

TÍTULO PONENCIA: ¿La penalización o despenalización del aborto? Un desafío socio-jurídico pendiente.

AUTORA: Marisol Belén Burgués¹

COMISIÓN IX. Derecho, género y sexualidad

¿La penalización o despenalización del aborto?

Un desafío socio-jurídico pendiente.

Por Marisol B. Burgués

“Hay, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), del que hay que decir enseguida que no solo no se encuentra reconocida todavía en ninguna legislación, pues por lo general su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de despenalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal que no puede dejar de contemplar la autodeterminación de la mujer, en orden a la opción de convertirse en madre...En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa –no convertirse en madre, por tanto abortar- sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho y el poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir, constituyente de tipo pre o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad, como en el del aborto” (Luigi Ferrajoli) ²

I. Introducción

El tema que nos convoca se encuentra íntimamente vinculado al de los derechos reproductivos y en tal sentido debemos tener presente que ellos se refieren a una cuestión que es crucial en la vida de la sociedad, como la cuestión de la sucesión de las generaciones. Como manifiesta Martha Rosenberg³, la sucesión de las generaciones es un problema político de primer orden y, por lo tanto, nunca es dejado a la espontaneidad en ningún sistema político. En este sistema el grado de autonomía de las decisiones reproductivas influye, es decisivo en la calidad de la participación de las mujeres en la vida social y en la vida política. El apoderamiento de la potencia reproductiva, de la capacidad reproductiva del cuerpo de las mujeres, es el fundamento y la base del sistema patriarcal.

¹ Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Auxiliar Docente de la materia Derecho de Familia y Sucesiones, Cátedra Bossert-Herrera.

² Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías (La ley del más débil), Trotta, España, 1999, págs. 84 y 85.

³ Rosenberg, Martha, Lucha por el derecho al aborto, (Josefina Fernández, Mónica D' Uva, Paula Viturro, comps.) Cuerpos ineludibles, un diálogo a partir de las sexualidades en América Latina, Ediciones de Aji Pollo, Argentina. pág. 55 y 56.

Por tanto, mismo cuando hablamos del aborto y se abre el debate, hay que considerar que lo controversial del él remite a un cuestionamiento radical del modo en que es pensado el orden social y el poder dado que pone en escena la problemática de la discusión moral (y religiosa) y su deslizamiento hacia lo jurídico, interpela al orden patriarcal, remite a la inequidad de género, desnuda las problemáticas de la salud pública; reformula la dimensión de lo público y lo privado; explicita la escisión placer/reproducción, pone en paréntesis el modelo de familia hegemónico, redefine la libertad de las mujeres para decidir sobre su destino y elecciones y sobre todo, revierte la lógica de una sexualidad normativa y “natural”⁴.

II. La penalización del aborto.

Hablamos de aborto en muchos sentidos. En la vida cotidiana, olvidados del “tema” en debate, este vocablo tiene muy diversas acepciones: malograrse, fracasar, interrumpir, producir alguna cosa deforme, fea y repugnante. Etimológicamente, la palabra “aborto” deriva del latín abortus, que se compone de ab: partícula privativa y hurtos: nacimiento. Con lo cual su significado es: no nacimiento. También se encuentra el origen del término en el vocablo aborire: “nacer antes de tiempo”. En cualquier caso la palabra aborto quiere decir destrucción de un organismo antes del nacimiento.

Se habla de proyectos abortados como proyectos que han fracasado, que han muerto antes de nacer. Pero aborto también se usa para designar algo monstruoso: se habla de “aborto de la naturaleza”, un “engendro”. Se trata de una contradicción viva, la horrorosa metáfora de estar frente a lo que nunca debió haber nacido, el borde insano de lo que no debió franquear la puerta de una realización. Y en este sentido, habría que preguntarse cómo llegó a sinónimo de lo siniestro⁵.

Una reseña histórica nos muestra que el aborto, en tanto fenómeno metajurídico existe desde antes de que se tengan registros históricos, estimándose que las prácticas abortabas existieron en todas las sociedades por diversas razones de tipo familiar como social⁶. Y la historia de su penalización puede reflejarse en cuatro grandes períodos históricos: a) Edad Antigua, hasta el siglo II d. de C., b) siglos II al XVIII, c) siglos XVIII al XX, y d) siglo XX⁷.

En el primer período el aborto voluntario no constituyó en ningún caso, objeto de incriminación. Recién durante el segundo período histórico llamado “etapa cristiana”, se configura la tesis del aborto-delito y del aborto-homicidio. Afirmándose que la incriminación plena del aborto es obra de la ideología del cristianismo, cambiándose con su advenimiento radicalmente la actitud frente al aborto, primero desde el pensamiento y más tarde, en las leyes⁸.

⁴ Gutierrez María Alicia, Silencios y Susurros: la cuestión de la anticoncepción y el aborto, Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico Facultad de Derecho, Vol. XXXVIII, septiembre-diciembre 2003, N° 1. pág. 263.

⁵ Klein Laura, Fornicar y matar, el problema del aborto, Planeta, 2005, pag. 29.

⁶ Perez Duarte y Noroña, Alicia Elena, El aborto una lectura de Derecho Comparado; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1993. cit. por Gil Domínguez, Andrés, Aborto voluntario, vida humana y constitución, pág. 19y 20, Ediar, Argentina, 2000.

⁷ Ibáñez y García Velazco, José Luis: La despenalización del aborto en el ocaso del Siglo XX. Siglo XXI, págs. 69 a 79, España, 1992. Cit. por Gil Domínguez, Andrés, ob. Cit. pág. 20.

⁸ Gil Domínguez, Andrés, ob. Cit. 20 y 21, Ediar, Argentina, 2000.

En nuestra legislación el aborto es sancionado penalmente. En tanto la doctrina nacional ha definido al aborto como "la muerte inferida a un feto"⁹, el Código Penal tipifica en el art. 85 la figura del aborto pero sin dar un concepto del mismo, sólo se limita a decir: "el que causare aborto". Y a continuación establece una serie de figuras: aborto sin consentimiento de la mujer y no consentido y seguido de muerte¹⁰; aborto agravado por profesional¹¹, aborto preterintencional¹²; y aborto propio o consentimiento en el propio aborto¹³.

Se castiga como autor del delito de aborto a quien lo provoca, sin embargo gradúa la pena tomando en consideración si se obró o no con el consentimiento de la mujer y, en ambos casos se agrava la pena si el aborto fuere seguido de la muerte de ésta. Es considerada como autora la mujer que causa su propio aborto o la que consiente en que otro se lo cause.

A su vez, el art. 86 del Código Penal tiene dos excepciones que autorizan a la realización de un aborto: en casos necesidades de salud y en aquellos casos donde el embarazo ha sido producto de violencia sexual, engaño o inexistencia de voluntad. El citado artículo en sus incisos incs. 1 y 2 prescribe que: "...El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar 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 mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

La interpretación de este artículo no fue pacífica, sucediéndose debates doctrinarios a lo largo de los años respecto de él y a lo que estaba o no penalmente prohibido por el mismo.

Remontándonos a los antecedentes de la redacción actual, encontramos que el Proyecto de 1917 no imaginó excepciones y recién el despacho final de la Comisión del Senado, en 1919, introdujo formas de impunidad en la figura del aborto tomándolas del artículo 112 del Anteproyecto del Código Penal suizo –aunque con errores de redacción que dieron lugar a la discusión doctrinaria sobre su alcance mencionada- y que fue sancionado por el Congreso Nacional por ley número 11.179 y cuya vigencia comenzó el 29 de abril de 1922.

En 1967, la ley 17.567 modificó el inciso 1° del mencionado artículo 86 adicionándole la palabra “grave” al referirse al peligro en la salud de la madre. Quedó entonces redactado en los siguientes términos: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1°) Si se ha hecho con el fin de evitar un grave peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (...)”.

⁹ Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", t. III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1956, p. 110.

¹⁰ Art. 85 inc. 2 C.P.

¹¹ Art. 86 C.P.

¹² Art. 87 C.P.

¹³ Art. 88 C.P.

Por otro lado, sustituyó el inciso 2° por el siguiente: “2°) Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuera menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”. De esa manera, el nuevo texto disipaba toda duda acerca de su alcance considerando impune la figura siempre que el embarazo fuera producto de una violación, comprensiva ésta de los tres casos previstos en el art. 119.

Tal redacción estuvo vigente hasta el año 1973, cuando se la derogó mediante la ley número 20.509 volviéndose al texto original del Código Penal, siendo esa misma fórmula más tarde repuesta por la ley número 21.338 del año 1976.

Finalmente, mediante la sanción y promulgación de la ley 23.077, en el año 1984, se dejan sin efecto las reformas que fueran introducidas por la ley 21.338, retornándose, una vez más, a la redacción original del artículo 86 del Código Penal prevista en la ley 11.179, que rige actualmente.-

Respecto del inciso 2° del mencionado art. 86—si el embarazo proviene de una violación o atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente—, debemos remontarnos a la versión francesa del proyecto suizo que el Senado argentino toma como modelo. En este sentido, es importante resaltar que el proyecto suizo sigue al derecho alemán, el cual establece nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de una mujer idiota o demente. Por consiguiente, “es preciso afirmar que, en este caso, la ley ha llamado atentado al pudor a la violación prevista en el inciso 2 del artículo 119, y que en consecuencia, la impunidad sancionada en el artículo 86, alcanza a todo caso de violación, y no sólo al de la mujer idiota o demente”¹⁴.

En síntesis, el Código Penal argentino, adoptó el modelo puro de indicaciones¹⁵, teniendo como regla la prohibición penal del aborto y como excepción —cuando se genera un conflicto entre el valor vida dependiente humana y determinados valores de la mujer (vida, salud y libertad sexual)— la despenalización del aborto voluntario. La renuncia formal (jurídica) de accionar en este conflicto mediante el sistema penal.

Sin embargo de un análisis de la jurisprudencia en el tema puede deducirse que el aborto ya practicado es un hecho irremediable en el que sólo quedan por ver las condiciones que lo justifican; sin embargo frente a las excepciones expresamente previstas por la ley existe cierta tendencia restrictiva. A la mujer que solicita una autorización para abortar, casi ninguna circunstancia se le tiene en cuenta. Allí lo primordial es salvar al feto¹⁶.

¹⁴ Soler, Sebastián, ob. Cit.

¹⁵ Gil Dominguez, Andrés, ob. Cit. pág. 137.

¹⁶ Cardinaux, Nancy, Aborto: ley vs. Jurisprudencia, JA 1995-IV-965

En la excepción que tiene por fin evitar el daño a la madre, no se incluyó nunca en tal concepto al daño psíquico¹⁷, presentando la jurisprudencia argentina, una postura absolutamente restrictiva en este punto¹⁸.

En cuanto, a la excepción que contempla los casos de embarazos provenientes de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente¹⁹, aunque expresamente despenalizado, la vieja jurisprudencia se ha mostrado reticente a aplicar la excepción²⁰.

El derecho a la salud de la mujer también resultó postergado frente al derecho a la vida de la persona por nacer, aún cuando reconoció que “la posibilidad de vida extrauterina es casi nula”²¹, aunque cabe señalar que en el año 2004, la máxima instancia judicial bonaerense modificó su posición²².

Pese a que una gran parte de los abortos que se realizan en el país tienen como origen carencias que van desde la falta de medios de contracepción hasta la imposibilidad de sustentar a un niño, el aborto por indicación social o socioeconómica nunca fue introducido en nuestra ley penal como excepción a la penalización. Sin embargo por vía jurisprudencial, ocasionalmente, se ha desincriminado a las mujeres que abortan con argumentos que hablan a las claras de la desigualdad que implicaría en nuestra sociedad incriminar a las mujeres abortantes de condición social baja.

En 1966 la C. Nac. Crim. y Corr. es convocada a un Plenario ("Natividad Frías") con el fin de decidir, si puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de un cargo oficial.

Si bien, la cuestión a resolver era de orden procedimental, en cuanto a la obligación de los médicos de informar acerca de los delitos que conocieran en el ejercicio de su profesión cuando entra en conflicto con el deber de guardar el secreto profesional, la argumentación de los jueces excede ampliamente tal cuestión, triunfando finalmente triunfa la posición favorable a la no iniciación en estos

¹⁷ Sin perjuicio de las advertencias sobre el peligro que la inclusión del daño psíquico dentro del aborto terapéutico podría acarrear, lo cierto es que los jueces cuentan hoy con los suficientes elementos como para delimitar el daño psíquico que amerite la excepción del aborto terapéutico de otros daños psíquicos que podrían ser considerados irrelevantes.

¹⁸ Ver fallo del año 1987, el Juzg. de 1ª Instancia Civ. y Com. n. 2 de San Martín. En la sentencia el juez cuestiona la constitucionalidad del aborto terapéutico citando en su contra el mandato bíblico "no matarás". Y para que no queden dudas sobre su fe religiosa sostiene que anticipar el parto es, en definitiva, desconectar el aparato no sólo humano, sino materno, al cual inconscientemente se habrá de aferrar y que mal puede juzgar sobre la tierra sin motivo superior disponer, como se procura, pues ciertamente mientras haya vida, habrá esperanzas. Es decir, para muestra hace falta un botón: muchas de las veces los jueces no se limitan a dar argumentos de tipo jurídico en sus sentencias, sino que además de volcar sus convicciones personales aprovechan la ocasión para dejar sentada su posición sobre otras cuestiones.

¹⁹ En ella se encuadran solamente los casos en que la mujer gestante presenta una discapacidad mental. No se incluye por lo tanto el llamado aborto teratológico, que es el que se practica para evitar el nacimiento de una criatura monstruosa, ya sea debido a la ingestión de drogas que provocan malformaciones o por enfermedad viral de la madre durante el primer trimestre de embarazo.

²⁰ fallo del Juzg. Nac. Civ. n. 25 de la Capital Federal, que en 1988

²¹ Ver Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa "B., A. s/ autorización judicial" Los dos argumentos más fuertes, que definieron la suerte del caso, fueron: 1) el curso normal del embarazo no genera a la mujer ningún riesgo para su salud; 2) la malformación del feto, que lo hace diferente de sus congéneres, no lo priva de su condición de persona humana, y por tanto sujeto pasivo del derecho a la vida, cuya protección es obligación del Estado, "máxime si es la propia madre la que pretende provocar su muerte mediante la inducción de parto" (conf. voto del juez Petiggiani). El fallo, de fecha 22/6/01, que revocó la autorización concedida por el Tribunal de Familia n° 2 del Departamento Judicial de la Matanza, fue posteriormente revocado por la mayoría de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7/12/01, aún cuando el parto ya había tenido lugar.

²² Ver causa 91.478 de fecha 05/05/04 en los autos caratulados: "P., F. V s/ amparo" en www.scba.gov.ar.

casos de sumario criminal a la mujer abortante, aunque sí a los coautores, instigadores y cómplices. Entre los jueces que se inclinan por esta posición, hay algunos argumentos que claramente pueden ser encuadrados dentro de una defensa del aborto por indicación socioeconómica.

La repercusión del Plenario "Natividad Frías" no implica que haya sentado un antecedente jurisprudencial inmodificado, registrándose en los últimos años algunos fallos en contra²³.

Por su parte, el caso que marcó el inicio de una nueva etapa para la tragedia que tantísimas mujeres y sus familias (nada casual, también pobres) protagonizan, fue "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"²⁴. Dicha trascendencia respondió a la notoriedad pública alcanzada por esta historia, desde los inicios de la presentación judicial. Si bien fue el primer pronunciamiento emitido por el máximo tribunal federal sobre el tema, con anterioridad algunos jueces ya habían asegurado los derechos de esas mujeres en otros casos similares²⁵.

Peticiones judiciales como la formulada en "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", fueron necesarias por insistente (e injustificado) requerimiento de ciertas instituciones sanitarias públicas de distintas jurisdicciones del país. Si bien la mayoría de los magistrados intervinientes hicieron lugar a las acciones promovidas²⁶, no todas tuvieron ese desenlace.

En líneas generales una lectura de los antecedentes jurisprudenciales revelan conductas y pautas discriminatorias aún en los supuestos en los el ordenamiento no penaliza el aborto como la selectividad con que opera el sistema penal.

Cuando se cumplen los presupuestos que legalmente habilitan la procedencia de la interrupción del embarazo, éstos no operan automáticamente, sino que sufren el retraso de la solicitud de autorización judicial, implicando ello un menoscabo del goce o ejercicio de los derechos

²³ En 1981 un Plenario de la C. Penal de Lomas de Zamora resolvió hacer lugar a la iniciación de sumario contra una mujer cuyo aborto había sido conocido a través de una denuncia similar a la que dio origen al Plenario "Frías". En 1986, un Plenario de la C. Penal Morón resolvió la misma cuestión en similar sentido. Fundamentó su decisión en la publicidad que caracteriza a la acción del aborto Cardinaux, Nancy, Aborto: ley vs. Jurisprudencia, JA 1995-IV-965.

²⁴ Sentencia de 11/1/2001. En ese sentido señala que "la petición no implica la autorización para efectuar un aborto" porque "no se persigue una acción que tenga por fin la muerte del feto" (conf. considerando 6, voto mayoría²⁴). Y esto a raíz de que "adelantar o postergar el alumbramiento (...) no beneficia ni empeora la suerte del 'nasciturus'" (conf. considerando 9, voto mayoría) porque la muerte no es consecuencia del adelantamiento del parto sino de su malformación congénita, que fatalmente conducirá hacia ese desenlace con independencia del momento en que el alumbramiento se produzca. Es el abandono del seno materno, entonces, "la circunstancia que revela su ineptitud para la vida autónoma" (conf. considerando 9, voto mayoría). Es en ese limitado contexto en el que la Corte reconoce la capacidad de autodeterminación de la mujer para decidir poner fin a un embarazo que, según las propias palabras de la amparista, presenta "visos de tortura" (conf. considerando 12, voto del juez Petracchi): "Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional" (conf. considerando 12, voto mayoría). Cf. "Una mirada de los derechos sexuales y reproductivos a partir de la narrativa normativa positiva y jurisprudencial", ponencia presentada por Carolina Bonaparte, Marisa Herrera, Marisol Burgués y Verónica Spaventa, ponencia presentada en el V Congreso de Sociología Jurídica, La Pampa, noviembre de 2004.

²⁵ Por ejemplo, el juez en lo criminal y correccional Pedro Hooft en las causas "A., K." (sentencia de 5/9/97) y la jueza de familia Adriana B. Rodríguez en los autos "M., L. R. P/ Medida Tutelar – Autorización", (sentencia de 28/4/00).

²⁶ Vg. "C., P. L. c. GCBA (Hospital Materno Infantil Ramón Sardá) s/ amparo (art. 14, CCBA)", "R.R., R. P. c. GCBA (Hospital Materno Infantil 'Ramón Sardá') s/ amparo (art. 14, CCBA)", "C., V. N. c. Hospital Gral. I. Pirovano s/ amparo (art. 14, CCBA)", "A. C., P. J. c. GCBA (Hospital Materno Infantil 'Ramón Sardá') s/ amparo (art. 14, CCBA)", "V., A. c. GCBA (Hospital Materno Infantil Ramón Sardá) s/ amparo (art. 14, CCBA)", "M., M. c. GCBA - Hospital General de Agudos 'Cosme Argerich' s/ amparo (art. 14 CCBA)", "G., M. C. c. Hospital Materno Infantil 'Ramón Sardá' s/ amparo (art. 14, CCBA)", "L. C. c. GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA)", tramitados durante el año 2001 ante la justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; "A., V. F. y otros c/ EN -M° 1- Complejo Médico Policial Churrucá-Visca s/ Amparo Ley 16.986", de 6/5/02, Juz. Cont. Adm. Fed., entre otros.

fundamentales en condiciones de igualdad por la condición económica y social.

Evidentemente las mujeres de nivel socio-económico medio y alto acceden, en forma privada y sin mayores problemas, a la atención sanitaria adecuada en los casos en que requieren la realización de un aborto; mientras que aquellas mujeres de más bajos recursos no solo ponen en riesgo su vida y su salud al verse obligadas a practicarse dichas intervenciones en la clandestinidad y en condiciones sanitarias deplorables; sino que ante el peligro en su vida o salud o en caso de violación, tienen que pasar por un proceso judicial que muchas de las veces las expone a la opinión pública.

III. Implicancias de la Penalización. ¿El derecho penal resuelve el problema del aborto?

Desde la doctrina se viene manifestando que la utilización de la conminación penal origina consecuencias paradójicas²⁷, a la vez que se remarcan varios factores de despenalización de las conductas abortivas consentidas²⁸.

Respecto de las consecuencias o implicancias de la penalización, se ha destacado que el carácter delictivo del aborto propicia la clandestinidad y da lugar a un mercado negro en el que el precio de la intervención resulta exagerado²⁹. Las mujeres, con incriminación o sin ella, abortan como lo reflejan las estadísticas³⁰, traduciéndose en la destrucción de la vida de las mujeres pobres. La realidad sociológica de prácticas abortivas consentidas nos muestra que la opción es entre la vida y la muerte de esas mujeres. Resulta elocuente como se considera que terminar un embarazo implica matar al feto, mientras que no hacer nada al respecto no implica matar a la madre sino dejarla morir. Mantener vigentes las normas punitivas significa optar por la muerte, y esta opción siempre será condenable.

Aunque resulte paradójico, la penalización del aborto, lejos de proteger la vida humana en formación (que entre comillas sería el bien jurídico tutelado), aumenta su desprotección, lo cual neutraliza toda posible justificación de la existencia de la figura delictiva. La mujer embarazada que desea abortar es colocada en una situación de soledad en la que no habrá voces médicas ni psicológicas que puedan ayudarla. Abortará en las peores condiciones, se enfrentará a la difícil situación

²⁷ Vargas, Luis Alberto: "El aborto desde el punto de vista antropológico", en *El aborto: un enfoque multidisciplinario*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1980, pág. 161.

²⁸ Perez Duarte y Noroña, Alicia Elena, en ob. Cit. págs. 34 a 41.

²⁹ Se calcula que el coste del aborto clandestino llega a ser diez veces mayor del que se fijaría en un sistema despenalizado.

³⁰ En nuestro país se producen entre 460 mil y 600 mil interrupciones voluntarias del embarazo por año, lo que significa casi un aborto por nacimiento. Además se **concluyó que a lo largo de su vida fértil, en promedio, cada mujer argentina tendría dos abortos inducidos**. Medir la dimensión de una práctica clandestina, que es penalizada por el Código Penal, no es sencillo. Por esa razón, obviamente, no existen registros oficiales, por tal razón se debe recurrir a métodos indirectos abandonándose la pretensión de obtener una cifra exacta, sino más bien un rango de órdenes de magnitud", Cf. Estudio fue encargado por la Comisión Nacional de Programas de Investigación Sanitaria (Conapris), del Ministerio de Salud de la Nación, a un equipo encabezado por reconocidas investigadoras en la temática: Edith Alejandra Pantelides, del Conicet y el Centro de Estudios de Población (Cenep), y Silvia Mario, del Instituto Gino Germani de la UBA. "Hasta ahora había estimaciones más precarias", señaló la directora del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (Cedes), quien viene estudiando desde hace varios años la problemática del aborto en la Argentina. La cifra que se mencionaba desde organizaciones de mujeres y voces gubernamentales era de alrededor de medio millón de abortos por año: finalmente es un número que se acerca al obtenido a través de las dos metodologías científicas validadas internacionalmente usadas por Pantelides y Mario. Cf. Diario Página Doce del 2 de junio del 2007.

atormentada y en soledad³¹.

Las normas punitivas del aborto no sólo se muestran incapaces de lograr una mínima eficacia en el objetivo de evitar las interrupciones de los embarazos, sino que motivan conductas criminales. Este es el caso de las servidumbres sexuales o del chantaje, que la clandestinidad provoca.

Los efectos psíquicos dañinos que produce la experiencia abortiva son más lesivos si la conducta de la mujer se encuadra en una figura tipificada penalmente, porque los sentimientos de culpa pueden llegar a ser más importantes.

En cuanto a los factores que influyen en la despenalización de las conductas abortivas consentidas, se mencionan los siguientes.

La simultánea ilegalidad e impunidad del aborto podría llevarnos a considerar que no existe la convicción de que sea ilícito. La injusticia del aborto es el tema sometido a debate mundial; hecho que ocurre en el caso del aborto, pero no en los casos de homicidio o de robo.

Como segundo factor se resalta la evolución del criterio político criminal, reflejando que en donde se haya despenalizado el aborto total o parcialmente, se dio un ajuste en la escala de valores de la comunidad. Es decir, es ella, la interrupción voluntaria del embarazo ya no ofende las normas culturales ni es considerada como un peligro para la seguridad de la comunidad. Situación esta que se da en nuestro país como lo demuestran los mencionados estudios de campo realizados por el Cedes.

Como tercer y cuarto factor se referencia los problemas de la salud pública y económico social, que se orientan hacia las consideraciones manifestadas en orden a las consecuencias que provoca la clandestinidad del aborto. Esto es, el peligro para la salud y la vida de la mujer y su conversión en un problema económico para el Estado, dado por el alto costo que significa la atención médica de las mujeres que arriban a los servicios públicos de asistencia con serias complicaciones producto de abortos mal realizados³².

Por último, se destaca el factor expresado por los aspectos psicológicos que revela que el aborto produce en las mujeres depresiones, angustia, culpa y otros sentimientos o conflictos emocionales, derivados de las condiciones de vergüenza, indignidad y clandestinidad de las propias intervenciones. Como contrapartida, es importante señalar también que la continuación de un embarazo no deseado y la experiencia de ser madre contra la voluntad también suele tener consecuencias emocionales graves³³.

³¹ Las complicaciones inmediatas más frecuentes del aborto inseguro son la perforación del útero, la hemorragia y la infección. A mediano plazo, la infertilidad es una secuela común. Cf. Ramos Silvina y Gutiérrez María Alicia (editoras), Nuevos desafíos de la responsabilidad política, Cuadernos del Foro Año 4 N° 5, Foro de la sociedad civil en las Américas, CEDES, Argentina, noviembre, 2002, págs. 100 y 101. Ello sin perjuicio del alto riesgo de vida que implica, así cuando se analizan las causas de la muerte de las mujeres, en todo el país se registra un porcentaje del 30,85% como consecuencia del aborto, siendo éste el principal generador de mortalidad materna (Cf. INDEC, 1999).

³² El impacto económico que produce la atención de los abortos complicados en nuestro país es más de \$150.000 diarios. Cf. Pailles, Jorge y Aller Atucha, Luis María ob. Cit. pág. 35.

³³ Dagg, P.: "The psychological sequelae of therapeutic abortion—denied and completed", en American Journal of Psychiatry, 148 (5), 1991, págs. 578-585.

Frente al aborto, el derecho penal se revela como un obstáculo al cambio social indispensable para lograr una solución eficiente del problema.

En un Estado democrático el derecho penal, sólo debe ser utilizado cuando aparezca como un medio idóneo, necesario y proporcional para la protección de los bienes jurídicos.

Andrés Gil Domínguez³⁴, analiza desde el punto de vista de la teoría de la pena, si mediante la tutela penal se protege de manera adecuada y eficaz, a la vida humana en formación revisando a tal efecto la factibilidad de la tutela penal, a la luz de las teorías retributivas, de prevención general y de prevención especial. Y en tal sentido, muestra como la penalización del aborto no encuentra ningún sustento.

Desde la perspectiva de la teoría retributiva, en la cual la culpabilidad del autor del acto criminal tiene que ser compensada mediante la imposición de un mal penal (la pena), con la finalidad de alcanzar el ideal de justicia y restablecer el orden jurídico quebrado por el delito; las razones para cuestionar la criminalización del aborto consentido resultan evidentes frente a las cifras sobre procesos y sentencias penales sobre aborto voluntario, la posibilidad que tienen los médicos de cubrirse con el secreto profesional para eludir la obligación de denunciar a las mujeres que llegan a sus consultorios producto de abortos mal realizados.

Desde la teoría de la prevención general, la conminación penal de una conducta encuentra su fundamento en los efectos intimidatorios que ejerce sobre el conjunto de la sociedad. De la cifras de aborto clandestinos y la mínima existencia de procesos penales se sigue que la penalización del aborto no disuade ni intimida a nadie.

Por último, para la teoría de la prevención especial, el fin de la pena es la resocialización del individuo que cometió un delito, para lograr (una cumplida la condena) su reinserción en la sociedad. ¿Puede argumentarse que la mujer que se practica un aborto es una desadaptada social? Mayor entidad argumental y factibilidad encontramos en la afirmación de que la desadaptación social proviene de las normas conminativas.

En una democracia social, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales mediante normas jurídicas. Es defendible que una sociedad liberal deba sustentar el criterio de tolerancia (entendido como no exigibilidad jurídica) cuando existe una notable división o pluralidad social. La despenalización del aborto en determinados supuestos no establece obligaciones para nadie, y permite a cada cual ejercer libremente sus convicciones.

La razón por la cual ante el aborto, parece preferible establecer jurídicamente la tolerancia antes que imponer una norma prohibitiva, no se basa tanto en la tolerancia en sí misma, sino en la función que debe cumplir un derecho penal garantista: mínimo y subsidiario.

³⁴ Gil Domínguez, Andrés, ob. Cit. pág. 137.

El derecho penal mínimo como técnica de tutela de los derechos fundamentales es aquel que garantiza y tutela los valores o derechos cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal. Precisamente la garantía de estos derechos fundamentales vuelve aceptables para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario. En consecuencia, un sistema penal se justifica sólo si la suma de violencias (delitos, venganzas y castigos arbitrarios) que está en condiciones de prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidos para éstos. De esta manera se conjugan el máximo bienestar necesario de los no desviados y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la máxima tutela de los derechos de unos y otros, de la limitación de la arbitrariedad y de la minimización de la violencia en la sociedad³⁵.

Dentro de tal esquema, frente a determinadas conductas, la cuestión axiológica se remite a cuándo y cómo prohibir. La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes, individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de pena y prohibiciones: no se puede ni se debe pedir más al derecho penal. El principio axiológico de la “separación entre derecho y moral” veta la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos. También impone la obligación de tutela de la libertad de conciencia, y de la autonomía y la relatividad moral. De aquí resulta una doble limitación a la potestad prohibitiva del Estado: a) el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, que deriva en el principio de la pena mínima necesaria y en la máxima economía en la configuración de los delitos. Al ser la intervención punitiva la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, se exige recurrir a ella sólo como remedio extremo, b) el principio de lesividad, que condensa en el daño causado a terceros, las razones y al medida de las prohibiciones y de las penas³⁶.

Una conexión de la realidad social del aborto a la mirada del derecho penal garantista, nos muestra que el uso de las normas penales en los supuestos de abortos voluntarios, no se justifica por los costes que produce. Además de que la existencia de la pena no reduce ni elimina otras reacciones o problemas sociales.

La penalización del aborto, no sólo ha convertido al aborto en una cuestión de salud pública, sino que sus implicancias provocan una redefinición del tema en términos de justicia social y género³⁷.

La prohibición del aborto crea un problema de justicia social, porque afecta de manera diferente a las mujeres según sus recursos (económicos, educativos, etc.), ya que aquéllas que tienen los medios económicos y quieren interrumpir un embarazo no deseado tienen la posibilidad de hacerlo en condiciones seguras (de manera discreta y con un servicio de calidad), mientras que muchas

³⁵ Ferrajoli, Luigi: Derecho y Razón, Trotta, págs 336 y 337.

³⁶ *Ibidem*, págs 459 a 467.

³⁷ Aborto y Ética Seminaria re-imaginada, Campaña por la Convención de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, Serias para el debate N° 2, Diciembre 2003, Lima Perú, pág. 81.

mujeres pobres se enfrentan a la peor calidad técnica y ninguna calidad humana, con riesgo de hemorragia, infección e incluso muerte. Por lo tanto, en la práctica, las legislaciones restrictivas sobre el aborto hacen sentir los efectos negativos sobre las mujeres más desvalidas de la sociedad, violando principios de justicia y equidad.

Por otra parte, las legislaciones penalizan a las mujeres y no así a los varones que comparten la responsabilidad en el inicio de un embarazo. La participación y responsabilidad del varón están invisibilizadas. Los problemas, el riesgo de salud, de cárcel y de muerte frente a un aborto ilegal e inseguro los asume sólo la mujer ¿Por qué la ley sólo penaliza a la mujer? ¿Dónde está ese varón que ayudó a fecundar? ¿Por qué la sociedad y las leyes lo liberan de toda responsabilidad?

En tal sentido, el tratamiento de la mujer en la legislación penal ha estado ligado a la concepción generalizada sobre su rol dentro de la sociedad. Al respecto María L. Londoño³⁸ señala que el código que ordena la maternidad forzada...corresponde al marco de valores de quienes elaboran las normas. Las legislaciones suelen no tener en cuenta las necesidades de nuestro género. El contenido del derecho, las legislaciones y códigos, tiene origen en personas que no por detentar el poder para elaborarlos o aprobarlos poseen sabiduría para concebirlos.

IV. ¿Es el aborto un crimen?

Las legislaciones que prohíben el aborto, interés del embrión o feto, lo hacen apoyadas en el argumento religioso de que este organismo es ya un ser humano, por lo cual el aborto sería un asesinato. Se habla del “derecho inalienable a la vida” que adquiriría todo producto de la concepción humana. El fondo de la argumentación tiene que ver con el “alma”infundida por Dios al organismo intrauterino³⁹.

La Iglesia Católica se opone –actualmente- al aborto porque sospecha que puede ser un homicidio-lo que se sigue discutiendo-, pero también acompaña sus argumentos con la idea de que el embarazo es la prueba de un pecado sexual que debería ser castigado⁴⁰. Por lo demás, otro argumento religioso se basa en la doctrina de que la finalidad primaria del acto sexual es la procreación y, por lo tanto, el aborto se opone a su cumplimiento⁴¹.

Llama poderosamente la atención como la sociedad y la Iglesia, que se encarnizan en defender el “derecho” del embrión, se despreocupan de los niños una vez nacidos. Resulta que son aquellos más respetuosos de la vida embrionaria quienes más se apresuran a condenar a los humanos a la miseria y a la muerte militar. Los sistemas religiosos jamás han defendido el derecho a la vida en forma tan categórica y absoluta como llegar a vetar las guerras y a abogar por la eliminación de la pena de

³⁸ Ibídem, pág. 87 y 88. Para un desarrollo sobre el tema ver Mujer y Derecho, Una aproximación a la situación legal de la Mujer en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile y Perú. María Paz Garafulic Litvak (editora), Chile, mayo 2001.

³⁹ Aborto y Ética Seminaria re-imaginada, ob. Cit. pág. 82.

⁴⁰ Hurst, Jane, La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica. CPDD, 1992.

⁴¹ Aborto y Ética Seminaria re-imaginada, ob. Cit. pág. 81.

muerte. Como ejemplo de ello basta mostrar como en siglos pasados se ha comportado la Iglesia con los “infieles” (las cruzadas, los procesos inquisitoriales y otras guerras europeas)⁴².

Es de observar que una lectura de los códigos (penal y civil) deja claro que el tratamiento jurídico del aborto se plantea en otros términos que los manipulados en el debate ideológico. Mientras el grueso del debate apunta a incluir o excluir a Zigoto de la categoría de Persona equiparando el aborto con un asesinato o con el uso de anticonceptivos, los códigos parten de una distinción triádica, que contempla, en el seno de esa dicotomía, una sutileza vital inscripta en comienzo y final del embarazo: la “persona por nacer”⁴³.

El eje parece ser el status de persona correspondiente al embrión; sin embargo ese status de persona se busca por todos lados excepto en el único sitio donde se dirime su consideración efectiva y actual: el código civil⁴⁴. En tal sentido, resulta evidente que el civil –al igual que el código penal– depara un menor grado de protección a la vida humana en formación con relación a la vida nacida.

De una lectura de los correspondientes artículos del Código Civil⁴⁵ surge claramente que las personas por nacer tienen derechos pero son derechos revocables, sujetos a condiciones futuras: si no nacen, o nacen muertos, son nulos desde siempre. Es decir, en el surgimiento de la persona la clave está dada por el nacimiento.

Incluso aquellos comentaristas más reacios al aborto legal se ven obligados a reconocer su significación jurídica. Así por ejemplo, Llambías expresa que: “...en nuestro sistema legal el hecho del nacimiento tiene también trascendencia respecto de la personalidad adquirida anteriormente por la persona “por nacer”...la personalidad de la persona por nacer no es perfecta sino imperfecta en cuanto está subordinada a la condición resolutoria de nacimiento sin vida...todos los derechos adquiridos por él están bajo la amenaza de su nacimiento sin vida...Pues el hecho del nacimiento sin vida del concebido aniquila retroactivamente la personalidad de éste y por consecuencia desvanece los derechos constituidos en cabeza suya”⁴⁶.

Cabe subrayar que, actualmente se tiende más a creer que un feto se convierte en una persona cuando es “viable”, es decir cuando depende del claustro materno para el sustento de su vida física.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Klein Laura, Fornicar y matar, el problema del aborto, Planeta, 2005, pag. 143. A lo que agrega: ningún código penal equipara aborto y homicidio porque ningún código civil equipara personas no nacidas con nacidas. El Código Penal nunca dice causar la muerte del embrión sino causar un aborto. Elude al embrión, lo sustrae de la posibilidad de la muerte y habla solo de la intervención abortiva, es decir, de la liquidación del embarazo antes que de la correlativa del embrión.

⁴⁴ Klein Laura, ob. cit. pag. 100. La autora a partir de la falta de consideración en el debate del aborto de los artículos pertinentes de la legislación civil plantea que nacimiento y aborto no coinciden con el final del embarazo sino que precisamente consisten en eso, sacando a la luz el punto clave solapado en la discusión: hacer pasar una interpretación política de la biología por una interpretación biológica de la política. Y en tal sentido, resalta que la desigualdad jurídica es evidente. Si el aborto fuera un crimen exclusivamente por matar un embrión genéticamente humano, ¿por qué no se juzga de igual manera su destrucción in útero que in vitro? Arribando en este punto a la conclusión de que parece que lo que humaniza es vivir en un cuerpo de mujer.

⁴⁵ Ver artículos 70 al 74.

⁴⁶ Llambías, Jorge J. Tratado de derecho civil, parte general, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 253 y ss, citado por Klein Laura, Fornicar...ob cit. ps. 101 y 102.

Como puede observarse sobre el tema no existe un criterio único universalmente aceptado. Hay serias diferencias de opinión sobre el tema, existiendo numerosas y diferentes posturas⁴⁷.

Coincidimos con Andrés Gil Domínguez⁴⁸ en que se trata de un debate estéril e improductivo que torna ilusoria toda vía racional de solución del problema del aborto voluntario, porque basta con que una persona o grupo de personas –por motivos personales, religiosos, políticos, etc.-adopten alguna de las distintas posturas, para que ellas se conviertan en irreductibles y la discusión se transforme en un infructuoso “diálogo de sordos”.

En tal sentido, rescatamos la postura de Ronald Dworkin⁴⁹, quien ha planteado la discusión en términos más reales.

Así, Dworkin manifiesta: “podemos comprender mejor algunos de nuestros serios desacuerdos acerca del aborto si lo tomamos como reflejos de profundas diferencias acerca de cuál es la importancia moral relativa de las contribuciones natural y humana a la inviolabilidad de las vidas humanas individuales. Parece claro que, cualquiera fuesen estas razones, son reflexiones profundas, extraídas conscientemente de una amplia red de convicciones acerca del sentido de la vida y del significado moral de la muerte.

Asimismo señala que "casi todo el mundo reconoce que una vida humana normal y satisfactoria es el resultado de dos formas moralmente significativas de inversión creativa en esa vida: la inversión natural y la inversión humana. Pero las personas disienten acerca de la importancia relativa de estas dos formas y no sólo si se discute sobre el aborto, sino también en muchas otras ocasiones en que se discute sobre cuestiones relativas a la muerte. Si usted cree que la inversión natural en la vida humana es de trascendental importancia, que el don de la vida en sí mismo infinitamente más significativo que cualquier cosa que la persona en cuestión pueda hacer por sí misma, por importante que sea, también creerá usted que una muerte deliberada y prematura supone la mayor frustración de la vida, a pesar de lo limitada, exigua o fracasada que vaya a ser la vida que se continúe. Por otra parte, si usted asigna una mayor importancia relativa a la contribución humana al valor de la vida, entonces considerará la frustración de tal contribución como un mal mucho mayor y, en consecuencia, considerará más sensato decidir que la vida se termine antes de que una ulterior y significativa inversión humana se vea condenada al fracaso. En otras palabras, podemos comprender mejor algunos de nuestros serios desacuerdos acerca del aborto si lo tomamos como reflejos de profundas diferencias acerca de cuál es la importancia moral relativa de las contribuciones natural y humana a la inviolabilidad de las vidas humanas individuales".

⁴⁷ No sólo cada sociedad y cada cultura ha elaborado diferentes concepciones respecto al momento en que el producto de la concepción llega a constituir un ser humano, sino que incluso al interior de la Iglesia Católica, siempre han existido desacuerdos: en 2000 años de enseñanza la posición frente al aborto nunca ha sido unánime (cf. Giraldo, Octavio Explorando las sexualidades humanas. México: Trillas, 1981, Campaña 28 de septiembre, Reyly, CDD, cit. en Aborto y Ética, ob. cit. pág. 83).

⁴⁸ Gil Domínguez, Andrés, ob. Cit. pág. 99.

⁴⁹ Dworkin, Ronald Los Dominios de la Vida, Ariel, España, 1994.

En este esquema "un Gobierno digno, ¿intenta imponer a sus ciudadanos qué valores intrínsecos deben reconocer, por qué deben reconocerlos, y cómo?".

Un Estado carece, en ese ámbito, de la facultad de injerencia, esto es, no puede prescribir lo que la gente debería pensar acerca de la finalidad última y del valor de la vida humana, acerca de por qué la vida tiene importancia intrínseca y acerca de cómo es respetado o deshonrado ese valor en diferentes circunstancias... un gobierno que criminaliza el aborto niega el libre ejercicio de la religión tanto a estas mujeres como a las que, conscientemente, extraen sus opiniones acerca del aborto de la fe religiosa.

El tema del aborto requiere un tratamiento no solo realista sino diferenciado de los sustentos morales y religiosos⁵⁰ que lo han gobernado y desde un abordaje que contemple la concepción de los derechos en juego.

V. El aborto en el contexto constitucional

El aborto se relaciona de manera directa con el paradigma constitucional emergente que, en nuestro país, se manifiesta mediante el modelo de Estado social y democrático de derecho.

En el tema que nos convoca no solo no puede, sino que debe ser analizado, desarrollado e interpretado dentro de nuestro marco normativo constitucional.

Y en tal sentido, adelantamos que existen desde tal marco, fundamentos jurídicos para despenalizar el aborto sin que se produzca ningún accionar inconstitucional.

Podemos en tal sentido legalizar el aborto, dictar una ley sobre aborto como tienen tantos otros países⁵¹, donde fijemos plazos, donde en lugar de decir "por violación", etc. se respete la opción de la mujer y sin que con ello se produzca lesión alguna a las normas constitucionales, para lo cual vamos a reflexionar sobre algunos artículos de la Constitución y en tal sentido, dado el carácter profundamente íntimo de cada ser humano que el tema del aborto comporta, nos parece ilustrativo comenzar por el derecho a la libertad de la intimidad.

a) El derecho a la Intimidad

En el preámbulo –esbozo de la constelación axiológica que inspira el contenido sustancial de la Constitución- el texto constitucional enuncia: asegurar los beneficios de la libertad. Este mandato se cristaliza en el artículo 19 de nuestra Constitución, el cual reza: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden, ni a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

⁵⁰ Para un análisis de la diferencia entre moral y religión ver Farell, Martín D. La ética del aborto y la eutanasia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993.

⁵¹ Actualmente el 62% de la población mundial vive en países donde el aborto inducido está permitido, ya sea por una amplia variedad de razones o sin ningún tipo de restricción. Por el contrario, el 25% vive en países donde el aborto está prohibido en términos generales. Cf. Leyes mundiales sobre aborto. Fuente: www.crip.org

Este artículo, plasma el principio de reserva, mediante el cual se circunscribe un área o esfera de intimidad en la cual la libertad inofensiva para terceros (libertad neutral) queda inmunizada o sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado y de los demás terceros.

Una postura defensiva de la libertad de intimidad de la mujer, la encontramos en las palabras de Luigi Ferrajoli: “Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), del que hay que decir enseguida que no solo no se encuentra reconocida todavía en ninguna legislación, pues por lo general su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de despenalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal que no puede dejar de contemplar la autodeterminación de la mujer, en orden a la opción de convertirse en madre, porque expresa lo que Stuart Mill llamaba soberanía de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo, porque cualquier decisión heterónoma justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo Kantiano, según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento, aunque sea de procreación para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma, porque sin la experiencia de cualquier otra prohibición la prohibición del aborto equivale a una obligación: la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo, en contraste con todos los principios liberales del Derecho Penal. En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa –no convertirse en madre, por tanto abortar- sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho y el poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir, constituyente de tipo pre o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad, como en el del aborto”⁵².

b) El derecho a la vida.

El derecho a la vida, luego de la reforma constitucional de 1994, fue incorporado expresamente, conforme surge de los siguientes preceptos: artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad social”; artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”; artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los

⁵² Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías (La ley del más débil)*, Trotta, España, 1999, págs. 84 y 85.

Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”; artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH: “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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Es de resaltar que casi todos los tratados internacionales hacen referencia a la vida de la persona, del individuo. El único que hace referencia a la concepción es la CADH, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.

Sin embargo, la mencionada convención antepone la fórmula “en general” respecto a la protección del derecho a la vida desde la concepción, dando lugar a diferentes interpretaciones.

Germán Bidart Campos, al respecto sostiene que el hecho de que la CADH prescriba que la ley protegerá el derecho a la vida, y “en general”, que lo protegerá desde la concepción significa que, según el tratado, lo único que éste tolera es que, excepcionalmente, no se lo proteja a partir del momento de la concepción. Es decir, que el tratado quizás, admitiría causales muy restringidas y recaudos muy severos para el aborto especial, pero nunca para el aborto general⁵³.

Siguiendo la misma postura Andrés Gil Domínguez⁵⁴, manifiesta que en principio la CADH protege la vida desde la concepción, pero permite, frente a determinadas circunstancias especiales y en un determinado tiempo, la no incriminación del aborto consentido, en consideración de otros derechos que el Pacto de San José de Costa Rica contempla y que son atinentes a la mujer.

Ahora bien, ¿qué sucede con la interpretación conjunta que se realiza desde algunos sectores del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (con la pertinente declaración que realizó el Estado argentino), cuestionando incluso la constitucionalidad de los casos de abortos no punibles contemplados en nuestro código penal? ¿Obligan a nuestro Estado a prohibir penalmente toda clase de interrupción voluntaria del embarazo?

Al respecto, Eduardo Pablo Jiménez manifiesta que: la declaración ha incorporado unilateralmente al art. 1º de la CADH, el cual hace que para la Argentina el artículo 1º de la Convención de los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional) deba leerse de la siguiente forma: Art. 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Desde su percepción, expresa que el instrumento que regula la protección del niño desde su concepción, obliga justamente a eso, a proteger a la niñez desde el período más amplio posible, pero no a punir una práctica abortista. Tampoco es ella descartada por la norma convencional. Ella no

⁵³ Bidart Campos, Germán. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo III, pág. 421, Ediar, Argentina, 1995.

⁵⁴ Gil Domínguez, Andrés, ob. Cit. pág. 169.

condena al aborto, con jerarquía constitucional. Sólo afianza, en el sentido de que también lo hace la propia Constitución textual, la protección de la persona por nacer.

Eugenio Zaffaroni, por su parte, considera que: “tal interpretación tiene su origen en la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 1974 y presupone la eficacia de la prohibición penal, en contra de la realidad, que muestra que el aborto es el caso más dramático de ineficacia preventiva de la ley penal. Se comete un verdadero genocidio mediante millones de abortos ante la indiferencia absoluta de los legisladores, que se dan por satisfechos con un tipo penal que no contramotiva a nadie. En cuanto a la declaración del Estado argentino, me parece un disparate: que un embrión no es un niño es claro para cualquiera. La única explicación sería que es “un niño en potencia”. Con semejante criterio podrían desincriminar el homicidio, porque todos los seres humanos somos muertos en potencia (“El humano es un ser para la muerte”, Heidegger; o la más gráfica del poeta portugués, Pessoa: “O homen é um cadáver adiado”)”.

Corresponde aclarar sobre el tema además que la naturaleza jurídica de las “declaraciones interpretativas” origina opiniones encontradas. Hay quienes las consideran una “reserva”, otros que sostienen que es un acto parecido a una “reserva” y por último aquellos que afirman que existe una clara distinción entre una y otra⁵⁵.

La conferencia de Derecho Internacional (1970) excluyó las declaraciones interpretativas de la definición de reserva y equiparó el tratamiento de las primeras a las declaraciones de principios o políticas esgrimidas en relación con un tratado, las que se regirán por las normas sobre la interpretación⁵⁶.

Sumándome a la opinión de destacados constitucionalistas⁵⁷, entiendo que la declaración interpretativa que hizo el Estado argentino con relación a la Convención sobre los Derechos del Niño no puede ser admitida como reserva, sino como una interpretación determinada en un campo de varias posibilidades. Es decir, constituye una opinión vertida por el gobierno, y que en última instancia es obra del mismo gobierno. Pero de ningún modo ella puede ser el argumento para afirmar que el Estado argentino esté obligado internacionalmente, a penalizar el aborto voluntario en todo momento y circunstancias, o bien que no pueda optar por una vía de protección alternativa al derecho penal.

a) Los derechos sexuales y reproductivos y la salud.

Compartiendo la misma supremacía constitucional se encuentran junto a los derechos abordados, otros derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional, como los derechos sexuales y reproductivos, cuyo ejercicio claramente se enmarca en el respeto a los principios de libertad y autonomía de los seres humanos.

Así, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer,

⁵⁵ Faur, Marta y Vallejos, Cristina: “El derecho a la vida”, en obra colectiva Jerarquía Internacional de los Tratados Internacionales, pág. 98, Astrea, Argentina, 1996.

⁵⁶ De la Guardia, Ernesto: Derecho de los Tratados Internacionales, págs. 187 a 189, Abaco, Argentina. 1997.

⁵⁷ Gil Domínguez, Andrés, ob. Cit. pág. 169.

en su artículo 16 inciso e) expresa que: “Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

De la misma manera, la Conferencia de Viena (1993), la Conferencia de El Cairo (1994), la Conferencia de Beijing (1995) y la Carta de Guanabara⁵⁸, garantizan directamente el goce de los derechos sexuales y reproductivos.

La “Declaración y Programa de Acción de Viena”, elaborada en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en junio 1993, “insta a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y la niña” (atr. 18, último párrafo). Asimismo, “reconoce la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida” y “reafirma, sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación a todos los niveles” (art. 41).

De manera más contundente, en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994, se positiviza el derecho a la salud reproductiva y a la procreación responsable, definiéndose como “...el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. También incluye la salud sexual (...) En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, así como la capacidad de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación familiar, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos y el derecho de la mujer a recibir servicios adecuados de atención de la salud que propicien embarazos y partos sin riesgos y que le brinden a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos...”. Esta conferencia además sostuvo que "Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a

⁵⁸ Al formar parte de la costumbre internacional, todos estos instrumentos tienen fuerza vinculante y, por tanto, su incumplimiento por parte de los Estados Parte genera responsabilidad internacional. Cf. Lubertino, María José, “Los derechos reproductivos en Argentina”, versión electrónica en: www.ipism.org.ar.

decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, como está expresado en los documentos sobre derechos humanos". Asimismo, se estableció que los Estados deben "...capacitar y equipar a quienes prestan servicios de salud (...) para asegurar que el aborto se realice en condiciones adecuadas y sea accesible"⁵⁹.

En esta misma línea profundiza, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en Beijing en el año 1995, al distinguir entre reproducción y placer: "la salud reproductiva implica la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, la capacidad de reproducirse, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho de mujeres y hombres a obtener información y a tener acceso a unos métodos de planificación familiar de su elección, que sean seguros, eficaces, asequibles y aceptables, así como a otros métodos que consideren para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos y el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que faciliten a las mujeres embarazos y partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijas e hijos sanos..." (art. 94, Plataforma de Acción de la Declaración de Beijing). Asimismo se destaca la necesidad de garantizar la "capacidad de las mujeres para controlar su propia fecundidad", base fundamental para el disfrute de otros derechos, y de fomentar la responsabilidad compartida entre mujeres y hombres en "las cuestiones relativas al comportamiento sexual y reproductivo", indispensable para mejorar la salud de las mujeres (art. 97, Plataforma de Acción de la Declaración de Beijing).

En el año 2000, en una sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas para revisar la implementación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 (Plataforma de Beijing), titulada "Mujer 2000: Igualdad de Género, Desarrollo y Paz para el Siglo XXI" (también conocida como Beijing+5), se establece que los Estados deben "lograr que la reducción de la morbilidad y mortalidad derivadas de la maternidad constituyan una prioridad del sector la salud y que las mujeres tengan fácil acceso a cuidados obstétricos esenciales, servicios de salud materna bien equipados y dotados, el personal adecuado, asistencia de alto nivel profesional en los partos y remisión y traslado efectivos a niveles de atención superiores..."⁶⁰. En cuanto al aborto, establece que "aunque se han adoptado medidas en algunos países, no se han aplicado plenamente las disposiciones contenidas en los párrafos 106 j) y 106 k) de la Plataforma de Acción, relativas a la repercusión sobre

⁵⁹ Cairo+5, pár. 63(iii).

⁶⁰ Documento de Revisión de Beijing+5, pár. 72(b).

la salud de los abortos realizados sin condiciones de seguridad y a la necesidad de reducir el número de abortos"⁶¹.

También, deben tenerse en cuenta las recomendaciones efectuadas a la Argentina por el Comité de Derechos Humanos en el año 2000. En aquella oportunidad, el Comité de Derechos Humanos afirmó: "Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite". "El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado". "El Comité recomienda además que se reexaminen periódicamente las leyes y las políticas en materia de planificación familiar. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención"⁶².

La plena vigencia de los derechos reproductivos hace a la prevención que constituye la mejor forma para evitar embarazos no queridos o deseados.

En este tema, no debemos olvidarnos del derecho a la vida de las mujeres, el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos con el alcance otorgado por los diferentes instrumentos de derechos humanos. La salud constituye, según la Organización Mundial de la Salud, "...un estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades"⁶³ que el Estado debe garantizar en sus diversas dimensiones; debiendo considerarse el aborto terapéutico cuando la vida y la salud de la mujer se vean amenazados en todos o en alguno de éstos componentes. Asimismo, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la dignidad, columna vertebral y fin de los demás derechos humanos que deben ser salvaguardados en la mayor medida posible.

d) Implicancias del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional.

De manera seguida al inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional mediante el cual se incorporaron a ella los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos analizados, se estableció en el inciso 23 el siguiente texto: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

⁶¹ Documento de Revisión de Beijing+5, pár. 12.

⁶² En el mismo orden de ideas, en 1997, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer recomendó a nuestro país revisar la legislación referida al aborto, así como también incrementar los esfuerzos para reducir la mortalidad y morbilidad maternas CEDAW/C/SR.355 y 356.

⁶³ Organización Panamericana de la Salud: Constitución de la Organización Mundial de la Salud. En Documentos Básicos, Documento oficial n° 240, Washington, 1991, p. 23

Originariamente, esta iniciativa respondió al propósito del oficialismo, de consagrar el derecho constitucional a la vida dirigido a incorporar una cláusula punitiva del aborto, objetivo que sin embargo no fue concretado⁶⁴.

Incorporar la prohibición penal del aborto como cláusula constitucional no estaba prevista en la ley de necesidad de la reforma (como tema del núcleo de coincidencias básicas o dentro del temario libre), como objetivo ni tampoco en relación con o “a condición” de que se reformara otro contenido.

Sin embargo, en el seno de la Convención Constituyente, el contenido del art. 75 inc. 23 párrafo segundo despertó dura discusión. Destacándose al respecto, la clara y precisa explicación elaborada por el convencional Raúl Alfonsín al expresar que: “La cláusula que estamos considerando ha sido el resultado de extensas conversaciones e intercambios de ideas que, en algún momento, se mezclaron con proyectos que establecían criterios vinculados con el tema de la vida y, otros, referidos al aborto, tema que nuestro bloque consideró que no se encuentra habilitado para la consideración de esta Convención, tal cual se pronunció –según tengo entendido- la Comisión de Redacción, en los que se fijaba su penalización. Entendemos que esta era y es una cuestión de tipo penal. Por lo tanto vamos a votar afirmativamente el dictamen en consideración porque está vinculado con el régimen de seguridad del que carecía la República Argentina...Es por eso que estamos de acuerdo en votar afirmativamente este proyecto, que no le dice a la legislatura que penalice el aborto o que libere cualquier posibilidad de aborto, sino que trata de una iniciativa que podría estar perfectamente vinculada a la legislación de un país que acepta el aborto, como es Suecia, y también podría estarlo a la de un país como Irlanda, que lo prohíbe⁶⁵”.

Por tanto, resulta necesario precisar que el contenido del art. 75 inc. 23 párrafo segundo se refiere al dictado de un régimen de seguridad social que se proyecta desde el momento de la concepción, pero ello de ninguna manera implica que constituya una obligación constitucional para el Estado argentino proteger la vida humana en formación de forma exclusiva y absoluta por la vía penal, ni menos aún que se haya constitucionalizado la penalización del aborto.

En tal sentido, se ha manifestado la doctrina sobre los alcances que tiene el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional respecto de la interrupción voluntaria del embarazo.

Aída Kemelmajer de Carlucci ha señalado que: “Por supuesto que nuestra cláusula constitucional apunta a otra cosa y no a este tema: apunta a que la mujer no tenga necesidad de llegar al aborto, apunta a lo que todos quisiéramos, que toda vida que está en formación llegue a buen fin, y que después tenga una vida digna, porque no basta la protección de la mujer y de la vida en formación sólo hasta el nacimiento, y después olvidarnos de ella, como por ejemplo las mujeres portadoras de HIV. Por este motivo, la cláusula constitucional tiene que ser interpretada, entendiendo que debemos

⁶⁴ Baigorria, Claudio y Solari, Néstor “El derecho a la vida en la Constitución Nacional, LL 1994-E-1167. En el mismo sentido ver Norberto Padilla, “El debate del aborto en la Constituyente”, el Derecho 27 de agosto de 1996.

⁶⁵ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, tomo IV, 34 reunión, págs. 4600 y 46001.

ayudar a que la mujer no aborte, porque el aborto tiene signo negativo, hay que tratar de lograr la debida asistencia a la mujer, pero esta asistencia no debe terminar el día del nacimiento, sino la hemos asistido para que tenga un hijo sano, y de allí en más puede pasar cualquier cosa con la persona nacida”.

Daniel Sabsay, por su parte ha interpretado que: “La disposición se refiere al régimen de seguridad social, regulada en el tercer párrafo del artículo 14 bis y dispone que el Congreso deberá dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre y al niño desde el embarazo. Advertimos que no existe un concepto jurídico de “embarazo” y que las normas que intentan condenar el aborto protegen la vida desde la concepción, término que no es sinónimo al empleado. Más allá de esa crítica terminológica, insistimos en que la norma no regula el derecho a la vida sino las características del sistema de seguridad social, por consiguiente, no agrega nada a las disposiciones sobre la materia ni da base constitucional a la penalización del aborto”. Alberto Dalla Vía, refiere que: “El artículo 75 inc. 23 tiene un objeto preciso que son las acciones positivas y tampoco puede desprenderse de allí dónde comienza la vida. Es claro que brinda protección al embarazo y a la madre embarazada; pero nada resuelve frente a una presunta decisión de la madre de interrumpirlo. Creo que en gran parte los conflictos interpretativos se han originado porque el constituyente eludió una definición concreta sobre el tema, remitiéndolo a la regulación legal y a las discusiones doctrinarias, circunstancia que enfatiza el interés en las conclusiones a que pueda usted arribar con su tesis”.

Finalmente Germán Bidart Campos expresa que: “El inc. 23 del art. 75 de la Constitución, en cuanto claramente alude a un régimen de “seguridad social” integral y especial, no guarda –a mi juicio- relación alguna con el tema de la interrupción del embarazo desde el punto de vista pena”.

VI. Consideraciones finales

Es tan indudable que la dimensión sociológica del aborto voluntario en nuestro país, es un elemento de análisis y decisión que no puede ser ignorado, como que la penalización del aborto voluntario, no ha resultado ni resulta una vía idónea de protección del bien jurídico vida humana en formación como tampoco otorga cobertura a otros bienes jurídicos, dignos de igual o mayor consideración como la vida y la salud de las mujeres, de escasos recursos.

Cuando se habla de despenalizar el aborto no se está desmereciendo o despreciando la vida, sino todo lo contrario. A partir del respeto a la vida en un marco de nivel adecuado, es que mantener la penalización del aborto no solo no resuelve nada a favor de ella sino más bien atenta contra ella así como a otros derechos que ameritan igual tutela y protección.

Acaso, cuando no se hace lugar a un aborto no punible o cuando no se legisla sobre la materia ¿no se vulnera el derecho a la vida, que incluye no solo la supervivencia a la muerte sino el derecho a vivir una vida digna, plena y saludable? ¿No se vulnera el derecho a la integridad personal, que contempla el no ser sometido a tortura, trato cruel, inhumano, degradante? ¿No se vulnera el derecho a

la igualdad y por tanto a no sufrir discriminación ? ¿No se vulnera el derecho a la libertad personal?
¿No se vulnera el derecho a la salud?

Si bien el aborto no es una práctica deseable, se torna inevitable en la medida en que no se promueva o se existan reparos frente al acceso a la regulación de la fertilidad. La conjunción de ausencia de planificación familiar con la prohibición del aborto es elocuente y paradigmática.

La única forma mediante la cual pueden reducirse las prácticas abortivas es mediante el diseño y la puesta en práctica de políticas de acción positiva y preventivas que permitan un ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos reconocidos a toda la población, mediante la educación. Ello, constituye un imperativo categórico si queremos proteger realmente a todas nuestras niñas y mujeres evitando discriminaciones.

Existen argumentos de tipo jurídico para dar sustento a una reforma en el tema que tenga por fin despenalizar el aborto en Argentina, o bien modificar el código penal extendiendo o ampliando los casos de abortos no punibles. Existen otras formas de proteger la vida, alternativas a la penalización del aborto y más respetuosas de los derechos humanos de todos y en ellas debemos profundizar los análisis socio-jurídicos que brinden respuestas en las que el derecho se constituya en una herramienta eficaz frente a las prácticas sociales.