

# LAS LIBERTADES EN EL TIEMPO DEL NEOLIBERALISMO\*

---

*Luigi Ferrajoli\*\**

## *Resumen*

En este artículo el autor reflexiona sobre los riesgos que corren las libertades en el mundo contemporáneo y alerta sobre el uso indebido que se le está dando al concepto de libertad. Una vez hechas algunas aclaraciones conceptuales, Ferrajoli aborda el estudio de los ataques a tres distintos tipos de libertades: la libertad informativa, que es conculcada a través de los monopolios mediáticos y de las estrechas relaciones entre los políticos profesionales y los dueños de los medios; la libertad frente a los malos tratos y la tortura, que es conculcada gracias al nuevo entendimiento de lo que constituye un acto de tortura, sumamente flexible desde la guerra de la administración del Presidente Bush contra el terrorismo; y la libertad de autodeterminación sobre el cuerpo de las mujeres, violada actualmente por las normas sobre la prohibición penal del aborto y las leyes de procreación asistida.

*Palabras clave:* Derechos fundamentales, habeas corpus, autonomía, libertad, tortura.

## *Abstract*

In this work Luigi Ferrajoli reflects on the dangers that freedom faces in a contemporary world, and alerts us of the abuse of the concept of liberty. Once he has made some conceptual clarifications, the author analyzes the attacks against three types of freedom: freedom of information, which is endangered by mass media monopolies and the close relationships between professional politicians and media entrepreneurs; freedom from torture and abuse, which is jeopardized by the Bush administration's recent conceptualization of what constitutes an act of torture (one that has gained flexibility since the war against terrorism was set in motion); and freedom of self-determination concerning women's bodies, which is currently violated by the criminal prohibition of abortion and by legal norms against assisted reproduction.

*Key words:* Basic rights, habeas corpus, autonomy, freedom, liberty, torture.

\* Traducción de Miguel Carbonell.

\*\* Universidad de Roma III.

## 1. Palabras y significados

Un aspecto inquietante de estos últimos años es el vaciamiento de sentido sufrido por los términos del léxico político. Esta mutación en el significado ha afectado, en particular, a los dos términos que más que ningún otro expresan las fuentes de legitimación de los sistemas políticos: la *libertad* y la *democracia*, así como la combinación liberal-democracia que se ha convertido en Italia, en los últimos diez años, en la etiqueta ideológica reivindicada por casi todas las fuerzas políticas –de derecha, de centro y de izquierda–, como confirmación del vacío programático general y de la pérdida de sentido del lenguaje político, siempre proclive, no obstante la proclamada crisis de las “ideologías”, a usos ideológicos y propagandísticos.

Lo que resulta más alarmante es, sin embargo, el uso y el abuso de estas clásicas y veneradas palabras –libertad, democracia, liberal-democracia– en el lenguaje de la derecha, haciéndose llamar justamente “Pollo de las libertades” o “Casa de las libertades”. El uso inflacionario de estos términos en la propaganda de la actual mayoría en el gobierno\* italiano se acompaña de hecho con su radical pérdida de sentido. Hasta hace pocos años “liberal-democracia” designaba un sistema democrático dirigido a la tutela de las libertades y de la autonomía individual, respetuoso del disenso y de las minorías, del pluralismo informativo, de la sujeción a la ley de los poderes públicos, del control jurisdiccional sobre sus ilegalidades, de la independencia del poder judicial y de la rígida separación entre la esfera pública del Estado y la privada del mercado: en síntesis, el paradigma constitucional del Estado de derecho y de la división de los poderes, en oposición a cualquier forma de “absolutismo”.

En el actual léxico de la derecha, por el contrario, la expresión ha terminado por referirse a la suma de dos formas convergentes de absolutismo: el absolutismo de la mayoría y el absolutismo del mercado. En el lenguaje de la derecha italiana, “liberalismo” equivale a ausencia de reglas y de límites al mercado, es decir a los poderes económicos, serenamente equiparados a las libertades fundamentales; mientras que

\* N. del T.: el autor se refiere, en esta frase y en otras de su ensayo, a la mayoría encabezada por la coalición de derecha de Silvio Berlusconi, la cual fue derrotada por la coalición de izquierda de Romano Prodi.

“democracia” quiere decir omnipotencia de los poderes políticos de la mayoría e intolerancia hacia los vínculos constitucionales y los controles vinculados con el pluralismo político e institucional y a la separación de poderes. Está claro que esta doble ausencia de límites termina por favorecer la natural confusión entre los dos tipos de poder. Y siempre que, como ha sucedido en Italia, esta confusión y concentración de intereses y de poderes desregulados se produce a favor de un mismo sujeto por medio de la forma del conflicto de intereses –que equivale en realidad a la subordinación de los intereses públicos frente a los intereses privados- es la misma noción de democracia la que resulta vanificada: como democracia política, estando la representación popular, que es la representación de los intereses generales (de la “nación”, dice el artículo 67 de la Constitución italiana), comprometida por los condicionamientos de los intereses privados; y como democracia constitucional, por estar los límites y los vínculos legales y constitucionales a los poderes políticos contestados y deslegitimados por su concepción plebiscitaria.

## 2. El ataque a la libertad de información

Pero es sobre todo la noción de libertad la que resulta minada por la ideología y la práctica neoliberal y a la vez populista de la ausencia de límites a los poderes económicos y a los poderes políticos de la mayoría, por lo demás siempre conjugados y confusos en un mismo sujeto. Llego así al tema de nuestro encuentro: el de los derechos de libertad y específicamente de la libertad personal, singularmente hoy más que nunca amenazados, en estos años de retórica liberal y neoliberal, en gran parte de las democracias occidentales.

Creo que se deben distinguir las libertades en dos grandes clases: la “libertad de” y la “libertad para”; las *libertades-inmidades* y las *libertades-facultades*. Entre las primeras se encuentran la libertad personal, las distintas formas de *habeas corpus*, el derecho a la privacidad, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas: en general todos los derechos de libertad consistentes únicamente en la inmunidad de interferencias o de violaciones de terceros. Entre las segundas se encuentran todos los derechos de libertad consistentes, además de en inmunidad de interferencias o impedimentos, también en *facul-*

*tates agendi*, como la libertad de reunión, de asociación, de manifestación del pensamiento, de prensa. Nuestro encuentro está dedicado a la primera de estas dos clases de libertades: en particular a la libertad personal y a sus múltiples lesiones por obra de las arbitrariedades y de los abusos policíacos y judiciales. Me parece oportuno, sin embargo, antes de hablar de estas agresiones, hacer un apunte, así sea sumario, sobre la vistosa crisis que sufre hoy, no solo en Italia, la más clásica e importante de las libertades-facultades: la libertad de prensa y de información.

Esta crisis, como sabemos, es provocada, en nuestro país, por la concentración casi-monopólica, en el jefe de la mayoría parlamentaria, de la información televisiva, de gran parte de la prensa y de una parte relevante de la industria editorial y cinematográfica. Y ha sido agravada por la ley Gasparri: el último capítulo del *Corpus iuris ad personam* edificado por este parlamento para tutelar los intereses penales y patrimoniales del presidente del Consejo de Ministros.

Ha, sin embargo, explotado, con el casi monopolio televisivo realizado por el presidente del Consejo, una antigua aporía, que desde siempre ha planeado sobre la libertad de prensa, que pesa todavía más sobre la invasiva información televisiva y que va más allá del caso italiano: la confusión ideológica, que encontramos en los orígenes de la tradición liberal, entre libertad de información y propiedad de los medios de información, y por ello la configuración de la propiedad, que en realidad es un poder, comprendida dentro de la libertad de expresión. Gracias a esta confusión, aquellos que son poderes patrimoniales —el poder empresarial y la propiedad de los medios de comunicación, que nada tienen que ver con la libertad— se sobreponen y coinciden con dos derechos fundamentales, la libertad de expresión y el derecho a la información, y terminan englobándolos y devorándolos.

Se trata de una mistificación vistosa, profundamente enraizada en la cultura jurídica y política. Tan es así que la única garantía que es por todos reivindicada en tutela de la libertad de información es en realidad la garantía de la libre concurrencia en el mercado: olvidando que del mercado esa libertad es una variable dependiente, mercedora de tutela en la medida en que esté asociada al pluralismo de los propietarios de los medios de comunicación, y no ya como valor por sí misma, constitucionalmente garantizado como derecho fundamental.

De esta manera la libertad de imprenta pasa de ser un derecho fundamental, universal e indisponible, presupuesto esencial de la democracia

política, a ser un derecho patrimonial, es decir una mercancía confiada a las dinámicas del mercado. Así, la propiedad de los medios de información devora a la libertad de imprenta, resolviéndose únicamente como libertad de los propietarios: o mejor dicho, bajo condiciones de monopolio, en la libertad del único propietario. Y los espacios de la comunicación política, en los que Jürgen Habermas ha identificado la esfera pública, son privatizados y transformados en esfera privada. La libertad de información, en vez de limitar y controlar el poder, es de esta forma limitada y controlada.

Lo que sucedió en Italia en años recientes nos indica un problema gravísimo, referido al futuro de la democracia no solo en nuestro país sino en todos los países avanzados –piénsese solamente en las concentraciones televisivas y en la creciente homologación de la información en los Estados Unidos– y que requiere la introducción de garantías que vayan mucho más allá de la simple legislación *anti-trust*: la cual puede bastar para tutelar el mercado pero es del todo suficiente para tutelar la libertad y la democracia. Significaría un primer paso hacia la solución del problema que las vicisitudes italianas sirvieran de lección y valieran por lo menos para empeñar a la izquierda y a la cultura jurídica y política en una reforma radical, dirigida no solamente a impedir las concentraciones oligopólicas de los medios, sino también a garantizar directamente la libertad de la información y el derecho a la información: sobre todo garantizando, a través de un estatuto de los derechos de los periodistas que excluya cualquier interferencia patronal o política sobre las nóminas y sobre la gestión de los medios, una separación y una independencia del ejercicio de la libertad de la información respecto de la propiedad, cuestiones que no son menos esenciales que la separación y la independencia que tiene el poder judicial respecto al ejecutivo; en segundo lugar reconociendo el carácter objetivamente “público” de la prensa y de la televisión como lugares de ejercicio de la libertad de información y de opinión, a través de los adecuados financiamientos inversamente proporcionales a las inserciones publicitarias y, a la vez, la creación de infraestructuras comunes –redes, cables, satélites y similares– de carácter público (como las redes de carreteras).

### 3. Tres figuras de habeas corpus.

#### A) La libertad personal

Vayamos ahora a los ataques dirigidos en estos años a otra gran clase de derechos de libertad: las “libertades de” o “libertades inmunidad” y, en particular, la libertad personal.

El rasgo característico y común de estas libertades es su nexo con el cuerpo: la inmunidad del cuerpo respecto a privaciones, restricciones o prácticas heterónomas, en una palabra, el clásico *habeas corpus*. Distinguiré, someramente, tres campos, o si se quiere tres corolarios del *habeas corpus* y otras tantas clases o tipos de sus violaciones. También la agresión a estas libertades es un fenómeno que va mucho más allá de la experiencia italiana, y por tanto interesa a todas las democracias occidentales, comenzando por los Estados Unidos.

El primer campo en el que el *habeas corpus* está amenazado es el clásico de la libertad personal. Paralelamente al descubrimiento de las garantías penales y procesales en beneficio del anterior presidente del Consejo de Ministros, se ha registrado en Italia una acentuación masiva de la represión penal y de la encarcelación cautelar, en agravio —como siempre, pero hoy en día más que en el pasado— de las capas más débiles: tóxico-dependientes, inmigrantes, grupos marginados. En lo que sigue me limitaré a señalar tres órdenes de indicaciones del derecho penal mínimo relativas a los delitos, a las penas y a los procesos.

En el plano del derecho penal sustantivo debería retomarse el viejo camino de la despenalización, acompañada sin embargo de una refundación de la legalidad penal basada en la reserva de código, necesaria, como he sostenido en otras ocasiones, para restituir eficiencia y garantismo a la maquinaria judicial. Es necesario además abolir la vergonzante pena de muerte, rebajar la duración máxima de la reclusión (actualmente de 30 años) a los niveles europeos (20 años según los códigos francés, belga, suizo, austriaco, noruego, griego y luxemburgués; 16 años según los códigos danés e islandés, 15 años según los códigos alemán, húngaro y polaco; 12 años según el código finlandés, 10 años según el código sueco) y reformar el sistema de penas, reservando la reclusión para los delitos más graves y transformando en penas decretadas directamente por el juez las actuales medidas alternativas a la pena, como la detención domiciliaria, la semi-libertad y la libertad

condicional. En el plano procesal, en fin, es necesario realizar una drástica restricción de los presupuestos de la custodia cautelar, que deberían limitarse al peligro de destrucción de las pruebas hasta el momento del primer interrogatorio y no también al peligro de fuga, generado sobre todo por la misma custodia cautelar, ni mucho menos por la peligrosidad del reo, que es contraria a la presunción de inocencia y transforma de hecho la medida cautelar en una pena anticipada sin juicio.

Son propuestas viejas, que hemos repetido hasta el cansancio, pero que se necesitan hoy más que nunca, como alternativas a las amenazas a las que se enfrentan, en todos los países occidentales, las garantías del debido proceso y de la libertad personal. Es de los Estados Unidos y de Inglaterra de donde provienen las señales involutivas más horripilantes. Al proyecto americano de la guerra infinita, dirigida ilusoriamente a exportar con las armas la democracia, se le está acompañando una restricción masiva de las libertades y de la democracia al interior del corazón mismo del imperio. En los Estados Unidos la población carcelaria se ha duplicado en pocos años, alcanzando los dos millones y medio de personas: una cifra casi diez veces superior, en proporción al número de habitantes, a la europea, y en la misma proporción son superiores las cifras de criminalidad, en confirmación de la tesis de Beccaria según la cual la crueldad de las penas no detiene la realización de delitos sino que por el contrario es un factor criminógeno.

Sobre todo, además, ha sido instituido, por la terrible *Patriot Act* votada casi por unanimidad por el Congreso norteamericano al día siguiente del 11 de septiembre, un estado de excepción global, que confiere al presidente de los Estados Unidos el poder ilimitado para hacer uso de la fuerza contra organizaciones o Estados que entiende que están involucrados en actividades terroristas, así como para instituir tribunales militares especiales en materia de terrorismo, sustraídos a todas las garantías del debido proceso: en suma, una suerte de potestad soberana para la guerra interna y externa, que anula el principio de legalidad y la separación de poderes, las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales de las personas, o sea la entera regulación de la fuerza dictada por las reglas del derecho interno y del derecho internacional. Una decisión análoga, el *Crime and terrorism act*, informado por la misma lógica de la sospecha y de la ampliación desmesurada de los poderes de la policía, entró en vigor el 14 de diciembre de 2001 en Inglaterra. El resultado ha sido una amplia restricción de las

libertades de todos: por los poderes ilimitados de interceptación telefónica, de violación de la correspondencia y de la privacidad, de detención y arresto conferidos a la policía, que se dirige sobre todo contra los inmigrantes.

Se ha procedido también a la construcción, con base en las nuevas normas y a la sombra de la guerra infinita y de la lucha contra el terrorismo, de una suerte de sistema carcelario mundial, localizado en todo el planeta –desde Guantánamo hasta los Estados Unidos, desde Afganistán hasta Irak– sustraído a toda regla y garantía jurisdiccional. Sabemos poco de este sistema, a causa justamente de su secrecía. Sabemos solamente que están reclusos, sin cargos formales de imputación y sin posibilidad de comunicarse ni con sus familiares ni con sus defensores, miles de detenidos que han sido arrestados en secreto, segregados sin límite de tiempo, sujetos a tratamientos inhumanos (privados del sueño, a veces permanentemente encadenados o todavía peor encapuchados, mantenidos en un estado de total aislamiento), en espera de procesos sumarios a su vez secretos, que pueden concluir con la pena capital pero que hasta ahora, al parecer, no han ni siquiera comenzado. Se dibuja así una suerte de estado de policía global, como consecuencia de un maccartismo igualmente global que renueva en la patria del *habeas corpus* y de las libertades civiles el fenómeno sudamericano de los *desaparecidos*\*. A estos reclusos, confinados en lugares desconocidos e ignorados por los medios de información, se les sustrae al mismo tiempo del estatuto de detenidos porque son “enemigos combatientes” y del de prisioneros de guerra porque son “criminales”: se trata de no-personas, de las que nada sabemos y nada sabremos, privados de todos los derechos establecidos por la Constitución americana y por las convenciones internacionales.

## **B) La inmunidad frente a malos tratos y torturas**

El segundo terreno en el que el *habeas corpus* es agredido hoy en día es la inmunidad frente a la tortura. No se trata de una cuestión teórica, perteneciente a la tradición clásica, del siglo XVIII, del garantismo penal. Se trata, por el contrario, de una cuestión que se ha vuelto de

\* N. del T.: en español en el original.



dramática actualidad con las prácticas de interrogatorio a las que son sometidos los detenidos en el nuevo sistema carcelario modelo Guantánamo. Como prueba del nivel al que ha descendido el sentido del derecho y de los derechos, se ha desarrollado, en la prensa norteamericana, un debate público en el que se discute serenamente sobre la legitimidad, obviamente en “casos extremos”, de la tortura.

Por lo que hace a Italia, la cuestión ha sido abierta a partir de la persecución, vejaciones y mortificaciones a las que han sido sometidos por la policía centenares de jóvenes manifestantes —en Nápoles en marzo del 2001, y luego en Génova en julio del mismo año— con ocasión de los arrestos, casi todos arbitrarios, que siguieron a las manifestaciones masivas contra las reuniones del G8. Se trató de una página negra de la historia de la República: no solamente por las decenas de heridos, sino también por la premeditada organización de la agresión por parte de la policía, por las violencias y las torturas que siguieron en los cuarteles e incluso en los hospitales, por las calumnias y las falsificaciones de pruebas y de delitos imputados a los arrestados, así como por la oficiosa defensa de estas abominaciones por parte de la apenas inaugurada “Casa de las libertades”\*. Los objetivos de la operación, por otro lado, aparecieron claramente desde el principio: sobre todo la difamación y la criminalización de todo el movimiento anti-globalización, presentado como vandálico o peor como para-terrorista; en segundo lugar un desafío abierto al Estado de derecho y a la democracia.

La única respuesta que las fuerzas de oposición deberían haber dado a este escándalo, para no asumir la corresponsabilidad, hubiera sido una batalla por la introducción, al menos en su programa de gobierno, de dos simples garantías dirigidas a impedir que se pudieran repetir los mismos hechos en el futuro. La primera es una más rígida limitación de los poderes de detención de la policía y la reintroducción de la obligación de asistencia y de la presencia del defensor en cualquier caso de privación policíaca de la libertad personal. Es evidente que la restricción de la libertad personal sin garantía de defensa ni controles jurisdiccionales suministra el lugar y el momento privilegiados para la tortura, o al menos para actos de violencia por obra de los agentes de policía frente a los ciudadanos inermes que han caído en sus manos. Debemos por lo demás estar conscientes de que los hechos de Nápoles

\* N. del T.: la “Casa de las libertades” fue la coalición de partidos de derecha que llevó al gobierno italiano a Silvio Berlusconi, en la primavera del 2001.

y Génova han revelado solamente la punta del iceberg, ya que sabemos muy bien que la cifra negra de las torturas o al menos de los abusos de la policía es altísima, también a causa de la omisión de denunciar por parte de los afectados, que corren el riesgo de ser perseguidos por calumnia. Contra este tipo de prácticas, la primera garantía es la reducción a lo estrictamente necesario y, a la vez, la máxima transparencia de cualquier contacto entre el ciudadano y la policía.

La segunda garantía de la integridad personal es una clara y unívoca estigmatización como delito de “tortura”, adecuadamente castigado, de cualquier forma de dolor o sufrimiento indebidamente inflingidos por funcionarios públicos a ciudadanos privados de su libertad. En ninguna otra materia como en esta las normas penales tienen un valor educativo y, por así decirlo, performativo del sentido moral, del espíritu cívico y de la deontología profesional de las fuerzas de policía. En Italia hace falta esta elemental garantía negativa, ya que la tortura es ignorada como delito específico por nuestro ordenamiento. A los casos de tortura se aplican por ello figuras de delitos bastante menos graves, como el genérico “abuso de autoridad” previsto en el artículo 608 del código penal y los comunes golpes y lesiones, punibles además, si no provocan una invalidez superior a los veinte días, por querrela de parte. Nada comparable, por su gravedad y vileza, con la tortura, la cual consiste –según la definición que nos ofrece el artículo 7 párrafo 2, inciso e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y aún antes el artículo 1 de la Convención contra la tortura firmada en Nueva York el 10 de diciembre de 1984- en “causar intencionadamente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control”: formulación, ésta, literalmente tomada por una propuesta de ley presentada por un amplio espectro de diputados de izquierda a solicitud de algunos de nosotros, al día siguiente de los hechos de Génova, pero increíblemente detenida en el parlamento italiano.

Es evidente que la posibilidad de perseguir esta práctica abyecta, que hiere la dignidad de la persona y al Estado, no puede ser confiada a una querrela de parte como si fuera un hecho cualquiera de lesiones entre particulares. Lo excluyen lógicamente la indisponibilidad de los derechos fundamentales y la naturaleza pública de los intereses y los valores lesionados, que imponen una mínima garantía de previsión de un específico delito de tortura adecuadamente castigado y perseguible de oficio.

Pero no es solamente la lógica de las garantías de los derechos humanos la que impone esta obligación al legislador. Esta obligación está también explícitamente impuesta por normas constitucionales e internacionales. Está prescrita ante todo por la Constitución italiana, cuyo artículo 13, párrafo cuatro establece: “Se castigará toda violencia física o moral sobre las personas sujetas de cualquier modo a restricciones en su libertad”. Se trata de la única obligación constitucional de sancionar impuesta explícitamente al legislador ordinario, lo que debería bastar para hacer comprender la importancia de su cumplimiento. Normalmente las cartas constitucionales establecen solo límites negativos a la potestad punitiva del legislador, según la forma lógica de todas las garantías penales (“nulla pena sine...”) creadas para tutela de las libertades de los ciudadanos. En el caso de la tortura, por el contrario, la Constitución prevé expresamente, a cargo del legislador, una específica obligación de sancionar: en garantía, evidentemente, de esa libertad fundamental –previa a todas las demás y primera forma de distinción entre un estado de derecho y un estado de policía– que es la inmunidad del cuerpo humano frente a violencias de cualquier tipo por obra de las instituciones que lo tienen en su poder.

La tortura está, por otro lado, prevista específicamente como delito también por el derecho internacional. “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” establece el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y lo repiten el artículo 3 de la Convención Europea de Libertades Fundamentales de 1950 y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Además, la Convención contra la Tortura de 1984, ratificada por Italia mediante la Ley número 498 de 1988, impone su previsión y sanción penal en el derecho interno de los Estados. “Todo Estado parte”, dice el artículo 2 de la Ley, “debe adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para impedir que actos de tortura sean cometidos en cualquier territorio sometido a su jurisdicción... Ninguna circunstancia excepcional, cualquiera que sea, como el estado de guerra, de inestabilidad política interna o de cualquier otro estado de excepción, puede ser invocada para justificar la tortura”. Y el artículo 4 agrega: “todo Estado parte es responsable de verificar que todos los actos de tortura sean considerados como delitos por su derecho penal” y “debe señalar contra tales transgresiones penas adecuadas en vista de su gravedad”. Finalmente, la in-

roducción inmediata en el ordenamiento italiano del delito de tortura como “crimen contra la humanidad” ha sido impuesta por el artículo 7 inciso F del Estatuto de la Corte Penal Internacional que recientemente ha entrado en funcionamiento. La competencia de la Corte está de hecho prevista, de acuerdo con el artículo 1 de su Estatuto, como “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”, o sea en caso de inercia de las jurisdicciones de los Estados: por tanto, también en caso de inercia de nuestra jurisdicción, si por ejemplo las lesiones inflingidas por la policía resultan perseguibles por querrela de parte y la querrela no fuese oportunamente presentada o bien, de forma más simple, si nuestra Procuraduría compartiera opiniones como las expresadas por el actual gobierno sobre los actos de violencia en Nápoles y Génova.

### **C) La inmunidad del cuerpo de la mujer y la ley sobre la procreación asistida**

Hay un tercer tipo de libertades-inmunidad y un tercer tipo de violaciones del *habeas corpus* que merecen ser señaladas. Se refieren, específicamente, a la libertad femenina y a la inmunidad de coerciones y violaciones del cuerpo de las mujeres, hoy nuevamente amenazadas por la reciente ley sobre procreación asistida. Es una amenaza que indica una explícita voluntad de restauración. Como ha sido puesto de relieve por una vasta literatura feminista, el cuerpo de las mujeres, a diferencia del de los hombres, ha sido siempre un campo de conflictos y de discursos públicos –jurídicos, éticos, políticos– así como de prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. En suma, ha sido, y se pretende que vuelva a serlo, objeto de derecho y de derechos de otros, como cuerpo no autónomo, sino sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios. El clásico principio liberal formulado por John Stuart Mill, según el cual sobre el propio cuerpo y sobre la propia mente cada individuo es soberano, resulta de esta manera lesionado, para las mujeres, mucho más que para los hombres. Y lo mismo se puede decir de la máxima moral kantiana según la cual ninguna persona puede ser tratada como cosa, es decir como medio para fines que le son ajenos.

Fue por tanto esencialmente una batalla por la libertad la que en Italia condujo, a través de la Ley número 194 de 1978, a la despenaliza-

ción del aborto: una batalla, precisamente, de liberación del cuerpo de las mujeres de una suerte de *servicios* o servidumbres personales, en virtud de las cuales era tratado como instrumento para fines ajenos. La autodeterminación de la maternidad ha sido de hecho, esencialmente, la conquista de una *libertad para*, antes que una *libertad de*: antes que de la libertad de abortar, de la libertad frente a esa constricción física que es representada por la obligación de la mujer de convertirse en madre, con el trastorno vital que la maternidad comporta, y frente a la instrumentalización de su cuerpo para un fin que no es suyo porque no es por ella querido. Se ha tratado, en suma, de la afirmación de la libertad en el sentido de la definición de Mill, y con ella de la identidad de la mujer como persona y no como cosa, no más objeto sino sujeto del derecho y de derechos.

Hoy la misma cuestión ha sido repropuesta, en términos no menos graves, por la reciente ley en materia de procreación asistida. Según esta ley las nuevas técnicas de procreación serán permitidas solamente a “parejas de mayores de edad, de sexo distinto, casadas o convivientes”, sobre la base del consenso formal de ambos y sin posibilidad de recurrir a la “inseminación heteróloga”, es decir a ovocitos o espermatozoides extraños a la pareja, aunque los aspirantes a padres estén afectados por enfermedades genéticas. El recurso a las técnicas de procreación asistida ha sido sometido a una larga serie de intervenciones disuasorias y de obstáculos burocráticos: la advertencia de parte del médico de “los posibles efectos colaterales sanitarios y psicológicos” y del “grado de invasividad de las técnicas”; la proyección hacia los “procedimientos de adopción”, así como los “costos económicos de todo el procedimiento”; la documentación médica sobre la esterilidad o infertilidad; la previsión de un “plazo no inferior a siete días” que deberá correr “entre la manifestación de voluntad y la aplicación de la técnica”. Lo que es más grave, además, es que esta ley precluye la revocación del consenso luego de la fecundación del óvulo, de modo que la mujer, aunque sepa que el embrión está enfermo o tiene malformaciones, debe seguir adelante con el implante obligatorio sin otra forma de tutela más que el sucesivo recurso al aborto. Naturalmente esta norma es inaplicable, a menos que se admita, si la mujer se opusiera, la ejecución forzosa del implante. No solo. No se pueden producir e implantar más de tres embriones a la vez; con la consecuencia, en caso de que no haya éxito, de que la mujer deberá someterse a nuevas aplica-

ciones igualmente peligrosas, como afirma la propia ley, para su salud. En el furor prohibicionista se ha llegado a proscribir, contradictoriamente, tanto la conservación como la supresión de los embriones. Hoy en día existen, al parecer, al menos 30,000 embriones congelados; con base en esta doble prohibición, no podrán ser destruidos, bajo la amenaza de ir a la cárcel por tres años, ni tampoco implantados, en vista de que en este caso se incurriría en la prohibida inseminación heteróloga.

La ley de esta manera ha logrado violar simultáneamente varios principios fundamentales de nuestro ordenamiento. Sobre todo la libertad de las mujeres, en el doble sentido de la libertad de las elecciones de vida y de la inmunidad de su cuerpo frente a intervenciones coactivas. En segundo lugar su dignidad como personas, equivaliendo el implante forzoso consecuente a la imposibilidad de revocar el consenso a la reducción de la mujer a una cosa, o sea a un instrumento para fines que no le son propios. En tercer lugar el principio de igualdad, dado que esta ley discrimina a las mujeres solteras respecto a las casadas o a las parejas irregulares frente a las regulares y, además, prevé la inscripción en un “registro nacional”, no solamente de los “embriones formados” sino también de “los nacidos en virtud de la aplicación de las técnicas” de procreación. En cuarto lugar el derecho a la salud de la mujer, por los peligros consecuentes a las muchas operaciones de reimplante necesarias por el limitado número de embriones que se pueden utilizar en cada ocasión. En fin, la laicidad de nuestro ordenamiento, dado que esta ley está claramente dirigida a imponer a todos una opción dictada por la religión católica, sin otro efecto que el de volver ilegal y clandestino lo que ilusoriamente se intenta impedir.

Además de lo anterior, esta opción prohibicionista es incomprensible en el plano moral, dado que en este caso no consiste ni siquiera, como en el aborto, en la oposición a la supresión de una entidad vital, sino por el contrario en la preclusión o limitación de la posibilidad de provocar su nacimiento. Pero justamente por esto es que es reveladora de la verdadera preocupación y de las verdaderas finalidades que se encuentran en su base: el temor de que las nuevas tecnologías pueden derivar en una mayor libertad de elección de las mujeres, al grado de darles la posibilidad de decidir sobre su maternidad sin el concurso y el control de un padre, demostrando la voluntad de reducirles su autonomía y de restaurar el viejo orden familiar amenazado por las nuevas, posibles libertades.

Este nexo entre libertad y cuerpo, constantemente reivindicado por el pensamiento feminista y dado por descontado por la filosofía jurídica luego de la formal abolición de las penas corporales y de la esclavitud, viene por tanto repropuesto brutalmente en vista de las nuevas, múltiples agresiones a la libertad y a la integridad personales. Las jaulas de Guantánamo, la práctica de la tortura en los interrogatorios de sospechosos de terrorismo, las violencias y vejaciones policíacas contra los manifestantes, las mismas leyes contra la inmigración que niegan el acceso a nuestros países ricos a masas de personas hambrientas, equivalen, como se dijo al inicio, a otras tantas devaluaciones del cuerpo y de la dignidad humana, además de la libertad personal. Y todavía más dramáticamente ese nexo con el cuerpo viene repropuesto, como presupuesto material de todas las demás libertades, por las agresiones a la integridad física de las personas que provienen de las enfermedades, del hambre y de la sed que provocan en el sur del mundo millones de muertes cada año. Es en esta devaluación del cuerpo, valorado como fuerza de trabajo en los orígenes del capitalismo y hoy depreciado, en el actual mundo globalizado, porque siempre resulta excedente y superfluo, que reside el mayor peligro para el futuro de las libertades y de la democracia.

Recepción: 7/12/2007

Aceptación: 8/05/2008