

EN LOS TIEMPOS DEL TEST DEL SAPO: JUSTICIA, ABORTO Y POLÍTICAS DE POBLACIÓN EN LA ARGENTINA DE MEDIADOS DEL SIGLO XX¹

Podemos pensar que los individuos encargados de aplicar la ley fungieron como mediadores en la legislación y concepciones alternativas sobre el crimen, la justicia y el castigo [...] ¿Podemos pensar que al tomar sus decisiones se abstraían a las miradas alternativas y se apegaban a la letra de la ley? (SPECKMAN GUERRA, 2002, p. 13).

Agustina Cepeda*

Recibido em: 31 mar. 2011

Avaliado em: 06 maio 2011

* Becaria Doctoral del CONICET- Doctoranda del Instituto de Desarrollo Económico y Social- Universidad Nacional General Sarmiento. Miembro del Grupo de Estudios sobre Familia, Género y Subjetividades de la Universidad Nacional de Mar del Plata- Centro de Estudios Históricos y Sociales. Facultad de Humanidades. UNMDP. Buenos Aires, Argentina. E-mail: agustinacepeda@yahoo.com.ar

Resumen: En 1954 un fallo en la ciudad de Buenos Aires absuelve a la señora Elena Teotina Haedo de Gaitán y a la partera Catalina Fuccia del delito de aborto bajo la figura legal de la “tentativa de aborto imposible”. En la causa, si bien se comprueban las maniobras abortivas los abogados defensores y los jueces señalaron que no se podía comprobar *científica y médicamente el embarazo*. En este artículo nos preguntamos por los alcances de la Ley para punir el aborto en la Argentina de mediados del siglo XX en un contexto definido historiográficamente como pronatalista. A partir del análisis de los procesos judiciales sobre el aborto, nos preguntamos acerca de las distintas formas de tutelaje sobre el cuerpo y la reproducción de las mujeres.

Palabras claves: Aborto. Justicia. Delito imposible. Peronismo. Políticas de población.

¹ Una primera versión de este artículo fue presentada como ponencia en las Jornadas de VIII Reunión de Antropología del Mercosur en Buenos Aires, 2009 y en las VIII Jornadas Nacional de Debate Interdisciplinario sobre Salud y Población del Instituto Gino Germani en el mismo año.

IN THE TIMES OF THE TEST OF THE TOAD: JUSTICE, ABORTION AND POLICIES OF POPULATION IN ARGENTINE OF MIDDLE OF THE 20TH CENTURY

Abstract: In 1954, a verdict in the city of Buenos Aires absolves Mrs. Elena Teotina Haedo de Gaitán and the midwife Catalina Fuccia of the crime of abortion under the legal figure of the “attempt of impossible abortion “. In the case, though the abortive maneuvers were verified, the defending attorneys and the judges indicated that it was not possible to prove scientific and medically the pregnancy. In this article, we ask ourselves about the scopes of the Law to punish the abortion in the Argentina of mid 20th century in a context known as as pronatalist by the historiography. From the analysis of the judicial processes on abortion, we wonder about the different forms of tutelage on the body and the reproduction of women.

Key words: Abortion. Justice. Impossible crime. Peronismo. Policies Of population.

EM TEMPOS DO TESTE DO SAPO : JUSTIÇA, ABORTO E POLÍTICO DE POPULAÇÃO NO ARGENTINO DE MEIOU DO SÉCULO DE XX

Resumo: Em 1954, um veredito, na cidade de Buenos Aires, perdoa a senhora Elena Teotina Haedo de Gaitán e a parteira Catalina Fuccia do crime de aborto sob da figura legal de “tentativa de aborto impossível”. Na causa, embora se pudessem comprovar as manobras abortivas os advogados de defesa e os juízes assinalassem que não se podia provar científica e medicamente a gravidez. Neste artigo, nós desejamos saber sobre alcances da Lei para punir o aborto na Argentina em meados do século de XX em um contexto definiu historicamente como pró-natalista. A partir da análise dos processos judiciais sobre o aborto, desejamos saber sobre as diferentes formas de tutela sobre o corpo e a reprodução das mulheres.

Palavras chave: Aborto. Justiça. Crime impossível. Peronismo. Políticas populacionais.

INTRODUCCIÓN

Los debates historiográficos sobre las políticas de población en Argentina durante la experiencia peronista de los años 1946-1955 discuten, desde la perspectiva de género, si el sentido que las orientaba era de carácter “pronatalista” o “promaternalista”.² En el marco de las controversias acerca de qué tipo de políticas de población hacia el espacio doméstico impulsó el peronismo es que nos preguntamos sobre las dinámicas de la justicia penal en los procesos de aborto.

² Para una reconstrucción de las líneas de investigación y debate sobre género y peronismo ver: (VALOBRA, 2004-2005).

Lo que pretendemos es explorar la relación entre lo que se supone una política de población del Estado hacia la natalidad (planificada, dirigida y ejecutada) y las resoluciones de la justicia asociadas a la materia de esa política. En el escenario de discusión sobre el pronatalismo y el promaternalismo peronista indagaremos cómo los operadores jurídicos del fuero penal dirimieron los conflictos en torno de la interrupción ilegal de los embarazos. Por ello nuestro foco de análisis son los procesos judiciales sobre el delito de aborto durante los años 1946-1955.³

¿Cuáles son los ejes del debate historiográfico?

El pronatalismo podría definirse como aquellas medidas de gobierno tendientes a fomentar el número de nacimientos y de hijos en las familias (a través de políticas económicas, sociales y jurídicas). La tradición de estudios feministas europeos de los años '80 y '90 definió como pronatalistas, por ejemplo, a las políticas hacia la familia de la España franquista (1945-1975) y de la Italia fascista (1920-1945). En esos escenarios de fuerte baja de los índices de natalidad y frente a las preocupaciones geopolíticas sobre la población, las decisiones de los gobiernos alentaban el aumento del número de hijos. Enfrentadas a los planteos de corte neomalthusianos y fuertemente vinculadas con la eugenesia, estas políticas estaban preocupadas centralmente por las tasas de natalidad y por las prácticas de control en el número de hijos (NARI, 2004; MIRANDA; GRIÓN SIERRA, 2009; ERASO, 2007; OTERO, 2004)

Sin embargo, esa misma tradición de estudios sobre el pronatalismo, señaló tempranamente los límites de las retóricas de dichas políticas de población hacia la familia. Cuando los análisis socio-históricos comienzan a repensar los alcances reales de las políticas para el fomento del aumento del número de hijos en los grupos familiares, el pronatalismo se transformó en promaternalismo (BOOK; PAT THANE, 1996).

Ese promaternalismo estaba más asociado a discursos y medidas políticas tendientes a la prédica de la maternidad como responsabilidad social y ciudadana, asociada a nociones médicas y morales sobre el lugar de las mujeres en su rol como madres.

Para el caso Argentino, la particular transición demográfica (la natalidad descendió al mismo tiempo que la mortalidad) transformó en sospechosos los

³ Los artículos que van desde el 85 al 88 del Código Penal de la Nación Argentina son los referidos al delito del aborto. En Argentina el aborto no es punible en caso de violación de una mujer idiota o demente y en caso de riesgo para la vida y salud de la madre. En el resto de los casos el aborto es ilegal.

métodos para regular la natalidad utilizados por las mujeres.⁴ Como señalaba la historiadora Marcela Nari (2004) la lucha de los médicos y penalistas contra la regulación de la natalidad, encontró en el aborto un enemigo particular. Junto con el infanticidio y el abandono de niños, las prácticas abortivas fueron objeto de preocupación porque cuestionaban las teorías que comprendían a la maternidad como “instinto natural de abnegación”.

Hacia 1940 se reactualizan los debates sobre la denatalidad y los riesgos (iniciados a lo largo de las décadas del '20 y el '30) del paulatino descenso del número de nacimientos para el desarrollo geopolítico del país. La historiografía que reconstruyó el contexto de estos debates políticos y médicos sobre los riesgos en el control de los nacimientos, comprendió que los años de la segunda guerra mundial y de la posguerra eran “pronatalistas” habida cuenta de las políticas de población que en esos años se desarrollaba. El subsidio por hijo era visto como el indicador más claro. (DI LISCIA, 1999; TORRADO, 2003; BIANCHI, 1993)⁵. Sin embargo, otra línea de estudios históricos desde la perspectiva de género (BARRANCOS, 2001) señaló que éste indicador no estuvo acompañado por otros indicios. Más allá de que, como señala Valobra (2004-2005) las estadísticas no apoyaban un *baby boom* en los años del peronismo, el definido pronatalismo fue en realidad un estímulo al cuidado de la prole más que un impulso al aumento de la misma.

Por ejemplo, el primer Plan Quinquenal del Gobierno Peronista (1947-1951) planteaba explícitamente la promoción del “matrimonio indisoluble” y de las

⁴ Marcela Nari (1996) señala que si bien para los años veinte se utilizaban algunos métodos anticonceptivos, la popularidad y extensión de las maniobras abortivas como reguladoras de la natalidad seguirá siendo dominante hasta bien entrado los años '30. En los años '20 los métodos más comunes para el control de la natalidad eran el profiláctico masculino y el *coito interruptus*. La reforma del Código Penal en 1921 introdujo modificaciones históricas con respecto al aborto y al infanticidio. Mientras que el infanticidio continuaba siendo un homicidio atenuado a causa del “ocultamiento de la deshonra de madres solteras, locas o pobres; las penas sobre el delito del aborto aumentan al mismo tiempo que se establecían “casos” en los cuáles el aborto practicado por un médico diplomado no era punible. Con propósitos y fundamentos exclusivamente eugenésicos, quedaba establecido el histórico artículo 86: El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

⁵ Como señala la demógrafa Susana Torrado, hacia 1930 la natalidad en Argentina desciende por debajo del 30%, parte de las hipótesis que explican estos valores son el control del número de los nacimientos de forma generalizada y eficaz. “En el período 1945-1955 se opera una inversión de la tendencia de la natalidad: es el fenómeno conocido como *Baby Boom* o explosión de nacimientos de la segunda posguerra. (2003, p. 86)

campañas de lucha contra el aborto.⁶ Sin embargo, los fundamentos del Segundo Plan Quinquenal de 1952, postulaban que el Estado aseguraría el cumplimiento de los derechos de la familia, estimulando la formación del patrimonio, la generalización del salario familiar, la adscripción a exenciones impositivas y, finalmente, la supresión de las discriminaciones públicas y oficiales entre los llamados hijos legítimos e hijos ilegítimos. Una política de planificación que en sentido estricto no sería pronatalista, sino como señala Dora Barrancos (2001) “pro-maternalista”. Para esta autora es indudable que el peronismo trató de impulsar la constitución y la sanidad de la familia protegiendo la maternidad y asistiendo sobre todo a la infancia, careciendo de acciones articuladas en un diseño pronatalista. Barrancos propone entonces distinguir entre el promaternalismo, las medidas de protección de la infancia, las madres y la familia por un lado, y las decisiones “pronatalistas” por el otro. En esta línea de hipótesis la autora conjetura que las mujeres que comenzaron a ejercer una sociabilidad menos “peridoméstica” durante los años de la pos-guerra, recurrieron con mayor frecuencia al aborto para reducir la cantidad de hijos (los datos estadísticos así lo demuestran) en el marco de las transformaciones sociales del mundo del trabajo y de la vida política (TORRADO, 2003). La denominada “primacía de la infancia” y de la familia como política rectora del peronismo, especialmente a través de la creación de la Dirección Nacional de Asistencia Social por la Ley 13-341 en 1948, dejaba sin efecto la normativa que responsabilizaba y punía a las madres por el abandono de los hijos, al mismo tiempo que no facultaba a emprender ninguna acción contra las que interrumpían embarazos.⁷ Es decir, no sólo no hubo políticas estrictamente pronatalistas, a pesar de los enunciados de las políticas sanitarias y de población, sino que aparentemente en los años del peronismo tampoco hubo una preocupación mayor por las maniobras abortivas y contraceptivas.⁸

⁶ El Plan Quinquenal fue un procedimiento de planificación estatal Argentino del primer Gobierno de Juan Domingo Perón para los años 1946-1951. Abarcaba las áreas de Gobernación de Estado, Defensa Nacional y Economía.

⁷ Dora Barrancos (2001) analiza dos medidas del peronismo: la Ley 13012 sancionada en septiembre de 1947 (que contenía las líneas del Código Sanitario y de Asistencia Social dejando en claro la responsabilidad del Estado frente a la asistencia e higiene de la maternidad y de la infancia) y la Ley 13.341 que oficializaba la creación de la Dirección Nacional de Asistencia Social, en la cual se otorgaba especial atención a la “familia” pero no se registraba ninguna acción legal o de gobierno contra las mujeres que por ejemplo, interrumpían sus embarazos.

⁸ Una tercera línea de investigaciones que cuestiona, ya no el pronatalismo sino el maternalismo peronista es la de Karina Ramaccioti. En su análisis sobre la Caja de Maternidad, la autora señala que durante el peronismo existió un promaternalismo más ocupado de las mujeres con hijos en sus casas que de las mujeres trabajadoras con hijos (RAMACIOTTI, 2004) (VALOBRA, 2005)

Durante los gobiernos peronistas no se registraron acciones parlamentarias que modificaran el derecho punitivo en materia de tipificación del aborto ni hubo aumento de las penalidades. No se hicieron más rígidos los controles de las prácticas obstétricas, no se prescribieron del mercado (como sí lo hizo el gobierno peronista de 1974) los productos destinados a la contracepción, no se persiguieron deliberadamente a las *aborterías* ni a las *abortistas*.

La presentación que aquí realizamos se enmarca en ésta última línea historiográfica y es parte de una pesquisa de más largo aliento en donde nuestra intención es comprender, las formas de tutelaje de la justicia sobre el cuerpo y la reproducción de las mujeres (a partir de los procesos de judicialización de las maniobras abortivas) desde 1940-1994 en la Provincia de Buenos Aires y en Capital Federal.⁹

La construcción de una *serie* de procesos judiciales sobre aborto durante todo el periodo es un punto de partida para empezar a pensar, no sólo las dinámicas de la justicia penal en relación a la *interpretación de la ley* (en torno del delito del aborto), sino las mudanzas que la problemática adquirió tanto en la jurisprudencia como en la agenda médica y política de la Argentina desde mediados del siglo XX.

JUSTICIA, SAPOS Y ABORTOS: LAS MUJERES Y EL JUEGO DEL CAMPO DEL DERECHO

En 1947 en pleno desarrollo de la reforma peronista sobre la organización carcelaria (CAIMARI, 2004), Felicitas Klimpel (1947, p. 26-27) le dedicaba su proyecto para transformar las cárceles de mujeres en reformatorios al Director General de Institutos Penales, Roberto Petinatto. Allí le explicaba al Director la injusticia y la incomprensión en torno de los delitos femeninos:

[...] antes del delito, la mujer carece de toda comprensión eficiente. Aunque los factores sociales también se presentan como determinantes en la delincuencia del hombre, forzoso es reconocer que en la mujer, la incomprensión es más fuerte y la injusticia es más grave. Pensemos en

⁹ Título del Plan de Tesis del Doctorado en Ciencias Sociales: “*Cuerpos en delito. Mujeres, aborto y justicia. Argentina 1940-1994*”. (IDES-UNGS). Para nuestro trabajo de Doctorado rastreamos los procesos penales sobre maniobras abortivas en los Tribunales Correccionales y Criminales del Departamento Judicial de la Ciudad de Mar del Plata (uno de los 18 Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires que abarca los Partidos de Balcarce, General Pueyrredón, General Alvarado y Mar Chiquita, al sur de la Provincia) entre 1955-1994 y los procesos penales que fueron apelados a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (1940-1994). También rastreamos las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina para el mismo período y procesos de la Suprema Corte de Justicia de Capital Federal.

las numerosos casos de mujeres condenadas por infanticidios, por abortos, por adulterios y podremos observar que cada uno de estos casos, en que la ley condena sólo a las mujeres, aparece claro el egoísmo del hombre y la falta de comprensión de los legisladores para encarar con valentía un problema que no logra ser totalmente resuelto. La mujer del pueblo, abrumada por circunstancias adversas, por ignorancia, por vergüenza, y por miseria suprime el fruto de sus amores ilegítimos. La ley la persigue inexorablemente y la encarcela, sin considerar que ese hijo no es tan sólo el producto de una madre sino también de un hombre que evade la acción de la justicia y que llega con cinismo a negar su paternidad. La mujer en su desesperación, abandonada y herida en lo más íntimo de su orgullo, segura de no encontrar comprensión para su falta, destruye el producto sus entrañas. La mujer va a la cárcel por su delito y el hombre que es tanto o más culpable que ella, al engendrar una vida sin el menor sentido de la responsabilidad queda libre, prosiguiendo su obra fatal y fomentando así males sociales, odios y desgracias.

Si bien es cierto, como diagnosticaba Klimpel, jurista, feminista y criminóloga chilena, que las mujeres eran más procesadas y enjuiciadas que los hombres por delitos de abortos e infanticidios, estos mismos procesos contaban con un alto índice de excarcelación y de sobreseimiento, por los mismos motivos que la jurista detallaba.

Para el recorte que proponemos trabajar aquí (1946-1955) las mujeres encausadas e ingresadas en las Cárcenes Nacionales del territorio argentino por el delito de aborto eran un promedio total de 27 mujeres al año, según las estadísticas de la población carcelaria publicadas por la Revista Penal y Penitenciaria de la Dirección de Institutos Penales. De ese promedio aproximadamente el 85 % era sobreseído del delito (suspensión del proceso por falta de causas que justifiquen la acción de la justicia) o absuelto.¹⁰

¹⁰ La Revista Penal y Penitencia era una publicación que hizo su aparición en el año 1936, dependiente del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación Argentina y de la Dirección de Institutos Penales. Allí se reproducían las estadísticas oficiales de las Cárcenes Nacionales en lo referido a encausados, ingresados, condenados, excarcelados por sexo, edad, delito e Institución. La mayoría de las mujeres encausadas y procesadas por aborto residían en el Asilo Correccional de Mujeres cito en Capital Federal. Otras de las Cárcenes que tenían encausadas por aborto fueron las Cárcenes de Formosa, Posadas, Presidencia Roque Sáez Peña, Santa Rosa y Neuquén. Los datos aquí presentados se construyeron con las estadísticas publicadas en los Tomos de la citada fuente desde el Tomo IX de 1945 al Tomo XIX de 1954. Las formas de registro de estas estadísticas cambiaron con las diferentes administraciones, por lo tanto los datos son sólo aproximados.

Analizando las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal de la Capital Federal, encontramos que la figura jurídica más recurrente para dictaminar las absoluciones era *la tentativa imposible de delito* o el *delito imposible de aborto*.

Para esta presentación seleccionamos un caso de la Capital Federal hacia finales de 1954: el de la partera Catalina Fuccia y la señora Elena Teotina Haedo de Gaitán acusada la primera de realizar maniobras abortivas sobre la segunda bajo consentimiento.¹¹

Buenos Aires, septiembre de 1954- El oficial inspector Federico G. Mendizábal expresa que en mayo del 3 último, siendo las 3 y 30 fue llamado a intervenir por la guardia del Policlínico Teodoro Álvarez, en razón de haberse presentado para curarse una mujer- Elena H, de Gaitán- quien presentaba un cuadro abortivo. Interrogada ésta le manifestó que un mes atrás, presumiendo de que ella se hallaba embarazada, la obstétrica Catalina Fuccia, en su consultorio le aplicó una sonda en la vagina que le retiró al día siguiente. Que dado que desde ese momento sintió dolores en el bajo vientre, acompañados de pérdidas de sangre, había decidido internarse en el citado nosocomio.

Indagada Elena Teotina Haedo de Gaitán reconoció que a fines de marzo último, por no tener su período menstrual, entendió hallarse embarazada; que a fin de practicarse un aborto concurrió al consultorio de la Fuccia en abril 2 último.

Esta la hizo acostar en una camilla y le introdujo en la vagina una sonda, que debía dejar colocada durante 24 horas. Agrega que calcula que la señora de Gaitán estaba embarazada de 40 días.

Al día siguiente, ella misma retiró la goma, teniendo entonces una gran hemorragia, despidiendo coágulos y entendiendo que se había producido el aborto. Que durante 20 días siguió perdiendo sangre por lo que concurrió a lo de la Fuccia, quien le aconsejó acostarse con una bolsa de hielo sobre el vientre. Que dado que las pérdidas de sangre continuaban, concurrió al consultorio de la citada obstétrica, pero esta vez se negó a atenderla, por lo que se presentó al Hospital Álvarez. Añadió que no quiere tener otro hijo pues carece de comodidad para vivir pues lo hace con su esposo y dos hijos en una sola pieza.

¹¹ Revista de Jurisprudencia Argentina, 1955- TOMO II, Abril, Mayo, Junio p. 458-459. Este trabajo se realizó en base al presente fallo. No hay posibilidad de acceder al Expediente de la Causa por las políticas de conservación y destrucción de archivos del poder judicial. La sentencia corresponde a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal de la Capital Federal.

Presta declaración la partera Catalina Fuccia, quien reconoce que en el lugar y en la época indicada por la Gaitán, concurrió ésta a hacerse practica un aborto, colocándole la sonda y dándole las instrucciones a las que se refirió aquella. Sigue relatando los hechos de una manera idéntica a como lo hizo su coencausada.

El agente fiscal acusa a las prevenidas como autoras del delito de aborto (artículo 85 inciso 2 y 88, Código Penal) y solicita se les imponga un año y seis meses de prisión a Catalina Fuccia y un año a Elena Haedo de Gaitán y a ambas las costas. El defensor particular de la Fuccia solicita se declare el hecho como tentativa de aborto imposible y se le exima de pena a la defendida. El defensor oficial de Elena Haedo de Gaitán, en su escrito fojas 47, solicita la absolución de su patrocinada. [...]

Renunciando el término de prueba se llamó a sentencia y:

Considerando [...] las confesiones lisas y llanas prestadas por las procesadas Elena Gaitán y Catalina Fuccia, en el sentido de haber consentido aquella que ésta le efectuara maniobras abortivas, y especialmente de la última de las nombradas que dice haber revisado a la paciente y constatado su preñez, han quedado plenamente demostradas en autos la existencia del hecho acriminado y la responsabilidad criminal de ambas encausadas.¹²

Las procesadas y sus letrados apelan la sentencia. El 11 de marzo de 1955, en 2da. Instancia:

El Dr. Oderigo dijo:

Este proceso viene a conocimiento del Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos por las procesadas Catalina Fuccia y Elena Teotina Haedo de Gaitán y sus defensores contra la sentencia de primera instancia, que condena a las nombradas como autoras del delito de aborto.

¹² “La conducta legal de la partera Fuccia encuadra en la figura delictiva prevista en el ART. 85 inc. 2, CÓDIGO PENAL., mientras que su consorte de causa, Elena T. Haedo de Gaitán, ha infringido la norma penal del artículo 89 del citado cuerpo de leyes. Para graduar la sanción a aplicarse tengo en cuenta que ninguna de las procesadas registra condenas anteriores, las modalidades del hecho, los móviles que impulsaron a la grávida a cometer tal acción y las demás circunstancias que enumeran el Código Penal, arts. 40 y 41. Por todo ello, fallo condenando a Catalina Fuccia y a Elena Gaitán por ser autoras del delito de aborto ART.85 inc. 2 la primera y ART.88 la segunda todos del CÓDIGO PENAL) a las penas de un año y seis meses de prisión y de un año de la misma especie de pena, respectivamente, cuyo cumplimiento dejo en suspenso para ambas (ats.26 y27, CÓDIGO PENAL) y costas a las dos. Raúl Castro Olivera, Secretario Zenón G. Arguello Yofré.
A ello súmase el informe médico-policial de fojas 17 y la declaración del oficial de policía Federico G. Mendizábal. Estos elementos DE PRUEBAN REUNEN LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL Código de Procedimiento Criminal, ART. 316-3118-321-237 y 258.”

A mi juicio, tienen plena razón ambos defensores y la exponen con impecable lógica. La Fuccia reconoce haber realizado maniobras abortivas sobre el cuerpo de la Gaitán, y ésta, a su vez, haberlas consentido. Tales maniobras están probadas, pues, aunque no quedaron rastros de las mismas al practicarse el examen médico-forense de que se informa a fojas 36, se las demuestra inequívocamente en el informe médico policial de fojas 7 / artículo 346, Código Procesal Criminal. Pero lo que no está probado en manera alguna es que la nombrada Gaitán se encontraba embarazada al momento de practicarse tales maniobras, ya que sobre tal extremo no puede tomarse en cuenta el informe de fojas 7, cuyo laconismo en este sentido solo puede tomarse como resultado de una mera inferencia del médico que practicó el examen de la paciente. Casi superfluo parece repetir que dicho estado de preñez, elemento indispensable del delito de aborto, no puede probarse por confesión o por indicios, en cuanto estos elementos no son idóneos para la demostración del cuerpo del delito, como lo ha declarado repetidamente este tribunal. Nos encontraríamos, pues, ante una tentativa de aborto imposible, que no es punible para la mujer, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 88, Código Penal y que autoriza a reducir la pena o a eximir de ella a los terceros, facultad esta última que opino, debe ejercitarse con relación a Fuccia, por la falta de peligrosidad que revela una vida honorable hasta los 71 años que cuenta.

Por estos fundamentos y de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal, voto porque se revoque la sentencia apelada y porque se absuelva a ambas procesadas Catalina Fuccia y Elena T. de Gaitán del delito de aborto que se les imputara.

¿Tentativa de aborto imposible?

Es evidente que los abogados defensores de las acusadas pusieron a prueba uno de los pilares para que el delito del aborto tuviera lugar: ¿estaba Elena Gaitán realmente embarazada?

Si las políticas de población del peronismo hubieran tenido como objeto aumentar el número de hijos de las familias, la punición del aborto como práctica contraceptiva debiera haber sido más intensa. Sin embargo, la apelación a una construcción jurídica que permitía absolver a las acusadas pareciera demostrar poco interés por el castigo del delito, no así por el proceso de judicialización de las maniobras ilegales.

Pero volvamos al “delito imposible de aborto”.

Según nuestro Código Penal en Argentina, la sola confesión no es suficiente como elemento de prueba para condenar a una persona. Es decir que, si bien “las confesiones y los indicios” no podían atestiguar el estado de preñez (por las garantías que señalábamos más arriba), el desarrollo de los métodos de detección precoz del embarazo tampoco lo permitían, al menos al momento de esta causa.

Los jueces que se entendieron en el fallo no tenían, aparentemente, interés en que la condena prosperara. El Código Penal ha regulado el instituto del delito imposible en el Título VI del Libro primero dedicado a la *tentativa*, omitiendo incluir en el concepto de tentativa, según Juan Ricardo Cavallero (1983), la *idoneidad de los medios*, por lo que en nuestro Derecho Penal el delito imposible es un caso de tentativa.¹³ Los jueces y abogados defensores en esta causa no fueron totalmente originales en la búsqueda de una “solución feliz” para nuestras acusadas. Franz von Litz, jurista austríaco, señala en 1901 que: “La tentativa de aborto en mujer no embarazada es punible cuando la existencia del embarazo no es completamente imposible; la tentativa de dar muerte a un niño que nace muerto es punible si la muerte no es indudable.”

En las discusiones teóricas de la jurisprudencia sobre la figura de “la tentativa” tempranamente se contempló la situación de maniobras abortivas en una mujer que no estuviera embarazada. Los ejes del debate deliberaron si “ese intento fallido” era punible o no. En Argentina la tentativa de aborto imposible no es punible para la mujer desde el año 1903.

¿El caso de Fuccia y Gaitán era el primero en ser absuelto por esta figura legal? La sorpresa fue mayor cuando encontramos que desde 1941 varios fallos en las Supremas Cortes de Justicia Provinciales el país habían absuelto a mujeres, parteras, concubinos y maridos del delito de aborto por considerarse a éste último (en función de la carga probatoria) un *delito imposible*.¹⁴ ¿Qué tenían en común esos casos? En ninguno de ellos se había comprobado “científicamente” el estado de preñez de las mujeres que concurrían a hacerse un aborto. Las dolorosas y mortales “maniobras

¹³ Reforma Penal de 1921: “En el último párrafo del Artículo 44 del CÓDIGO PENAL vigente se dispone: “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse a la mínima legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

¹⁴ El primer fallo que encontramos sobre “tentativa imposible” es de 1940. Fallo N° 9.744, 26 de julio de 1940, Cámara Criminal y Correccional de la Capital. Los jueces de la Cámara: Atilio Pesagno, Antonio Beruti, Horacio Vera Ocampo. Luego encontramos: Fallo N° 19.476 del 16 de septiembre de 1945, Cámara Criminal y Correccional de la Capital: en este fallo se señalaba que no comprobado el embarazo la maniobra puede ser siempre tentativa de delito imposible y se preocupaban porque el sumario no afectará el buen nombre y honor de la acusada. Esto último se argumentaba por el hecho de que no era necesario que los hijos de la acusada conocieran las maniobras anticonceptivas de su madre. Firma el fallo: Antonio Beruti, Rodolfo Medina y Horacio Vera Ocampo. Fallo N° 22.576 19 de junio de 1947: La mujer que se había hecho el aborto era una mujer casada, la confesión acreditaba las maniobras abortivas pero no el estado de embarazo. El diagnóstico Friedman no otorga certezas, es un mero indicio. Los indicios no pueden comprobarse como prueba del cuerpo del delito. Firman el fallo: Horacio Vera Ocampo, Gregorio Soldoni, Mario Oderingo. Fallo N° 10.912 Cámara 2da. De Apelaciones de Corrientes. Nulidad Procesal. La tentativa de aborto no es punible en la mujer, pero por ello no deja de ser considerada un delito. La declaración de la acusada está viciada de nulidad absoluta. Otra vez, la reacción Friedman aparece como carga probatoria no inequívoca. Insuficiencia de pruebas. Fallo N° 13.930 Cámara Criminal y Correccional de La Plata, abril-junio 1952.

abortivas” eran sólo una “tentativa”: no había “cuerpo del delito”-salvo estas mismas maniobras- que acreditasen una práctica ilegal.¹⁵

La mayoría de los procesos penales por aborto se iniciaban con la denuncia de los médicos y profesionales de la salud de un Hospital Público. Las mujeres concurrían al dispensario de salud producto de las infecciones por las maniobras abortivas, y allí mismo comenzaba la intervención policial. A lo largo del proceso judicial, las víctimas / victimarias eran descritas como madres o mujeres cuya “honra había que proteger”, computando a su favor la falta de antecedentes penales y las buenas referencias de los vecinos. Esos procedimientos judiciales incluían peritajes médicos-forenses sobre las mujeres, inspecciones oculares sobre los consultorios clandestinos, ronda de testigos, extensas declaraciones indagatorias de los y las acusadas y secuestro de materiales para la ejecución de los abortos, (sondas, pastillas, gasas con sangre, peritonitis como resultado de infecciones pos-aborto). Estos largos procesos judiciales podían cambiar su carátula si no podía comprobarse el embarazo previo a las maniobras ilegales.

¿Cómo podían los peritos médicos acreditar el embarazo de las mujeres a mediados del siglo XX en Argentina? Vale decir, ¿cuáles eran las técnicas de detección precoz del embarazo disponibles en el escenario local por ese entonces?

Las pruebas biológicas basadas en los efectos que producía la HCG (Hormona gonadotropina coriónica) en la zona genital de diversos animales (ratas, ratones, conejas, ranas y sapos) tuvieron gran predicamento durante más de 30 años, pero fueron reemplazadas por las pruebas inmunológicas a partir de la purificación de la HCG en 1960.

Desde 1934 existieron en Argentina aplicaciones prácticas de la reacción Friedman en orina para detectar el embarazo.¹⁶ Descubierta en 1931, este test estaba basado en la obtención de “hiperemia ovárica en coneja tras la inyección

¹⁵ Los que no conocemos los debates teóricos de la jurisprudencia, tenemos la tentación de comprender el “cuerpo del delito” de forma literal. Sin embargo el “cuerpo del delito” es “algo necesario de mostrar”, no es un hecho, es un *Factum Probandum*. El cuerpo del delito está conformado por tres aspectos *Corpus Criminis* (el resultado del delito), *Corpus Probationi* (la prueba), *Corpus Instrumentori* (el instrumento).

¹⁶ Erías Adolfo. El diagnóstico biológico del embarazo, *Revista de Ciencias Médicas de Buenos Aires*, v. XVII, p. 24, 1934; Gandolfo Herrera Roberto y Sauri Jorge. Valor actual de las reacciones gravídicas para el diagnóstico del embarazo. *VII Jornadas Rioplatenses en Obstetricia y Ginecología*, 1947. En *Obstetricia y Ginecología Latinoamericana*, 1947, v. V, p. 568, 1947; Di Paola Guillermo, Lelio Miguel, Elizache Laura. Diagnóstico precoz en la gestación por el moco cervical. *Obstetricia y Ginecología Latinoamericana*, v. XI, p. 44-48, 1953 y en *Prensa Médica Argentina*, v. XL, 193-196, 1953; Gandolfo Herrera Roberto y Sauri Jorge. Valor actual de las reacciones gravídicas para el diagnóstico del embarazo. *VII Jornadas Rioplatenses en Obstetricia y Ginecología*, 1947. En *Obstetricia y Ginecología Latinoamericana*, v. V, p. 568, 1947; Giardini Rolando. La reacción de Schlor en el diagnóstico y en el curso del embarazo. En *Obstetricia y Ginecología Latinoamericana*, v. XII, p. 323-325, 1954; Audenino Raúl G. Diagnóstico del embarazo mediante empleo de combinación de gestógeno-estrógeno por vía oral. *Orientación Médica*, v. 9, n. 385, p. 22, 1960

de orina de embarazada en la vena marginal de la oreja”¹⁷. Un fallo de 1947 absolvía a las acusadas a pesar de que la reacción química Friedman arrojaba resultados positivos. El juez de la causa (el mismo juez de nuestra causa, Horacio Vera Ocampo) señaló que “la reacción Friedman arrojaba resultados positivos en situaciones donde no había embarazo”.¹⁸ Por lo tanto, dicha reacción quedaba invalidada como carga probatoria. La imprecisión de la prueba Friedman dejaba siempre un manto de duda sobre si esas mujeres habían estado o no embarazadas.

Un médico argentino, Carlos Galli Mainini (1914-1967), especialista en endocrinología con formación en Italia y en Harvard publica en 1947 el *Test del Sapo* o *El diagnóstico del embarazo con batracios machos*. (MAININI GALLO, 1948).¹⁹

¹⁷ En la literatura científica de las revistas médicas encontramos distintas posturas en torno de la eficacia de la reacción Friedman. Ver: La reacción Friedman, *El Día Médico*, v. XII, p.259, 1940; Gavioli Ricardo. A propósito de la reacción Friedman-Broliha. Nuevo dispositivo para su lectura continuada (tubo observación y ensayos de aceleración de la reacción con técnicas originales). *Boletín del SOGIBA* XX, p.550, 1941; Gandolfo Herrera K y Schloss Berg T. Resultados y consideraciones sobre la reacción Friedman. *Boletín SOGIBA*, XIII, p. 400, 1934; Gandolfo Herrera. Reacción Friedman negativa falsa por impermeabilidad renal por los Dres. Aquiles Molfino y Arturo Pérez Chacón. *Boletín del SOGIBA*, v. XXI, p. 705, 1940; Figueroa Casas Pedro. A propósito de las reacciones de Friedman negativas y retardadas de las grávidas. *Boletín del SOGIBA*, v. XXVI, p. 458, 1947; Blanchard Oscar, Vide Arterminio y Pepa Atilio. Estudios de valor de la histedimusia en el diagnóstico de la preñez. Valor comparativo con las reacciones de Friedman y Galli Mainini. *Boletín del SOGIBA*, v. XXIX, p.19-24, 1950 y en *Revista de la Asociación Médica Argentina*. v. LXIV, p. 321-322, 1950

¹⁸ Este es el Fallo N° 23.429 de noviembre 16 de 1947, Cámara Correccional y Criminal de la Capital. Aquí aparece la referencia a lo incierto de la reacción Fridman. Dr. Pablo Borrás, *Semana Médica* de 14 de diciembre de 1933, pp. 1874-1908, (este Fallo retoma lo planteado en el Fallo de septiembre de 1945). Firman: Horacio Vera Ocampo, Gregorio Soldoni, Mario Odering. Berdeal Avila David. Reacciones hormonales. Breves consideraciones sobre su valor diagnóstico en el embarazo normal y su relación con el diagnóstico y pronóstico en la mola hidatiforme y pronóstico en la mola hidatiforme y cario-epitelioma. Los quistes euteínicos y reacción de Friedman. *La prensa médica*, XXIV, p.2360, 1937 y en *Revista de la Asociación de médicos del Hospital Durand*, v. IV, n. 7, Pág.31, 1938

¹⁹ En 1947 Galli Mainini publica su estudio en Argentina, en revistas Latinoamericanas y en New York. El impacto del trabajo es tal, que no sólo se reproduce la técnica en casi todas las revistas médicas de Argentina, sino que tempranamente se comienzan a hacer evaluaciones de su eficacia. Ver: Galli Mainini. Reacción diagnóstica del embarazo en la que se usa un sapo macho como animal reactivo. *La semana médica*, Anuario 1946-1947, p. 259. Luego el informe del descubrimiento se publicó a lo largo de 1947 en las siguientes revistas: *Gaceta Peruana de Cirugía y Medicina*, *Boletín de la Sociedad Médica de Mendoza* (Argentina); *Revista de la Asociación Bioquímica Argentina*, *La semana médica*, *Obstetricia y Ginecología Latinoamericanas* y se presentó en las Jornadas VII Rioplatenses de Obstetricia y Ginecología del mismo año. En 1948 se publicó en *América Clínica*, New York. Hacia 1949 se extienden las pruebas con la reacción: Cadario Enrique, Sanchez Norberto, Roberto Martín, Bianchi Enrique. Nuestra experiencia sobre mil reacciones de Galli Mainini. Modificaciones a su técnica original. *Revista de Medicina y Ciencias Afines*, p. 733-736, 1949; Fal Juan C. y Trilla Jaime. Aporte a la casuística (reacción de Galli Mainini). *Revista de la Asociación Bioquímica Argentina*, v. XVI, p.40, 1949; *La prensa médica*, v. XXXVII, 107-108,1950; Barrone Nevio.Reducción del cuerpo de lectura de la reacción Galli Mainini mediante el empleo de hialuronidasa. *La prensa médica*, v. XLI, 1954; Cardies González Julio. La importancia de la obra de Carlos Gailli Mainini en la obstetricia internacional. *Archivos de la Historia de la Medicina Argentina*, v. 55, n.13, p.10-11, 1975

En 1929 en Argentina, Lascano González descubre que las gonadotropinas hipofisarias producían liberación de los espermatozoides en el testículo. Los bioquímicos Eduardo de Robertis, Burgos y Breyter comprueban en 1945 que una modificación de las células de Sertoli generaba la expulsión de espermatozoides en los sapos (BASSANO, 1977). Su discípulo Carlos Galli Mainini mientras trabajaba en el Hospital Rivadavia dedujo que la mujer embarazada eliminaba HCG en la orina y que su inyección en los sapos machos causaría maduración y expulsión de espermatozoides. Inyectó orina de mujeres embarazadas en el saco linfático dorsal de sapos machos *Bufo Arenarium* y al cabo de 2 o 3 horas examinó al microscopio su orina observando la presencia de espermatozoides.

En 1947 publica su primer estudio de 179 casos: “Parece que la reacción específica producida por la inyección de orina de mujer embarazada en el sapo macho *Bufo arenarum* Hesel puede ser la base de una nueva reacción diagnóstica de embarazo” (GALLI MAININI, 1948, p. 8)

Así es como el *test del sapo* se volvió el primer método de detección precoz del embarazo (con un 99,7% de efectividad) en Argentina y en América Latina, popularizado a partir de principios de los cincuenta.

Hacia fines de los sesenta, después de las pruebas inmunológicas, se ensaya la determinación de la subunidad beta de la gonadotropina coriónica humana por radioinmunoensayo, es decir, el análisis de sangre. (GARCÍA-SEGURA, 2002; GONZÁLEZ MERLO; 2006, p. 152).²⁰

¿Y las técnicas de ultrasonido e imágenes?

En la segunda Guerra Mundial se desarrolla el Sonar (Sound Navigation and Ranking), ingenio de origen militar que se aplicó en la guerra submarina. Es recién con estos avances técnicos que en la década del cincuenta se desarrolla la ecografía estática y a partir de la década del setenta la ecografía en tiempo real. La ecografía es un procedimiento de imaginología que emplea los ecos de una emisión de *ultrasonidos* dirigida sobre un cuerpo u objeto como fuente de datos para formar una imagen de los órganos o masas internas con fines de diagnóstico. Entre 1949 y 1959 las técnicas del ultrasonido comienzan a aplicarse a la ciencia médica para la detección de tumores, lesiones quísticas y los primeros estudios obstétricos de los ecos provenientes del cráneo fetal. En 1967 se inicia el desarrollo del transductor A-MODE para detectar el corazón embrionario, en ese entonces a los 32 días de fertilización.

²⁰ Los latidos del corazón de un feto recién pueden detectarse a las cuatro semanas y recién a los tres meses de embarazo puede inferirse un “útero aumentado”. (CINFUENTES, 2004)

Para el año en que Gaitán y Fuccia habían sido acusadas de practicar maniobras abortivas las ecografías de ultrasonido estaban en estadio de experimentación (al igual que los estudios para detectar la gonadotropina coriónica subunidad beta en la sangre) y no hay ninguna mención en la sentencia del *test del sapo*.²¹

La ausencia de tecnología que pudiera dar cuenta efectiva del estado de gravidez de Gaitán se convirtió en un beneficio para las acusadas. Las descripciones en el fallo de las maniobras abortivas (la introducción de la sonda, la preocupación de Gaitán por lo que consideró un embarazo de cuarenta días- recordemos que Gaitán era madre de dos hijos al momento de la sentencia-, las pérdidas de sangre y lo que se supone una infección) nos dejan poco margen para sospechar que Elena Haedo de Gaitán no estuviera efectivamente embarazada. ¿Por qué y cómo se las absolvió del “delito de aborto”? ¿Existió en la jurisprudencia penal Argentina una “ventanilla” por la cual las mujeres acusadas de maniobras abortivas podían escapar del castigo impuesto por el delito? ¿Cuál fue el precio a pagar por ese *petit* pasaporte legal? ¿Es posible pensar que en las negociaciones por la carátula de la “tentativa de delito imposible” las mujeres perdieran la voz para atestiguar “su propio estado de preñez”?²²

En el fallo de Gaitán-Fuccia no se hacía especial hincapié en el delito. No hay allí argumentaciones en términos morales, pronatalistas o éticos. La absolución de las acusadas fue justificada a partir de la aplicación de las reglas del juego del derecho. Las confesiones de las mujeres quedaban supeditadas a la “comprobación de la ciencia”: se las exculpaba del delito al mismo tiempo que se las expropiaba legalmente de los saberes específicos relacionados con el estado de gravidez.²³

²¹ En nuestras entrevistas, encontramos que las mujeres de sectores populares cuyos hijos e hijas nacieron a lo largo de la década de 1950 no se habían realizado análisis de sangre ni de orina para detectar su embarazo. Sin embargo la mayoría de ellas había escuchado alguna vez las características del test del sapo. Una de mis entrevistadas recuerda: “Eran los del laboratorio Sulivan-Díaz los que buscaban sapos en el parque de mi casa cuando vivíamos en Mar Chiquita. Necesitaban sapos machos, porque con las hembras el test no salía. Se llevaban los baldes llenos de los bichos para hacer los análisis. Te estoy hablando de fines de los cuarenta hasta el cincuenta y ocho que vivimos allá.” Entrevista realizada el 11 de junio 2008-

²² Para una definición del “campo del derecho”: “Aunque el término derecho implica una singularidad o unidad, el derecho es muchas cosas. En un nivel es lo que llega a ser parte de un estatuto como resultado de un proceso político [...] Un conjunto de convenciones se aplica a lo que podemos definir como una metodología legal. No podemos comprender el derecho sin una valoración crítica de esta metodología. En otro nivel está la práctica del Derecho. Me refiero a cómo los abogados y los actores legales usan el derecho en la práctica de todos los días. Pero el derecho es más que la suma de estos elementos. Es también lo que la gente cree que es, en tanto puede guiar sus acciones por él. En efecto, podríamos ir más allá y sugerir que el derecho crea subjetividades tanto como posiciones de sujeto”. (SMART, 2000)

²³ Es claro que la apelación a la “honra” de estas mujeres era también un punto de inflexión en las argumentaciones de los abogados defensores y de los jueces. En Argentina el estudio de la “honra” asociada a la tipificación de los delitos cuenta con los estudios clásicos de: (RUGGIERO,1994; RUIBAL,1996, p.35-44)

Gabriela Dalla-Corte Caballero (1996), en un estudio sobre el derecho decimonónico argentino, señala que los casos de aborto, infanticidio y abandono de niños constituyeron un ejemplo clave de la construcción del derecho penal como un campo generizado, donde se legitimaba la asimetría legal en base a la diferencia sexual, a la idealización de la maternidad y el honor femenino. Esta acentuación en la generización del derecho condujo a la desigual tipificación y penalización de las conductas vinculadas a la reproducción según de tratara de varones o de mujeres. Sin embargo, mientras que una lectura “exegética de la legislación” nos muestra a las mujeres como responsables directas de éstos actos, las interpretaciones de los jueces de sentencia -según la autora- expresaban una ambigua aceptación de la existencia de las estrategias implementadas por las mujeres para limitar la reproducción biológica.²⁴

La insistencia en la comprobación “médica o científica” del estado de preñez de las mujeres se transforma en legítima en un escenario donde el testimonio sobre su propio embarazo es desacreditado como prueba frente al paulatino avance de los procesos de medicalización del parto y de la maternidad. Desde principios del siglo XIX la institucionalización de las salas de maternidad para que las mujeres dejaran de parir en sus casas, la persecución de las comadronas y la incorporación de “nuevas tecnologías” en la ciencia ginecológica y obstétrica convirtieron al discurso de la ciencia en la autoridad sobre cuestiones de gravidez, alumbramiento, puerperio y lactancia.²⁵

El pasaje de la gravidez como hecho interno de la mujer a una gravidez objetivamente vista cambió el sentido, los sujetos involucrados y la percepción social del embarazo. La posibilidad de “detectar el embrión” desplazó radicalmente el testimonio de la mujer sobre la existencia de la gravidez y desarrolló una percepción del feto como entidad autónoma. La mujer que advertía los “síntomas” del embarazo dejaba de ser la voz oficial al respecto. En su lugar se convierte en juez el “hecho” científico y objetivo constatado desde afuera del cuerpo de la

²⁴ Otros trabajos que analizan la prohibición legal de la práctica del aborto y su tolerancia social para el caso de Brasil (PEDRO, 2000).

²⁵ En este sentido es bien interesante un estudio sobre la profesionalización y la emergencia de la ginecología en Brasil (Río de Janeiro) a fines del siglo XIX como una “ciencia de la mujer”. Fabiola Rohden analiza la producción de tesis en la Facultad de Medicina do Río de Janeiro, desde 1833 hasta 1940. El 22 % de esas tesis eran estudios referentes a la sexualidad y a la reproducción. La autora sostiene que la mayoría de las investigaciones eran sobre los órganos reproductores femeninos y no sobre los masculinos, la incapacidad reproductiva, la degeneración y los ciclos de la reproducción eran comprendidos como problemas específicos de la mujer y nunca del hombre. La mujer era tratada por el discurso médico como presa de la función sexual y reproductiva. (ROHDEN, 2002).

mujer: la autoridad de la materia será la *ciencia*. La madre se vuelve pública incluso frente a sí misma.²⁶

Gracias a los descubrimientos científicos y a las visualizaciones gráficas de los estadios de desarrollo del embrión que permitieron apreciar la formación de un feto vivo mucho antes de que se percibieran sus movimientos, por primera vez la gravidez comienza a ser vista como relación entre dos entidades distintas, ambas con sus intereses. Por lo tanto, el discurso de la ciencia de fines del siglo XIX convertirá paulatinamente a la mujer- madre en un ser independiente del feto o cigoto. Esta mujer transformada en madre dejara de disponer de la soberanía del testimonio que acreditaba la gravidez.²⁷ Las mujeres perdían en manos de la Ciencia los derechos y en manos del Derecho los saberes.²⁸

En definitiva, ¿los jueces no querían castigar a las acusadas? ¿No son las décadas que van desde 1920 hasta 1950 las del fortalecimiento de un discurso pronatalista estatal por los temores a la denatalidad? ¿O será que sobre ese pretendido pronatalismo imperaban las lógicas que promocionaban una *ideología familiar nuclear* (que reducía la cantidad de hijos y la red de parentela)?

Aquí aparece, en nuestra opinión, un problema en relación al lugar que en el imaginario del discurso historiográfico (tanto de las escrituras de la historia de las mujeres como desde la historia de género) ha jugado la “construcción del rol materno y del ideal de la madre”. En esos trabajos sobre la maternidad como un dispositivo social, pedagógico, médico y jurídico, el aborto ocupó el lugar del castigo y del disciplinamiento para esos cuerpos de “madres” suponiendo una efectividad de las prescripciones legales. No se problematizó cómo eran las prácticas de punición sobre el delito (es decir, qué contaban los registros judiciales) y se comprendió que la relación entre el Derecho y la diferencia sexual era obvia: las

²⁶ Las teorías de la “animación” o del movimiento del feto habían considerado la *concepción* como un proceso que tardaba varios días o incluso semanas en completarse. Durante la primera fase del embarazo (que podía extenderse desde los cuarenta días hasta los tres meses) el aborto no era considerado un homicidio y las mujeres decidían hacerlo sin mayores condenas morales o legales volviéndose confusos los límites entre anticoncepción y aborto. El gran cambio se produjo en el siglo XIX, cuando se estableció en 1827 como hecho científico la existencia del *óvulo humano* y con ello, la idea de la concepción en el sentido del suceso instantáneo provocado por la unión óvulo y esperma.

²⁷ Es interesante tener presente cómo opera la ciencia (la medicina y la biología de la reproducción) en la construcción de las diferencias sexuales. No siempre los argumentos de la diferencia en estos discursos están atados a l progreso de la ciencia. En este sentido, las hipótesis de Laqueur son un punto a explorar. (Laqueur, 1990)

²⁸ Hemos desarrollado en otro lugar, retomando algunas de las hipótesis de Joan Scott sobre el individualismo abstracto, las situaciones paradójales del campo de los derechos y las políticas de sexualidad en argentina. (CEPEDA, 2008).

mujeres eran víctimas y el aborto un delito castigado.²⁹ Esta falsa epistemología del *standpoint* escribe la historia de las mujeres desde una perspectiva que desactiva la capacidad de “hacer trampa” de los sujetos y que no es capaz de hacer visibles las contradicciones propias del campo del derecho liberal en torno de la diferencia sexual.³⁰

En la lectura de los fallos del periodo que registramos nos damos cuenta de que el aborto era una práctica extendida y comprendida muchas veces como tal. Es decir, los jueces, fiscales y abogados defensores no se sorprendían por “las maniobras abortivas”. Los casos que eran caratulados como “delito imposible” eran absolutorios con las madres que querían regular la cantidad de hijos por medio del aborto. Los casos que no eran calificados de tentativa (muchas veces tenían las mismas cargas probatorias que los otros) se correspondían más con mujeres que hubieran reincidido en la práctica o con mujeres que a través de la misma (y sin hijos) quisieran romper la asociación directa que estaba establecida entre sexo y reproducción.³¹

¿Por qué la Ley tenía estos “permisos”? ¿Porque ya no era efectiva? Quizás la prohibición penal del aborto comenzó a funcionar cada vez más como una norma que se integraba a un *continuum de aparatos médicos, legislativos y morales* cuyas funciones eran reguladoras y cuya insistencia era reforzar la prohibición y no la efectiva punición.

²⁹ El único trabajo que presenta un análisis en este sentido, es el de Kristian Ruggiero (2000) para el siglo XIX. En “‘Not Guilty’. *Abortion and Infanticide in the nineteenth-century Argentina*” Ruggiero analiza cómo la no penalización de una práctica prohibida se explica a través de los argumentos en torno de la protección de las mujeres. En este sentido, para el siglo XIX, el aborto y el infanticidio aparecen asociados en los trabajos de análisis de la justicia penal (GUY, 1998; INI, 2000) como una de las prácticas por las cuales las mujeres eran procesadas.

³⁰ Sandra Harding (1986 y 1990) entre otras creó el término *standpoint* para indicar que el conocimiento debía ser creado a partir del punto de vista de los oprimidos. Implica una mirada sobre el mundo desde la posición de quienes carecen de poder. Si bien no concuerdo con esta perspectiva filosófica feminista que nace del campo del Derecho, me pareció interesante como metáfora de las pretensiones de cierta escritura de género o de mujeres que hace uso de las fuentes judiciales y criminales. Aquí destacamos y nos distinguimos de las hipótesis de Gabriela Della Corte Caballero. Mientras que esta autora analiza las causas penales sobre aborto, infanticidio y abandono de niños en la ciudad de Rosario de fines del siglo XIX y concluye que las prescripciones penales son interpretadas a favor de las mujeres por los magistrados (especialmente de las solteras responsables de los “hijos no deseados”) no analiza las contradicciones de sentido de la Ley liberal, que es parte de nuestra propuesta.

³¹ Este es un punto que me interesa particularmente. La ruptura de la díada reproducción-sexo generalmente se asocia a la tecnología de la pastilla anticonceptiva, a los discursos sobre la revolución sexual, a la liberación de las prácticas sexuales y al discurso feminista de mediados de los cincuenta. Sin embargo, al momento de hacer una genealogía de la díada y marcar un punto de inflexión en esta relación, los años sesenta se convierten en la espuma de la ola. Hay un movimiento de más largo plazo, menos perceptible que se sospechan, para mí, tempranamente en el clima de la posguerra.

¿Hubo trampa en el caso de Gaitán y Fuccia? Las contradicciones producto de la aplicación estricta de la Ley fueron una trampa para la misma. El testimonio de las mujeres, que era la única prueba declarada sobre las maniobras abortivas, fue silenciado para proteger a las acusadas. Esta operación desacreditó (al mismo tiempo que protegía a la abortera y a la abortista) la capacidad de las mujeres de atestiguar sobre su propio estado de gravidez.

La inversión de la carga probatoria, es decir, el hecho de que la confesión de las maniobras abortivas por parte de las acusadas se transformara en el argumento para que fueran defendidas, fue parte de la trampa que nosotros encontramos en este caso. Por otra parte el imperativo legal “demostrar” científicamente el embarazo cuando no había pruebas técnicas desarrolladas para ello (salvo el test del sapo que nunca se mencionó) es otro punto interesante acerca de cómo se configura el delito. Sin sapos y con informes forenses que se desvanecían frente a la imposibilidad de poder demostrar “científicamente el embarazo”, las mujeres escaparon a la Ley hasta que los sapos se hicieron famosos.³²

De alguna manera compleja, la jurisprudencia y la doctrina establecían que abortar no era un medio para deshacerse del embarazo ni una consecuencia de interrumpirlo, abortar significaba las dos cosas al mismo tiempo. Los redactores del Código Penal exigieron para constituir la figura del aborto, la existencia de la mujer embarazada (SOLER, 1973). Todos los comentaristas coinciden en que los elementos comunes a la figura del aborto son la existencia de un *embarazo en la mujer, que el feto se encuentre con vida en el momento de acción del agente y que su muerte se halla debido a esta acción* (KLEIN, 2005). La duda sobre el embarazo por el contrario excluye el delito punible. Si la gravidez es la condición material de toda figura del cuerpo del aborto, el cuerpo del embrión *no es el cuerpo del delito*. A diferencia de cualquier caso de homicidio, el feto muerto no sirve como prueba del delito, es necesario *solamente* probar que la mujer estaba encinta.

A MODO DE CIERRE

Hemos demostrado como la retórica natalista de la experiencia peronista no articulaba necesariamente con las formas en que los operadores jurídicos

³² Rastreamos para este trabajo los casos de aborto penalizados en la Jurisprudencia Nacional (y entre ellos los caratulados como de “*tentativa imposible*”) desde 1941 hasta 1989- En ellos encontramos predominantemente tres formas de exculpar a la mujer que “se hubiera practicado un aborto”: desde 1962 la apelación a la figura legal del *Secreto Profesional* (que desarrollaremos más adelante), la *Tentativa de aborto Imposible* y el *Aborto Sentimental*. La razón dominante en nuestro periodo para exculpar a las mujeres fue el de *Tentativa Imposible* que comenzará a decaer a partir de la década del 80’.

intervenían en los procesos penales sobre aborto. Esto no quiere decir que creamos que las dinámicas de la justicia eran autónomas y desconectadas de la influencia de las esferas estatales y no estatales, muy por el contrario, lo que queremos demostrar es que el análisis de una política de Estado debe estar atenta a las acciones intra-estatales. Lo que subyace como interrogante mayor en nuestra investigación es el modo en que se estructura en el Estado una decisión legal, política, médica y moral sobre el aborto.

En las historias que aquí presentamos, las mujeres se encuentran en el fuego cruzado entre de un sistema de Leyes que pretendía penalizarlas y la consolidación de un sistema normativo de orden biopolítico.³³ Nos preocupa entender la aplicación de la ley como parte de una cultura legal donde lo doctrinario es reinterpretado. Por ello, a pesar de la escolástica del derecho penal, examinar cómo las interpretaciones de los operadores jurídicos determinan la forma en que la ley se aplica, nos permite historizar estas intervenciones y alertarnos, que la ley, no es siempre lo que parece y es posible que abunden, como dice el lunfardo criollo no lo sapos sino las “ranas”.³⁴

REFERÊNCIAS

- BARRANCOS, Dora. *Iniciativas y debates en materia de reproducción durante el primer peronismo 1946-1952*. Salta: SEPOSAL-GREDES; UNAS, 2001
- BARRANCOS, Dora. Problematic Modernity. Gender, Sexuality, and Reproduction in Twentieth-Century Argentina. *Journal of Women´s History*, The Jhon Hopkins University Press, v. 18, n. 2, p. 123-150, 2006.
- BASSANO, O. L. *Sangre, sudor y orina: una breve historia de la bioquímica*. Rosario: La Médica, 1977.
- BIANCHI, Susana. Las mujeres en el peronismo (Argentina 1945-1955). En: DUBY, George. *Historia de las Mujeres siglo XX*. Madrid: Taurus, 1993. Tomo V.
- BIRGIN, Haydeé (comp.). *El derecho en el género y el género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- BOCK, Gisela; PAT THANE. *Maternidad y políticas de género*. Madrid: Editorial Cátedra-Feminismos, 1996.

³³ Rifiotis (2007) nos advierte sobre la diferencia entre los *sujetos de derechos* y los *derechos en los sujetos*. Problematiza la traducción jurídica de los derechos que generaría más que una *cultura de derechos* la repetición de sujetos infantilizados y tutelados en su capacidad de acción.

³⁴ Irónicamente, mientras que en el lunfardo criollo los sapos significan fracaso, las ranas son muestra de picardía, viveza y trampa. (ESPIANDOLA, 2002).

CAIMARI, Lilia. **Apenas un delincuente**. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

CAVALLERO, Juan Ricardo. **El delito imposible**. La tentativa inidónea en el Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983.

CEPEDA, Agustina. Historiando políticas de sexualidad en Argentina: entre los cuentos de la cigüeña y la prohibición de la pastilla 1974-2006. **Prácticas de Oficio**. Investigación y reflexión en Ciencias Sociales. Buenos Aires: IDES, 2008. Disponible en: <<http://www.ides.org.ar/programasdeposgrado/publicaciones/practicasdeoficio/>>, Acceso: enero 2011.

CINFUENTES, R. (edit.). **Texto de obstetricia y ginecología**. Colombia: Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología, 2004

COSSE, Isabella. **Estigmas de nacimiento. Peronismo y orden familiar**. Buenos Aires: FCE-San Andrés, 2006

DALLA CORTE CABABALLERO, Gabriela. Control de la procreación y generización del Derecho Penal en la Argentina decimonónica: un estudio de caso. **ARENAL. Revista de Historia de las Mujeres**, España, v. 3, n. 3, p. 279-302, julio-diciembre, 1996.

DI LISCIA, María Herminia. 'Ser madre es un deber' (maternidad en los gobiernos peronistas, 1946-1955) En: VILAR; DI LISCIA; CAVIGLIA (ed.), **Historia y género**. Seis estudios sobre la condición femenina. Buenos Aires: Biblos, 1999.

ERASO, Yolanda. Género y Eugenesia. Hacia una taxonomía médico-social de las mujeres-madres en la década de 1930. En: LOZANO, Fernanda; BRAVO María Celia; PITA, Valeria (comp). **Historia de luchas, resistencias y representaciones**. Mujeres en la Argentina, siglos XIX y XX. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán, 2007. p. 361-390.

ESPANDIOLA, Athos. **Diccionario de lunfardo**. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2002

FELLITI, Karina. Las Políticas de población durante el tercer gobierno justicialista (1973-1976): sus repercusiones en la prensa escrita. En: ANDUJAR (comp.). **Historia, género y política en los 70**. Buenos Aires: Feminaria, 2005.

GALLI MAINNINI, Carlos. **El diagnóstico de embarazo con Batracios Machos**. Buenos Aires: Editorial Impaglione, Artecnic, 1948.

GARCÍA-SEGURA, J. M. 1.17 Métodos Radioinmunométricos. En: **TÉCNICAS instrumentales de análisis en Bioquímica**. Madrid: Síntesis, 2002.

GARLAND, David. **Punishment and modern society**. A Study in social theory. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

GONZALEZ MERLO, J. **Obstetricia**. España: Elsevier, 2006.

GUY, Donna. Madres vivas y muertas. Los múltiples conceptos de la maternidad en Buenos Aires. En: BALDERSTON Daniel; GUY Donna (ed.). **Sexo y sexualidades en América Latina**. Buenos Aires: Paidós, 1998.

HARDING, Sandra. Realist philosophy and standpoint epistemologies or feminist criminology as a successor science. En: L. Gelsthorpe y A. MORRIS (eds.). **Feminist perspectives in criminology**. Milton Keynes: Open University Press, 1990

- HARDING, Sandra. **The science question in feminism**. Milton Keynes: Open University Press, 1986.
- INI, María Gabriela. Infanticidios. Construcción de la verdad y control de género. En: AAVV. **Historia de las mujeres**. Colonia y Siglo XIX, Buenos Aires: Taurus, 2000. p. 253-252.
- KLEIN, Laura. **Fornicar y matar. El problema del aborto**. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2005.
- KLIMPEL Felicitas. Cárcel de Mujeres. Un proyecto de cárcel reformativo para América Latina. **Revista Penal y Penitenciaria**, Buenos Aires, v. XII, p. 22-137, enero-dic., 1947.
- LAQUEUR, Thomas. **La construcción del sexo**. Cuerpo y Género desde los Griegos hasta Freud. Madrid: Crítica, 1994.
- MIRANDA, Marisa; GRIÓN SIERRA, Álvaro (coord). **Cuerpo, biopolítica y control social**. América Latina y Europa en los siglos XIX y XX. Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.
- NARI, Marcela. **Políticas de maternidad y maternalismo político**. Buenos Aires: Biblos, 2004.
- NARI, Marcela. Las prácticas anticonceptivas, la disminución de la natalidad y el debate médico 1890-1940 .En: LOBATO, Mirta Zaida (edit). **Política, médicos, enfermedades. Lecturas de la historia de la salud Argentina**. Buenos Aires: Editorial Biblos- Universidad Nacional de Mar del Plata, 1996.
- NOVICK, Susana. Políticas de población en la década de 1930-1940 en la Argentina. Un análisis preliminar. En: MÉNDES DIZ, A. M., FINDLING, L.; PETRACCI, M.; FEDERICO, A. (comp.) **Salud y Población**. Cuestiones sociales pendientes. Buenos Aires: Espacio, 1998.
- OTERO, Hernán. (Director) **El mosaico argentino**. Modelos y representaciones del espacio y de la población, siglo XIX-XX. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- PANTELIDES, Edith. La transición demográfica argentina: un modelo no ortodoxo. Desarrollo Económico. **Revista de Ciencias Sociales**, Buenos Aires: v.22, n. 88. p. 511-532, enero-marzo, 1983.
- PEDRO, Joana María. **Prácticas prohibidas**. Prácticas costumeiras de aborto e infanticidio no século XX. Florianopolis: Cidade Futura, 2000.
- RAMACCIOTTI Karina; Adriana VALOBRA. Plasmar la raza fuerte. Relaciones de género en la campaña sanitaria de la Secretaría de Salud Pública de la Argentina (1946-1949). En: RAMACCIOTTI, Karina; VALOBRA. **Generando peronismo**. Estudios de cultura, política y género (1946-1955). Buenos Aires: Proyecto Editorial, 2004.
- REAGAN, Leslie. **When abortion was a crime: women, medicine and law in the United States, 1867-1973**. California: University California Press, 1998.
- RIFIOTIS, Theófilos. Directos humanos: sujeito de directos e direitos de sujeito. En: SILVEIRA, Rosa María Godoy et al. (Orgs.) **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Ed. Universitária/UFPB, 2007.
- ROHDEN, Fabiola. Ginecología, Gênero e sexualidade na ciencia do Sêculo XIX. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 8, n. 17, p. 101-125, jun., 2002.

- ROHDEN, Fabiola. **Uma ciência da diferença: sexo e gênero na medicina da mulher**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2001.
- RUBIAL, Beatriz. El honor y el delito. Buenos Aires a fines del siglo XIX. **Entrepasados**, Buenos Aires, Año VI, n. 11, p. 35-44, 1996.
- RUGGIERO, Kristin. Honor y maternidad y el disciplinamiento de las mujeres frente al infanticidio en el Buenos Aires de finales del Siglo XIX. En: FLETCHER, Lea (comp.) **Mujeres y cultura en la Argentina del siglo XIX**. Buenos Aires: Feminaria Editora, 1994.
- RUGGIERO, Kristin. "Not Guilty: Abortion and Infanticide in Nineteenth-Century Argentina" En: AGUIRRE, Carlos; BUFFINGTON, Robert. **Reconstructing Criminality in Latin America**, Wilmington, Delaware: Scholarly Resources, 2000. p. 149-166
- SCOTT, Joan. **Only paradox to offer**. French feminists and the rights of man. Cambridge: Harvard UP, 1996.
- SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. En: BIRGIN, Haydée (comp.). **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires, 1973. T. I-II.
- SOPRANO, Germán; BOHOLASVSKY, Ernesto (edit.). **Un Estado con rostro humano**. Funcionarios e instituciones estatales en Argentina (desde 1880 hasta la actualidad). Buenos Aires: Prometeo- UNGS, 2010
- SPECKMAN GUERRA, Elisa. **Crimen y castigo: legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (ciudad de México) 1872-1910**. México: El Colegio de México, 2002.
- TORRADO, Susana. **Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)**. Buenos Aires: De la Flor, 2003
- VALOBRA Adriana. Género y peronismo en la historiografía Argentina. Estudio Preliminar. **Trabajos y Comunicaciones**, La Plata, 2da. Época, n. 30-31, p. 167-190, 2004-2005.
- VALOBRA, Adriana. De cronopios y de famas. La atención del binomio madre-hijo en la política sanitaria bonaerense durante la gobernación de Domingo Alfredo Mercante, 1946 y 1952. En: PANELL, Claudio (comp.) **El gobierno de Domingo Mercante**. Un caso de peronismo provincial. La Plata: Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, 2005.