

Aspectos relevantes en el voto de la ministra Rosa Weber en la ADPF 442 en el STF de Brasil

Beatriz Galli, Ipas¹

El voto de la ministra Rosa Weber en la ADPF 442 es un marco histórico para el movimiento regional a favor de la descriminalización del aborto en la región. El presente documento sistematiza algunos argumentos jurídicos centrales desarrollados por la ministra. En particular, el voto rechaza el falso conflicto de derechos entre el niño no nacido y la mujer embarazada, desarrolla los elementos constitutivos de un sistema de justicia social reproductiva a partir del bloque de constitucionalidad y convencionalidad para acomodar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

El sistema de justicia social reproductiva tiene naturaleza prestacional, es formado por políticas integrales de salud basadas en los principios del derecho internacional de los derechos humanos como una respuesta estatal proporcional y razonable al problema policéntrico del embarazo no deseado, la mortalidad materna y el uso del derecho penal como ultima ratio como solución, rechazando la lógica penal punitiva. Además, el sistema está centrado en la autonomía, igualdad, privacidad y libertad reproductiva de las mujeres embarazadas para definir sus proyectos de vida.

El voto está basado en las siguientes premisas legales:

- i) el derecho a la vida y su ámbito de protección en el constitucionalismo,
- ii) los derechos fundamentales de mujeres,
- iii) los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales en el diseño constitucional
- iv) la justicia social reproductiva como respuesta obligaciones institucionales a deberes fundamentales de protección.

1. Sobre la ADPF 442

La Constitución Federal de 1988 establece en el art. 102, §1º, la competencia del Tribunal Supremo Federal para juzgar una alegación de incumplimiento de un precepto fundamental. Es el arte. 1º de la Ley 9.882 de 1999, que define el objeto de la ADPF: *“evitar o reparar lesión a un precepto fundamental, resultante de un acto del Poder Público”* (caput), aplicable también *“cuando es relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre ley o acto normativo federal, estatal o municipal, incluidos los anteriores a la Constitución”* (párrafo único, l).

¹ Abogada, asesora senior de políticas y advocacy de Ipas y candidata a doctorado en Salud del Niño y de la Mujer del Instituto Nacional de Salud de la Mujer, del Niño y del Adolescente Fernandes Figueira, de la Fundación Oswaldo Cruz en Brasil. Integrante de la Red Jurídica de CLACAI.

La ADPF, así como otras acciones directas ya previstas en la Constitución Federal, provoca el control de constitucionalidad en una modalidad abstracta y concentrada, y permite, a diferencia de otras acciones, el cuestionamiento de actos del Poder Público en general, no restringidos a los de contenido normativo. Sin embargo, el argumento no puede pretender alegar control de actos del Poder Público en relación con alguna norma constitucional, sino sólo en relación con preceptos fundamentales. Además, es necesario que no exista otro medio eficaz para reparar el daño cuestionado, es decir, que se trate de una acción de carácter subsidiario.

La Acción por Incumplimiento de Preceptos Fundamentales (ADPF 442) es una acción en abstracto que señala la vulneración de los principios fundamentales de la dignidad humana, la ciudadanía y la no discriminación, así como los derechos fundamentales a la inviolabilidad de la vida, la libertad, la igualdad, la prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, la salud y la planificación familiar, todos ellos previstos en la Constitución Federal (art. 1, fracciones I y II; art. 3, fracción IV; art. 5, caput y fracciones I, III; art. 6, caput; art. 196; art. 226, § 7), así que la falta de recepción parcial del art. 124 y 126 del Código Penal que tratan el aborto como un delito contra la vida (Decreto-Ley nº 2.848/1940). En el Código Penal, el artículo 124 se refiere al aborto causado por la propia mujer embarazada (autoaborto) o consentido por ella; el artículo 125 se refiere al aborto causado por un tercero, sin el consentimiento de la mujer embarazada; el artículo 126 se refiere al aborto causado por un tercero, pero con el consentimiento de la mujer embarazada.

Según la ADPF 442, la criminalización a largo plazo del aborto es un caso de uso del poder coercitivo del Estado para impedir un pluralismo razonable. En un contexto de despenalización del aborto, ninguna mujer será obligada a realizarlo en contra de su voluntad. Sin embargo, hoy el Estado brasileño hace del embarazo un deber, imponiéndolo a las mujeres, en particular a las mujeres negras e indígenas, nordestinas y pobres, lo que a menudo trae graves consecuencias para sus planes de vida.

El objetivo de la ADPF 442 es cuestionar la legitimidad de la penalización del aborto inducido y voluntario, calificado simplemente como “aborto” en el Código Penal. La ADPF 442 plantea el enfrentamiento de una cuestión: ¿Están justificados los artículos 124 y 126 del Código Penal a la luz de preceptos constitucionales?

La tesis central de la ADPF 442 es que las razones jurídicas que llevaron a la penalización del aborto por el Código Penal de 1940 no son sostenibles, porque violan los preceptos fundamentales de la dignidad humana, la ciudadanía, la no la discriminación, la inviolabilidad de la vida, la libertad, la igualdad, la prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, la salud y la planificación familiar de las mujeres, adolescentes y niñas (Constitución Federal, art. 1, incisos I y II; art. 3, inciso IV ; art. 5, caput e incisos I, III; art. 6, caput; art. 196; art. 226, § 7).

2. Puntos claves en materia de fondo del voto

La personal titular de derechos es la persona humana nacida según el bloque de constitucionalidad que sirve de parámetro de control

“A los nacidos, entonces, según la lectura textual y sistemática de la Constitución, es propiedad asignada de los derechos fundamentales. Esta conclusión se vuelve más evidente cuando se observa que no existe referencia en cualquier pasaje del texto constitucional a los no nacidos, ya sea como embrión o feto. En la misma línea de ingeniería institucional, todo el sistema de protección del orden social, refiriéndose a familia, niño, adolescente y adulto mayor (capítulo VII), lo que presupone también la persona humana nacida como titular de derechos fundamentales garantizados, sin reserva alguna al feto o al embrión.”

“45. Asimismo, el argumento de proteger el derecho a vida desde la concepción, con base en la legislación penal, por estar el aborto tipificado como delito contra la vida en el Código Penal, significaría la elección legislativa por la tutela de la vida humana potencial. Y por una razón lógica. La intervención del Estado, a través de la tutela penal, no define en sí mismo el ámbito de protección de los derechos fundamentales. La relación normativa es todo lo contrario, porque el derecho fundamental, en el marco del bloque de constitucionalidad, es que sirve como parámetro de control y como factor limitar la acción penal, justificándola o no.”

La premisa de conflicto bipolar entre intereses legales y derechos fundamentales del feto y de la mujer embarazada como errónea

“51. De hecho, al analizar la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo, la primera premisa que surge es la necesaria oposición entre los derechos fundamentales del feto y los de la mujer embarazada, como si tratara de un conflicto bipolar de intereses legales relevantes. Sin embargo, esta premisa es errónea y sitúa la discusión sobre el problema como insoluble y un choque entre dos derechos absolutos, sin viabilidad de acuerdo práctico. La elección es por uno u otro derecho.”

Derecho a la vida en los Sistemas Internacional e Regional de Protección de los Derechos Humanos

No hay derecho absoluto a la vida. El derecho a la vida es gradual y incremental según su desarrollo.

El voto de la ministra hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana reciente: *“Rechazo esta manera de ver e investigar el problema constitucional. En primer lugar, porque no hay hablar del derecho fundamental del embrión a la vida del feto o embrión. En segundo lugar, la premisa hermenéutica adoptada aquí se basa en concepción amplia del alcance de la protección de los derechos fundamentales, como ya consolidado en la historia de decisiones de este Supremo Tribunal Federal. Tercero, cualquier solución al conflicto constitucional pasa necesariamente por el juicio de proporcionalidad, como método de interpretación constitucional, considerada la competencia de valores fundamentales en este caso.”*

“Según la jurisprudencia de la Corte, a partir de la interpretación sistemática de los sistemas regionales, interamericano, africano y europeo de derechos humanos, la definición del alcance del artículo 4.1, en particular los conceptos “persona”, “ser humano”, “concepción” y “general”, no denotan naturaleza de derecho absoluto. En otras palabras, la protección del derecho a la vida es gradual e incremental, según su desarrollo, de modo que no constituya deber absoluto e incondicional, con excepciones a la regla general, a los efectos de protección del derecho a la salud de la mujer embarazada, como se puede inferir de los casos Artavia Murillo y otros vs. Costa

Rica (2012), Lady Beatriz vs. El Salvador (2013), Dama I.V vs. Bolivia (2016) y Manuela vs. El Salvador (2021).”

Por tanto, no se sustenta el argumento de que el embrión o feto tenga prioridad normativa sobre los derechos humanos de las personas nacidos, particularmente de mujeres. El constitucionalismo brasileño, así como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, no adopta la tesis de derecho a la vida desde el momento de la concepción, por lo tanto, comparte el diseño protección institucional incremental del derecho a la vida, considerada la concordancia práctica necesaria con otros derechos fundamentales, a saber los derechos fundamentales de las mujeres.”

Los derechos de las mujeres: de la ciudadanía de segunda clase a la igual autodeterminación

La maternidad debe derivar del libre ejercicio de la autodeterminación y proyecto de vida de la mujer

“85. La opción por la maternidad puede incluso reflejar una estructura discriminatoria de género, fundado en el concepto jerárquico de familia y la distribución de roles sociales estáticos. En esta perspectiva y forma de entender el mundo, desde la lente de las mujeres, la maternidad no debe derivar de una coerción social como resultado de falsa preferencia de la mujer, sino el libre ejercicio de su autodeterminación en la elaboración del proyecto de vida.

Corresponde a las mujeres, en el disfrute de sus derechos fundamentales, tomar la decisión por la maternidad, a través del embarazo u otras fórmulas, a ejemplo de la adopción.”

Los derechos sexuales y reproductivos en el diseño constitucional: derechos fundamentales estructurantes de la justicia social reproductiva.

Los derechos fundamentales y son interdependientes y incluyen los derechos sexuales y reproductivos el derecho a la igualdad, a la intimidad, a la libertad y a la vida privada y el derecho a la planificación familiar

“96. Los derechos sexuales y reproductivos tienen como fundamento normativo constitucional inmediato i) arts. 196 a 200, que reconocen la salud como derecho de todos y deber del Estado, ii) art. 200, III, que trata de la asistencia social brindada a quienes la necesitan, con el especial objetivo de protección de la familia, maternidad, niñez, adolescencia y vejez, y iii) art. 226, § 7, que prescribe el derecho a la planificación familiar, sobre la base de la dignidad de la persona humana y paternidad responsable, como libertad decisión de la pareja, siendo el Estado el responsable de brindar recursos educacionales y científicos para el ejercicio de este derecho, queda prohibida cualquier forma coercitiva por instituciones oficiales o privadas.

Dada la naturaleza interdependiente de los derechos fundamentales, se supone como fundamento normativo mediato los derechos sexuales y reproductivos el derecho a la igualdad, a la intimidad, a la libertad y a la vida privada (art. 5, caput, y X, CRFB), cuya esencia está asociada al derecho a la planificación familiar. Esto se debe a que, del texto constitucional del

art. 226, §7º, se infiere expresamente la propiedad normativa de la libre decisión y la no coerción estatal en ejercicio del derecho a la planificación.”

El ejercicio de La sexualidad y la reproducción son elementos constitutivos del derecho a la salud

“97. En este sentido, conclusión diferente a la relativa al reconocimiento de los derechos en materia de sexualidad y reproducción no es compatible con la Constitución Federal. En primer lugar, porque el ejercicio de la sexualidad y la reproducción son elementos constitutivos del derecho a la salud.”

“98. A su vez, desde una perspectiva internacional, la libertad reproductiva es definido como el reconocimiento básico de todas las personas que deciden enfoque libre y responsable de la planificación familiar, más específicamente sobre la procreación y su libertad reproductiva, sin ningún tipo de discriminación, coacción o violencia. En este sentido, el art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, con posteriores explicaciones interpretativas, definidas en las Recomendaciones Generales n. 19 (1992) y 35 (2017) del Comité de Eliminación de Discriminación contra la Mujer. Asimismo, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC, y las interpretaciones consolidadas en los Comentarios Generales n. 14 (2000) y 22 (2016).”

“99. Ley núm. 9.263/1996, responsable de regular el art. § 7 del art. 226 de la Constitución Federal, que trata de la planificación familiar (art. 2), en En esencia, traduce un marco normativo que garantiza la libertad de las personas en toma de decisiones en temas reproductivos y familiares basados en igualdad, en la medida en que restringe las distinciones discriminatorias con basado en el género.”

La salud sexual y reproductiva en el marco regulatorio brasileño, por lo tanto, es el resultado de tres elementos esenciales, a saber: integridad física y psicológica de las mujeres, seguridad en el acceso a los servicios médicos y la libertad reproductiva

“102. La salud sexual y reproductiva en el marco regulatorio brasileño, por lo tanto, es el resultado de tres elementos esenciales, a saber: integridad física y psicológica de las mujeres, seguridad en el acceso a los servicios médicos y la libertad reproductiva. Cabe al Estado los deberes de protección consistentes en la disposición, en igualdad de circunstancias de acceso a opciones y métodos anticonceptivos, servicios e información adecuada para una toma de decisiones libre y bien informada, así como calidad de los procedimientos médicos y medicamentos necesarios para ejercicio del derecho. Esto significa que los derechos sexuales y reproductivos se basan en un concepto amplio de salud de la mujer, que incorpora las dimensiones de salud sexual y reproductiva, incluido el control y la reducción de mortalidad materna y sus causas.”

Derechos sexuales y reproductivos: diálogos con el Sistema Protección Internacional de los Derechos Humanos

La construcción de un sistema justicia social reproductiva es parte de la obligación internacional del estado en materia de derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres

“121. El examen de la normativa internacional demuestra que los derechos sexuales y reproductivos son el resultado del reconocimiento de la autoridad moral y de la capacidad que cada persona, en particular de las mujeres, tiene de construir su esfera reproductiva. Por tanto, corresponde al ser humano, a la mujer, la decisión sobre cuestiones en el campo de la reproducción y la sexualidad, desde su ética personal.”

“123. (...) No por otra razón, con la consolidación de este marco conceptual y normativa sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, las normas y la jurisprudencia internacional y regional sobre derechos humanos ha sufrido aumento gradual y consistente hacia la plena realización del derecho a la salud sexual y reproductiva, en el ámbito de la salud pública, con las implicaciones lógicas en la densificación de otros derechos humanos relacionados.

Según el marco normativo y de principios del derecho internacional de los derechos de las mujeres, corresponde al Estado brasileño adopción de medidas institucionales encaminadas a construir un sistema de justicia social reproductiva basada en cuatro elementos esenciales: disponibilidad, accesibilidad (física, asequibilidad e informativa), aceptabilidad y calidad.”

De los derechos fundamentales a los deberes de protección: construyendo el sistema de justicia social reproductiva

Los derechos reproductivos, así como los derechos sexuales, tienen aspectos híbridos, de respeto a la integridad, no injerencia, sino también una promoción positiva

“124. Considerando los objetivos del orden social constitucional, que son bienestar y justicia social, está claro que, en el contexto de los derechos humanos derechos reproductivos establecidos en los textos constitucionales, internacional y legal, el perfil instrumental del acceso a estos derechos, que equivale a la dimensión provisional del derecho a la salud, es fundamental, para que no sea construido un Estado Constitucional simbólico y de referencia ilusoria. Como se ha dicho, los derechos reproductivos, así como los derechos sexuales, tienen aspectos híbridos, de respeto a la integridad, no injerencia, sino también una promoción positiva. Por ello, imprescindible la conjugación de políticas públicas en una estructura de justicia social reproductiva, como fórmula institucional de capacitación subjetiva de las mujeres a los derechos reproductivos, a través de políticas apropiadas, muchas de las cuales ya constitutivas del Sistema Único de Salud, como la Política de Atención Integral a la Salud de la Mujer.

El sistema de justicia social reproductiva deriva de la protección de la salud pública de la mujer y de su libertad de construcción de su proyecto de vida digna

En este contexto, el sistema de justicia social reproductiva deriva de la premisa de protección de la salud pública en materia de derechos de salud sexual y reproductiva de la mujer, considerada su libertad en la construcción de proyecto de vida digna que le parezca coherente. Sistema que es edificado en la provisión asequible y de calidad de bienes, programas, servicios y establecimientos de salud que promueven la tutela preventiva informativa y educativa sobre sexualidad y reproducción.

Asociada a la disponibilidad y calidad de los medicamentos y procedimientos médicos necesarios para la formulación de la planificación familiar, con los métodos anticonceptivos y el aborto legal, de conformidad con la libertad y autonomía de la mujer.”

El aborto ilegal e inseguro afecta las mujeres más jóvenes además de la interseccionalidad entre aborto y raza

“130. Así, como afirmado en la audiencia pública, el aborto ilegal surge de la consciencia de que la fecundidad no controlada representa un obstáculo para la integración de la mujer en la sociedad política, económica y social. Así, la inaccesibilidad de las políticas públicas de salud reproductiva adecuadas para las comunidades más vulnerables, sumado a la insuficiencia de métodos anticonceptivos, presenta el aborto ilegal como el único procedimiento efectivo de control de la fertilidad.

Sin embargo, la ilegalidad de este procedimiento médico provoca la inseguridad a la que están expuestas las mujeres, una vez más, ante las fallas del estado. No por otra razón, el aborto inseguro es una de las principales causas de impacto en el delineamiento sanitario de la mortalidad materna, como lo demuestran las estadísticas presentadas en audiencia pública, en particular por el Ministerio de Salud.

Además, las hospitalizaciones por complicaciones del aborto en el SUS son una dimensión importante entre la totalidad de las causas de hospitalización. Teniendo en cuenta los riesgos y consecuencias del aborto ilegal e inseguro, así como sus complicaciones, otra conclusión no se presenta como racional: se trata de un grave problema de salud pública, que afecta principalmente a las mujeres más jóvenes del país, además de la interseccionalidad entre aborto y raza.”

La criminalización del aborto en las doce primeras semanas de embarazo viola el principio de la proporcionalidad del Derecho Penal

“135. Ante el sistema de justicia social reproductiva y de los derechos fundamentales y humanos de las mujeres, es posible prever la contradicción a la Constitución, por la violación del principio de proporcionalidad de las normas de artes. 124 y 126 del Código Penal, que prescriben la criminalización del aborto en las primeras doce semanas de embarazo.”

“136. Es necesario considerar si, en el contexto actual del siglo XXI, en el que señala la provisión de otras tutelas para los derechos reproductivos y dignidad de la mujer - con un índice de eficacia en la reducción de la mortalidad maternidad y de embarazos no deseados-, prisión -una medida extrema de coerción y violencia del estado – se justifican como apropiadas y efectivas en la persecución del propósito de proteger el derecho a la vida humana.

“137. Una vez más repito. No es de más insistir en que el debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo, en su etapa inicial, requiere reflexión, como se ha hecho en esta deliberación. Ya sea por el tema de interseccionalidad, ya sea a través de la compleja relación de la moral basada en castigo a la mujer por no cumplir con su deber social, previamente asignado. El castigo que sufren las mujeres en situaciones humillantes, violación flagrante del ethos de la moralidad individual, como ser arrestado en una cama de hospital después de un procedimiento de emergencia obstétrica, provoca una pregunta. ¿Esta es la escena que nos cuenta cómo sociedad

democrática construida sobre los pilares de los derechos fundamentales y de la racionalidad jurídica? El aborto no se trata de una decisión fácil, que puede calificarse de frívola o derivada de la inadecuación de la conducta de la mujer.”

La criminalización del aborto es ineficaz desde el punto de vista de la práctica social y inconstitucional desde el punto de vista jurídico

“138. Por estas razones, la solución normativa para la protección de los valores constitucionales en conflicto debe tener en cuenta una amplia gama de cuestiones. La tutela penal, a pesar de la dignidad punitiva que intenta conferir a protección del valor intrínseco de la vida humana, como examinaré ahora, resulta irracional desde la óptica de la política criminal, ineficaz desde el punto de vista de la práctica social, e inconstitucional, desde el punto de vista jurídico.

De ahí la centralidad que asume la estructura institucional de la justicia social reproductiva como tutela adecuada y suficiente para la protección del elemento en común en la discusión sobre el aborto, que es la dignidad de la vida humana, ya sea desde la perspectiva de las mujeres, ya sea desde la perspectiva del valor intrínseco que asume para la sociedad y el Estado constitucional.”

Tutela penal como respuesta del Estado a la protección del valor de la vida humana: la comprobada inadecuación

El Derecho Penal debe ser puesto al lado y dar lugar a alternativas institucionales sociales, como las políticas públicas destinadas a la concretización de la justicia social reproductiva.

“139. Habiendo establecido las premisas legales del voto i) derecho a la vida y sus ámbito de protección en el constitucionalismo, ii) derechos fundamentales de mujeres, iii) derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales en el diseño constitucional y iv) la justicia social reproductiva como respuesta obligaciones institucionales a deberes fundamentales de protección, es necesario esta altura de la justificación del voto valorar la tutela penal como respuesta adecuada y efectiva a protección de la dignidad de la vida humana, como perseguido en la finalidad subyacente de los arts. 124 y 126 del Código Penal.”

“142. En este sentido, es necesario investigar si los dispositivos de la criminalización del aborto (arts. 124 y 126 del CP), al prohibirlo completamente durante todo el período del embarazo y obligar a las mujeres a mantener embarazos y partos no deseados, independientemente de la etapa de desarrollo del feto, fuera de las hipótesis de excluyentes de ilicitud (aborto terapéutico y emocional), responden positivamente a la regla de proporcionalidad, específicamente a los tests de las subreglas de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para lograr los propósitos legislativos.

Para ello se presentan las siguientes preguntas como premisas para el razonamiento a seguir: (i) primero, la elección legislativa protege el bien jurídico pretendido, la vida humana intrauterina? (ii) en segundo lugar, el diseño institucional presenta resultados satisfactorios en la práctica institucional y social? (iii) en tercer lugar, el objetivo perseguido puede alcanzarse por otra

medida estatal? (iv) cuarto, otras formas de tutela implican menos restricciones a los derechos fundamentales de las mujeres?”

“145. La norma penal debe ser lógicamente consistente con sus objetivos para ser constitucional. Por tanto, la medida legislativa adoptada debe corresponder a una forma racional de corrección de las exigencias de la cláusula de protección tanto para el feto como para la mujer. Si no, el Derecho Penal debe ser puesto al lado y dar lugar a alternativas institucionales sociales, como las políticas públicas destinadas a la concretización de la justicia social reproductiva.

Sólo en el estudio del orden constitucional en su contexto normativo sistémico e en las relaciones interdependientes de los derechos fundamentales es que se justificará la acción estatal para proteger la dignidad de las mujeres como persona humana, sujeto y titular de derechos fundamentales.”

“152. La acción penal del Estado es individualizada, su relación es personalizada y tópica. En situaciones del cometimiento del delito de interrupción voluntaria del embarazo, la mujer será procesada y eventualmente condenada. Con la condena se entenderá por la protección del bien jurídico de la tutela penal, del no nacido y por la aplicabilidad de funciones pedagógicas/disuasorias y punitivas de la pena, garantizando la protección de los valores compartidos por la sociedad.

La sanción penal no tiene eficacia en la práctica social, o porque no promueve la protección del valor de la vida humana del no nacido, de mujer y sus derechos superpuestos, de la maternidad, de la planificación familia y de la propia entidad familiar.

Sin embargo, como se puede inferir, la resolución del problema desde esa óptica es ilusoria. Ya sea porque la sanción penal no tiene eficacia en la práctica social, o porque no promueve la protección del valor de la vida humana del no nacido, de mujer y sus derechos superpuestos, de la maternidad, de la planificación familia y de la propia entidad familiar. Por el contrario, la criminalización viola los principios fundamentales del derecho penal y los derechos de mujeres, sin proteger al feto.”

No se puede hablar en protección del valor de la vida humana sin también considerar los derechos de las mujeres y su dignidad en la categoría de derechos fundamentales y humanos

“165. La validez constitucional del sistema de justicia reproductiva tiene fundamento en dos razones esenciales. La primera tiene una relación con el reconocimiento del derecho de las mujeres a la libertad de planificación familiar, autodeterminación personal, intimidad, igualdad, dignidad y salud, incluyendo en su ámbito de protección la derechos sexuales y reproductivos, como punto de partida del sistema constitucional en la respuesta a la cuestión de la interrupción voluntaria, en el marco expreso de las primeras doce semanas.

No se puede hablar en protección del valor de la vida humana sin también considerar los derechos de las mujeres y su dignidad en la categoría de derechos fundamentales y humanos. La tutela de la vida humana intrauterina es construida, desde un punto de vista normativo, con la participación de la mujer y no sin ella, ni contra su autonomía en el proceso reproductivo y de planificación familiar. Si esto es así, la intervención estatal sancionatoria, arraigada en la punición penal de la decisión de la mujer, debe demostrar compatibilidad con los postulados de proporcionalidad y razonabilidad en la protección de intereses constitucionales en conflicto, lo que no se verifica”.

La justicia social reproductiva, fundada en los pilares de las políticas de salud preventiva de la en los embarazos no deseados, se revela como diseño institucional más eficaz en la protección del feto y la vida de la mujer que la criminalización del aborto

“167. (...) En este sentido, es innecesaria la acción del legislador, ya que a pesar de las medidas normativas más efectivas y compatibles con la protección de los derechos fundamentales de las mujeres y la vida potencial del feto, adopta un diseño institucional desproporcional con la gramática de los derechos fundamentales pilares del Estado constitucional, sin asegurar que la finalidad de la tutela de de la vida potencial está asegurada.

La justicia social reproductiva, fundada en los pilares de las políticas de salud preventiva de la en los embarazos no deseados, se revela como diseño institucional más eficaz en la protección del feto y la vida de la mujer, comparativamente a la criminalización.”

El impacto desproporcional de la criminalización en las mujeres mas vulnerables

“170. (...) El argumento de la interseccionalidad asume un punto de relevancia en el discurso jurídico sobre criminalización del aborto, ya que revela todos los velos de discriminación estructural que afecta a la sociedad brasileña y sus instituciones, públicas y privadas. En este cuadro del impacto desproporcional de la criminalización, un punto que fue objeto de exhaustiva deliberación en audiencia pública queda evidente su carácter punitivo social, es decir, su naturaleza de imponer castigo a las mujeres, especialmente las más vulnerables.”

“171. Al respecto, cabe mencionar que es iterativa la jurisprudencia de los mecanismos regionales de protección internacional de los derechos humanos – tanto en el sistema europeo como en el sistema interamericano – cuando admiten el impacto desproporcionado de la criminalización. Ilustrativa la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Manuela y otros vs. El Salvador (2021), específicamente los párrafos 248-259 de su razonamiento.

Los desacuerdos morales razonables hacen parte de las democracias constitucionales basadas en el pluralismo legal

“175. No es el consenso que se busca respecto del significado moral de la práctica del aborto. No tendremos consenso sobre esta cuestión y no es necesario, porque los desacuerdos morales razonables son elementos constitutivos de democracias constitucionales contemporáneas, basadas en el pluralismo legal, derivada de su heterogénea composición social, y respetando la dignidad para la autonomía de cada individuo.”

“176. Por lo tanto, la solución para reducir las tasas de aborto reside en la observación de las causas relacionadas con el problema del embarazo no deseado y en la opción de la interrupción voluntaria como forma de solución, que necesariamente son varias y están interconectados, ya que es un auténtico problema estructural en el área de salud sexual y reproductiva.

Observa las consecuencias del problema y resuélvelo basándose en una única lógica, la de la continuación forzada del embarazo, en nombre de la tutela absoluta del único bien –el niño no nacido– en un conflicto policéntrico, no es el camino. Es necesario prestar atención a las diferentes causas del escenario del aborto actualmente puesto y pensar con seriedad cómo tutelar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados, de forma a realizar la justicia social reproductiva.”

De la compatibilidad de la tutela penal del aborto con la regla de proporcionalidad: límites del estado constitucional

Al criminalizar la interrupción voluntaria del embarazo de forma irrestricta el legislador no protege los derechos fundamentales de la mujer fallando en dar eficacia a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y incumple con sus compromisos internacionales

“178. El único fundamento para la protección de la vida humana, en particular del feto, como finalidad suficiente para sustentar la legitimidad de los arts. 124 y 126 del Código Penal, no responde a los requisitos constitucionales de la regla de proporcionalidad, en sus subreglas de adecuación y necesidad.

Sin embargo, esta conclusión no implica decir que esté fuera de la libertad decisión del legislador de regular la protección de la vida prenatal como bien objetivo del Estado constitucional. La fórmula institucional actualmente empleada es que se muestra excesiva al no considerar igual protección de los derechos fundamentales de las mujeres, dando prevalencia absoluta a tutela de la vida en potencial (feto). Tampoco significa afirmar la ausencia de protección estatal, dada la categorización del tema del aborto como problema de la justicia social reproductiva, en el escenario de la salud pública.”

“180. En el marco igualitario del constitucionalismo, la libertad constitucional de elegir corresponde a la igual dignidad que se atribuye a cada uno. La mujer que decide interrumpir su embarazo a las doce primeras semanas de embarazo tienen derecho al mismo respeto y consideración, en el ámbito social y jurídico, que la mujer que opta por la maternidad.”

El bloque normativo constitucional impone al estado el deber de proporcionar acceso al aborto legal y seguro y la implementación de un sistema de justicia social reproductiva

“181. Sumado al juicio de invalidez constitucional de los arts. 124 y 126 de Código Penal, me refiero una vez más a los instrumentos internacionales de los cuales Brasil es signatario y que constituyen el bloque normativo del Estado constitucional, que, reitero, impuso a los Estados miembros el deber de elaborar legislación que proporcione acceso al aborto legal y seguro, así como implementación de un sistema de justicia social reproductiva.”

“182. En vista de las determinaciones convencionales encaminadas a legislador, tengo por evidenciado que la legislación penal, en sus arts. 124 y 126 del Código Penal, al criminalizar la interrupción voluntaria del embarazo de manera irrestricta, no protege adecuada y suficientemente los derechos fundamentos de la mujer. Tampoco cumple con las obligaciones convencionales, permaneciendo inmutable en las últimas tres décadas, evidenciando la falla del legislador en conferir eficacia al contenido de los derechos sexuales y reproductivos fundamentales de las mujeres, en particular la dignidad de la persona humana, tal como está moldado el contenido de estos derechos en los compromisos internacionales de carácter supralegal asumidos por Brasil.”

Límites de la cognición jurisdiccional y diálogos institucionales: técnica decisoria del apelo ante el Legislador y el Ejecutivo

El sistema de justicia social reproductiva tiene una dimensión prestacional para acomodar el derecho a interrupción del embarazo durante las doce primeras semanas de forma segura y legal a través de políticas públicas adecuadas

185. (...) Ante la dimensión prestacional de los derechos reproductivos de las mujeres, evidenciase la obligación del Estado de estructurar un marco normativa, con las fórmulas materiales necesarias para acomodar los derechos, en particular el ahora reconocido derecho a interrumpir el embarazo de forma segura y legal, durante las primeras doce semanas, acompañado de un sistema sanitario que garantice la justicia social reproductiva, a través de políticas públicas para preservación de la salud reproductiva, de la educación sexual y la disponibilidad de métodos anticonceptivos adecuados.

La dimensión prestacional de la justicia social reproductiva, como argumentado, explica la desconstrucción de la validez de la política punitiva de encarcelamiento, que no se ha demostrado que sea suficiente y proporcionado como política pública para desalentar los embarazos no deseados, ni es efectiva en la búsqueda de su propósito subyacente, que es la protección de la vida humana.

(...)

Compite al Estado realizar los ajustes institucionales en materia de federalismo para crear fórmulas capaces de garantizar una cooperación permanente entre órganos administrativos, a partir de la articulación entre las dimensiones estáticas y dinámicas de competencias comunes atribuidas a las entidades federadas, en especial, en lo que aquí importa, respecto a la eliminación de barreras normativas regulaciones y presupuestarias esenciales para la realización de este sistema de justicia social reproductiva.

Dicho esto, hago registrado el llamado al Legislativo y al Ejecutivo para una adecuada y la efectiva implementación del sistema de justicia social reproductiva.”

De la solución normativa

La dignidad de la persona humana, la autodeterminación personal, libertad, intimidad, los derechos reproductivos e la igualdad como reconocimiento se imponen como parámetros normativos

“186. La cuestión de la criminalización de la decisión, por lo tanto, de la libertad y de la autonomía de la mujer, en su más amplia expresión, a través de la interrupción del embarazo se prolonga desde hace más de setenta años en nuestro país. A la época, como titular de la sujeción de la incidencia de la tutela penal, la cara coercitiva y interventora más extrema del Estado, las mujeres no teníamos como expresar nuestra voz en el ámbito democrático. ¡Nos silenciaron! No tuvimos cómo participar activamente en la deliberación sobre una cuestión que nos es particular, que se refiere al hecho común de la vida reproductiva de la mujer, más que eso, que habla del aspecto nuclear de la conformación de su autodeterminación, que es el proyecto de la maternidad y su reconciliación con todas las demás dimensiones del proyecto de vida digna.

La moralidad mayoritaria social de la década de 40 fundada en el pater familia, la maternidad y el cuidado domestico como proyecto de vida de la mujer otorgaba a ellas una ciudadanía de segunda clase

La vida digna y aceptada como correcta, desde el punto de vista de la moralidad mayoritaria social de la década de 1940, excluía a las mujeres del estatus de la condición de sujeto de derecho, ya sea con perfil político-democrático o sea con perfil autonomía cívica. La ausencia de representación política, la condición normativa asignada, la ciudadanía de segunda clase a la que estaban categorizadas, permitieron su discurso a través de la representación de la familia, estructura jerárquica y fundada en el pater familia. La maternidad y el cuidado doméstico componían el proyecto de vida de la mujer, cualquiera que fuera la elección fuera de este estándar era inaceptable y el estigma social certero.

Después de más de ocho décadas, es necesario situar este cuadro discriminatorio en la arena democrática de deliberación entre iguales, con consideración y respeto. Ahora la mujer como sujeto y titular de derecho. Esa es una de las razones por las que convoqué a la audiencia pública. Dar la oportunidad al procedimiento democrático del debate público, con pluralidad de voces, dado el carácter complejo y policéntrico del problema.

Nuevos parámetros normativos son necesarios para la protección de la autodeterminación personal, libertad, intimidad, derechos reproductivos y igualdad de las mujeres

La dignidad de la persona humana, la autodeterminación personal, libertad, intimidad, los derechos reproductivos e la igualdad como reconocimiento, después de siete décadas, se imponen como parámetros normativos para controlar la validez constitucional de la respuesta estatal penal.”

“187. En vista de las razones expuestas, juzgo procedente, en parte, la solicitud para declarar la falta de recepción parcial del art. 124 y 126 del Código Penal, en orden para excluir de su ámbito de incidencia la interrupción del embarazo realizado en las primeras doce semanas.

Es como voto.”