos cambios, se ofreció un incentivo de retiro voluntario con una importante indemnización (“golden handshake”) para acelerar la partida de docentes y administradores que no adherían al nuevo rumbo. Cientos cerraron trato. Para reemplazarlos y asegurarse que no faltaran docentes calificados, el distrito reclutó vigorosamente, especialmente enfocándose en maestros de matemática, ciencia e idiomas extranjeros. Al mismo tiempo, Murray se reunió una vez por semana con el presidente del sindicato de maestros, con el objetivo de resolver los problemas ni bien se presentaran y proporcionar recursos adicionales y apoyo en respuesta a las preocupaciones de los docentes. El distrito también montó una campaña agresiva y exitosa para aprobar una medida de bono que permitiera la actualización y expansión de los laboratorios de ciencia de secundaria. Los líderes de distrito recurrieron a asociados de negocio para obtener los recursos y solicitaron donaciones de fundaciones. Pero incluso con todo este trabajo estratégico, la orden judicial siguió siendo una palanca poderosa. Murray recuerda, “Si la gente no estaba contenta, tenía el martillo del tribunal para respaldarme: que esto no sólo era para preservar el mejor interés de los niños, sino que realmente no nos quedaba otra opción.”

Los resultados han sido impresionantes. Los datos del sistema de Datos Educativo Básico de California muestran que los índices de graduación general se han mantenido estables, incluso con requisitos de graduación mucho más exigentes. Más impresionante es el mayor porcentaje de estudiantes que se gradúan que han obtenido notas de C o más en los rigurosos cursos de ingreso a la universidad: de 37% en 2001, la clase que se graduó justo antes de que se instituyera el requisito, a 66% en 2006. Estas mejoras impulsaron al distrito mucho más allá del promedio del estado, que era de 40% en 2006. Si bien los aumentos han sido muy importantes para los estudiantes blancos –un salto de 34% (de 39% a 73%) entre 2001 y 2006– los latinos también consiguieron notables mejoras de 30% (de 19% en 2001 a 49% en 2006). En todo el estado, en 2006, los latinos se graduaron habiendo obtenido calificaciones de C o más en los rigurosos cursos de ingreso a la universidad, a una tasa mucho menor, 26%. También es notable que los logros en todas estas mediciones hayan sido más acentuados en las escuelas secundarias con menor desempeño del distrito, que tenían mayores porcentajes de latinos y estudiantes procedentes de familias de bajos ingresos. La inscripción en el distrito de estudiantes latinos en cursos de Ubicación Avanzada se duplicó durante los cinco años de la implementación.

A pesar de estos logros impresionantes, persisten las brechas raciales: los estudiantes estadounidenses asiáticos y blancos obtienen mejores calificaciones en todo el distrito y las escuelas secundarias en el sur del distrito, donde hay mayoría de estudiantes blancos y estadounidenses asiáticos, superan en rendimiento a las escuelas con población principalmente latina del centro de la ciudad. Sin embargo, el giro hacia la calidad educativa acortó considerablemente las brechas raciales del distrito en otras mediciones, incluso las calificaciones obtenidas en las evaluaciones normalizadas de matemática y lengua.



Han transcurrido diez años desde que el Consejo Escolar de San José adoptó su política de preparación para la universidad para todos. A partir de la clase de graduación de 2002, se ha exigido a todos los estudiantes graduados de las escuelas secundarias del distrito completar los quince cursos académicos requeridos para ser admitidos a las universidades públicas con carreras de cuatro años del estado. Gracias a esta política, los requisitos de graduación pasaron a ser los más exigentes del estado, hecho que es una gran fuente de orgullo en el distrito. Si bien la política fue motivada por la necesidad de responder a los decretos judiciales emitidos previo consentimiento de las partes de 1994 y 1996 (y con la fuerte asistencia de fondos de desegregación), el fin del caso no ha disminuido el compromiso del distrito.

La justicia y la igualdad de oportunidades educativas en San José

En San José el cambio educativo sucedió y sigue sucediendo. No hay duda de que los cambios demográficos del distrito, la opinión pública, ciertos activistas y educadores fueron todas piezas que tuvieron algo que ver en el cambio. No obstante, la pregunta sigue siendo si el tribunal fue esencial o incluso contribuyó al tipo de cambio que se produjo en San José, en vista de los derechos, la interdependencia y las limitaciones de capacidad que enfrentó. En términos simples, el tribunal de distrito, aunque lento en su accionar, fue un componente fundamental de dicha reforma.

Superación de las limitaciones judiciales en San José

Ya en 1973, el fallo de Keyes y claramente en 1979 la restricción de derechos no deberían haber impedido la intervención judicial en San José, pero el Juez Peckham no era un activista judicial. Durante trece años (1971-1984), Peckham se negó a desviarse de una interpretación de la ley orientada a la restricción. Por supuesto, es imposible afirmar si Peckham se sintió limitado por los precedentes, si adoptaba una interpretación ceñida de la ley para justificar sus propios fines de política, o si la resistencia comunitaria al busing potencial influyó en él. Pero el Noveno Circuito fácilmente encontró la segregación de jure en 1984 y aprovechó la oportunidad de excoriar el distrito por su resistencia de larga data a abordar la segregación. Entonces, en tres cortos años, con el respaldo del Noveno Circuito, dólares estaduales y federales, y el liderazgo temprano del Superintendente Corines, Peckham supervisó la desegregación de las escuelas de San José.

Rosenberg postula que los tribunales, por sí solos, no pueden hacer suceder el cambio social. Nada de lo que sucedió en San José negaría este postulado: que la ley, las elites políticas y la fuerza económica de los actores externos, los gobiernos estaduales y federales fueron necesarios para el éxito de Peckham. Pero lo que Rosenberg desacentúa es la necesidad de acción judicial frente a la política mayoritaria. De hecho, las cortes pueden dar la coerción moral para actuar. El distrito simplemente no estaba dispuesto a abordar la segregación hasta que el Noveno Circuito le dijo que su segregación era inconstitucional. Una vez considerado moralmente culpable, el distrito contrató a una superintendente



que simpatizaba con la integración y procedió a implementar una reparación. Lo que es más llamativo es la respuesta pasiva del público a la reparación altamente intrusiva del equilibrio racial. El tribunal, como agente de los valores consagrados en la Constitución, era condición necesaria para el cambio educativo frente a la política mayoritaria en San José.

Experimentalismo judicial y reforma escolar en San José

El equilibrio étnico finalmente no satisfizo las necesidades educativas de la minoría política y étnica de los latinos en el distrito. Por el contrario, los latinos en el norte del distrito sufrieron el castigo de la reparación con el sistema de busing, se concentraron en clases de nivel inferior y tenían más probabilidad de concurrir a escuelas de más bajo nivel que no daban apoyo al idioma primario. Pero la Constitución y la ley no reconocen claramente estas preocupaciones. De hecho, debido a que el distrito había logrado el objetivo del equilibrio étnico en 1989, habría sido absolutamente posible que la trilogía de Dowell, Pitts y Jenkins de la Suprema Corte hubiera exonerado al distrito de la supervisión judicial si la primera petición de status unitario del distrito hubiera pasado a audiencia.

Viendo una confluencia potencial de intereses partidarios a principios de la década de 1990, el Juez Whyte no permitió que la petición de status unitario avanzara y en cambio mantuvo la jurisdicción (concediendo algo de autoridad de monitoreo al distrito), mantuvo el apalancamiento detrás de la clase actora (pero no se involucró en el diseño de la reparación) e indicó a las partes que negociaran una reparación a la discriminación pasada (pero no requirió que esa reparación fuera la mezcla de etnias). Lo que surgió fue un nuevo público motivado para reformar las escuelas de San José, y la sentencia reparatoria resultante dio algo a ambas partes: escuelas vecinales, educación bilingüe y programas mejorados y enriquecidos en escuelas céntricas para los actores; escuelas vecinales, programas educativos de calidad, dinero de desegregación del estado y menor dependencia del monitor del distrito. Ambas partes compartieron muchos de los objetivos de la sentencia –de hecho, se podría decir que la orden judicial dictado con el previo consentimiento de las partes proporcionó “cobertura” al Superintendente Murray para implementar las reformas de eliminación de la subdivisión de los alumnos que no gozaban de popularidad entre algunos docentes y familias blancas y asiáticas del sur – y los aspectos de mejora educativa de la sentencia según se informa se han convertido en ethos del distrito.

Todo ello sugiere que el poder judicial desempeña otro papel en cuanto a posibilitar el cambio social: el de superintendente en un proceso político contramayoritario. La sala del Juez Whyte proporcionó un foro no sólo para que pudieran ser debatidas las reparaciones de desegregación no convencionales, sino también para que sectores que antes estuvieron insuficientemente representados pudieran participar en la conversación. Tan exitosos fueron los actores en traer a la mesa su programa de escuelas vecinales de alta calidad que obtuvieron ganancias de recursos (programación de idioma primario, aulas desegregadas y fondos adicionales para escuelas con alta población de minorías) y además pudieron cambiar la dinámica de poder en el distrito, ya que el otrora activista y actor Jorge González pasó a ser un reformador desde adentro. Esto distó mucho del



modelo de comando y control de la intervención judicial que fuera frecuente blanco de críticas durante los primeros días de la desegregación.

El significado de igualdad de oportunidad educativa en San José

La igualdad de oportunidad educativa no es un concepto ni estático ni uniforme. Su significado varía según la ciudad y el momento, conforme la política, el derecho, las escuelas y las comunidades interactúan. En San José, el status quo antes de la distribución de bienes educativos en gran medida prevaleció durante casi dos décadas después de se reconociera en el distrito la segregación de hecho. Una política “neutra” de escuelas vecinales y conducta “no discriminatoria” no sólo fue la defensa del distrito a un juicio de desegregación; también definió la igualdad educativa entre los estudiantes en el distrito. Esta definición de la igualdad impuesta y defendida por el distrito resultó abruptamente anulada por la orden del Noveno Circuito de 1984 y la consiguiente decisión del Juez Peckham de imponer la reparación tradicional para la segregación intencional: el equilibrio étnico. Sin embargo, desde el comienzo de las transferencias mayoría a minoría, escuelas imán y cuotas étnicas, no estaba para nada claro si esta adaptación del significado de igualdad sería la que se instalaría.

La desegregación suele conjurar imágenes en blanco y negro. La desegregación en San José, no obstante, significó reparar la discriminación pasada contra estudiantes latinos y esa reparación tiene un sabor distintivamente latino. Nuestra evidencia sugiere que las familias latinas de San José querían educación de calidad en sus escuelas del centro de la ciudad antes que sacrificar horas en el transporte hacia escuelas integradas y supuestamente mejoras en el Valle de Almadén. Durante las décadas de 1960 y 1970, exigieron programas de habilidades básicos y enriquecidos en las escuelas del centro de la ciudad. Los defensores latinos también pedían programas de educación bilingüe. A pesar de la presión de la coalición y las advertencias de la OCR, no obstante, el distrito continuó en gran medida haciendo caso omiso a las exigencias de programas educativos de calidad en el centro de la ciudad.

Esto cambió por orden judicial. Con el ímpetu de la supervisión judicial continua y los informes de Arias, las revelaciones del diario y la presión de Raza Sí, los latinos alcanzaron dos importantes objetivos: políticas dirigidas a una educación de calidad en el centro de la ciudad y educación bilingüe. En el proceso político mayoritario, el distrito principalmente blanco y el Consejo podían desconocer con virtual impunidad las demandas de la minoría política y étnica de los latinos. Sin embargo, en las negociaciones del decreto judicial dictado con previo consentimiento de las partes, el distrito tuvo que escuchar o enfrentar un litigio sostenido y costoso. Así, en 1994, el caso de desegregación comenzó a parecerse más a una iniciativa de reforma escolar, puesto que los objetivos de equilibrio étnico tomaron el asiento del pasajero (pero no el asiento trasero) y se privilegiaron los objetivos educativos. “Consideramos esto casi como un caso de reforma educativa,” declaró Francisco García de Legal Aid.

Desde la eliminación de la subdivisión de los alumnos y la provisión de mejores subsidios



para escuelas céntricas, hasta la introducción de escuelas aceleradas y el reclutamiento de latinos para programas de niños talentosos GATE, el énfasis se volcó a acrecentar los logros académicos de los latinos. Nada de esto equivale a decir que la comunidad latina de San José se oponga a la educación integrada: sólo sugiere que el objetivo preferido de escuelas de calidad cerca del hogar actualmente es incompatible con la mezcla étnica en este distrito de 16 millas. En el fondo, la equidad educativa en San José es multifacética, fluida y coyuntural, dependiendo de un momento y un lugar determinados. Recién ahora la justicia ya no interviene en esta evolución.

Referencias citadas

Jurisprudencia

Brown v. Board of Education of Topeka:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483>

Keyes v. School District No. 1, Denver, Colorado:

http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0413_0189_ZS.html

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896):

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=163&invol=537>

Legislación

Ley Field de California promulgada en 1933 (Field Act):

http://www.shakeout.org/schools/080410kickoff/4_Thorman.pdf



El acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes refugiados

Micaela Finoli¹

Resumen

El artículo analiza la situación en la que se encuentran los solicitantes de asilo y los refugiados que llegan a Argentina y que desean iniciar o continuar sus estudios. Para ello revisa la normativa aplicable, analiza los mecanismos que brinda el Estado para la incorporación al sistema educativo y relata dos casos reales que refieren directamente a dificultades en el acceso a la escolarización obligatoria en la Ciudad de Buenos Aires. Muestra además la invisibilización de esta población, así como el menoscabo de sus derechos. Finalmente propone una serie de modificaciones normativas entre las que se destaca la necesidad de generar un procedimiento específico para validar las calificaciones académicas de los refugiados, y asegurar la continuidad de sus estudios. Sostiene que el acceso a la educación no puede depender de la buena o mala voluntad de un agente gubernamental, sino que deben sancionarse normas que establezcan mecanismos y procedimientos claros, ajustados y realistas, que no generen ambigüedades ni permitan discrecionalidades por parte de funcionarios o empleados.

1. Es Abogada graduada de la Universidad Torcuato Di Tella (2005), maestrando en Flacso en Diseño y Gestión de Políticas y Programas Sociales. Trabajó en diversos estudios jurídicos especializados en la creación y asesoramiento de entidades educativas. Desde 2006 hasta la fecha se encuentra trabajando en la Asociación por los Derechos Civiles donde comenzó como colaboradora en el área de Acceso a la Información, luego estuvo tres años en el área de Derecho a la Educación como abogada e investigadora. Actualmente se encuentra trabajando en la misma institución en el área de Investigación. Realizó diversos cursos de posgrado y publicó varios artículos en libros y revistas, principalmente sobre temas vinculados al derecho a la educación. Contacto: mfinoli@adc.org.ar.



En el año 2008, en el marco del trabajo relativo a discriminación en el acceso a la educación, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) comenzó a analizar la situación en la que se encuentran los solicitantes de asilo y los refugiados que llegan al país y que desean iniciar o continuar sus estudios. Básicamente, se indagó el contexto en el que niños, niñas y adolescentes refugiados o solicitantes de asilo pueden acceder a la educación en la Argentina. En el país viven actualmente más de tres mil refugiados, y se recibe un promedio de 600 solicitudes de asilo anuales. En los últimos años ha aumentado la presencia de niños y adolescentes, y se espera un incremento sostenido de esta población.

Las personas que solicitan ante el Estado Argentino el reconocimiento de su condición de refugiados, o las que ya gozan de ese reconocimiento, no siempre pueden cumplir los requisitos de documentación exigibles para acceder a algunos de los niveles educativos en el país. En la mayoría de los casos les es imposible validar sus títulos secundarios, terciarios, o universitarios ya que esta tarea exige, como mínimo, una cantidad de documentación considerable y rara vez prevista por quienes abandonan su país para refugiarse en otro. Además, y justamente por su condición de refugiados o de solicitantes de asilo, les es virtualmente imposible solicitarla a su país de origen.

A efectos de poder evaluar la situación de acceso a la educación de esta población revisamos la normativa aplicable, analizamos los mecanismos que brinda el Estado para la incorporación al sistema educativo, realizamos pedidos de información a los distintos organismos estatales involucrados en el proceso, hicimos presentaciones administrativas y sugerimos algunas propuestas tendientes a hacer más efectivas las políticas de acceso a la educación de esta población. Asimismo, mantuvimos diversos intercambios con organizaciones que colaboran con las personas solicitantes de asilo y refugiadas, entre ellas *The Hebrew Immigrant Aid Society* (HIAS)² y el *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados* (ACNUR)³. En este marco, realizamos reuniones con actores claves, entre otros: el Relator especial por el Derecho a la Educación de Naciones Unidas en su visita a Buenos Aires en mayo de 2008; con abogados que habían llevado adelante casos en defensa del derecho a la educación de personas refugiadas; con miembros de universidades; con varios miembros del Departamento de Validez Nacional de Títulos y Estudios (Ministerio de Educación de la Nación); con miembros del Área de Convalidaciones⁴ (Ministerio de Educación de la Nación) y con personas afectadas a fin de conocer y comprender sus contextos y escuchar sus reclamos.

2. The Hebrew Immigrant Aid Society es una organización no gubernamental cuyos orígenes se remontan a la década de 1880. Tiene entre sus objetivos proveer información y servicios a los refugiados y migrantes. En conjunto con el ACNUR ha desarrollado varios programas, entre ellos: Apoyo psicológico, Becas universitarias y Capacitaciones.

3. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados es un organismo humanitario apolítico creado por la Asamblea General de la ONU en el año 1950. El objetivo del ACNUR es asegurarse que cada persona que haya huido de su país de origen por motivos de la violencia, conflictos armados y/o persecución, pueda ejercer el derecho a solicitar refugio, a recibir protección internacional en otro país o a regresar voluntariamente a su país de origen.

4. Agradecemos especialmente al Dr. Diego Hansen y a la Lic. María del Carmen Belber.



Situaciones detectadas y casos asistidos

A partir de las entrevistas realizadas a refugiados, y las reuniones mantenidas con HIAS y ACNUR, esbozamos un cuadro inicial de la situación, que evidencia la complejidad del tema y la enorme gama de posibilidades, casi tan amplia y diversa como las situaciones que dan origen a la petición de asilo. Efectivamente, cada persona ingresa al país con una situación educativa distinta, y cada caso tiene sus particularidades.

Una lista tentativa de los casos posibles al momento de ingresar a la Argentina comprende las siguientes posibilidades:

- Solicitante / Refugiado con edad para ingresar a la educación inicial
- Solicitante / Refugiado cursando la educación inicial
- Solicitante / Refugiado con edad para ingresar a la escuela primaria
- Solicitante / Refugiado cursando la escuela primaria
- Solicitante / Refugiado con edad para ingresar a la escuela secundaria
- Solicitante / Refugiado cursando la educación secundaria
- Solicitante / Refugiado en condiciones de comenzar estudios terciarios o universitarios
- Solicitante / Refugiados cursando estudios terciarios o universitarios
- Solicitante / Refugiados con estudios terciarios o universitarios finalizados.

A este espectro de situaciones debe sumarse la sobremanera compleja cuestión de con qué documentación cuentan como para acreditar sus estudios anteriores (en el caso que los tengan), y en qué mes del ciclo lectivo argentino llegan al país (por ejemplo si llegan en octubre, las autoridades suelen ser reticentes a permitir el ingreso a la escolaridad dado que en diciembre finalizan las clases). Esto implica que la gama de posibilidades es aun más amplia que la recién mencionada. Y por su puesto tampoco podemos dejar de lado el tema del lenguaje, que implica un nuevo obstáculo para quienes no son hispanoparlantes.

En lo que respecta a la documentación para acreditar los estudios previos, varía según el nivel educativo del que se trate, y según el país de origen de la persona. Por ejemplo, entre Argentina y diversos países (México, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, Italia, Perú y Venezuela) existen convenios de Reconocimiento Recíproco de Estudios, aplicables sólo a la educación secundaria⁵, que permiten convalidar títulos sin necesidad de rendir materias de formación nacional tales como lengua, literatura o historia. Es decir que mediante la convalidación se reconocen los estudios de nivel medio completo realizados en otro país, y se posibilita la prosecución de estudios superiores (ver

5. El sistema educativo argentino está organizado de la siguiente manera: Educación Inicial, Educación Primaria, Educación Secundaria y Educación Superior (terciario y universitario). Desde la reciente sanción de la "Ley de Educación Nacional" (Nº 26.206/2006) y según el artículo 134 de la misma, cada jurisdicción puede optar entre tener una estructura de 6 años para el nivel de Educación Primaria y 6 para el nivel de Educación Secundaria o una estructura de 7 años para el nivel de Educación Primaria y 5 para el nivel de Educación Secundaria. Actualmente es obligatoria la educación inicial (desde la sala de 5 años) hasta la educación secundaria.



al respecto: <http://www.me.gov.ar/validez/index.html>).

Quienes no están comprendidos en estos convenios (ya sea por no ser ciudadanos de países con los cuales Argentina tiene convenios o por no estar en la etapa de la educación secundaria) deben presentar toda la documentación solicitada (que varía según cada instancia educativa), y rendir todas las materias de formación nacional. No sólo se exige la documentación en sí misma, sino que debe incluir ciertos apostillados, principalmente el apostillado de La Haya⁶.

La validación de la formación terciaria o universitaria presenta una complejidad distinta al reconocimiento de la enseñanza obligatoria, en la medida en que la habilitación para el ejercicio de muchas profesiones (tales como las relacionadas a la salud) implica una fiscalización más estrecha de competencias. Esta complejidad aplica no sólo a refugiados, sino a cualquier persona que haya cursado su formación profesional fuera del país.

Paralelamente, y raíz del contacto que mantuvimos con organizaciones que trabajan con solicitantes de asilo y refugiados, llegaron a nosotros varias personas que no podían iniciar ni continuar sus estudios en Argentina y por lo tanto necesitaban asesoramiento. Las situaciones puntuales que se presentaron en estos casos permitieron precisar aún más el panorama. Dos de los casos, resumidos a continuación, referían directamente a dificultades en el acceso a la escolarización obligatoria en la Ciudad de Buenos Aires.

En el mes de julio de 2008, a través de HIAS se contactó con nosotros la madre de dos niños de 14 y 15 años –con estatuto de refugiado otorgado– que querían continuar sus estudios secundarios en Argentina, pero que por no contar con toda la documentación requerida no lograban ser aceptados en ninguna escuela pública. Entre marzo y julio de 2008 habían recorrido diversas dependencias, sin respuesta ni solución. La ADC, junto con HIAS, envió una nota a la Dirección del Área de Educación Media, dependiente del Ministerio de Educación de la Nación, explicando la situación de esta familia, y recordando la importancia del derecho a la educación, así como la normativa que obliga al Estado a garantizarlo sin discriminaciones. La nota solicitaba puntualmente dos vacantes en una escuela cercana al domicilio de los niños. Luego de infinidad de conversaciones telefónicas y de visitas al Ministerio, el Servicio de Educación a Distancia (SEAD), dependiente del Ministerio de Educación de la Nación, les tomó un examen a los niños y recién en julio pudieron ingresar a la escuela.

Semanas después, y también a través de HIAS, llegó a la ADC otro caso similar: dos niños refugiados que debían continuar sus estudios primarios y carecían de la documentación que avalara lo que ya habían cursado. Teniendo en cuenta los meses de demora en el caso anterior, y ante un ciclo lectivo ya avanzado, en esta oportunidad se optó por otra estrategia, que permitiera la veloz inclusión de los niños en una escuela. Se contactó a la coordinación del Área de Grados de Nivelación (Ministerio de Educación de la Ciudad de

6. La Argentina, por medio de la Ley 23458, ha aprobado la Convención adoptada en la Ciudad de La Haya el 5 de octubre de 1961, por la Conferencia de Derecho Internacional Privado, donde se crea la “Apostilla de La Haya”. Se trata de un sistema simplificado de legalización de documentos públicos, que valida documentos extendidos en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante. Todo certificado que tenga la Apostilla de su país de origen suprime la exigencia de legalización de los apartados relativos a la Cancillería de nuestro país.



Buenos Aires). Los grados de nivelación están destinados a niños/as de 8 a 14 años que nunca asistieron o abandonaron la escuela. En ellos, alumnos con diferentes trayectorias sociales y escolares reciben el acompañamiento y la enseñanza necesaria para lograr su “nivelación” e integrarlos, en el menor tiempo posible, al grado más próximo a su edad⁷. Se buscó la escuela más cercana al domicilio de los niños que contara con grados de nivelación, y a la semana de haber arribado a Argentina los niños estaban escolarizados. Posteriormente se les tomaría un examen para evaluar a qué grado deberán asistir en el próximo ciclo lectivo.

Debe destacarse que en ambos casos la incorporación de los niños refugiados al sistema escolar se debió a la intervención conjunta de HIAS y ADC, y no a la existencia de algún tipo de mecanismo institucional, establecido y conocido por las escuelas, que garantizara el acceso a la educación de esta población.

Otros casos involucraron a refugiados adultos, de nacionalidad colombiana, interesados en iniciar estudios terciarios y universitarios en Argentina. En un caso, dos refugiados colombianos establecidos en Mendoza deseaban iniciar estudios universitarios en dicha provincia. Ambos carecían de la certificación del Ministerio de Educación de Colombia y del apostillado de la Haya, así como del certificado analítico de estudios, todos ellos documentos exigidos por la normativa argentina para la validación de educación secundaria (en este caso, aplicaba el Convenio de Reconocimientos de Estudios entre Argentina y Colombia). Debido a su condición de refugiados, reconocida por el Estado Argentino, no podían solicitar la documentación faltante a su país de origen. Otro caso involucró a una mujer colombiana que, habiendo sido reconocida como refugiada por el Estado argentino, quería iniciar estudios terciarios. Para ello debía solicitar la validación de su título secundario, pero no contaba con el certificado analítico exigido. Mediante una nota, ADC y HIAS relataron ambos casos al Comité para la Elegibilidad de los Refugiados (CEPARE), y al Departamento de Validez Nacional de Títulos y Estudios (Ministerio de Educación de la Nación), destacando la difícil situación por la que estaban atravesando estas personas, y todos los refugiados que desean recibir educación. Si bien el Comité respondió la nota enviada, su respuesta no incluyó ninguna solución a la problemática planteada.

En su conjunto, estos casos resultaron ilustrativos de la falta de mecanismos institucionales operativos y conocidos para asegurar el acceso a un derecho. Sin duda, los obstáculos de los niños para acceder a la educación obligatoria en la Ciudad de Buenos Aires fueron los más alarmantes, y a partir de ellos se trabajó conjuntamente con el Ministerio de Educación de la Nación, a la vez que se solicitó información relativa a los pasos a seguir en otros casos.

Acceso a la información

Una vez esbozado el cuadro de la situación, es decir, sabiendo ya cuales eran algunas de las situaciones que podrían presentarse, necesitábamos saber cuál sería la respuesta del

7. En la actualidad funcionan 31 grados de nivelación en 13 Distritos Escolares que atienden alrededor de 400 niños (www.buenosaires.gov.ar/areas/educacion/niveles/primaria/nivelacion).



Estado argentino frente a ellas, y si el Estado tenía previsto algún tipo de mecanismo que permitiera a los refugiados acceder a la educación. Para esto utilizamos el derecho de acceso a la información. Este derecho permite solicitar y recibir información pública del gobierno, y puede ser ejercido por todos los habitantes, sin distinción de raza, edad, nacionalidad, sexo, opinión o educación. Tampoco es necesario dar cumplimiento a otros requisitos formales, como constituir domicilio en un radio determinado, ni presentarse con asistencia de un gestor o abogado. En favor de los ciudadanos rige un principio que asegura la informalidad del procedimiento. Todos los funcionarios o empleados públicos deben cumplir con su deber de entregar la información solicitada, asegurando el ejercicio de este derecho. En lo que respecta a educación, la ley de educación nacional (26.206/2006) garantiza el acceso de todos/as las ciudadanas a la información pública; y específicamente dentro del Ministerio de Educación de la Nación existe un enlace institucional para asegurar el acceso a la información⁸.

Haciendo uso de este derecho realizamos 20 pedidos de información a diversas dependencias gubernamentales y a universidades⁹. El objetivo de los pedidos fue recabar información acerca de la existencia de normativa respecto a la validación, reconocimiento y equivalencias de estudios cursados en el exterior. Además, queríamos conocer, entre otras cosas, si existían convenios entre Argentina y distintos países, la documentación que se solicita para revalidar un título y cómo era el procedimiento para hacerlo. De las 11 solicitudes de información enviadas a diversas dependencias gubernamentales, solo 4 fueron respondidas.

Respecto a los pedidos dirigidos a las universidades, al igual que en el resto de los pedidos, consultamos acerca del procedimiento establecido para permitirle a una persona solicitante de asilo o refugiada iniciar o continuar sus estudios en la universidad¹⁰. De los

8. Este cargo se creó a partir del Decreto Nº 1172/03, que ordenaba formar una red comunicacional de enlaces y responsables de acceso a la información en cada ministerio nacional y en varios organismos que forman parte del Poder Ejecutivo Nacional. La función del enlace consiste en operativizar y hacer efectiva la herramienta del acceso a la información en el ámbito de su ministerio o área. Es quien recibe el pedido, asesora al ciudadano y realiza el seguimiento de cada solicitud.

9. Los pedidos fueron enviados a: la Dirección General de Cultura y Educación; Dirección Provincial de Educación Secundaria (dependiente de la Dirección General de Cultura y Educación); Departamento de Validez Nacional de Títulos y Estudios (dependiente del Ministerio de Educación de la Nación); Responsable de Acceso a la Información del Ministerio de Educación de la Nación; Área de Convalidaciones y Alumnos Extranjeros (dependiente del Ministerio de Educación de la Nación). Las Universidades consultadas fueron: Universidad Nacional de la Plata; Universidad de Buenos Aires; Universidad Nacional de General San Martín; Universidad Nacional de Córdoba; Universidad Nacional del Litoral; Universidad del Salvador; Universidad de Belgrano; Pontificia Universidad Católica Argentina y Universidad de Palermo.

10. Específicamente, el pedido enviado a las universidades consultaba lo siguiente: normativa existente respecto a la validación, reconocimiento y equivalencias de estudios universitarios cursados en el exterior; existencia de alguna normativa especial para el caso de que quien desea obtener el reconocimiento de sus estudios sea una persona refugiada; qué procedimiento debe seguirse en caso de no existir normativa especial; qué documentación es necesario presentar a fin de revalidar un título universitario; qué sucede cuando una persona, debido a su calidad de refugiada, no posee toda la documentación requerida; cuál es el procedimiento que debe seguir una persona refugiada para revalidar su título universitario; cuál es el procedimiento que debe seguir una persona refugiada que inició sus estudios universitarios en el extranjero y desea



9 pedidos que enviamos, solo 2 fueron respondidos. En ellos se indicaba que no existía un procedimiento específico para permitir el ingreso de personas refugiadas.

Las pocas respuestas obtenidas mostraron además un desconocimiento absoluto de las especificidades de la situación de los refugiados por parte de la mayoría de los funcionarios públicos involucrados. Este desconocimiento evidencia la invisibilización de esta población, así como el menoscabo de sus derechos.

El derecho a la educación de las personas refugiadas: el corpus normativo

Tanto la normativa local como internacional protegen el derecho a la educación y obligan a los estados a proveerla en igualdad de condiciones. También existe normativa local e internacional que específicamente protege la educación de las personas refugiadas. Es por eso que, en el tema que nos ocupa, debemos referirnos no solo al corpus normativo relativo al derecho a la educación sino también a la normativa específica que protege a poblaciones más vulnerables, tales como los refugiados.

Según la *Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado* Nº 26.165 (2006), “el término refugiado se aplicará a toda persona que: a) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él; b) ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”(art. 4).

Por su parte, el derecho a la educación es un derecho humano fundamental, consagrado en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que imponen al Estado argentino la obligación de garantizar su plena realización, proveyendo, financiando y supervisando la educación, de manera que asegure el libre acceso, permanencia y egreso en igualdad de oportunidades y posibilidades para todos¹¹.

concluirlos en Argentina; si la existencia de convenios entre Argentina y el país de origen del refugiado facilitan en algún sentido el procedimiento que deben realizar; y qué ocurre cuando hay un convenio entre Argentina y el país de origen del refugiado, pero éste por su calidad de refugiado no posee toda la documentación requerida.

11. Hasta la reforma constitucional de 1994, el derecho a la educación no estaba incluido en la Constitución, al menos, como derecho humano. Si bien se imponía a las provincias la obligación de garantizar la educación primaria (art. 5), se establecía la libertad de enseñar y aprender (art. 14), y se imponía al Congreso la obligación de organizar la educación en todos los niveles (art. 67 inc. 16 de la Constitución de 1853). Es con la reforma constitucional que se reconoce el derecho a la educación como un derecho humano a través de la incorporación al texto de la Constitución del *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y otras declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, y, particularmente, otorgando facultades expresas y



Tal obligación se funda en el reconocimiento de que las personas con educación tienen mayores oportunidades económicas y se comprometen más plenamente con la vida pública. La falta de educación impide acceder a empleos de calidad, disminuye las posibilidades y perspectivas de crecer laboralmente, y puede contribuir a la exclusión del mercado laboral y de la seguridad social. Según la *Observación general N° 13* relativa al derecho a la educación, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos tales como la libertad de expresión, el derecho a la participación y los derechos políticos, entre otros. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a los adultos y jóvenes marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. Desempeña también un papel decisivo en la emancipación de la mujer, y genera las condiciones para una mayor protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso o la explotación sexual.

Para el desarrollo de esta autonomía, se espera que el Estado no interfiera en el ejercicio de los derechos individuales y que implemente prestaciones positivas de manera que el ejercicio del derecho –en este caso la educación– no se torne ilusorio. Conforme a la *Observación general N° 1* sobre los propósitos de la educación en la *Convención de los Derechos del Niño* (1989), los Estados están obligados a que la educación impacte en la personalidad de los niños de modo tal de desarrollar sus aptitudes y capacidades mentales y físicas hasta el máximo de sus posibilidades. Como indica la *Declaración mundial de educación para todos* (1990), los pobres, los niños de la calle, los niños que trabajan, las poblaciones de las zonas remotas y rurales, los nómadas y los trabajadores migrantes, los pueblos indígenas, las minorías étnicas, raciales y lingüísticas, *los refugiados*, los desplazados por la guerra, y los pueblos sometidos a un régimen de ocupación están expuestos a una mayor discriminación, y es por ello imperioso que los Estados se empeñen activamente en modificar las desigualdades en materia de educación y supriman las discriminaciones en las posibilidades de aprendizaje de estos grupos.

A efectos de poder evaluar la efectividad del derecho a la educación y en consecuencia medir su grado de cumplimiento, la ex Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, ha propuesto un esquema de obligaciones que debe cumplir el estado. Conocido como esquema de las 4A, incluye las obligaciones de: asequibilidad (*Availability*), accesibilidad (*Accesibility*), aceptabilidad (*Acceptability*) y adaptabilidad (*Adaptability*).¹²

Las obligaciones relativas a la *asequibilidad* son aquellas tendientes a satisfacer la demanda educativa. Esto es, la obligación del Estado de asegurar escuelas con infraestructura adecuada, por ejemplo. Las obligaciones de *accesibilidad* protegen el derecho individual de acceso en condiciones de igualdad. Esta obligación impone al Estado, entre otras

específicas al Congreso con relación a este derecho (art. 75 inc. 19 y 17).

12. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de enero de 1999. E/CN.4/1999/49 parr.42.



cosas, velar por el acceso a las instituciones y la enseñanza sin discriminación alguna. Así, el Estado está obligado a asegurar el acceso a la educación de toda la población, universalizar el alfabetismo, e incluso implantar un sistema de becas para las poblaciones más vulnerables. Las obligaciones de *adaptabilidad* son aquellas tendientes a garantizar la permanencia y continuidad de los alumnos/as en el proceso educativo. Desde el punto de vista de la adaptabilidad, la educación debe atender los conocimientos, técnicas y valores de los niños/as. Sólo está garantizada la adaptabilidad si las entidades educativas pueden asegurar la educación de todos adaptándose a las diferentes necesidades, realidades y contextos. Por último, las obligaciones de *aceptabilidad* son aquellas tendientes a velar por la calidad educativa. Esta obligación impone al Estado el deber de establecer y garantizar que se cumplan normas mínimas de enseñanza en las escuelas públicas y privadas, ejercer la inspección y vigilancia del sistema educativo, garantizar que el principio de libertad no genere desigualdad en la calidad de la educación de los grupos más vulnerables, capacitar al cuerpo docente y respetar su libertad académica.

En cuanto a la normativa que específicamente protege la educación de los refugiados, la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* –a la que Argentina adhirió en 1951 mediante la ley 15.869– obliga a los estados parte a colaborar con las personas refugiadas en los casos en que necesiten algún tipo de ayuda del estado extranjero y que, por el mismo de hecho de ser refugiados no puedan solicitarla ellos mismos. Por ejemplo, si necesitaran alguna documentación para acreditar sus estudios, el Estado argentino deberá colaborar para que puedan acceder a ella, y deberá ser el mismo Estado argentino el que se contacte con el país de origen del refugiado, con los debidos recaudos que requiera el caso.¹³ En sintonía con dicha *Convención*, la *Ley general de reconocimiento y protección al refugiado* (25.165/2006) también establece que en los casos que el refugiado necesite los servicios consulares de su país de origen, el Estado argentino deberá asistirlo, respetando su derecho a no solicitar la asistencia de su país de origen.¹⁴

Por otro lado, particularmente en la última década, Argentina ha adoptado una serie de normas tendientes a asegurar la educación de los extranjeros. Más aún, estas normas han enfatizado que el acceso a la educación es independiente del estatus migratorio

13. El art. 25 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* establece que: “1). Cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite normalmente de la ayuda de las autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el Estado Contratante en cuyo territorio aquél resida tomará las disposiciones necesarias para que sus propias autoridades o una autoridad internacional le proporcionen esa ayuda. 2). Las autoridades a que se refiere el párrafo 1 expedirán o harán que bajo su vigilancia se expidan a los refugiados los documentos o certificados que normalmente serían expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas. 3). Los documentos o certificados así expedidos reemplazarán a los instrumentos oficiales expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas, y harán fe salvo prueba en contrario (...)”.

14. El art. 17 de la ley 26.165 establece que: “Cuando para el ejercicio de sus derechos y obligaciones el refugiado debiera, en circunstancias normales, solicitar los servicios consulares de su país de nacionalidad o residencia habitual para la obtención de documentos, certificación o acreditación de su estado civil, títulos y demás actos administrativos, las autoridades competentes tomarán las medidas oportunas para asistir al refugiado, respetando su derecho a no solicitar asistencia de las autoridades del gobierno de su país de nacionalidad o residencia habitual”.



de las personas.¹⁵ En este contexto, también el Ministerio de Educación de la Nación ha sancionado dos resoluciones que intentan facilitar el acceso a la educación de los refugiados.

La primera de ellas fue la Resolución N°2575/98, cuyo art. 1, respetuoso de la *Convención sobre el estatuto de los refugiados*, sostenía que se debe “establecer para los estudiantes extranjeros que han obtenido el Estatuto de Refugiado por parte de las autoridades nacionales, un tratamiento preferencial en los trámites administrativos de ingreso y egreso de los establecimientos educativos del país (...)”. Sin embargo, tal como lo demostraron los pedidos de información cursados por ADC, las entrevistas realizadas, los casos asistidos, y los diagnósticos de los organismos que asisten a refugiados, en la práctica esta resolución no era ni suficiente ni efectiva, y además era sistemáticamente incumplida por parte de las autoridades. Así, atendiendo la genuina preocupación de diversas organizaciones, y ante la perspectiva de futuros ingresos de niños y adolescentes refugiados, en el año 2008 el Ministerio de educación de la Nación sancionó una nueva resolución.

La nueva Resolución (N° 1551/2008) modifica y complementa la anterior. Al igual que la Resolución N°2575/98, establece un tratamiento preferencial en los trámites administrativos de ingreso y egreso de los establecimientos educativos de Argentina, pero incorpora un mecanismo operativo para la realización de pruebas evaluativas. El punto 1 del anexo indica que:

“las pruebas evaluativas procederán cuando el estudiante que ha adquirido o solicitado el Estatuto de Refugiado, interesado en escolarizarse en un establecimiento escolar, no posea la documentación escolar que acredite el nivel educativo alcanzado, o no posea la misma la legalización correspondiente”.

15. Así, la ley de Migraciones N° 25.871(2004) establece que: “En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria” (art.7). En consonancia, la Ley de Educación Nacional N° 26.206 (2006) estipula que: “El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin Documento Nacional de Identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen, conforme a lo establecido por el artículo 7º de la Ley N° 25.871” (art.141). Ya en 1999 la Ciudad de Buenos Aires, mediante la Ley 203, establecía que: “En los Establecimientos Educativos dependientes del Gobierno de la Ciudad, se inscribirá provisoriamente a los alumnos/as menores de dieciocho (18) años que, por sí o por sus representantes legales lo soliciten, aún cuando no cuenten con el documento de identidad correspondiente”#. Asimismo el decreto reglamentario 62/2002 de dicha ley sostiene que: “la Ley N° 114, “Ley de Protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires”, en su artículo 29 inciso K establece que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe garantizar el derecho a recibir educación pública, eximiéndose a los alumnos de presentar documentación alguna, y debe entregárseles la certificación o diploma que corresponda a cada nivel educativo alcanzado. (...) es el espíritu de las normas facilitar y agilizar el trámite de inscripción de alumnos indocumentados para que puedan tener acceso a la educación (...)”.



Esta resolución intentó subsanar el conflicto que más frecuentemente se les presenta a los refugiados, a saber: la carencia de la documentación requerida, o la falta de apostillados, o de alguno de los múltiples requisitos establecidos. La resolución de 2008 se propone suplir esta falta mediante un examen, realizado en Argentina, que permita verificar cuál es el nivel educativo del niño, niña o adolescente, y cuál es el nivel del sistema escolar local al que le correspondería ingresar.

Según informara el Ministerio, los docentes que realizarán la evaluación pertenecen al área de educación a distancia del Ministerio de Educación de la Nación, con lo cual el examen podría tomarse en cualquier jurisdicción (no sólo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Asimismo, el Ministerio proveerá a los interesados el material necesario para estudiar, realiza un seguimiento y establece un plazo razonable para permitir la preparación para el examen. En lo que respecta a la incorporación efectiva al sistema escolar, depende del momento del ciclo lectivo local en el que se rinda el examen. Por ejemplo, si un niño rinde el examen en el mes de septiembre, y según los resultados estaría en condiciones de ingresar al cuarto grado de la educación primaria, puesto que el año lectivo finaliza en diciembre, ingresaría inmediatamente al grado anterior (tercero) para comenzar cuarto grado en el próximo ciclo.

Debe señalarse que estas cuestiones operativas más puntuales no están establecidas en la norma, como tampoco las competencias de la Nación y de las provincias. Quedará por verse en la práctica en qué medida los sistemas educativos provinciales reconocerán o aceptarán la sugerencia respecto al nivel de escolarización validado en el examen dispuesto por la jurisdicción nacional.

Otro problema significativo, y que aún no ha sido abordado de manera efectiva, refiere al lenguaje: no todos los refugiados o solicitantes de asilo son hispanoparlantes. Sin embargo, no hemos podido encontrar legislación que ordene al Estado facilitar el aprendizaje el español, por ejemplo asegurando la existencia y el acceso a cursos de español.

Hacia la no discriminación

Cuando un refugiado llega al país debe someterse a un proceso absolutamente engorroso, hostil, complejo y desorganizado. Además de la angustia generada por la huida de su propio país, debe lidiar con una burocracia casi interminable y que en muchos casos desconoce la figura del refugiado y sus derechos. Las situaciones de discriminación y desigualdad a la que son expuestos son contrarias a todos los compromisos asumidos. En este contexto, el goce del derecho a la educación por parte de los refugiados es un camino duro y cuesta arriba, atentatorio del principio de igualdad constitucional, y específicamente del requisito de “accesibilidad” no discriminatoria, conforme a estándares jurídicos internacionales de jerarquía constitucional.

El art. 1 de la *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza* (1960) establece debe entenderse como discriminación:

“toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en (...) el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por



finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”.

Esto incluye: “excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; (...); instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana”.

En el caso específico de los refugiados, esta perspectiva se refuerza con la Recomendación General Nº XXII, (relativa al artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial) que obliga a los Estados Partes a prohibir y eliminar la discriminación racial en el disfrute de los derechos y las libertades civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas refugiadas.

Para ello, deben realizarse y difundirse no pocas modificaciones normativas: entre ellas se destaca la necesidad de generar un procedimiento específico para validar las calificaciones académicas de los refugiados, y asegurar la continuidad de sus estudios. Todas las personas tienen derecho a acceder a la educación en igualdad de condiciones, y el Estado está obligado a garantizar ese derecho. Así, el acceso a la educación no puede depender de la buena o mala voluntad de un agente gubernamental, sino que deben sancionarse normas que establezcan mecanismos y procedimientos claros, ajustados y realistas, que no generen ambigüedades ni permitan discrecionalidades por parte de funcionarios o empleados. Si bien existe un corpus normativo que protege tanto a la educación como a los refugiados, y a su vez específicamente el derecho a la educación de los refugiados, los procedimientos administrativos no siempre operan en el mismo sentido que la ley. Por ello, muchas veces el cumplimiento del derecho no depende únicamente de la normativa existente, sino –y en gran medida– de la buena voluntad de agentes gubernamentales puntuales. Para evitar discrecionalidades y discriminaciones, es necesario que toda política pública este diseñada a la luz de los estándares de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

Referencias citadas

TOMASEVSKI, Katarina (2006): “Human Rights Obligations: Making education available, accesible, acceptable and adaptable”. En: Swedish International Development Cooperation Agency, *Human Rights Obligations in Education. The 4- A Scheme*; Wolf Legal Publishers: Netherlands.

Legislación

Ley Nº 26.206 - http://www.me.gov.ar/doc_pdf/ley_de_educ_nac.pdf

Ley Nº 23458 - www.cnmza.org.ar/descargas/colegio%20notarial/23458.doc

Decreto Nº 1172/03 - <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>



Ley Nº 26.165 - http://www.mininterior.gov.ar/tramites/migraciones/archivos_normativas/ley_refugiados.pdf

Observación general N° 13 - http://www.escri-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428712&parent_id=425976

Observación general N° 1 - http://www.escri-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428665&parent_id=425976

Declaración mundial de educación para todos (1990) - <http://www.oei.es/efa2000jomtien.htm>

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - www.acnur.org/biblioteca/pdf/0014.pdf

Ley Nº 15.869 - <http://www.dipublico.com.ar/legislacion/Ley15869.pdf>

Ley Nº 25.165 - <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60511/norma.htm>

Resolución Nº 2575/98 - <http://www.ligadelconsorcista.org/node/2622>

Ley Nº 26.165 - http://www.revistarap.com.ar/Derecho/constitucional_e_internacional/tratados_internacionales/ley_26165_ley_general_de_reconocimiento.html

Ley Nº 25.871 - <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=92016>

Ley Nº 203 - <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley203.html>

Resolución Nº 1551/2008 - <http://www.ligadelconsorcista.org/node/2622>

Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960) - <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ensenanza.htm>

Recomendación General Nº XXII - http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_onuseguimiento/recomendacion%20general%2022.htm



Acceso a la justicia y abordaje de niños y niñas víctimas en la Argentina. Entre la letra y las prácticas ¹.

Mariano Nino²

Resumen

En 2002, y en función de lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación obligó a revisar los criterios con que se llevaban adelante las intervenciones sobre un niño víctima para obtener evidencia. Unos años después se introdujo un procedimiento especial para la toma de declaraciones de niñas/os o adolescentes víctimas de ciertos delitos (arts. 250 bis y ter). El artículo reseña las modificaciones a los Códigos Procesales Penales provinciales, así como las prácticas jurídicas y administrativas que siguieron. Desde la perspectiva de protección de derechos de la niñez asegurada por diversos instrumentos internacionales, el artículo revisa las experiencias de uso de cámaras Gesell y circuitos cerrados de televisión (CCTV), y evalúa los desafíos pendientes en relación con el abordaje de niñas/os y adolescentes víctimas o testigos de delitos, especialmente en lo que respecta a capacitación y supervisión de profesionales, y al establecimiento de consensos en torno a los contenidos de los informes que se elaboran.

1. Agradezco la colaboración de Jesica Sotelo y Sabrina Viola, así como los valiosos comentarios de Virginia Berlinerblau, Diego Freedman, Inés Jaureguiberry, Mercedes López Flamengo y Martiniano Terragni sobre versiones previas de este trabajo. Desde ya que las eximo de responsabilidad por cualquier error u omisión realizada.

2. Sociólogo (UBA), Magister en Políticas y Administración Pública (London School of Economics and Political Science, Reino Unido) y estudiante avanzando de abogacía (UP). Miembro de la ADC (Asociación por los Derechos Civiles) y coordinador del proyecto "Protección y acceso a la justicia de niños/as víctimas y testigos" ejecutado en conjunto entre ADC, JUFEJUS y UNICEF. Contacto: mnino@adc.org.ar.



I. Introducción

En 1996, un niño de cuatro años de la Ciudad de Buenos Aires comenzó a ser abusado por su padrastro. Su madre, Graciela F.³, enterada de lo que estaba sucediendo, hizo la denuncia en una comisaría de la Policía Federal. Cuatro años después, el caso carecía de resolución. Pero además, la madre pugnaba activamente para que su hijo dejara de ser violentado por el propio Poder Judicial: mediante la presentación de recursos ante las diferentes instancias judiciales buscaba evitar que el niño fuese sometido a una onceava intervención, entre estudios, pericias y declaraciones testimoniales. Frente a la negativa en las distintas instancias, Graciela y su hijo apelaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La víctima, que en ese entonces tenía ocho años, no sabía qué había resultado más traumatizante y perjudicial para su integridad psíquica: el abuso cometido por su padrastro, o el maltrato que aún varios años después el Estado argentino se empeñaba en realizarle.

Este caso fue ejemplar pero en absoluto excepcional en cuanto al acceso efectivo a la justicia y a la perspectiva con que los poderes judiciales y órganos administrativos abordaban la situación de niñas/os y adolescentes⁴ víctimas de violencia o testigos de delitos. La novedad radicó en la aceptación del reclamo y su tratamiento por parte de la Corte Suprema luego del rechazo por la propia jueza de primera instancia, la Cámara de Apelaciones y la Cámara Nacional de Casación Penal.

En un fallo destacado y de importantes consecuencias para la temática⁵, la Corte Suprema decidió intervenir y revocar la decisión de la jueza de primera instancia, argumentando que resultaba violatoria de los derechos que tiene todo niño en virtud de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN), ratificada por la Argentina en 1990 y con jerarquía constitucional desde 1994. Para justificar su intervención, la Corte entendió que el requerimiento de la jueza para que el niño diera una nueva declaración testimonial equivalía a una decisión definitiva, en tanto el daño psicológico que podría sufrir por las reiteradas convocatorias y exámenes resultaba irreparable. Por lo tanto, al ser considerada una decisión definitiva, ésta podía ser revisada por las instancias superiores.

Más allá del caso particular, el fallo de la Corte puso de manifiesto una situación estructural hasta ese momento poco conocida excepto para los operadores judiciales abocados a la temática, las víctimas y sus familias. Visibilizó las innumerables y dramáticas falencias de los órganos del Estado argentino para abordar situaciones delicadas y particulares como ésta, asegurar el acceso a la justicia de población vulnerable, conducir la investigación

3. Los nombres han sido modificados para preservar la intimidad de las personas involucradas.

4. Para facilitar la lectura y teniendo en cuenta que las niñas y las adolescentes representan la gran mayoría de los casos de víctimas de estos delitos, haremos referencia a niñas, niños y adolescentes en femenino cuando nos refiramos a ellas y ellos en términos genéricos. Lo mismo haremos para referirnos a las psicólogas y psicólogos que realizan las entrevistas de declaración testimonial. En su gran mayoría se trata de profesionales mujeres; pero además, la recomendación general indica que las víctimas mujeres (la mayoría) sean asistidas también por mujeres.

5. CSJN, "M.A. y otros s/ Abuso Deshonesto-Recurso de Hecho- causa Nº 42.394/96", Expte. M. 1116. XXXVI., sentencia del 27/06/2002. Disponible en: <http://proteccioninfancia.org.ar/node/465>



adecuadamente, y a la vez asegurar la recuperación de las víctimas.

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado argentino se obligó a tomar medidas especiales que ayuden a la prevención, identificación, investigación y tratamiento de casos de abusos y malos tratos contra niñas/os (art. 19). También, a adoptar medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de toda niña/o víctima de cualquier forma de explotación o abuso (art. 39). Asimismo, señala la Convención que la recuperación y reintegración se deben llevar a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto a sí mismo y la dignidad de la niña/o (art. 39).

Sin embargo, el Estado argentino respondía con múltiples intervenciones con el pretexto de obtener mayor información y de corroborar la veracidad de los dichos del niño. Las entrevistas, exámenes y pericias resultaban excesivos e inadecuados. En primer lugar, eran realizados por diferentes operadores (policías, médicos, jueces, funcionarios del juzgado, psicólogas, psiquiatras, entre otros) sin entrenamiento específico para la tarea. En segundo lugar, los ámbitos en los que se atendía a las niñas/os y adolescentes eran los mismos que se utilizaban para trabajar con adultos. Esto incluía consultorios y despachos sin divisiones adecuadas para aislar los sonidos y preservar la intimidad, con decoración intimidatoria para cualquier adulto -y mucho más para una niña/o-, o con pasillos donde circulan muchas personas, incluso policías con detenidos esposados. En tercer lugar, había una notable ausencia de mecanismos de coordinación e intercambio de información entre los actores intervinientes. Cuarto, las causas eran tratadas con plazos ordinarios, sin la debida prioridad requerida por situaciones con víctimas de corta edad.

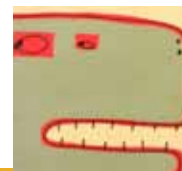
Así, la intervención estatal resultaba en revictimización o victimización secundaria⁶: las víctimas debían rememorar una y otra vez la situación vivida, con el consiguiente estrés y efecto postraumático que ello genera. Además, las evidencias obtenidas (declaraciones testimoniales, pericias médicas y psicológicas, otras pruebas físicas generalmente en el lugar de los hechos) resultaban a menudo deficientes y de mala calidad, comprometiendo el éxito de las investigaciones. Si se tiene en cuenta que la tasa de condenas ronda uno de cada diez casos investigados⁷, el perjuicio a las víctimas resultaba además infructífero.

II. Reforma del Código Procesal Penal de la Nación y de los códigos provinciales

En la misma época del fallo de la Corte y en base a argumentos semejantes, un conjunto de expertos (entre ellos Carlos Rozansky, en ese entonces presidente de la Cámara Federal del Crimen de San Carlos de Bariloche) promovió la adopción de un procedimiento especial

6. Varios autores (Kreuter, 2006; Soria 1998; Landrove, 1998) definen a la victimización secundaria como las consecuencias psicológicas, sociales y económicas negativas que el paso por el sistema penal deja en la víctima.

7. Dirección Nacional de Política Criminal. Ministerio de Justicia, Seguridad y DD.HH. Distribución de hechos delictivos y sentencias condenatorias por tipo de delito. Total país, año 2008. http://www.jus.gov.ar/media/109063/Argentina2008_sent.pdf



para la toma de declaración de niñas/os y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad física y sexual. En 2004 se aprobó la reforma del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), incorporándose dos artículos al capítulo correspondiente a “Medios de prueba y testigos” (ley 25.852/2004).

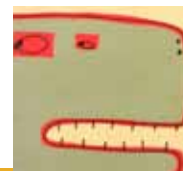
El art. 250 bis establece que toda niña/o o adolescente víctima de delitos contra la integridad sexual o lesiones, menor de 16 años a la fecha de comparecencia, sólo puede ser entrevistada/o por una psicóloga/o especialista en niños y/o adolescentes designada por el tribunal, y nunca de manera directa por el tribunal o las partes. También dispone que la entrevista sea realizada en un gabinete especialmente acondicionado según la edad y etapa evolutiva de la niña/o o adolescente y que, a pedido de algunas de las partes o del tribunal, las alternativas de la entrevista puedan ser seguidas desde otro recinto por los actores involucrados en la causa. A vez, incorpora la necesidad de que la psicóloga a cargo de la entrevista informe los resultados en el plazo fijado por el tribunal. El art. 250 ter indica que cuando se trate de adolescentes entre 16 y 18 años, el juez o tribunal deben requerir la opinión de la psicóloga sobre el posible riesgo para la salud que pueda conllevar la comparecencia ante el juez, y a partir de ello evaluar qué procedimiento de entrevista corresponde.

Esta reforma se propuso introducir procedimientos especiales para reducir el trauma y la revictimización asociados a comparecer ante un juez o tribunal en las mismas condiciones en que lo hace un adulto víctima o testigo. También intentó mejorar la calidad de las intervenciones al exigir que sean realizadas únicamente por profesionales con conocimiento en la materia; y redujo su número al permitir que las entrevistas sean filmadas. En definitiva, la reforma buscaba adecuar los procedimientos a los estándares establecidos en las convenciones internacionales suscriptas, esto es: respetando el principio de interés superior del niño y brindando una protección especial para evitar la recurrencia de situaciones similares a las que padecieron Graciela y su hijo, entre tantas otras⁸.

Posteriormente, 19 legislaturas provinciales adecuaron en este mismo sentido –aunque con ciertas diferencias- sus códigos procesales penales⁹. Otras cuatro establecieron

8. Mencionamos a continuación una serie de instrumentos internacionales más específicos (posteriores a la CDN y a la introducción de medidas de protección especial para niñas/os víctimas en el CPPN) en línea con los objetivos procurados por las reformas tratadas aquí. En 2005, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó las *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos*, que incluyen una interpretación más específica de la CDN en materia de derechos de niñas/os y adolescentes víctimas y testigos. En 2008, la Cumbre Judicial Iberoamericana, formada por los presidentes de las Cortes de esta región, aprobó las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Ese mismo año, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos elaboró la *Guía de Santiago sobre Protección de víctimas y testigos*. Estos dos últimos instrumentos fueron incorporados como reglas prácticas de actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Res. PGN 174/2008 y 58/2009).

9. En Santa Cruz se estableció que la entrevista testimonial continúe a cargo del juez aunque en presencia de un psicólogo. Tampoco se debe hacer necesariamente en un ámbito especial ni por una persona capacitada específicamente. La Provincia de Buenos Aires reformó su CPP en 2009, incorporando sala acondicionada y videograbación para evitar la repetición y permitir la incorporación al debate oral. Sin embargo, restringe la intervención de un profesional capacitado en la materia, ya que específicamente señala que el niño debe ser interrogado por el fiscal, el juez o el tribunal, y que eventualmente el funcionario a cargo de la investigación



procedimientos semejantes pero a partir de acordadas de sus tribunales superiores y sin que se sancionaran y/o aplicaran reformas legislativas y sólo una (La Rioja) no ha emitido aún ninguna normativa al respecto.¹⁰

III. Aplicación de la reforma: una evaluación preliminar

Luego de las reformas normativas provinciales, de manera descentralizada y autónoma cada Poder Judicial implementó medidas para dar cumplimiento a las nuevas obligaciones asumidas. Así, se construyeron salas con equipamiento especial y vidrio unidireccional (denominadas “cámaras Gesell”¹¹), y los poderes judiciales incorporaron a profesionales psicólogas para las entrevistas. A mayo de 2011, 23 provincias (incluyendo a la CABA) cuentan con al menos un equipo de cámara Gesell.

Sin embargo, estas adaptaciones y esfuerzos realizados por casi todos los Poderes Judiciales -que han sido mayores o menores según la provincia-, no han estado exentos de indecisiones y dificultades.

A principios de 2009 desde la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) se comenzó, en conjunto con UNICEF y la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS)¹², a trabajar activamente en el asesoramiento a los poderes judiciales y en el relevamiento de información sobre la situación y el abordaje efectivo dado en cada provincia a las niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos y violencia. Si bien algunas provincias comenzaban a implementar cambios, no bastaban para brindar un tratamiento adecuado, asegurar el acceso a la justicia y dar cumplimiento a las obligaciones asumidas. A los efectos de aportar a este proceso de adecuación a los estándares de derechos, en el

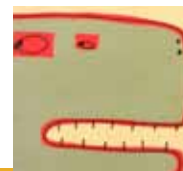
podría solicitar la intervención de un psicólogo para que lo asista. En 1994, Tierra del Fuego limitó la utilización de la medida especial a víctimas menores de 12 años.

Algunas reformas incluyeron elementos más específicos y ajustados. San Juan reformó el Código en 2010, incluyendo la realización de una audiencia preliminar entre las partes y el profesional a cargo, la obtención de un registro audiovisual de la entrevista en todos los casos, la designación de un defensor oficial que esté presente en los casos en los que no haya un imputado identificado, y que “excepcionalmente” se podrá citar nuevamente al niño o adolescente a declarar bajo la misma modalidad (Art. 296 bis del CPP de San Juan). Neuquén y San Luis también incorporaron cuestiones más específicas en su Código. Chubut amplió los destinatarios de esta medida de protección especial a todas las víctimas de hechos que las hubiesen afectado psicológicamente, sin limitaciones de edad.

10. Catamarca, Salta, Mendoza, Jujuy y La Rioja no implementaron reformas en sus Códigos Procesales al respecto. En Catamarca y en Salta se aprobó la aplicación de un procedimiento similar al nacional mediante acordadas de sus tribunales superiores. En Jujuy se aprobó una reforma integral al Código Procesal Penal en 2009 que prevé un mecanismo idéntico al nacional que aún no se encuentra en vigencia. En Mendoza, la Suprema Corte y los ministerios de Salud, Seguridad y Desarrollo Humano de la provincia firmaron un acuerdo para mejorar el abordaje que se da a mujeres y niños/as víctimas.

11. Dispositivo desarrollado por Arnold Gesell a mediados del siglo XX para observar y estudiar la conducta de niños.

12. La JU.FE.JUS es una entidad federal que nuclea a todos los miembros de las Cortes Supremas y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas.



marco del proyecto, de manera conjunta con especialistas en la temática, se identificaron y analizaron las principales dificultades existentes, que se reseñan a continuación.¹³

a. El dispositivo elegido: la “cámara Gesell”

Para cumplir con el seguimiento desde otro recinto de las entrevistas realizadas a la niña/o víctima o testigo, la mayoría de los poderes judiciales construyeron cámaras Gesell, que en todos los casos consisten en dos salas contiguas separadas por un vidrio unidireccionado. El audio es tomado con micrófonos y reproducido por parlantes en la sala de observación. En casi todos los casos se incluyeron sistemas de grabación que permiten el registro simultáneo del audio y de la imagen.

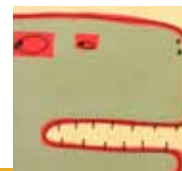
Sin embargo, el uso de este dispositivo resulta al menos problemático. Ha sido difícil lograr el aislamiento completo entre ambas salas, y en consecuencia no es raro que la niña entrevistada se detenga o se sienta intimidada al escuchar voces o percibir personas a través del vidrio. Además, un vidrio espejado de gran tamaño en la sala de entrevistas es disruptivo de por sí, y no ayuda a lograr el clima de confianza y *rappport* que favorezca el relato de la niña/o. Así, en varias provincias (entre ellas Neuquén) el vidrio fue cubierto con cortinados y la entrevista seguida a través del circuito cerrado de televisión que conecta ambas salas.

El uso de circuito cerrado de televisión (CCTV) reduce los costos y simplifica los esfuerzos de instalación y mantenimiento del sistema. En este caso, un dispositivo más accesible se asocia a una mejor protección. Si el dispositivo está disponible en varios departamentos judiciales -y no únicamente en las capitales- se evitan los largos y desgastantes traslados (en transporte público, o en móvil policial) de las niñas/os desde su lugar de residencia hasta donde está disponible la Cámara Gesell. Además, puesto que el CCTV no requiere salas contiguas, se evita que la víctima se encuentre con otros actores del proceso (por ejemplo, el abogado defensor o los familiares del imputado) al entrar y salir de la sala de entrevista. El CCTV incluso permite que las alternativas de la entrevista sean seguidas desde los propios despachos de los operadores judiciales, e incluso que la sala de entrevista se encuentre fuera del predio judicial, facilitando la confianza y la distensión de la niña/o o adolescente, y contribuyendo así a obtener el mejor relato posible.

b. El acondicionamiento de la sala

Otro aspecto que requiere consideración refiere a la indicación normativa que las entrevistas deben realizarse en un “*gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor*”. Esta disposición fue interpretada de diferente manera en cada provincia. Así, algunas las salas fueron decoradas con temas infantiles (guardas con dibujos, cuadros para niñas/os y juguetes) y amuebladas con mesas y sillas para

13. En www.proteccioninfancia.org.ar puede encontrarse mayor información sobre el proyecto ADC – UNICEF – JUFEJUS, así como la “*Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos*” e información relativa a la situación actual de abordaje a las niñas/os víctimas en cada provincia.



diferentes edades: pequeñas y de colores para los más chicos, y convencionales para los más grandes. Otras fueron acondicionadas de manera básica y elemental, con una mesa y sillas semejantes a las de una oficina y sin ningún tipo de decoración infantil.

La práctica demostró que ambos modelos son inconvenientes. En el primer caso, porque puede resultar estigmatizante e incómodo para niñas/niños mayores y adolescentes; en el segundo porque el mobiliario de oficina no promueve el *rappport* y, consecuentemente, el desarrollo del relato. Estos espacios deben lograr un ambiente cómodo y agradable para la víctima y para la profesional a cargo¹⁴: una decoración cálida pero sencilla, que no genere distracciones, tal como dos sillones cómodos, similares a los que podrían encontrarse en una casa corriente¹⁵.

Las decisiones en torno al dispositivo a utilizar (cámara Gesell o CCTV), la ubicación y el acondicionamiento de las salas son sumamente importantes para conseguir que se cumplan satisfactoriamente los objetivos de la medida de protección especial: reducir lo más posible el estrés que genera en la niña/o participar en estas instancias judiciales, favorecer el relato, y obtener pruebas confiables, válidas y de buena calidad. Para ello, es central asegurarse previamente que la configuración y equipamiento de la sala permitan obtener una grabación de audio e imagen de calidad adecuada y utilizable como prueba a lo largo del proceso.

c. La profesional a cargo de realizar la entrevista

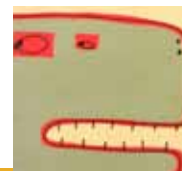
La normativa plantea explícitamente que la entrevista debe ser realizada por “un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes”, disposición que tampoco ha estado exenta de dudas e inconvenientes. Existen pocos profesionales con la especialidad “infanto-juvenil” acreditada en el título habilitante, en particular en algunas provincias. Además, ¿cómo acreditar la experiencia clínica que permite considerar a alguien “especialista” en niños y/o adolescentes? Por otra parte, contar con el título de psicólogo no garantiza los conocimientos y habilidades necesarios para encauzar adecuadamente una entrevista testimonial a una niña/o o adolescente víctima o testigo, de modo de obtener información lo más completa y precisa posible a la vez que se minimiza el estrés producido por la intervención.

Distintas investigaciones realizadas en el extranjero demuestran la importancia de que las profesionales a cargo de entrevistar participen en actividades de capacitación específicas e intensivas, utilicen modelos de entrevista estructurados¹⁶, probados y consensuados,

14. Ver “Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures”, Criminal Justice System, Reino Unido, 2007. Disponible en <http://proteccioninfancia.org.ar/node/482>

15. Respecto de los juguetes, deben estar disponibles únicamente para ser utilizados cuando la psicóloga a cargo de la entrevista lo considere conveniente. En lo posible, deberían preferirse juguetes de uso frecuente y con los cuales estén familiarizados todos los niños.

16. Una de las técnicas más ampliamente utilizada y evaluada es el protocolo de entrevista estructurada NICHHD -National Institute of Child Health and Human Development- elaborado en el 2000 (Orbach et al. 2000) y que se utiliza en la mayoría de los países anglosajones.



tengan flexibilidad para adaptarse a las diferentes edades y características de los casos, y estén bajo supervisiones constantes (Lamb et al. 2002, 2003, 2006, 2007; Orbach et al., 2000; Sternberg et al. 2001; entre otros). Desde esta perspectiva, la entrevistadora asume una responsabilidad mayúscula en la investigación de los casos de abuso sexual infantil: su intervención es determinante para lograr que el niño exteriorice un relato sobre lo sucedido con mayor cantidad de información y precisión. Incluso algunos estudios han establecido que cuando no existe una instancia de supervisión y reflexión sobre el trabajo de entrevista, aumenta notablemente la cantidad de preguntas semi-direccionadas o con opciones, y los relatos pierden detalle y riqueza (Lamb et al. 2009 y Cyr and Lamb 2009). Por el momento, en Argentina son escasas y desarticuladas las instancias de capacitación, supervisión y reflexión sobre las entrevistas.

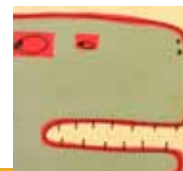
d. Informe psicológico de la entrevista

El art. 250 bis del CPPN establece que la profesional que realice la entrevista debe entregar un informe con sus conclusiones al juez o tribunal en el plazo indicado por ellos. Esta disposición es controvertida: ¿por qué la persona que participa de una entrevista testimonial a una niña/o o adolescente víctima para favorecer su relato debe entregar un informe con sus conclusiones? Esta exigencia podría interpretarse en el sentido de que la evidencia no es el relato en sí, sino las conclusiones a las que llega la psicóloga a partir de éste y que vuelca en el informe. Por otra parte, al no precisarse los contenidos del informe se favorece la libre interpretación de los operadores. En muchos casos, se ha establecido como práctica institucionalizada que luego de una entrevista testimonial la psicóloga entrega un informe con evaluaciones sobre la situación psicológica y emocional de la niña/o o adolescente, y la verosimilitud del relato, entre otras. Para esto se suelen utilizar *tests* psicológicos, psicométricos y de contenidos.

La evaluación sobre la verosimilitud o credibilidad de los dichos de una niña, niño o adolescente víctima implica someter su participación en el proceso judicial a un filtro extra que no se aplica a los adultos, lo cual resultaría contradictorio con el objetivo de promover su acceso a la justicia y su derecho a ser oído/a –fundados en un vasto plexo normativo y propósito principal de la medida de protección establecida.

Por otra parte, la utilización de *tests* para evaluar la credibilidad de los dichos de la niña/o o adolescente es riesgosa para la práctica judicial y legalmente controvertida. La evidencia científica muestra que muchas veces arrojan resultados diferentes, según la subjetividad de quien los aplique. Su confiabilidad está ligada a la calidad de la entrevista realizada y del material obtenido, dependientes en gran medida del entrenamiento y la habilidad del entrevistador. Por estos motivos, debe revisarse la utilización de estos dispositivos, y su empleo debe ser cauteloso.

No deben confundirse los roles: la psicóloga que interviene en la entrevista testimonial facilita el trabajo del juez o del fiscal aportando su formación y entrenamiento para que la niña/o relate lo sucedido y exteriorice información. El acto de la entrevista no es una pericia, y quien la lleva adelante no asume tareas de perito psicológico. Si esto fuera así, la prueba principal sería el dictamen de la psicóloga, y no el relato de la víctima. Si bien



la norma estipula la necesidad de que la psicóloga entregue un informe, no requiere que incluya evaluaciones específicas tales como el estado emocional de la niña/o, o la credibilidad o verosimilitud de su relato. Para evitar que el informe reemplace a la entrevista y su registro en video, podría establecerse y consensuarse un formato de informe específico, con contenidos limitados vinculados a observaciones preliminares y puntuales sobre lo sucedido en el encuentro, y no con evaluaciones acabadas y concluyentes (para una mayor discusión, ver Berlinerblau, en JUFEJUS / ADC / UNICEF, 2010) .

e. Entrevista de declaración única

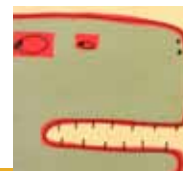
El uso de equipos de videograbación para registrar la entrevista disminuye significativamente la cantidad de intervenciones realizadas a la niña/o o adolescente a lo largo del proceso judicial. Además de reducir el trauma y la revictimización, se cuenta con el registro de una entrevista realizada tempranamente, en fecha próxima a la denuncia, cuando el recuerdo es más confiable y la contaminación del relato es menor. El uso de este mismo registro en todo el proceso, e incluso en el juicio oral, evita también el surgimiento de contradicciones (en sucesivas declaraciones de la víctima) que puedan complicar el desarrollo del proceso.

Sin embargo, los artículos 250 bis y ter del CPPN no hacen ninguna referencia a la necesidad o conveniencia de que la entrevista se realice una única vez. Tampoco han especificado los casos que excepcionalmente justificarían la realización de una nueva entrevista durante el proceso. En este contexto, los jueces y tribunales locales deciden al respecto según su criterio, incluso sin justificar debidamente los elementos faltantes en la entrevista realizada previamente y que precisan ser indagados.

Algo similar sucede con la inclusión o no en el juicio oral de la videograbación de la entrevista. Aún cuando exista un adecuado registro de la entrevista hecha en la instrucción, muchos tribunales suelen solicitar que la niña/o o adolescente vuelva a declarar. Esta nueva comparecencia puede realizarse mediante cámara Gesell y a través de una psicóloga, o en la misma sala de audiencias frente al tribunal y el resto de los actores, pero sin el imputado y sin público. El criterio diferente que asuma cada juez tendrá consecuencias en la resolución del caso y en la salud psíquica de la niña/o. Como expresó un juez de Cámara en una provincia, *“no es lo mismo verlo en la cancha que verlo en la tele”*, ilustrando la discrecionalidad en que se basa la decisión¹⁷.

Según la provincia y el caso, entre la declaración testimonial realizada en la primera etapa del proceso y el juicio oral transcurren en promedio 2 años (con un mínimo de 6 meses y un máximo de hasta 5 años). Sin duda, el nuevo relato no sólo reedita la angustia y el estrés, sino que seguramente será menos preciso que el primero –e incluso puede presentar contradicciones.

¹⁷ Para una mayor discusión acerca de la valoración como prueba de la entrevista videograbada, ver JUFEJUS / ADC / UNICEF (comps), 2010, en particular los artículos de Anitua, Castro y Díaz Cantón.



f. Otros inconvenientes en el abordaje actual

A los inconvenientes ya mencionados es posible agregar –brevemente- otros.

Reducir la cantidad de intervenciones a la niña/o o adolescente víctima incluye reducir también exámenes médicos tales como los ginecológicos. Puesto que la reforma procesal no hace referencia a ellos, en ciertas provincias y situaciones estos estudios son reiterados, y realizados por diferentes órganos y profesionales (policía, hospital, médico forense) sin capacitación adecuada. Así se afecta la integridad de la víctima y se favorece la inclusión de resultados divergentes que repercuten negativamente en la investigación y la acusación.

En Estados Unidos y el Reino Unido (entre otros países con mayor experiencia en la implementación de estas medidas de protección especial) se recomienda preparar la entrevista testimonial recolectando información esencial sobre la víctima, su contexto de desarrollo, situación escolar, necesidades especiales, etc.; y que esta información sea compartida entre los actores intervinientes en la planificación de la entrevista. Esto no siempre ocurre en los procesos judiciales en algunas provincias. Generalmente el conocimiento sobre el caso y la situación de la niña/o o adolescente por parte de las psicólogas se limita a la lectura del expediente y a la recepción de un pliego de preguntas por parte del juez o fiscal. Son excepcionales los casos y los poderes judiciales donde existe intercambio de información y planificación conjunta y consensuada de la entrevista entre los distintos actores.

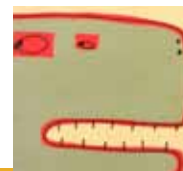
Otro aspecto descuidado y de suma importancia consiste en la falta de orientación, asesoramiento, asistencia y tratamiento a las niñas/os y las familias que atraviesan estas situaciones complejas y traumáticas. Se trata de informar y orientar a la niña/o o adolescente, y al adulto que acompaña, sobre su situación, el estado de la causa y los requerimientos procesales. También se debe verificar que se hayan tomado las medidas necesarias para garantizar la seguridad y bienestar de la víctima (por ejemplo, prohibición de acercamiento del imputado). En coordinación con otras agencias gubernamentales, se debería brindar contención psicológica, asistencia social y asistencia económica –ya que muchas veces estas denuncias involucran a familias vulnerables donde el imputado es el principal sostén económico del grupo familiar. En este contexto, los apoyos y contenciones externas al propio grupo familiar pueden ser decisivos para que la niña/o o adolescente sostenga la denuncia y el proceso judicial.

IV. Conclusiones

El relevamiento de las prácticas relativas al abordaje de niñas/os y adolescentes víctimas de delitos y violencia por parte de los poderes judiciales y órganos administrativos realizado entre 2009 y 2011 en las distintas provincias ilustra los inconvenientes que persisten en el acceso a la justicia por parte de esta población vulnerable.

En síntesis:

- Se debe ampliar la disponibilidad de circuitos cerrados de televisión (CCTV), que han



demostrado ser significativamente más efectivos y convenientes que las cámaras Gesell.

- Las personas que realizan la entrevista testimonial juegan un rol fundamental cuyos alcances y responsabilidades deben consensuarse y especificarse, en lugar de quedar libradas a la improvisación, la voluntad o el compromiso individuales. Además, deben establecerse sistemas estructurados y permanentes de capacitación, supervisión y retroalimentación entre quienes realizan las entrevistas.

- Se deben poner en marcha estrategias y articulaciones interinstitucionales para acompañar, apoyar, orientar y asistir a las víctimas y a sus familias. La mayoría de los casos suponen situaciones de suma vulnerabilidad y grados de conflictividad tales que difícilmente la niña/o o adolescente y su familia puedan, por sí mismos, recuperarse y sostener la situación y la acusación planteada.

Aún queda mucho por hacer para reducir al mínimo posible la cantidad de intervenciones sobre la niña/o o adolescente a lo largo del proceso y para proteger su relato de las contaminaciones externas. Sin embargo, a modo de cierre, deben destacarse los aspectos positivos y las mejoras logradas en los últimos años, y que permiten afirmar que la situación de estas víctimas en el proceso judicial es hoy, en la mayoría de los casos, significativamente diferente a la que atravesaron Graciela y su hijo entre 1996 y 2004.

Además de los referidos dispositivos específicos para reducir las intervenciones institucionales en el marco del proceso judicial, se han puesto en marcha iniciativas destinadas a mejorar la práctica en la instancia inicial y pre-judicial. Ejemplo de ello son el Programa “Brigadas móviles de atención a las víctimas de las violencias” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, y la Oficina de Asistencia a la Víctima de la Fiscalía de Graves Atentados Personales en la provincia de Neuquén¹⁸.

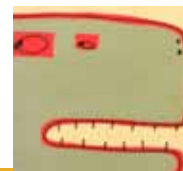
En relación al examen médico forense, en la provincia de Misiones, las niñas /os presumiblemente víctimas de violación reciente son revisadas inmediatamente y por única vez por un médico ginecólogo del Cuerpo Médico del Poder Judicial. Una vez hecho el examen y preservadas las pruebas adecuadamente, se acompaña a la niña/o al hospital público para recibir medicación anti-retroviral y de anticoncepción de emergencia.

Las provincias de Entre Ríos y Mendoza han consensuado y puesto en práctica protocolos generales de actuación para casos de abuso sexual infantil. En 2010, Entre Ríos estableció un “Protocolo interinstitucional”¹⁹ del que participan el Poder Judicial, el Ministerio Público de la Defensa, los ministerios de Salud y Gobierno, el Consejo Provincial del Niño, el Consejo General de Educación y la Policía provincial.

Para facilitar el acceso a los dispositivos fuera de la ciudad capital, Misiones ha puesto

18. Estos programas cuentan con profesionales entrenados específicamente que intervienen la mayoría de los casos denunciados de abuso sexual y aseguran que se brinde contención, resguardo y orientación adecuada a la víctima de manera prácticamente inmediata. También evalúan la necesidad de tomar medidas preventivas y, eventualmente, registrar de manera adecuada cualquier información que surgiera espontáneamente y que pudiera ser de utilidad para la investigación.

19. Disponible en: <http://proteccioninfancia.org.ar/instrumentos?page=4>

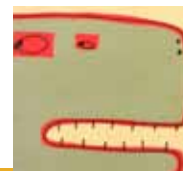


en marcha un sistema de CCTV móvil que se traslada a las localidades del interior de la provincia para realizar la videograbación de las entrevistas. El equipamiento, de instalación sencilla, es acompañado por un técnico especializado y una psicóloga que apoya a la profesional disponible en la circunscripción.

Por último, tal vez el cambio más importante y significativo consista en la notable preocupación y sensibilidad demostrada por los profesionales y operadores abocados a la temática. La percepción de las dificultades existentes y el consenso sobre la necesidad de introducir cambios a los sistemas y procedimientos vigentes son sin duda excelentes indicadores del camino recorrido, y de la proximidad de la meta: un sistema que protege la integridad de la niña/o y adolescente, a la vez que consigue las mejores evidencias posibles y es respetuoso de las garantías de los imputados.

Referencias citadas

- ANITUA, G.I. (2010): "Una visión crítica sobre la excesiva regulación de la producción y la valoración de pruebas". En: JUFEJUS, ADC, UNICEF (comps) *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Buenos Aires. Disponible en <http://proteccioninfancia.org.ar/>
- BERLINERBLAU, V. (2010): "Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videograbación de las entrevistas de declaración testimonial". En: JUFEJUS, ADC, UNICEF (comps) *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Buenos Aires. Disponible en <http://proteccioninfancia.org.ar/>
- CASTRO, J.C. (2010): "Cuando los niños tienen la palabra. A propósito de la validez de la toma de sus dichos mediante un procedimiento diferenciado". En: JUFEJUS, ADC, UNICEF (comps) *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Buenos Aires. Disponible en <http://proteccioninfancia.org.ar/>
- CYR, M. & LAMB, M. (2009): "Assessing the effectiveness of the NICHD investigative interview protocol when interviewing French-speaking alleged victims of child sexual abuse in Québec". *Child Abuse & Neglect Journal*. Vol. 33, Issue 5, Mayo 2009, Pages 257-268.
- DIAZ CANTÓN, F. (2010): "Las manifestaciones de la víctima menor de edad como prueba en los delitos contra la integridad sexual y física. ¿Es posible conciliar el ejercicio del derecho fundamental del imputado a interrogarla con la necesidad de evitar la revictimización?" En: JUFEJUS, ADC, UNICEF (comps) *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Buenos Aires. Disponible en <http://proteccioninfancia.org.ar/>
- KREUTER, E.A. (2006): *Victim Vulnerability: An Existential-Humanistic Interpretation of a Single Case Study*, New York: Nova Science Publisher Inc.
- LAMB, M., STERNBERG, J., ALDRIDGE, J., PEARSON, S., STEWART, H., ESPLIN, P. & BOWLER, L. (2009): "Use of a structured investigative protocol enhances the quality of



investigative interviews with alleged victims of child sexual abuse in Britain". *Journal of Applied Cognitive Psychology*, Vol. 23, Issue 4, May 2009, 449-467.

LAMB, M. E., ORBACH, Y., HERSHKOWITZ, I., LAMB, M. E., ESPLIN, P. W., & HOROWITZ, D.

(2007): "Structured forensic interview protocols improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol". *Child Abuse & Neglect Journal*. Vol. 31, Issues 11-12, Nov-Dec 2007, Pages 1201-1231.

LAMB, M.E., ORBACH, Y., WARREN, A.R., ESPLIN, P.W., HERSHKOWITZ, I. (2006): "Getting the most out of children: Factors affecting the informativeness of young witnesses", en: Toglia, MP.(ed.): *Handbook of eyewitness psychology Vol 1: Memory for events*. Mahwah, NJ: Erlbaum.

LAMB, M. E., & GARRETSON, M. E. (2003): "The effects of interviewer gender and child gender on the informativeness of alleged child sexual abuse victims in forensic interviews". *Journal of Law and Human Behavior*. Vol. 27, Number 2, 157-171.

LAMB M. E., STERNBERG, K. J., ORBACH, Y., ESPLIN, P. W., & MITCHELL, S. (2002): "Is ongoing feedback necessary to maintain the quality of investigative interviews with allegedly abused children?" *Applied Developmental Science Journal*. Volume 6, Issue 1, Pages 35-41.

LAMB, M. E., STERNBERG, K. J., ORBACH, Y., ESPLIN, P. W., STEWART, H., & MITCHELL, S. (2003): "Age differences in young children's responses to open ended invitations in the course of forensic interviews". *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, Vol. 71(5), October 2003, 926-934.

LANDROVE, G. (1998): *La Moderna Victimología*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanc.

ORBACH, Y., HERSHKOWITZ, I., LAMB, M. E., ESPLIN, P. W., & HOROWITZ, D. (2000): "Assessing the value of structured protocols for forensic interview of alleged child abuse victims." *Child Abuse and Neglect Journal*. Vol. 24, Issue 6, June 2000, Pages 733-752.

SORIA, M. A. (1998): *Psicología y Práctica Jurídica*, Barcelona: Ed. Ariel. S.A.

STERNBERG, K. J., LAMB M. E., ORBACH, Y., ESPLIN, P. W., & Mitchell, S. (2001): "Use of a structured investigative protocol enhances young children's responses to free-recall prompts in the course of forensic interviews". *Journal of Applied Psychology, Applied Cognitive Psychology Journal*, Vol. 23, Issue 4, May 2009, 449-467.

Jurisprudencia

CSJN, "M.A. y otros s/ Abuso Deshonesto-Recurso de Hecho- causa Nº 42.394/96", Expte. M. 1116. XXXVI., sentencia del 27/06/2002. Disponible en:

Legislación

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por la Argentina en 1990 y con jerarquía constitucional desde 1994. <http://www.unicef.org/lac/CDN.pdf>

Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos, aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en resolución 2005/20 de 22/07/05. <http://www.unicef.org.co/Ley/AI/13.pdf>



Ley Nº 25.852 <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/91600/norma.htm>

Constitución Nacional <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

Código Procesal Penal de la Nación <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>

Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos. Aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP) <http://www.ministeriopublico.gob.pa/Image/GUIA%20DE%20SANTIAGO%20SOBRE%20PROTECCION%20DE%20VICTIMAS%20Y%20TESTIGOS.pdf>

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Aprobado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008. <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110>

