



La permisión de la despenalización del aborto temprano en el sistema jurídico de Argentina¹

Alvaro Herrero²

Cuando se discute la despenalización del aborto temprano se discute el alcance de la protección al **derecho a la igualdad** de las mujeres en relación a su **derecho a la autonomía sexual y reproductiva**, a la **salud**, a la **integridad física y moral**, y a la **vida**.

La “despenalización del aborto” como medida legislativa trata de la inclusión de un permiso no cualificado para abortar durante algún período del embarazo. Es decir, una instancia donde la interrupción voluntaria del embarazo es permisible sin el requerimiento de motivos taxativos o con el mero requerimiento legal de que la mujer manifieste verbalmente estar “perturbada” por el embarazo.³ La extensión concreta del período considerado como “temprano” (es decir, si se despenaliza el aborto hasta la semana doce de gestación, antes o después) corresponde a una discusión de política criminal que varía de país en país.

Existen razones normativas/legales y razones de política pública, sanitaria y criminal para defender la despenalización del aborto temprano en Argentina.

En relación a los argumentos normativos, la reforma legislativa se justifica porque:

- En Argentina existe “espacio legal” para una reforma penal de este tipo. Es decir, que una modificación al Código Penal en esta dirección sería

¹ **Permitida la reproducción citando la fuente:** Álvaro, Herrero (2010): "La permisión de la despenalización del aborto temprano en el sistema jurídico de Argentina". *Seminario Internacional: “El derecho al aborto, una deuda de la democracia”*. Buenos Aires: Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Disponible en www.abortolegal.com.ar

² Director Ejecutivo, Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Mercedes Cavallo, abogada e integrante del equipo de trabajo del área de Educación y Discriminación de la ADC colaboró en la preparación de este documento.

³ Algunos países europeos como Albania, Bélgica, Francia, Alemania y Suiza establecen este requisito que es, virtualmente, un permiso no cualificado, aunque con una exigencia formal previa. Ver International Planned Parenthood Federation, European Network, “Abortion Legislation in Europe”, Brussels, Belgium, 2009.



constitucional porque no iría contra principios, derechos ni garantías de nuestro sistema jurídico;

- En Argentina la actual penalización del aborto (aún con causales de eximisión de pena como es el caso) sí contradice el sistema jurídico porque viola garantías y derechos constitucionales de las mujeres; concretamente el derecho a la igualdad/no discriminación en relación al derecho a la salud, a la vida y a la integridad física y moral;
- La violación a los derechos de las mujeres genera responsabilidad internacional para la Argentina por la violación de los tratados de derechos humanos.

En relación a los argumentos de política pública, la despenalización del aborto temprano se justifica porque la criminalización no es un medio adecuado para prevenir abortos. Es decir, no previene abortos, y, por tanto, es ineficaz.

Argumentos normativos o legales para la despenalización del aborto temprano

1) La despenalización del aborto temprano es consistente con nuestro sistema jurídico constitucional

La permisividad de la despenalización del aborto temprano depende de dos requisitos que tienen que estar presentes en el sistema jurídico donde la medida se quiera implementar:

- a) el reconocimiento de un **derecho constitucional a la autonomía**, extensible a los casos en que está en juego la autonomía sexual y reproductiva;
- b) el reconocimiento de que, para el sistema jurídico, **la vida adquiere valor de forma incremental**.



Ambos requisitos están presentes en el sistema jurídico argentino, y, por tanto, posibilitan la despenalización. Este argumento desarrollado en detalle por Marcelo Ferrante y se expondrá a continuación.

a) El sistema jurídico argentino reconoce el derecho constitucional a la autonomía, extensible a la autonomía sexual y reproductiva

El derecho a la autonomía en el sistema argentino se deriva del artículo 19 de la Constitución Nacional en cuanto protege las acciones privadas. A diferencia de la intimidad, el derecho a la privacidad a la luz del artículo debe entenderse como el dominio del ciudadano sobre una esfera de su vida privada que le pertenece exclusivamente, y donde el Estado no puede inmiscuirse.

El derecho a la privacidad entendida como el “autogobierno” sobre la esfera privada implica el reconocimiento de la autonomía del individuo. En este sentido, el derecho a la privacidad también está reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, como en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 16 de la Convención de Derechos del Niño, en el artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tribunales internacionales han desarrollado doctrinas muy robustas derivadas del derecho a la “vida privada”. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció que la “vida privada” no se circunscribe al derecho a la intimidad, sino que se refiere también a una “esfera donde la persona puede perseguir el libre desarrollo de su personalidad.”⁴ En este sentido, la Corte consideró que algunas actividades sexuales⁵ y sociales⁶ caen dentro de la protección a la vida privada. Aún más, la Corte consideró que el derecho a la privacidad comprende el derecho a la integridad física y moral.⁷ Si bien la

⁴ Ursula Kilkelly, *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights* (Human Rights Handbooks, No.1) (Alemania; Council of Europe, 2001), pág 10

⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Dudgeon v. the United Kingdom* [1981]

⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, *McFeeley v. the United Kingdom* [1980]

⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *X and Y v. the Netherlands* [1985], párrafo 22



integridad física y moral está expresamente reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos, el desarrollo jurisprudencial que hace la Corte Europea sirve para resaltar la estrecha relación entre privacidad e integridad.

En un importante caso contra Polonia sobre aborto, la Corte Europea sostuvo que las legislaciones que regulan la interrupción del embarazo tocan la esfera protegida por el derecho a la privacidad, dado que cada vez que una mujer está embarazada, su vida privada se vuelve muy conectada al feto en evolución.⁸

El derecho a la autonomía sexual y reproductiva y a la planificación familiar a través de servicios de salud anticonceptivos y educación sexual se deriva implícitamente del derecho a la privacidad, aunque también ha sido expresamente reconocido por convenciones internacionales de jerarquía constitucional. Concretamente, los artículos 12 y 14 (2) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el artículo 24 (f) de la Convención de Derechos del Niño. En el mismo sentido se manifestó el Comité de CEDAW⁹ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰.

El derecho a la autonomía sexual y reproductiva está ampliamente reconocido en la legislación argentina, a nivel nacional, en, por ejemplo, el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable de 2003, la Ley N° 26.130 de 2006 que regula las intervenciones de contracepción quirúrgica, y la Ley N° 26.150 de 2006 que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral.

¿Qué significa, concretamente, el reconocimiento del derecho a la autonomía sexual y reproductiva? Cuando se implementan políticas sanitarias para la planificación familiar en reconocimiento de la autonomía sexual y reproductiva necesariamente se admite que personas que de otro modo nacerían no nacerán. Es decir, el uso de anticonceptivos y el acceso a información y educación sexual previene embarazos y, en consecuencia, nacimientos.

⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Tysiack v. Poland* (2007)

⁹ CEDAW, Recomendación General N° 24: “Artículo 12, La Mujer y la Salud”, 20° período de sesiones, (02/02/1999).

¹⁰ CESC, Recomendación General N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, 422° período de sesiones Ginebra, (25/04 a 12/05/2000).



Hoy por hoy nadie se atrevería a poner en duda que el derecho a la autonomía y la autodeterminación incluyen el derecho a decidir con quién formar una familia, la cantidad de hijos e hijas y su espaciamiento. Entonces, ¿por qué habría de impedirse el aborto si se permite la anticoncepción? La respuesta, generalmente, es que en el caso del aborto ya existe un embrión mientras que en el caso de la anticoncepción sólo se evita la formación de ese embrión. Es decir que el aborto “mataría” al embrión, en violación al derecho a la vida. Por ende, el Estado debe proteger el embrión a través de la criminalización del aborto.

Este argumento adolece de muchos problemas:

- Asume que es posible establecer en qué momento comienza la vida;
- Sostiene que un embrión es vida humana;
- Afirma que la protección legal de la vida que establece, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, comienza con la concepción;
- Considera que el embrión es persona en los mismos términos que una persona nacida, y, por tanto, que ostenta el derecho a la vida;
- Reconoce el derecho a la vida de forma constante, con igual peso y protección desde la concepción hasta la muerte de la persona nacida;
- Entiende al derecho a la vida de forma absoluta, sin admitir ponderación con otros derechos e intereses.

Si bien ninguno de los presupuestos antes mencionados se sostienen en bases argumentativas sólidas, este artículo se centrará en desentrañar el principal problema del argumento que defiende la criminalización del aborto: del interés estatal en la protección de la vida prenatal se deriva, erróneamente, que el embrión tiene un derecho a la vida equiparable y en los mismos términos que tiene una persona ya nacida. A continuación se explicará que esto es falso porque **el sistema jurídico argentino — y la vasta mayoría de los países del mundo — no otorga el mismo valor a la vida de un embrión que a la vida de una persona.**

b) El sistema jurídico argentino otorga valor a la vida de forma incremental



La norma legal que es invocada para defender la vida del feto es, principalmente, el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que lee “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, *en general*, a partir del momento de la concepción” (énfasis agregado).

El artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos generó controversia porque algunos consideraron que reconoce el derecho a la vida del feto desde el momento de la concepción, y otros estimaron que el “en general” da espacio legal para la liberalización del aborto.

Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe conocido como “Baby Boy” afirmó que el artículo 4 no se dirige a prohibir el aborto en sí, sino que se refiere a formas de protección de la salud materno-infantil desde el momento de la concepción.

“Baby Boy” se originó por una petición promovida en 1977 en Estados Unidos por un grupo antiabortista, contra Estados Unidos y Massachussets. La demanda se motivó en un aborto realizado en 1973 (luego de la legalización del aborto en Estados Unidos) por un médico en la ciudad de Boston a una joven de 17 años con el consentimiento de ésta y de su madre. Los peticionantes alegaban que la permisión del aborto había violado los derechos a la vida, la igualdad y la salud del feto.

La Comisión, luego de examinar los antecedentes que dieron lugar a la aprobación del texto definitivo en 1969, concluyó que las decisiones de la Corte Suprema estadounidense que habían reconocido un derecho irrestricto al aborto temprano (“Roe v. Wade” en adelante) no eran incompatibles con la Convención.

Esta interpretación del art 4 CADH fue retomada en Argentina por la Jueza Kogan del Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires, quien dijo que “... la expresión contenida en dicho artículo que establece que el derecho a la vida “...*estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”, no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación del instrumento por parte numerosos Estados que como el nuestro habían despenalizado distintos supuestos de aborto...”¹¹.

¹¹ SCBA, “R. , L.M. , NN Persona por nacer. Protección. Denuncia” (31/07/2006)



Es decir, ante el hecho evidente de que la cuestión del aborto estaba regulada en forma diversa en las distintas legislaciones nacionales de los países americanos, los redactores de la Convención Americana de Derechos Humanos quisieron dejar un considerable margen de libertad a los países signatarios para regular dicha cuestión.

Sin embargo, la falta de reconocimiento normativo de un derecho a la vida en cabeza del feto no impide al Estado el reconocimiento y la consecuente protección de la vida prenatal. Existe consenso en los sistemas jurídicos del mundo en que proteger la vida embrionaria es un importante valor social que merece atención y respeto.

En este sentido se pronunciaron cortes internacionales como la Corte Constitucional Española en 1985¹², que afirmó que **el feto no es titular de derechos**¹³, pero que las provisiones relativas al derecho a la vida y a la dignidad humana de la Constitución española establecen una norma general de protección de la vida prenatal.

Basándose en el razonamiento de la Corte española, la Corte Constitucional de Portugal sostuvo que el feto no es titular de derechos bajo la provisión de derecho a la vida de la Constitución portuguesa, aunque sí debe ser protegido como un valor objetivo.¹⁴ Es claro que, a pesar de no ser titular del derecho a la vida, el interés del Estado en proteger la vida prenatal es necesario e importante.

Ahora bien, **defender la protección de la vida embrionaria como un mero interés en cabeza del Estado no significa sostener que la vida embrionaria tiene el mismo valor ni que merece la misma protección que la vida de una persona nacida.**

La protección a la vida del feto en el derecho argentino es compatible con la despenalización del aborto temprano porque el sistema jurídico protege la vida embrionaria de modo incremental y existen otros derechos constitucionales en juego que, en la gestación temprana, tienen preeminencia por sobre la vida del feto. Por ejemplo, tal es el caso del aborto no punible del artículo 86. 1 del Código Penal. Allí, la ley penal permite la

¹² <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCC531985en.aspx>

¹³ En la misma línea, en 2004, la Corte Europea de Derechos Humanos falló en un caso en que, por error, un médico le indujo un aborto a su paciente, quien demandó al Estado por no condenar al médico por homicidio culposo. La Corte Europea afirmó que no se trataba de un homicidio porque el feto no es titular del derecho a la vida. (*Vo v. France* [2004] ECHR)

¹⁴ Tribunal Constitucional de Portugal, Acordada N° 75/201, processos n.ºs 733/07 e 1186/07. Disponible online en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>



interrupción del embarazo cuando exista un peligro para la salud de la mujer. Concretamente, lo que el Código quiere decir es que la vida del embrión tiene menos valor que la salud de la mujer. Es decir, el derecho a la salud de la mujer es superior al interés del Estado en la protección de la vida embrionaria. Esta no es una afirmación ideológica o sesgada, sino sólo un reflejo de la norma del Código. Lo mismo sucede cuando está en peligro la vida de la mujer: el Código le otorga más valor que a la vida del feto. Es decir, para el sistema jurídico argentino, el derecho a la vida de la mujer es superior al interés del Estado en proteger la vida del feto.

El artículo 86.2 del Código Penal permite el aborto cuando el embarazo fue producto de una violación o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente. Podría decirse que los derechos de la mujer detrás de este permiso son la integridad física y la autonomía, dado que no consintió la relación sexual que dio lugar al embarazo. Puede afirmarse que la regla detrás del artículo 86 del Código Penal es que cuando la mujer no consintió la relación sexual, su derecho a la integridad física y la autonomía son considerados superiores al interés de la protección de la vida del feto.

Existen otros ejemplos en el derecho argentino que demuestran que el valor de la vida del feto es inferior al valor de las personas. Tal es el caso de la diferencia entre la pena por aborto (que, con consentimiento de la mujer, va de 1 a 4 años de prisión), y la pena por homicidio (que va de 8 a 25 años de prisión).

Se podrían mencionar otros, aunque insólitos ejemplos, que confirman esta posición. Ferrante enumera, por ejemplo, que “el registro de estado civil de las personas no registra la identidad, la fecha de concepción, o de defunción de los embriones que se pierden, por ejemplo, en menstruaciones tardías; sólo registra eventos en la vida de personas ya nacidas. Todos los días se congelan grandes cantidades de embriones en los servicios médicos de reproducción asistida, pero nos veríamos en serios problemas legales si congeláramos de igual modo a nuestros hijos ya nacidos.”¹⁵

Entonces, resulta evidente que el valor y la protección que el sistema jurídico otorga a la vida de un embrión es inferior al que le otorga a las personas. Esto puede traducirse a

¹⁵ Marcelo Ferrante, “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, Aborto y justicia reproductiva (Paola Bergallo ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, en prensa).



que el sistema jurídico considera que la vida tiene un valor incremental: antes de la concepción es 0, en el momento de la concepción es bajo, y a medida que se avanza en la gestación es cada vez más alto hasta el nacimiento, que es cuando se equipara al valor de la vida del resto de los nacidos.

Del mismo modo que, en cualquier momento de la gestación, el derecho a la salud, la vida, la integridad y la autonomía (cuando hubo violación) de la mujer pesan más que el interés del Estado en proteger la vida del feto, en cierto período inicial del embarazo existe un derecho de la mujer que pesa más que el interés del Estado en la protección de la vida del embrión: concretamente, el derecho a la autonomía sexual y reproductiva (derivado del artículo 19 CN y tratados).

Por lo tanto, es posible afirmar que, **en algún momento entre la concepción y el nacimiento, la autonomía sexual y reproductiva de la mujer tiene más valor que la vida del embrión.**

Diversos Estados con las más diversas culturas y tradiciones sostienen esta posición. Tal es el caso de Estados Unidos, Canadá, Albania, Armenia, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Latvia, Lituania, Moldova, Noruega, Rusia, Eslovaquia, España, Suiza, Tajikistan, Uzbekistan, Portugal, Bosnia, Macedonia, Turquía, Rumania, España y Suecia, entre otros.

Concretamente, en Estados Unidos, la Corte Suprema en 1973 fijó el límite gestacional en 12 semanas, en el famoso caso “Roe v. Wade”, donde argumentó que la criminalización del aborto temprano violaba la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres. El límite temporal es una cuestión de política criminal, pero permite establecer hasta cuando el derecho a la autonomía es superior al interés en la protección de la vida del embrión y a partir de cuando ese derecho deja de ser suficiente. Después de ese límite gestacional, cuando la autonomía deja de ser suficiente para permitir un aborto, otros derechos deben estar en juego para que el aborto no sea punible, y esos son el derecho a la salud y/o la vida de la mujer, y la autonomía y la integridad de la mujer para los casos de abusos, como lo establece el Código Penal en su artículo 86.

En otras palabras, **no existen impedimentos constitucionales ni legales para la despenalización del aborto temprano y, de hecho, la razón por la que en Argentina**



el aborto temprano está penalizado responde a una cuestión de política criminal. Es decir, existe espacio legal y sería compatible con nuestro ordenamiento jurídico una reforme del Código Penal en esta dirección.

A continuación, se desarrollará por qué la penalización del aborto es una política criminal que hay que modificar, dado que contradice el sistema jurídico argentino porque viola derechos humanos y garantías constitucionales de las mujeres, genera, para la Argentina, responsabilidad frente a la comunidad internacional por esas violaciones, y no es un medio eficaz para prevenir la comisión de abortos.

2) La penalización del aborto contradice el sistema jurídico argentino porque viola garantías y derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional

La criminalización del aborto viola el **derecho a la igualdad** de las mujeres en cuanto vulnera la **salud**, la **vida** y la **integridad psíquica y moral** sólo de las mujeres, estableciendo **discriminación entre hombres y mujeres**, y afecta especialmente a mujeres pobres y niñas y adolescentes, estableciendo **discriminación entre mujeres** de distintas edades y estratos sociales.

a) Violación al derecho a la igualdad en relación al derecho a la salud y a la vida de las mujeres

La penalización del aborto vulnera el derecho a la salud y a la vida únicamente de las mujeres, dado que se trata de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan y utilizan. En este sentido, la criminalización viola también el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

El **derecho a la salud** fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades¹⁶ y está establecido en varios tratados internacionales con jerarquía constitucional. Concretamente, en el artículo 25 la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

¹⁶ Ver, por ejemplo, CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c. Estado nacional” (1/06/2000).



Hombre, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 24 de la Convención de Derechos del Niño y en el artículo 12 de la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

La penalización del aborto es una barrera para el ejercicio del derecho a la salud; ya que incluso en contados casos donde el aborto no punible está adecuadamente regulado, los médicos y médicas se resisten a practicar abortos por miedo a ser perseguidos criminalmente o por abuso de la objeción de conciencia irrestricta.

Esta consecuencia se da con frecuencia en Argentina, donde la enorme mayoría de las mujeres que solicitan abortos no punibles en hospitales públicos son sometidas a largos procesos judiciales para conseguir una autorización para acceder a la práctica. Estos procesos, además de burocráticos y dilatorios, son ilegales, porque representan la imposición de un requisito de facto que el Código Penal no prescribe. El efecto disuasorio que la penalización tiene sobre los profesionales de la salud es reportado por institutos de investigación¹⁷ y contemplado por cortes internacionales¹⁸ y domésticas¹⁹.

Así, la penalización empuja a las mujeres a recurrir a prácticas clandestinas. Estudios globales demuestran que de los 20 millones de abortos inseguros que se practican por año, 19 millones ocurren en países subdesarrollados con legislaciones penales restrictivas²⁰.

El efecto de conservar al aborto como un delito penal favorece el silenciamiento de un problema serio de salud pública y promueve el estigma tanto a las mujeres como a los profesionales proveedores del aborto. Así, el derecho criminal es un arma poderosa a través de la cual el estigma es creado y reproducido. El estigma disuade a las mujeres de buscar asistencia médica oportuna y a los profesionales de salud de brindar asistencia oportuna. Así, la ilegalidad del aborto determina el tipo de asistencia médica que las mujeres reciben: la calidad es deficiente y las mujeres son víctimas de violencia institucional.²¹

¹⁷ Allan Guttmacher Institute, “Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide,” (1999), pp. 23.

¹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, “Tysiac v. Poland” (2007) p. 56.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “O., M.V. s/ víctima de abuso sexual”(21/02/2007), voto del juez Loustaunau.

²⁰ Allan Guttmacher Institute, “Abortion Worldwide: levels and trends” (2007), pp. 21.

²¹ Silvina Ramos et al., “Los médicos frente a la anticoncepción y el aborto: ¿una transición ideológica?” (CEDES, Buenos Aires, 2001), pp. 48-49.



La CEDAW ha recomendado a los Estados Partes a que “aseguren que se tomen medidas para ... que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.”²² El Estado argentino está en flagrante contradicción con esta recomendación.

Las leyes que penalizan el aborto también pueden constituir una violación al **derecho a la vida** de las mujeres (artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras), que sí son titulares del derecho, a diferencia de los embriones. Se estima que el aborto clandestino en Argentina se lleva la vida de 100 mujeres al año y representa la primera causa de mortalidad materna.²³ En el resto del mundo, más de medio millón de mujeres mueren por causas relacionadas al embarazo y/o parto y el 13% de esas muertes es atribuido al aborto inseguro. Este porcentaje representa más de 70.000 fallecimientos anuales debido a abortos practicados en condiciones de riesgo, que podrían ser evitados si se legalizara la práctica.²⁴

El **derecho a la igualdad** está reconocido en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional; por ejemplo, en el artículo 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 7 Declaración Universal de derechos Humanos y en el artículo 2 de la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

La Organización Mundial de la Salud manifestó que los derechos a la no discriminación y equidad implican que los Estados reconozcan las diferencias entre las necesidades de los distintos grupos, y provean los servicios de salud de acuerdo a esas diferencias.²⁵ Por sus diferencias biológicas, las mujeres, como grupo, tienen necesidades específicas en relación a su salud, distintas de las de los hombres; pero, además, se ven más perjudicadas que los hombres por factores sociales determinados. Concretamente, la prevalencia de la pobreza y

²²CEDAW, Recomendación General N° 19: “Violencia contra la Mujer”, U.N. Doc. A/47/38 (1992), párrafo 24(m).

²³ La tasa de mortalidad materna es de 3,9 por 10.000 nacidos vivos (2005). El 32% de estas muertes se debe a complicaciones de abortos.

²⁴ Heather D. Boonstra & Rachel Benson Gold & Cory L. Richards & Lawrence B. Finer “Abortion in Women’s Lives” (2006) *Allan Guttmacher Institute*, pp. 14.

²⁵ World Health Organization, “The right to health,” Factsheet 31, pp. 7-8.



la dependencia económica que sufren en relación a los hombres, su experiencia con la violencia de género y la discriminación agregada de factores raciales o étnicos disminuyen el poder de las mujeres para negociar su sexualidad y otros asuntos que conciernen a sus vidas, lo que eventualmente impacta de forma negativa en su salud.

En este sentido, la penalización de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan constituye una violación al artículo 2(f) de la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) en cuanto a la obligación de los Estados Partes de “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

Restringir el acceso al aborto en lugar de buscar reparar los factores que determinan e influyen la decisión reproductiva del aborto impone los costos de la reproducción sólo a las mujeres y refuerza el estereotipo negativo que entiende a las mujeres como medios para la reproducción humana y, por lo tanto, únicas y últimas responsables de la reproducción.

b) Violación al derecho a la igualdad especialmente de mujeres de estrato social bajo y de niñas y adolescentes

La penalización del aborto vulnera el derecho a la salud y a la vida particularmente de mujeres en situación desventajosa; ya sea por la condición socioeconómica, la edad, la etnia o la geografía. Esta circunstancia implica discriminación entre mujeres de distintos sectores de la sociedad.

En Argentina, la criminalización del aborto tiene implicancias muy serias para la vida y la salud de las mujeres, advirtiéndose un impacto desigual particularmente sobre mujeres pobres y sobre niñas y adolescentes.

Un estudio llevado a cabo sobre las hospitalizaciones derivadas de abortos en el 2000²⁶ arrojó que en la Argentina la probabilidad de que una mujer tenga un aborto es de 6,2

²⁶ Iván Insua, Mariana Romero, “Morbilidad materna severa en la Argentina: Egresos hospitalarios por aborto de establecimientos oficiales” (CENEP; CEDES, 2006)



abortos por cada 1.000 mujeres en edad fértil y que la región del NOA tiene los valores más altos del país con casi 10 abortos por cada 1.000 mujeres en edad fértil.

En 2000, las hospitalizaciones por complicaciones derivadas de abortos clandestinos ascendían a 78.894 en hospitales públicos de todo el país. El 15% de ellas correspondieron a adolescentes y niñas menores de 20 años, y el 50% a mujeres jóvenes de entre 20 y 29 años²⁷.

La distribución geográfica mostró que la mayor cantidad de hospitalizaciones se dio en las áreas más pobres. El partido de La Matanza presentó el número de egresos por aborto más alto del país: 2.994 egresos²⁸.

Entre 1995 y 2000, el aumento de los egresos por aborto fue de 25.299 egresos, lo que representó un aumento porcentual del 47,8%. Ello significó que por cada 100 egresos por embarazos terminados en aborto que había en 1995, en el año 2000 había 48 egresos más²⁹.

Las complicaciones derivadas de aborto más frecuentes fueron las “no especificadas”, infecciones genital y pelviana, hemorragias excesivas o tardías, lesión de órganos de la pelvis y tejidos, e insuficiencia renal, entre otras³⁰.

El 80% de las causas básicas de muerte de embarazos terminados en aborto del trienio 1994-1996 y 1999-2001 correspondió a abortos sin especificar. Entre los trienios considerados, las razones de mortalidad por aborto se incrementaron en las mujeres menores de 15 años y en el grupo de 40 a 45 años. Las mujeres que fallecieron por embarazos terminados en aborto fueron más jóvenes que las mujeres que fallecieron por otras causas de muerte materna, en ambos trienios³¹.

En un estudio de 2006 sobre morbilidad materna severa en hospitales públicos de Córdoba, Chaco, Mendoza y Tucumán se determinó que 8 de cada 10 casos de mujeres que

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ El aumento de 46% corresponde al promedio nacional. En algunas provincias el aumento de los egresos por aborto entre 1995 y 2000 triplica el promedio nacional: Provincia de Buenos Aires 70%, La Rioja 143%, Misiones 62%, San Luis 148% y Santa Cruz 69%.

³⁰ Insua, *Op. Cit.*

³¹ Insua, *Op. Cit.*



acudían al servicio con metrorragia y dolor abdominal recibieron un diagnóstico de aborto incompleto o aborto en curso.³²

En relación a las características socio-demográficas, se supo que la mitad de las mujeres relevadas vivía en hogares de entre 3 y 5 personas, existiendo diferencias provinciales. En Chaco y Córdoba la proporción de mujeres en esa categoría está por encima del promedio, y en Mendoza y Tucumán, por debajo. En Tucumán son mayoritarios los hogares de entre 6 y 9 personas y son escasas las mujeres en cuyos hogares viven pocas personas.

En Chaco y Tucumán, el 50% de las mujeres vivían en hogares pobres, mientras que en Córdoba y Mendoza el 30% de las mujeres vivían en hogares pobres.

El estudio también arrojó que las mujeres poseían un nivel de educación medio o bajo, siendo muy pocas las que alcanzaban niveles terciarios o universitarios. Esta situación se agravaba en Tucumán, donde más de tres cuartas partes de las mujeres sólo alcanzaban el nivel primario (completo o incompleto).

En relación a la inserción laboral, se supo que tan sólo un tercio de las mujeres tenía un trabajo remunerado al momento del estudio, y casi un tercio nunca había realizado un trabajo remunerado. Entre las que trabajaban, la principal ocupación era la de empleada doméstica (38%) y cocinera o cuidadora de personas (18%), seguidas por quienes se declararon empleadas de comercio o servicios (20%).

En la Ciudad de Buenos Aires, la mortalidad materna es de 1.8 por cada 10,000 recién nacidos vivos, mientras que en provincias significativamente más pobres, como Formosa, el índice es de 16.5 por cada 10,000 nacidos vivos.³³

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

La criminalización del aborto viola el derecho a la integridad física y moral de las mujeres porque impone el embarazo forzado, expropiando sus cuerpos para servir a los

³² Edith Pantelides, Silvina Ramos, Mariana Romero, Silvia Fernández, Magalí Gaudio, Cecilia Gianni y Hernán Manzelli, “Morbilidad materna severa en la Argentina: Trayectorias de las mujeres internadas por complicaciones de aborto y calidad de la atención recibida” (CENEP; CEDES, 2006)

³³ ELA, 2009. Elaborado sobre la base de datos del Ministerio de Salud Público de Argentina.



intereses del Estado o de la sociedad en violación a su autonomía. No existen imposiciones similares sobre el cuerpo de los hombres, lo que conlleva, nuevamente, una violación al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

El **derecho a la integridad física y moral** está reconocido por tratados internacionales de jerarquía constitucional como, por ejemplo, en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La criminalización del aborto implica **expropiar el cuerpo de las mujeres** en violación a su integridad física y psíquica en cuanto utiliza el poder coercitivo del Estado para imponer el embarazo forzado. La imposición del embarazo forzado es un tipo de trato cruel, inhumano y degradante bajo el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 37 Convención de Derechos del Niño. Así lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos de la ONU en un caso contra Perú.³⁴

El uso del aparato estatal o cualquier otra fuerza coercitiva para obligar a las mujeres a que continúen con su embarazo es una forma de opresión legal análoga a la violencia contra las mujeres. De hecho, el embarazo forzado ha sido comparado a la violación, en cuanto obliga a las mujeres a que, contra su voluntad, sirvan a través de sus cuerpos a los intereses de aquel que ejerce la fuerza y el poder sobre ellas.

Como la violación y el acoso sexual, la criminalización del aborto refleja y refuerza actitudes que minimizan la autonomía y la personalidad de las mujeres. Mientras la violación las reduce a objetos sexuales, el embarazo forzado las reduce a su función reproductiva. Ambas prácticas le niegan a la mujer la habilidad de tomar decisiones respecto de sus propios cuerpos e instrumentalizan sus cuerpos para conseguir objetivos ulteriores valiosos para personas distintas de la mujer. Por lo tanto, la criminalización del aborto implica anular la autonomía moral de las mujeres porque supedita el procedimiento cuyos costos y consecuencias deberá únicamente soportar la mujer a la aprobación de terceras partes.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “K.L. v. Peru”, Comm. N° 1153/2003: Peru. 22/11/2005, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005).



Exigirle a una mujer que lleve adelante un embarazo en contra de su voluntad implica imponerle un estándar de conducta heroica que no se condice con sus propios valores, sino con una expectativa social externa perfeccionista. Así lo afirmó la juez Kogan de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el caso “R.L.,M.”.

La latente presunción de que la maternidad es la condición “normal” y “merecida” de la mujer hace que los gobiernos pasen por alto las enormes consecuencias y costos que la legislación impone. Estas presunciones se vuelven aparentes cuando se miran las excepciones para la eximición de pena en el delito de aborto; por ejemplo, en el caso del aborto terapéutico, las mujeres sólo pueden escapar a la imposición de la maternidad cuando son físicamente incompetentes para ello. Lo mismo sucede con el aborto eugenésico, que pareciera dar un permiso sólo porque la mujer padece una deficiencia mental y no puede ejercer cabalmente las funciones de madre.

Solicitar la intermediación de terceras partes (ya sean jueces, notificación o autorización de padres o parejas, o aprobación de profesionales de la salud) como requisito previo para la práctica del aborto implica desconocer la autonomía de la mujer en cuanto al derecho a decidir sobre su cuerpo: aunque las consecuencias del embarazo y la maternidad sólo recaerán sobre la mujer, su voluntad es la última que importa en el proceso de decisión respecto del aborto.

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

Mientras la ley obliga a las mujeres a que cedan su cuerpo a sus hijos o hijas antes de que nazcan, no lo hace así con los hombres una vez que los hijos han nacido. Si la supervivencia del niño o niña dependiera, por ejemplo, de transfusiones de sangre o donación de médula ósea que su padre puede proveer, no hay provisiones legales que obliguen al padre a donar.



La protección a la integridad física y a la autonomía de los padres posteriores al nacimiento del niño no es equivalente a la que la ley hace de las madres antes del nacimiento, aunque los riesgos derivados de la donación de sangre o médula ósea sean mucho menores que los derivados de la gestación y del parto.

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

En este sentido, en 2006 la Corte Constitucional de Colombia afirmó que “el legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.”³⁵

3) La violación a los derechos de las mujeres genera responsabilidad internacional para la Argentina por la violación de los tratados de derechos humanos

Argentina ha incorporado dentro de su derecho interno, con rango constitucional, numerosas normativas internacionales que otorgan protección a los derechos humanos de las personas. En lo relevante a esta causa el reconocimiento que la nación le da a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes es vinculante para la República. La autoridad que dichos instrumentos internacionales ejercen sobre el derecho interno argentino se manifiesta en que toda ley de jerarquía inferior debe ser ponderada de acuerdo a los principios constitucionales que han sido establecidos por estas normativas internacionales.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, C-355/2006



En este sentido, cabe destacar que nuestro país fue denunciado internacionalmente ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en virtud del mencionado caso R., L.M., donde una adolescente con discapacidad mental de una localidad bonaerense que en 2006 tuvo que atravesar un extenso proceso judicial para reclamar la interrupción no punible de un embarazo producto de un abuso sexual y que finalmente debió recurrir a una institución privada para que le realicen la intervención.

Argumentos de política pública, sanitaria o criminal

Al margen de las consideraciones legales en relación a las violaciones a los derechos humanos y las garantías constitucionales de las mujeres que se derivan de la actual redacción del Código, existen consideraciones de política pública para afirmar la despenalización del aborto temprano. Concretamente, la circunstancia de que la penalización del aborto es un medio inadecuado para proteger al embrión.

Si bien no se discute que el Estado se encuentra legitimado a proteger la vida prenatal, y, de hecho, la considera un valor jurídico relevante, la criminalización es una medida ineficaz en la protección del embrión porque no disuade a las mujeres de la práctica; ni en Argentina ni en ninguna otra parte del mundo.

Estimaciones del Ministerio de Salud arrojan que en Argentina se realizan, al año, entre 486.000 y 522.000 abortos clandestinos³⁶. En otros países con legislaciones restrictivas, las cifras de abortos clandestinos también son muy altas.³⁷

El instituto de investigación Allan Guttmacher sostiene que el estatus legal del aborto no determina su incidencia. Los registros de aborto más bajos están en Europa, donde la práctica está disponible y es legal en la mayoría de los países. Lejos de aumentar la cantidad de abortos, la disponibilidad y el acceso al aborto legal aseguran que un mayor número de abortos sean seguros.³⁸

³⁶ Pantelides, *Op. Cit.*

³⁷ Sedgh et al. *The Lancet*, 370(9595):1338-1345, 2007

³⁸ Rebecca Gomperts & Joanna Erdman & Susan Newell, “Legal Advocacy Letter to Google on behalf of Women on Waves” available at <http://www.womenonwaves.org/download.php?id=2019> ; David A. Grimes et al. “Unsafe Abortion: the Preventable Pandemic” (2006) 368 *Lancet* 1908-19, 1910.



Como ya fue expuesto, la fuerza coercitiva del Estado, lejos de proteger la vida neonatal, pareciera existir sólo para asegurar que las mujeres se comporten de acuerdo al modelo que la sociedad patriarcal les impone. Ramos afirma que el bajo número de condenas penales “sugiere que la capacidad disuasoria de la penalización es baja o directamente nula y sólo sirve para extender la inseguridad de la práctica que implica, además, un riesgo de muerte para las mujeres más pobres de nuestra sociedad. Como es sabido, la norma de penalización del aborto opera en un contexto en el que la persecución judicial y policial del delito tampoco es de trascendencia. Si bien no hay reportes oficiales sobre el tema, esa conclusión se desprende de la significativa diferencia observable entre las cifras del aborto clandestino y las de mujeres encarceladas por el delito de aborto. Por lo tanto, la reticencia a reformar la actual regla de penalización a pesar de su comprobada ineficacia es otro reflejo más del doble estándar en el que opera el control del cuerpo de las mujeres ejercido a través de la criminalización del aborto”³⁹.

Existen medios que han probado ser más eficaces que la penalización del aborto para la protección de la vida del feto. Los medios adecuados en estos casos requieren que los Estados implementen políticas que contribuyan a que las mujeres den a luz a hijos e hijas sanas sin arriesgar su propia salud y que tanto los hombres como las mujeres puedan criarlos en las mejores condiciones posibles. Políticas de salud pública en esta dirección incluye la correcta nutrición durante el embarazo, así como la provisión de suplementos de ácido fólico. Otras medidas son:

- la reducción de los abortos involuntarios;
- la reducción de la mortalidad materna, en 2007 estimada en 4,4 por cada 10.000 nacidos vivos; lo que corresponde 306 muertes anuales de mujeres embarazadas⁴⁰. Esta medida incluye el aumento de la disponibilidad y la accesibilidad a servicios de salud reproductiva antes, durante y después del embarazo;

³⁹ Silvina Ramos & Paola Bergallo & Mariana Romero & Jimena Feijoó, “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina” in *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2009, pp. 481

⁴⁰ Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Estadísticas e Información de Salud (DEIS) (2007)



- la reducción de las muertes neonatales dentro de los primeros 27 días de vida, que en 2007 ascendieron a 8,5 por cada 1000 recién nacidos vivos⁴¹;
- el mejoramiento de los factores socio económicos y culturales que determinan la salud, tales como la reducción de la vulnerabilidad económica y social que sufren las mujeres embarazadas, incluyendo la violencia doméstica.

Consistentemente con políticas de salud pública que aseguren embarazos y partos seguros, los Estados han elaborado normas generales usando una amplia variedad de medios que protegen la vida del feto de modo consistente con los derechos de las mujeres.

Modos alternativos para proteger la vida prenatal se han implementado en otras partes del mundo. En 1993, la Corte Constitucional Alemana⁴² usó el principio de dignidad humana para requerir la protección al feto a través de sistemas de consejería que informen a las mujeres sobre las implicancias de un aborto. Francia,⁴³ Portugal,⁴⁴ y España⁴⁵ también han usado los servicios de consejería pre-aborto para proteger la vida prenatal en lugar de criminalizar el procedimiento. En 2010, la Corte Constitucional de Portugal sostuvo la constitucionalidad de una ley de 2007 que permitía la interrupción del embarazo durante las primeras 10 semanas con servicios de consejería pre-aborto y tres días de reflexión.

Conclusión

Existen razones normativas, constitucionales y consideraciones de política pública para postular la despenalización del aborto temprano. Una reforma al Código Penal en esta dirección no contradice el sistema jurídico constitucional en tanto la presente

⁴¹ *Idem*

⁴² Corte Constitucional de Alemania, “BverfGE 203 (F.R.G.)” (28/05/1993). Disponible en inglés en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decision/fs19930528_2bvfoo029oen.html.

⁴³ Ley No. 75-17, Francia, (17/01/1975); disponible online en : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=). Enmendada por la ley 79-1204 (31/12/1979); disponible online en : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800101&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003.

⁴⁴ Ley No. 16/2007, Portugal, (17/04/2007).

⁴⁵ Ley Orgánica 2/2010, España, (3/03/2010).

Seminario Internacional: “El derecho al aborto, una deuda de la democracia”

Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito

www.abortolegal.com.ar - Buenos Aires, Septiembre de 2010



Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir

criminalización sí lo hace, dado que viola derechos humanos y garantías de las mujeres y conlleva responsabilidad internacional para la Argentina. Además, la criminalización del aborto es una medida ineficaz en el cumplimiento del objetivo que se propone, que es la protección del embrión. En este sentido, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo temprano debe ser modificada en tanto implica sólo costos para el Estado y para las mujeres.

La Asociación por los Derechos Civiles considera que la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo temprano se ha tornado un imperativo para nuestra comunidad política. No habiendo objeciones constitucionales para la despenalización, resulta prioritario que nuestro Congreso avance en una discusión seria y comprometida para eliminar rápidamente las barreras legales que actualmente cercenan los derechos de las mujeres y que no hacen más que agravar la situación de desigualdad estructural prevalente en la sociedad argentina.