Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies - (Introduction) (El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias: Introducción)

Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman and Bernard Dickens

Version Publisher's Version

Citation (published version) Cook, Rebecca J. and Erdman, Joanna N. and Dickens, Bernard, Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies - (Introduction) (El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias: Introducción) (2016). Spanish: (Mexico: CIDE/FCE, 2016), pp. 15-24; English: (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014), pp. 1-10.

Publisher's Statement "All rights reserved. Except for brief quotations used for purposes of scholarly citation, none of this work may be reproduced in any form by any means without written permission from the publisher. For information address the University of Pennsylvania Press, 3905 Spruce Street, Philadelphia, Pennsylvania 19104-4112."

How to cite TSpace items

Always cite the **published version**, so the author(s) will receive recognition through services that track citation counts, e.g. Scopus. If you need to cite the page number of the **author manuscript from TSpace** because you cannot access the published version, then cite the TSpace version **in addition to** the published version using the permanent URI (handle) found on the record page.

This article was made openly accessible by U of T Faculty.
Please [tell us](#) how this access benefits you. Your story matters.

• **Fuente:** Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman, y Bernard M. Dickens, editoras/es, *El aborto en el derecho transnacional: casos y controversias* (Mexico: CIDE/FCE, 2016) <https://elfondoenlinea.com/Detalle.aspx?ctit=005471L>

• **en Inglés:** Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman, and Bernard M. Dickens, eds., *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, Pennsylvania Studies in Human Rights Series, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014) <http://www.upenn.edu/pennpress/book/15282.html> Introduction (pages 1-10) available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2491840>

INTRODUCCIÓN

El ámbito del derecho que regula el aborto ha sobrevivido varias revoluciones y, quizá, la más importante sea la reorientación de su enfoque hacia los derechos humanos. Aunque en la actualidad es poco común encontrar un análisis jurídico del aborto que no haga mención de los derechos involucrados, esto no siempre fue así. El derecho que regula el aborto ha evolucionado, partiendo desde su posicionamiento en el derecho penal, “para ser abordado en los códigos y leyes de salud, y, finalmente, [ubicarse] en leyes orientadas hacia la plena vigencia de los derechos humanos”.¹ El reflexionar sobre estas revoluciones históricas nos ha llevado a pensar en las nuevas transiciones actuales y posibles. En este contexto, la presente colección de escritos da cuenta de las nuevas ideas que están surgiendo en el ámbito jurídico respecto del aborto. Nuestro objetivo es hacer un balance dinámico de la situación para examinar cuáles son las ideas que influyen en la incidencia, regulación y jurisprudencia sobre el aborto.

Esta recopilación se basa en los desarrollos jurídicos más significativos sobre el aborto a nivel transnacional. Las innovaciones en las estrategias de los casos judiciales, sumadas a las numerosas sentencias de tribunales constitucionales y de derechos humanos, han producido una abundante jurisprudencia que los juristas todavía no han examinado o teorizado por completo. Los cambios tecnológicos, como por ejemplo los nuevos métodos médicos de aborto temprano, han dado lugar a nuevas controversias y han desactualizado los antiguos marcos jurídicos. Si bien en la segunda mitad del siglo xx los Estados Unidos y Europa occidental se mantuvieron en la vanguardia de la reforma legal del aborto, en el siglo xxi Sudamérica, Centroamérica y algunos países de África y Asia son los que han innovado y experimentado con nuevas teorías de pensamiento. Sin embargo, las barreras del idioma y de los sistemas jurídicos a menudo impiden el flujo transnacional de estos nuevos avances y de las ideas que subyacen. Existen estudios de caso sobre países específicos, pero carecen de un marco comparativo que tome en consideración las tendencias mundiales. De hecho, las razones por las que una ley ha evolucionado de cierta manera o cuán diferente es de su predecesora o de lo

¹ Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens, *Dinámicas de los derechos humanos en la reforma de las leyes del aborto*, trad. Eduardo Barraza, Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), México, 2003, p. 6. Disponible en <www.clacaidigital.info:8080/xmlui/handle/123456789/297> [fecha de consulta: 30 de julio de 2014]. Para la versión original en inglés de este ensayo, véase Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens, “Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform”, *Human Rights Quarterly*, vol. 25, núm. 1, 2003, pp. 1-59.

que potencialmente podría haber llegado a ser con frecuencia sólo llega a entenderse cuando se compara o contrasta con otros casos.

Esta recopilación se basa principalmente en los desarrollos jurídicos de este siglo (sentencias judiciales, enmiendas constitucionales y reformas legales y reglamentarias) que aspiran a un cambio mayor. Buscamos un cambio en el ámbito de las teorías de pensamiento que influyen, sustentan y dan significado a estos desarrollos jurídicos. Éstas son las teorías que definen las cuestiones relevantes, los argumentos persuasivos y las respuestas previsibles en ese campo. Al reunir juristas que han participado en diversas controversias jurídicas, áreas del derecho y contextos nacionales, intentamos crear un espacio de colaboración para repensar el aborto y el derecho. Si bien algunos capítulos exploran múltiples temas, en general han sido organizados en torno a cuatro temas principales: valores constitucionales y regímenes normativos; justicia procesal y acceso liberalizado; interpretación y reivindicación de los derechos individuales, y narrativas y significado social.

VALORES CONSTITUCIONALES Y REGÍMENES NORMATIVOS

Los capítulos que componen la primera parte de este volumen se centran en la evolución de los valores constitucionales asociados con las mujeres y la vida prenatal en múltiples sentencias constitucionales sobre el aborto, y el planteamiento y la protección de estos valores en diversos regímenes jurídicos. El término *regímenes jurídicos* se utiliza para referirse a la variedad de instrumentos legislativos y de políticas públicas que las legislaturas utilizan y los tribunales revisan en la regulación del aborto. Esto incluye las leyes penales del aborto, pero también, y cada vez con mayor frecuencia, las leyes que le otorgan a las mujeres acceso al aborto a petición, mediante una consejería para garantizar que la decisión sea libre e informada, y, de manera aún más notable, las políticas públicas que facilitan la formación de la familia, como por ejemplo, la ayuda en el cuidado de los hijos y las prestaciones para el bienestar infantil. Estos regímenes alternativos no punitivos son cada vez más reconocidos, ya que poseen la característica especial de proteger la vida prenatal y, a la vez, apoyar a las mujeres en sus decisiones reproductivas.

En el primer capítulo se examina el ocaso del paradigma de conflictos de derechos en la normativa del aborto. Pensar el aborto como un conflicto entre los derechos de las mujeres y los derechos del feto parece verdaderamente anticuado. En su estudio sobre la constitucionalización del aborto, Reva Siegel examina cómo, a lo largo del tiempo y en diferentes jurisdicciones, los tribunales han rechazado la visión del aborto como un “juego de suma cero” en donde considerar más un conjunto de derechos significa, proporcionalmente, menor consideración del otro. Siegel explora el origen y la evolución de la normativa constitucional sobre el aborto y la influencia del movimiento

social que ha llevado a los tribunales a reconocer, aceptar e incluso respetar cada vez más la capacidad de las mujeres para tomar decisiones autónomas en relación con el aborto; notablemente respecto al fundamento constitucional de que esto permite una protección más amplia del derecho a la vida del feto. La autora describe cómo en la actualidad los regímenes normativos no se hallan exclusivamente ligados a priorizar uno u otro principio constitucional, sino que validan a cada uno de estos principios contrapuestos para beneficio de ambos.

Ruth Rubio Marín y Adriana Lamačková exploran esta evolución en los casos específicos de ciertos países. Rubio Marín analiza la sentencia de 2010 del Tribunal Constitucional de Portugal que valida los regímenes de consejería obligatoria de carácter no directivo como un ejemplo de esta doctrina emergente. El tribunal reconoce que este régimen protege la vida del feto y que respeta la dignidad y la autonomía de las mujeres como principios constitucionales que merecen ser protegidos. Rubio Marín señala un cambio, que subyace a esta evolución, en la manera en que se percibe a las mujeres embarazadas, las cuales pasan a considerarse como personas responsables capaces de tomar sus propias decisiones legítimas de manera informada con base en el apoyo y los medios de que disponen, lo que sugiere un curso de acción positivo alternativo para el Estado. Lamačková analiza la sentencia de 2007 de la Corte Constitucional de Eslovaquia, validando nuevamente la congruencia del régimen de consejería con el derecho a la vida del feto. Esta sentencia es especialmente significativa en la región puesto que no considera la protección de la vida del feto como el único, o incluso el principal, derecho en las normativas constitucionales sobre el aborto. El derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva goza de la misma posición plena y equitativa en el orden constitucional. Lamačková atribuye este cambio jurisprudencial a que la corte utiliza el equilibrio como marco analítico, según el cual se validan diversos derechos y principios constitucionales, sin que ninguno de ellos anule por completo a los otros, favoreciendo la concesión en vez de la regulación absoluta.

Verónica Undurraga se aboca expresamente a la metodología judicial en el derecho constitucional sobre el aborto, enfocándose en la proporcionalidad como marco normativo analítico razonado, que permite a los tribunales ir más allá de la toma de decisiones abstracta e intuitiva, característica de las sentencias sobre el aborto en el pasado. La proporcionalidad, explica Undurraga, considera temas sustantivos muchas veces ignorados en fallos sobre el aborto, y compele a los jueces a evaluar no solamente la base lógica, sino también el impacto de la penalización; esto es, evalúa si la protección que brinda a la vida del feto justifica el sacrificio que exige a las mujeres.

Rachel Rebouché mantiene un enfoque metodológico, aunque se aparta del derecho constitucional como principal objeto de análisis. Su capítulo cuestiona los costos de seguir priorizando la relación entre principios consti-

tucionales y regímenes normativos, en lugar de analizar la relación entre el derecho y la práctica. La autora expone, de manera convincente, que las formas legislativas o las normas constitucionales no son las que determinan la práctica del aborto, sino que ésta depende de una compleja relación entre las reglas formales, informales y de fondo, por lo que propone una metodología funcionalista alternativa para capturar este complejo sistema de reglas y analizar su impacto en el acceso a los servicios.

JUSTICIA PROCESAL Y ACCESO LIBERALIZADO

Los capítulos contenidos en la segunda parte ahondan en la relación que presenta Rebouché entre el derecho sobre el aborto y la práctica. El enfoque yace en la preocupación que existe, dentro del ámbito del derecho, sobre el aborto en relación con las expectativas del uso de la justicia procedimental para garantizar el acceso de las mujeres a servicios legales. Se argumenta que la legalidad de los servicios es una condición previa necesaria para la accesibilidad de los servicios. Sin embargo, si las mujeres no conocen sus derechos y no cuentan con los medios para ejercerlos, los servicios a los que tienen derecho se mantendrán fuera de su alcance. La proposición histórica del derecho común, de que los derechos legales sustantivos emergen entre los resquicios procedimentales, es relevante hoy en día. El acceso de las mujeres al aborto legal y seguro depende de que las mujeres y los proveedores de servicios conozcan verdaderamente las causales legales, las condiciones en las que pueden brindarse los servicios de aborto legítimamente, así como también los procedimientos legales y las revisiones y apelaciones en caso de un desacuerdo en cuanto a si se cumplen las causales en un caso particular. Los autores exploran las promesas e incertidumbres de la justicia procedimental en las normativas sobre el aborto desde tres perspectivas geográficas distintas.

Joanna Erdman explora el giro procesal de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuestionando la posibilidad y la forma en que los derechos del aborto de carácter procedimental pueden servir al fin sustantivo que los defensores le asignan: el acceso a los servicios. La autora comienza con el complejo factor de la discreción en las leyes sobre el aborto, mediante el cual se niegan servicios a los que las mujeres tienen derecho o se les otorga servicios a los que no tienen derecho. Cuando se cuestiona el poder discrecional en este último caso, las pretensiones procesales referentes a los estándares, la revisión y la supervisión amenazan con restringir, en vez de ampliar, el acceso y, por tanto, impiden que la promesa liberadora del giro procesal se concrete. Erdman busca redimir esta ambivalencia mediante un cambio de enfoque y propone contemplar el giro procesal desde la perspectiva, ya no de los defensores, sino de una corte internacional que busque provocar cambios en un asunto de profundo interés democrático. Las normativas procesa-

les quizá sirvan como herramienta para que la Corte Europea respete la pluralidad de leyes sobre el aborto basadas en derechos en Europa, pues colaboran con el Estado en vez de obrar en su contra, reclutando sus fuerzas e instituciones democráticas en la protección efectiva del derecho al aborto. En un cambio de perspectiva final, Erdman pone a prueba esta teoría en la práctica, sirviéndose de Irlanda como caso de estudio. Así, la autora examina el impacto de los derechos procesales en el acceso a los servicios, contemplando el papel de las ambiciones y las acciones de la legislatura, los médicos y las mujeres.

Paola Bergallo analiza el giro procesal en el contexto argentino a través de la disputa entre el derecho formal y las normas informales del acceso al aborto. En su recuento, la autora demuestra que la oposición conservadora hace uso de normas informales socavando constantemente las causas legales para acceder a los servicios de aborto, lo que lleva a una prohibición de facto. Bergallo explica las dificultades de los ministerios, al utilizar guías técnicas de procedimiento y sentencias judiciales sobre implementación, para garantizar la provisión del aborto mediante el derecho formal. La autora explora las maneras en que esta lucha para implementar las indicaciones legales para el aborto podría llevar a un cambio gradual en la concepción del Estado de derecho, dando cuenta de un suelo fértil para avanzar hacia la despenalización. El capítulo demuestra que las guías no han superado aún los aspectos impracticables de la regulación del aborto mediante causales legales, y concluye que el giro procesal en Argentina quizá demuestre, en última instancia, que su mayor potencial yace en que refuerza la demanda normativa por la despenalización.

Charles Ngwená basa su capítulo, principalmente, en sentencias emitidas por organismos de las Naciones Unidas, aunque también hace referencia a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y de tribunales nacionales a fin de ilustrar el potencial del giro procesal para facilitar el acceso al aborto legal en África. El autor propone que responsabilizar al Estado por la falta de implementación efectiva de las causales legales existentes puede ser una herramienta jurídica importante para garantizar el acceso al aborto seguro. Así, considera que los Estados ya no pueden satisfacer los derechos humanos de los individuos simplemente legislando la diferencia entre un aborto legal y uno ilegal, sino que deben crear de manera activa medios identificables a través de los cuales las mujeres puedan tener acceso al aborto, y los proveedores puedan brindar servicios legítimos. El autor explora si las guías técnicas sobre el aborto emitidas por los ministerios de salud en ciertos países de África cumplen con los estándares procesales. Explica también que su legitimidad tendría un carácter más sustancial si contaran con el apoyo de los ministerios de justicia y de las fiscalías, y con la garantía de que no perseguirán penalmente aquellos casos en que el aborto se llevó a cabo de manera segura, respetando los derechos y la dignidad de las mujeres.

INTERPRETACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Los capítulos de la tercera parte abordan cómo se enmarcan los argumentos, y cómo se hacen, investigan, cuestionan y resuelven las reivindicaciones de los derechos dentro de esos marcos. Cada marco argumentativo establece los puntos y parámetros de referencia que determinan cómo se desarrolla y aborda el conocimiento en esta área. Los autores se han dado a la tarea de investigar estos marcos argumentativos, ya sea en el contexto de los debates públicos o en los procedimientos judiciales, y de examinar el origen de los mismos, quiénes los utilizan y por qué razones, los foros o instancias en que se usan y, más notablemente, las múltiples demandas concurrentes en su interior.

Este grupo de capítulos comienza con el examen que realizan Sally Sheldon y Bernard Dickens sobre los marcos de argumentación dentro del contexto de los debates públicos, y las maneras en que pueden llegar a considerar una serie de actores sociales cada vez más diversos, cada uno con sus respectivas intenciones respecto a las políticas. Sheldon toma el caso del aborto medicamentoso temprano (es decir, no quirúrgico), considerado como un procedimiento rutinario en muchos países, como punto central para explorar las ventajas y desventajas del marco altamente medicalizado de la prestación de servicios abortivos en Gran Bretaña. Si bien este marco, arraigado en el derecho y altamente aceptado, ha contribuido a despolitizar y liberar significativamente el acceso al aborto, también ha obstaculizado otras maneras de considerar lo que está en juego en el debate sobre el aborto, particularmente, los derechos reproductivos de las mujeres. Sheldon analiza la resiliencia del control medicalizado a pesar de un recurso judicial que se interpuso para revocar las restricciones clínicas sin fundamento sobre el uso de los abortos no quirúrgicos, y la evidencia de otros países sobre la seguridad de su uso doméstico.

Dickens explora las variantes del derecho humano a la libertad de conciencia en los debates sobre el aborto, enfocándose en la noción de que el derecho humano de actuar legítimamente de acuerdo con la conciencia del individuo no es monopolio de los opositores al aborto. También debe considerarse que el compromiso de los proveedores de servicios de aborto cae en el ámbito de la conciencia, por lo que tienen derecho de participar en dichos procedimientos legítimos, de asesorar a sus pacientes sobre esta opción, y de remitir o derivar a las pacientes a los lugares donde estén disponibles los servicios. Es más, de la misma manera que los establecimientos de salud laicos deben aceptar el derecho a la objeción de conciencia de los proveedores, los establecimientos religiosos deben aceptar los derechos de los proveedores al compromiso moral de otorgar o disponer la prestación de servicios de aborto, y el derecho a la libertad de conciencia de las mujeres que reciben tales servicios.

Julietta Lemaitre y Luís Roberto Barroso se centran en encuadres específicos de la argumentación jurídica. Lemaitre explora la aparición del constitucionalismo católico en la normativa sobre el aborto; esto es, el avance del razonamiento teológico católico en el discurso laico de los derechos humanos. Estimando que es crucial que la comunidad a favor del derecho de las mujeres a decidir considere esta línea argumentativa, por su propio mérito, Lemaitre elabora argumentos constitucionales católicos sobre la regulación jurídica del aborto y explora los efectos productivos de considerar esta línea, al exponer el orden moral implícito en las convicciones liberales y sus deficiencias, y al tender puentes hacia las preocupaciones católicas por la justicia social.

Barroso relata su accionar ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil mediante argumentos exitosos en cuanto a que la interrupción del embarazo anencefálico (una deficiencia del tejido cerebral en el feto que hace imposible su supervivencia fuera del útero) no debe considerarse un aborto. En este sentido, compara y contrasta las sentencias del Supremo Tribunal brasileño con las sentencias judiciales de otros países y de aquellos organismos de derechos humanos creados por medio de tratados. Así, el autor explica cómo este caso extremo otorgó la oportunidad de superar la demanda moral más crucial en contra del aborto: la potencialidad vital del feto. Barroso explora el papel positivo de la estrategia judicial en la superación de tabúes en torno al aborto en Brasil y en la reafirmación de los derechos de las mujeres al aborto.

De manera similar, reflejando la interacción del razonamiento en los debates públicos y la incidencia judicial, Melissa Upreti aborda los cambiantes marcos de referencia a través de los cuales un tribunal constitucional analiza el aborto. Examina la sentencia de la Corte Suprema de Nepal en el caso *Lakshmi Dhikta*, que abordó los derechos de una mujer pobre del occidente de Nepal para que el gobierno cubriera los gastos de su aborto. La sentencia de la corte reforzó la transición del país desde la represión punitiva del aborto, basada en los preceptos del patriarcado y el alto valor que se le asigna a la fertilidad de la mujer en la religión hindú, a garantizar el acceso económico a servicios de aborto legal y seguro para las mujeres pobres. Upreti explica cómo la corte, guiada por un marco de igualdad transformativa, exigió que el gobierno garantice que las mujeres marginadas por la pobreza y el aislamiento geográfico tengan acceso oportuno a servicios gratuitos.

NARRATIVAS Y SIGNIFICADO SOCIAL

Los capítulos de la cuarta parte identifican las narrativas recurrentes que surgen en los debates jurídicos sobre el aborto. Exploran el significado de las narrativas producto de las leyes, los litigios y el lenguaje sobre el aborto, así

como el sentido social que éstas conllevan. Los autores nos alientan a considerar las consecuencias de las historias que se relatan mediante los litigios sobre el aborto y los significados sociales que expresan respecto de las mujeres, su sexualidad, sus embarazos, y lo que estas implicaciones pueden presagiar para las estrategias jurídicas. Entender las narrativas más amplias dentro de las cuales se ubican los argumentos jurídicos presenta oportunidades para repensar las estrategias tradicionales y reimaginar nuevas estrategias.

Lisa Kelly estudia las narrativas de la adolescencia y la sexualidad en los litigios contemporáneos transnacionales sobre el aborto en América Latina. La autora señala una idea recurrente en estos casos que invoca la inocencia sexual, la violación y la beneficencia parental como fundamento del aborto legal que, en caso de ser denegado, señala al Estado como el antagonista vergonzoso. Sin embargo, Kelly nos advierte que, con estas aperturas jurídicas y discursivas, los defensores de los derechos reproductivos se enfrentan a un dilema. La narración empática de casos de niñas violadas corre el riesgo de reforzar la idea del merecimiento en las normativas de aborto. Al movilizar el poder cultural y jurídico de la familia, los defensores del derecho al aborto pueden conferir mayores derechos a los padres, lo que les permitirá actuar en contra de los deseos e intereses de sus hijas menores de edad. Si se utiliza el sufrimiento y la vulnerabilidad de la juventud como tropos, los defensores del aborto corren el riesgo de reforzar los discursos proteccionistas que restringen el acceso de las adolescentes a los servicios legales que ellas quieren.

Alejandro Madrazo examina el significado de los debates jurídicos en México y otros países sobre la condición de persona del feto en relación con el ejercicio de las mujeres de sus derechos reproductivos. Su preocupación no descansa en asuntos estrictos de interpretación jurídica, sino en el papel que desempeñan en la formulación de debates públicos sobre el aborto. Dejar de lado la cuestión fundamental sobre la condición de persona del feto puede tener consecuencias catastróficas para los derechos de las mujeres en general y para sus derechos sexuales y reproductivos en particular, en parte al facilitar el uso del derecho penal en vez del derecho constitucional como modalidad de razonamiento. Además, la protección de la personalidad jurídica del *no nacido* usualmente no es utilizada de forma autocrítica por sus proponentes, sino que más bien es un argumento para justificar las restricciones que se oponen a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y, más específicamente, para obstaculizar su derecho a decidir. Los argumentos sobre la condición de persona del feto permiten narrativas simplificadas centradas en el acto del aborto más que en las circunstancias de las mujeres que dan lugar a embarazos no deseados.

Rebecca Cook concluye la recopilación con un estudio de los efectos estigmatizadores de las leyes penales sobre el aborto, preguntando si las implicaciones sociales negativas del estigma que afectan a las mujeres que están

considerando o han recurrido a un aborto, y que de manera similar afectan a los proveedores de los servicios de aborto, pesan más que las razones para regular el aborto mediante el derecho penal. La respuesta exige reconocer que la estigmatización es un proceso deshumanizante mediante el cual se ejerce poder para degradar la condición, dignidad y autoimagen de un individuo, justificando su tratamiento denigrante. Cook explica que, como modo descentralizado de control social, el estigma tiene efectos complejos e interminables. Sus consecuencias van más allá del derecho penal formal, que muchas veces permite el aborto como una excepción estricta a la responsabilidad penal, para facilitar el desarrollo de reglas informales que aplican erróneamente el derecho formal e ignoran impunemente las reglas de fondo sobre los derechos de las pacientes y los deberes profesionales. Como resultado de los efectos estigmatizadores de la construcción penal de las mujeres, Cook concluye que el análisis del aborto, principalmente a través del derecho penal, no está justificado.

Los colaboradores de este libro viven en diferentes partes del mundo y se desempeñan de formas distintas respecto de la temática del aborto. Algunos están inmersos en la academia y el activismo; otros han escrito relativamente poco sobre el tema y han llegado a estudiar el aborto como un aspecto periférico de otro proyecto. La fragmentación es un aspecto fundamental del concepto que tenemos del libro, que se enmarca en la idea de que “si bien el discurso se posibilita en gran medida por lo que comparten los académicos, es aquello que no comparten lo que lo vuelve valioso”.² Demasiada cohesión o demasiada conexión puede anquilosar o incluso corroer el campo de estudio. La novedad y la innovación se generan a partir de diversas ideas itinerantes pero relacionadas.³

Resulta cada vez menos probable hablar de una ley de aborto meramente nacional, si es que ha existido alguna vez. Los capítulos de esta colección ilustran varias dimensiones del quehacer transnacional. Lemaitre y Upreti explican la influencia de las enseñanzas de las religiones católica e hindú en los marcos del derecho al aborto y la argumentación jurídica, respectivamente. Siegel describe la influencia de los movimientos sociales transnacionales en la constitucionalización del aborto, mientras que Ngwena describe la influencia colonial en las leyes sobre el aborto de África. Sheldon señala cómo el uso doméstico de abortos seguros no quirúrgicos que hacen las mujeres en algunos países ha inspirado los esfuerzos para permitirlo en Gran Bretaña, y por qué estos esfuerzos no han sido del todo exitosos dado el esquema médico de Gran Bretaña. Rubio Marín y Lamačková abordan una

² James G. March, “Parochialism in the Evolution of a Research Community: The Case of Organizational Studies”, *Management and Organization Review*, vol. 1, núm. 1, 2004, pp. 5-22; cf. p. 16.

³ *Ibidem*, p. 19.

suerte de régimen en que se toman prestados o se insertan aspectos de marcos constitucionales distantes y se repiensa en nuevas jurisdicciones en una nueva era. Dickens explora que los opositores al aborto de todas las jurisdicciones han monopolizado las discusiones sobre el derecho a la libertad de conciencia de los proveedores para negarse a ofrecer servicios, sin considerar el mismo derecho de conciencia para ofrecer y usar los servicios.

Por su parte, Undurraga examina cómo los tribunales constitucionales han usado y pueden llegar a usar el principio de la proporcionalidad, una doctrina jurídica común en muchos países, para disciplinar y resolver el razonamiento sobre si los regímenes del aborto se ajustan a los derechos humanos y constitucionales. Al reconocer el fenómeno transnacional del giro hacia el derecho procesal o adjetivo para garantizar el acceso a los servicios de aborto legales, Erdman explora sus promesas y riesgos en manos de una corte internacional de derechos humanos que busca provocar cambios basándose en la fortaleza de las fuerzas democráticas internas y actuando en conjunto con instituciones estatales; esto es, mediante la integración de sistemas jurídicos de protección de derechos. Bergallo explica cómo las guías técnicas sobre el aborto de otros países o de la Organización Mundial de la Salud han inspirado las guías técnicas de Argentina para garantizar en la práctica el acceso de las mujeres a los abortos legales. Barroso compara y contrasta las sentencias judiciales del Supremo Tribunal Federal de Brasil con los fallos judiciales de otros países en el mismo asunto. Rebouché y Kelly describen los quehaceres de la red de promoción y defensa reproductiva transnacional en el litigio doméstico. Madrazo y Cook documentan el significado social del derecho traspasando los límites de las jurisdicciones legales, lo que sugiere que los valores culturales trascienden los límites geopolíticos.

Este libro no representa todas las regiones geográficas por igual, y reconocemos que algunas regiones no están completamente representadas. Su intención consiste, en parte, en alentar mayores intercambios transnacionales e invitar a identificar y compartir la abogacía y la teorización innovadoras. Es nuestro deseo que estimule a sus lectores a imaginar formas alternativas de tratar el aborto en el derecho.

REBECCA J. COOK
JOANNA N. ERDMAN
BERNARD M. DICKENS

Introduction

Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman, and Bernard M. Dickens

The field of abortion law has survived several revolutions. Perhaps the greatest is the shift in focus to human rights. Although today it is exceedingly difficult to encounter any legal treatment of abortion without some comment on the rights involved, this was not always the case. Abortion law evolved “from placement within criminal or penal codes, to placement within health or public health legislation, and eventually to submergence within laws serving goals of human rights.”¹ Reflecting on historical revolutions led us to think of new transitions in hand and in prospect. With this collection, we are looking for new ideas in abortion law. We seek to take stock of the field, but in a dynamic way, to ask which ideas are changing the way we advocate, regulate, and adjudicate on abortion.

The collection builds on significant transnational legal developments in abortion law. Innovation in case strategies and an abundance of decisions from constitutional and human rights courts have produced a rich jurisprudence, which remains largely unexamined and undertheorized by legal scholars. Technological change, such as new medical methods of early abortion, has given rise to new legal controversies and rendered former legal frameworks outdated. While the United States and Western Europe may have been the vanguard in abortion law reform in the latter half of the twentieth century, Central and South America are proving the laboratories of thought and innovation in the twenty-first century, as are particular countries in Africa and Asia. Too often though, barriers of language and legal form impede the transnational flow of these developments and the thinking behind them. Country-specific case studies are published as stand-alone reviews that fail to reflect on larger global trends. Yet often, revelations about why a law has

developed in the way that it has, and how strikingly different it is from what came before or what can be, are visible only in comparison and contrast.

In this collection, we seek to build primarily on this century's legal developments—judicial decisions, constitutional amendments, and regulatory reforms—to ask about change of a larger order. We seek change in the frameworks of ideas that influence, underlie, and give meaning to these legal developments. These are the frameworks that define the relevant questions, the persuasive arguments, and the foreseeable answers in the field. By bringing together legal scholars engaged with different legal controversies, in different legal fields and national contexts, we seek to create a collaborative space for rethinking abortion and the law. The chapters are organized around four themes: constitutional values and regulatory regimes, procedural justice and liberal access, framing and claiming rights, and narratives and social meaning, recognizing that some chapters explore multiple themes.

Constitutional Values and Regulatory Regimes

The chapters in the first part of this volume focus on the evolution of constitutional values associated with women and prenatal life in various constitutional court decisions on abortion, and how these values are expressed and protected in different legal regimes. The term “legal regimes” is used to communicate the variety of legislative and policy instruments employed by legislatures and reviewed by courts in the regulation of abortion. These include criminal abortion laws, but increasingly laws that allow women to access abortion on request, albeit subject to counseling to ensure women's free and informed decisions, and even more notably, policies to facilitate family formation, such as child care and child welfare benefits. These alternative non-punitive regimes are being recognized for their unique property of protecting prenatal life, while supporting women in their reproductive decision making.

The first chapter in this part examines the decline of the conflict-of-rights paradigm in abortion law. To think of abortion as a conflict between the rights of women and the rights of the unborn seems truly of a past era. In her study on the constitutionalization of abortion, Reva Siegel tracks how, over time and across jurisdictions, courts have rejected the view of abortion as a “zero-sum game” in which more accommodation of one set of rights means proportionately less for another. Siegel explores the origin and evolution of

constitutional abortion law, and the influences of social movement that led courts increasingly to acknowledge, accommodate, and even respect women's agency in abortion—most strikingly on the constitutional ground that this provides a more expansive way to protect the right to life of the unborn. She reveals how today regulatory regimes are no longer exclusively tied to the priority of one or the other constitutional value, but vindicate competing values to the advantage of each.

Ruth Rubio-Marín and Adriana Lamačková explore this evolution with country-specific case studies. Rubio-Marín reads the 2010 decision of the Portuguese Constitutional Court validating a mandatory, open-ended abortion counseling regime as an instance of this emerging doctrine. The Court recognizes the regime as protective of unborn human life but also respectful of women's dignity and autonomy as constitutional values worthy of protection. Rubio-Marín identifies a shifting vision, underlying this evolution, of the pregnant woman, now viewed as a responsible actor who makes her own legitimate decisions informed by available means and support, suggesting an alternative, positive course of action for the state. Lamačková explores the 2007 decision of the Slovak Constitutional Court, again validating a counseling regime as consistent with the right to life of the unborn. This decision is especially noteworthy in the region because it does not consider protection of unborn life to be the sole or even primary right in constitutional abortion law. A woman's right to reproductive self-determination enjoys full and equal standing in the constitutional order. Lamačková attributes this jurisprudential shift to the Court's use of balancing as an analytical framework, according to which multiple constitutional rights and values are vindicated, none completely overruling any other, and favoring compromised rather than absolute regulation.

Verónica Undurraga expressly takes up judicial methodology in constitutional abortion law, focusing on proportionality as a reasoned analytical framework that allows courts to move beyond the abstract, intuitive decision making that characterized abortion judgments of the past. Proportionality, Undurraga explains, brings into consideration substantive issues too often neglected in abortion law adjudication and forces judges to assess not merely the rationale, but also the impact of criminalization; that is, whether the protection it affords unborn life is worth the sacrifice it demands of women.

Rachel Rebouché maintains a methodological focus but departs from constitutional law as the primary field of engagement. Her chapter questions the costs of continuing to prioritize the relationship between constitutional

values and regulatory regimes, rather than that between law and practice. She makes a compelling case that the practice of abortion is not determined by legislative form or constitutional norm, but by a complex relationship among formal, informal, and background rules, and thus she sets out an alternative functionalist methodology to capture this web of rules, and to study its impact on access to services.

Procedural Justice and Liberal Access

The chapters in the second part of the book develop the relationship between abortion law and practice introduced by Rebouché. These chapters focus on a preoccupation in abortion law with the prospects of procedural justice to secure women's access to lawful services. The claim is that legality of services is a necessary precondition to service accessibility. However, unless women are aware of their legal rights and have the means to exercise them, services to which they are lawfully entitled remain beyond their reach. The historical proposition of the Common law that substantive legal rights emerged within the interstices of procedure is relevant today. Women's access to safe, lawful abortion depends on women and service providers actually knowing the legal grounds and the conditions under which abortion services may lawfully be rendered and legal procedures of timely review and appeal in the event of disagreement on whether the grounds are met in an individual case. The authors explore the promises and uncertainties of procedural justice in abortion law from three different geographic vantage points.

Joanna Erdman explores the procedural turn at the European Court of Human Rights, asking whether and how procedural abortion rights can serve the substantive end that advocates claim for them: access to services. She begins with a complicating factor of discretion in abortion law, through which women may be denied services to which they are entitled, or granted services to which they are not. When discretion is challenged in the latter case, procedural claims for standards, review, and oversight threaten to restrict rather than enlarge access and thereby to confound the liberalizing promise of the procedural turn. Erdman looks to redeem this ambivalence by shifting focus, asking about the procedural turn from the perspective not of the advocate, but of an international court seeking to engender change on an issue of deep democratic conflict. Procedural rights may serve as a means for the European Court to respect the plurality of rights-based norms on abortion in Europe by

working through rather than against the state, enlisting its democratic forces and its institutions in the effective protection of abortion rights. In a final shift of perspective, Erdman tests this theory in practice, asking about the impact of procedural rights on access to services as mediated through the ambitions and actions of legislatures, doctors, and women themselves, using Ireland as her case study.

Paola Bergallo explores the procedural turn in Argentina through a contest between formal law and informal norms in access to abortion. She recounts how legal grounds for access to services are continually undermined through the use of informal norms by conservative opposition, leading to de facto prohibition. Bergallo explains how government ministries, through procedural guidelines and judicial rulings on implementation, struggle to ensure formal law governs practice. She explores how the struggle to implement the legal indications for abortion may help to promote a gradual change in conceptions of the rule of law, revealing a fertile terrain for moving toward decriminalization. The chapter shows that guidelines have not solved the unworkability of regulating abortion through legal grounds and concludes that the procedural turn in Argentina may ultimately show its greatest potential in reinforcing the normative claims for decriminalization.

Charles Ngwenya draws principally on decisions of United Nations treaty bodies but also references decisions of the European Court of Human Rights and national tribunals to illustrate the potential of the procedural turn for facilitating access to lawful abortion in Africa. He sets out a case for how rendering states accountable for lack of effective implementation of existing legal grounds can be an important juridical tool to secure access to safe abortion. He finds that states no longer satisfy individuals' human rights by simply legislating the difference between lawful and unlawful resort to abortion, but must actively create identifiable means by which women can access, and providers deliver, lawful services. He explores whether the promulgation of abortion guidelines by ministries of health in certain African countries meets the procedural standards. He also explains that their legitimacy would be more substantial if they had the support of ministries of justice and offices of attorneys general, and their assurances that there will be no prosecutions where abortions are done safely with due regard to the rights and dignity of women.

Framing and Claiming Rights

The chapters in the third section of the book address how arguments are framed and how claims are made, investigated, challenged, and may be resolved within these frames. A frame shares common reference points and parameters that determine how knowledge is constructed and debated. The authors investigate frames of argumentation, whether in public debate or judicial proceedings. They examine the origins of frames of argumentation, why they have come into use and by whom, forums in which they are used, and most notably, the plurality of competing claims within them.

This set of chapters opens with Sally Sheldon and Bernard Dickens examining frames of reasoning in public debates, and how they may accommodate an increasing cast of social actors with different policy agendas. Sheldon uses early medical (i.e., nonsurgical) abortion, a routine procedure in many countries, as a focus for exploring the strengths and weaknesses of the highly medicalized framework for the provision of abortion services in Britain. While this frame, entrenched in statute and broadly accepted, has contributed to significant depoliticization and liberalization of access to abortion, it has also obstructed other ways of conceptualizing what is at stake in the debate on abortion, notably, women's reproductive rights. Sheldon explores the resilience of this medicalized control despite a court challenge to repeal the clinically unsupported restrictions on the use of nonsurgical abortion, and evidence from other countries regarding the safety of its home use.

Dickens explores variants of the human right to freedom of conscience in abortion debates, focusing on the claim that the human right to act lawfully according to one's individual conscience is not a monopoly of abortion opponents. Equally conscientious may be providers' commitment to delivery of abortion care, according to which they are entitled by conscience to participate in such lawful procedures, to advise patients about the option, and to refer patients to where appropriate services are available. Moreover, much in the same way that secular health facilities must accommodate providers' rights of conscientious objection, religiously inspired health facilities must accommodate providers' rights of conscientious commitment to undertake or make provision for services, and women's conscientious rights to receive them.

Julietta Lemaitre and Luís Roberto Barroso focus on specific frames of legal argumentation. Lemaitre explores the emergence of Catholic constitutionalism in abortion law; that is, the advancement of Catholic theological

reasoning through the secular discourse of human rights. Believing that engagement with these arguments, on their own merits, is crucial for the pro-choice community, she elaborates core Catholic constitutional arguments about the legal regulation of abortion and explores the productive effects of this engagement in exposing the moral order implicit in liberal convictions and its shortcomings, and in building bridges with Catholic concerns for social justice.

Barroso recounts his advocacy before the Brazilian Supreme Court in successful arguments that the termination of an anencephalic pregnancy, a fetal condition of brain tissue deficiency incompatible with survival outside the womb, does not constitute abortion. He compares and contrasts the decision of the Brazilian Supreme Court with court decisions of other countries and with those of human rights treaty bodies. He explains how this extreme case offered a chance to bypass the most crucial moral claim against abortion—the fetus’ potentiality for life. Barroso explores how the advocacy helped to overcome the taboos around abortion in Brazil and how it benefited the broader advocacy effort to assert women’s right to abortion.

Similarly reflecting the interaction of reasoning in public debates and advocacy before courts, Melissa Upreti addresses the shifting frames of reference through which a constitutional court analyzes abortion. She examines the decision of the Supreme Court of Nepal in the *Lakshmi Dhikta* case, which addressed the rights of a poor woman from rural western Nepal to have the cost of her abortion covered by the government. The Court’s decision reinforced the transition from the country’s earlier punitive repression of abortion, based on Hindu religious precepts of patriarchy and the high value that they place on women’s fertility, to guarantee economic access to safe and legal abortion services for poor women. Upreti explains how the Court, guided by a frame of transformative equality, required the government to ensure that women marginalized by poverty and geographical remoteness have timely access to free services.

Narratives and Social Meaning

The chapters in the fourth part of the book identify the recurring narratives that arise from legal debates on abortion. They explore the significance of narratives that are produced by laws, litigation, and language about abortion, and how these narratives convey social meaning. The authors encourage

readers to consider the consequences of stories told through the legal contests about abortion and the social meanings they convey about women, their sexuality, and their pregnancies and what these consequences may portend for legal strategy. Understanding the broader narratives within which legal argument resides opens opportunities to rethink strategies of old, and to reimagine new approaches of engagement.

Lisa Kelly studies narratives of adolescence and sexuality in contemporary transnational abortion rights litigation from Latin America. She identifies in these cases a recurring narrative that invokes sexual innocence, violation, and parental beneficence in the pursuit of a lawful abortion, which when denied, identifies the state as the shameful antagonist. She warns, however, that with these legal and discursive openings, reproductive rights advocates face a “knife-edge dilemma.” By narrating sympathetic cases of violated young girls, advocates risk reinforcing ideas of deservedness in abortion law. By mobilizing the cultural and legal power of the family, advocates may vest greater legal rights in parents to act against their minor daughters’ wishes and interests. By deploying tropes of youthful suffering and vulnerability, advocates may reinforce protectionist discourses to restrict adolescents’ access to lawful services they favor.

Alejandro Madrazo examines the significance of the legal debates in Mexico and beyond about prenatal personhood for women’s exercise of their reproductive rights. His concerns lie not in the narrow legal issues of interpretation, but rather their role in shaping the public debates over abortion. Leaving the fundamental question of prenatal personhood unattended can have catastrophic consequences for women’s rights in general, and their sexual and reproductive rights in particular, in part by facilitating resort to criminal rather than constitutional law as the modality of reasoning. Moreover, the protection of prenatal personhood is usually not taken self-critically by its proponents but is rather an argument for justifying restrictions on women’s sexual and reproductive rights and, more specifically, for trumping women’s right to choose. Claims of prenatal personhood enable oversimplified narratives centered on the act of abortion rather than on the circumstances of women that give rise to unwanted pregnancies.

Rebecca Cook concludes the collection with a study on the stigmatizing effects of criminal law on abortion, asking whether the negative social implications of stigma that affect women considering or resorting to abortion, and that similarly affect providers of abortion services, outweigh the reasons for regulating abortion through criminal law. The answer requires acknowledging

that stigmatization is a dehumanizing process by which power is exerted to spoil individuals' status, dignity, and self-image, justifying their degrading treatment. Cook explains that, as a decentralized mode of social control, stigmatization has unending rippling effects. Its consequences extend well beyond the formal criminal law, which often allows abortion only as a narrow exception from criminal guilt, to facilitate the development of informal rules that misapply the formal law and ignore the background rules on patients' rights and professional duties with impunity. As a result of the stigmatizing effects of criminally constructing women, Cook concludes that addressing abortion primarily through criminal law cannot be justified.

This book's contributors are differently located in the world and differently situated vis-à-vis the abortion field. Some are steeped in abortion scholarship and activism. Others have written relatively little in the field and have come to the study of abortion as an incident of some other project. Fragmentation is critical to our concept for the book, which subscribes to the view that "[a]lthough to a substantial extent it is what scholars share that makes discourse possible, it is what they do not share that makes it valuable."² Too much cohesion or too much connection can be stagnating, even corrosive, for a field of study. It is the wandering of different but related ideas that generates novelty and innovation.³

It is increasingly implausible to speak of a purely domestic abortion law, if one ever existed. The chapters of this collection illustrate various dimensions of the transnational enterprise. Lemaitre and Upreti explain the influence of Catholic and Hindu religious teachings respectively on framing of abortion law and legal debates. Siegel describes the influence of transnational social movements on the constitutionalization of abortion, while Ngwena describes colonial influence on African abortion laws. Sheldon points to how women's safe use of nonsurgical abortion in their homes in some countries inspired efforts to allow the same in Britain, and why these efforts proved unsuccessful given the British medical framework. Rubio-Marín and Lamačková address a form of cross-regime borrowing and grafting, where constitutional frameworks from afar are reimagined in new jurisdictions in a new era. Dickens explores how the debates on providers' right of conscience to refuse to provide services have been monopolized across jurisdictions by those opposed to abortion, without regard to the equal right of conscience to provide and use services.

Undurraga examines how constitutional courts have used and could use

the principle of proportionality, a common legal doctrine in many countries, to discipline and resolve the reasoning about whether abortion regimes comply with constitutional and human rights. Recognizing the transnational phenomenon of the turn to procedural or adjective law to ensure access to lawful services, Erdman explores its promises and perils in the hands of an international court of human rights that seeks to engender change by drawing on the strength of democratic forces within, and acting in concert with, institutions of the state; that is, by integrating legal systems of rights protection. Bergallo explains how abortion guidelines of other countries and technical guidance from the World Health Organization inspired similar guidelines in Argentina to ensure women's access in practice to lawful abortions. Barroso compares and contrasts the decision of the Supreme Court of Brazil with court decisions of other countries on the same issue. Rebouché and Kelly describe the workings of a transnational reproductive advocacy network on domestic litigation. Madrazo and Cook document social meanings of law traveling across the boundaries of legal jurisdictions, suggestive of cultural values transcending geopolitical boundaries.

This book does not represent all geographic regions equally, and we recognize that some regions are underrepresented. The intention of the book is in part to encourage more transnational engagement and to invite identification and sharing of innovative lawyering and theorizing. We hope that this book will stimulate readers to imagine alternative ways to engage with abortion in law.