

¿POR QUÉ LEGISLAR SOBRE EL ABORTO EN EL 2020? ¿POR QUÉ SIGUE SIENDO URGENTE LEGALIZAR LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO?

[Introducción]

Exponemos a continuación un breve contexto de la situación actual y luego determinadas razones para promover con urgencia una legislación sobre la temática.

En nuestro país, existe una gran cantidad de abortos por año. Mucho se ha discutido acerca de los cálculos estadísticos que realizaron Silvia M. y Pantelides A en el trabajo “Estimación del aborto inducido en Argentina (CEPAL, 2009). Según el informe, en Argentina se practican entre 370.000 y 500.000 abortos por año¹.

Más allá de ser estadísticas confiables, es cierto que no existen datos concretos que nos permitan investigar en profundidad la cantidad de abortos en nuestro país y esto es así principalmente por dos razones: 1) la “ilegalidad” de la práctica, incluso en casos regulados por el Código Penal, impiden el registro de estadísticas; y 2) muchas jurisdicciones a las cuales hemos consultado (tales como Catamarca, San Luis, San Juan, entre otras), se niegan o no responden a los pedidos de información.

Como estimación oficial, podemos tomar los informes de la Dirección de Estadísticas e Información en Salud del Ministerio de Salud de la Nación. Lo más actualizado son dos informes del 2015 y 2016: en todo el país, existen registrados una cantidad de 84.993 egresos hospitalarios por aborto². Es importante considerar la suma, en especial teniendo en cuenta que la mayor cantidad de prácticas se dan en la clandestinidad.

Por su parte, en marzo del año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhortó a las autoridades nacionales, provinciales y de la CABA a “implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel,

¹ Silvia M. y Pantelides A., “Estimación del aborto inducido en Argentina. Notas de Población”, Año XXXV, N° 87, CEPAL, 2009, Santiago de Chile. También se puede cfr. con Sedgh, G., “Induced abortion worldwide in 2008. Levels and trends”, Lancet, 2012. Disponible en <http://www.guttmacher.org/media/presskits/abortion-WW/graphics.html>.

² Visitar la web <http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/causas-egresos/>.

protocolos hospitalarios a los efectos de remover todas las barreras administrativas y fácticas al acceso a los servicios”.

Desde entonces, de las 24 jurisdicciones que existen en nuestro país (23 provincias, más la CABA), 8 jurisdicciones no cuentan con protocolo y otras 8 establecen diversas exigencias que dificultan el acceso a los abortos no punibles.

De las jurisdicciones que no tienen protocolo, quien más cantidad de egresos hospitalarios por aborto tiene es Mendoza (con 5.828) y le sigue Corrientes (con 3.288); quién más muertes maternas por aborto tiene es Tucumán (con 4) y le sigue Santiago del Estero y Mendoza (ambas con 3); finalmente, el único Ministerio provincial de Salud que otorgó datos fue el de Mendoza, el cual determinó que hay 1 solo aborto no punible practicado³.

[Razones para legislar]

1* Cantidad de abortos. Está claro que es extremadamente numerosa la cantidad de abortos que se realizan por año en nuestro país. Es mucho mayor si pensamos en la inmensa cantidad de prácticas clandestinas que existen. Esto no sólo es un fracaso de las políticas públicas sexuales y reproductivas, sino que además esconde un negocio que profundiza la disparidad socio-cultural entre mujeres que pueden y que no pueden practicarse el aborto. Gran parte de esta problemática se debe a la falta de regulación, concreta y específica sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

2* Razones de política criminal. Como bien se ha indicado, la política criminal es “el conjunto de discursos, normas y prácticas que organizan y dirigen los medios represivos del Estado hacia aquellas conflictividades que éste decidió resolver de manera violenta”⁴. La intervención del poder punitivo en el caso de aborto no sólo manifiesta el fracaso previo de las políticas públicas no penales antes mencionadas, sino que además reproduce cuestiones simbólicas que serán tratadas luego.

Si observamos a la política criminal del aborto desde una óptica “preventivo-general” (el castigo como “medio para un fin” de prevención de delitos y orientado a la sociedad toda), está claro que estamos ante un fracaso. Tampoco es eficaz el efecto disuasorio. Entonces: la persecución penal en el marco del aborto es ineficaz o inidónea desde que no se protege al alegado “derecho a nacer del embrión” –ya que la práctica es constante en nuestra cotidianeidad y sólo se la obstaculiza a determinado sector social de las mujeres-, y tampoco tiene función “disuasoria”, ni se protegen los derechos de la persona gestante.

Algunos autores consideran que el derecho penal sólo se justifica por su capacidad de prevenir daños a personas (rol preventivo) sin ocasionar efectos

³ Asociación por los Derechos Civiles, “Acceso al aborto no punible en Argentina: estado de situación”, marzo del año 2015, Buenos Aires.

⁴ Larroude, A., “Crimen, política y Estado”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, pág. 27 y ss.

más dañosos de los que es capaz de impedir. Si se arroga funciones pedagógicas como instrumento de estigmatización moral, degenera en despotismo”⁵. Bajo esta perspectiva se configura en el imaginario colectivo, previo a la comisión de cualquier delito, la idea de la mujer culpable/asesina y el embrión como víctima potencial/indefensa.

En definitiva, en nuestras sociedades sumamente desiguales, lo que está claro es la selectividad represiva del poder punitivo del Estado hacia determinados sectores, a fin de mantener cierto papel sociologizante. Es importante tener en cuenta que la respuesta penal, desde el punto de vista del principio de *ultima ratio*, debe contar con dos límites: 1) la “justicia”, en donde el Estado debe renunciar a imponer penas injustas aun cuando existan fundamentos de utilidad; y 2) además la “eficacia”, por lo que no se aconseja aplicarla aunque el delincuente la merezca, si al hacerlo se obtiene un efecto social contraproducente⁶.

3* Criminalización simbólica. La criminalización del cuerpo de la mujer nos remonta hacia el año 1400, en donde aparece el estereotipo de la “bruja”, que era la mujer que “no se resignaba a ser esposa y madre sumisa, como lo requería la estructura jerárquica patriarcal”⁷. Fue, en este ámbito, cuando el Papa Inocencio VIII publicó la bula *Summis desiderantes affectibus* (que comenzó a dar lugar a lo que fue la “caza inquisitiva de brujas”)⁸.

En este caso, como sostuvieron diversas autoras, “el aborto es un poderoso dispositivo simbólico”⁹. En principio, está claro que interés de perseguir la comisión del actual aborto punible es casi nulo. Por ejemplo, si observamos las estadísticas dispuestas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, encontraremos que entre 2007 y 2016 existieron 63 causas vinculadas con el aborto que terminaron en condena¹⁰.

Pero, por otro lado, encontraremos diversas interpretaciones de los operadores jurídicos (tanto doctrinarios como jueces) que consideran necesario castigar al

⁵ Cfr. con Ferrajoli, L. “La cuestión del embrión entre el derecho y moral”, *Revista Jueces para la democracia*, n° 44, España, 2002.

⁶ Righi, E., “Derecho Penal: Parte General”, 1ª ed., Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2008, pág. 3.

⁷ Para ampliar sobre los puntos más relevantes del *Malleus Maleficarum*, cfr. con Bigalli, C., “El *Malleus maleficarum*”, *Revista Subjetividad y Procesos Cognitivos*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), n° 9, 2006, págs. 92 a 114.

⁸ Cfr. con Federici, S., “Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación primitiva”, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2010, págs. 225 y ss.

⁹ Hopp, C. M., “Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate”, ponencia presentada en “II Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales”, 28 de octubre 2010, UBA, págs. 6-7.

¹⁰ Para elaborar la estadística, se ha visitado en el día de la publicación de este artículo a la siguiente página web (los cálculos han sido realizados personalmente) http://www.dnrec.jus.gov.ar/descargas/estadisticas/Informe_Condenadas_2016_FINAL_ANEXO.pdf. Aquí se tienen en cuenta condenas hacia la mujer por la práctica como a los profesionales.

aborto que hoy no es punible¹¹ y de los profesionales médicos que obstaculizan las prácticas (ya sea por temor o rechazo personal a la práctica).

Es importante resaltar que, por trabas burocráticas, judiciales y médicas las mujeres embarazadas producto de una violación siguen con dificultades para poder practicarse un aborto (cuando estamos claramente frente a supuestos que no son castigados por el sistema penal).

Existe aquí una discordancia: se establece en último lugar a la persecución criminal de las mujeres por la comisión del delito de aborto y, paralelamente, se dificulta la posibilidad de que aquellas accedan a la práctica cuando es considerada no punible.

4* Libertad religiosa y principio de lesividad. Desde las tesis liberales que buscamos promover, consideramos relevante destacar una fuerte separación axiológica entre el derecho y la moral. Según esta postura, la reprobación moral de una conducta no es por sí misma una razón suficiente para justificar la prohibición jurídica. Encuentra su fundamento en la tesis de la recíproca autonomía, que considera que el derecho no es ni debe ser un instrumento de reforzamiento de la moral¹².

Su fin no es adscribirse a la moral, o si existiesen varias concepciones morales en una sociedad, a una moral. Sino que el derecho tiene como fin asegurar la paz y la convivencia civil, impidiendo o reduciendo los daños que las personas pueden ocasionarse unas a otras.

Nino ha expresado que “las medidas estatales de tipo perfeccionista (orientadas a que las personas fueren de determinada manera) y paternalista (dedicadas a la protección de sujetos que sufren ciertas prescripciones) no superan el tamiz delineado por el principio constitucional de reserva”¹³.

Desde estas tesis liberales, surgen dos cuestiones: 1) la aceptación de un pluralismo moral y 2) el principio utilitarista de lesividad como criterio de justificación de lo que es punible. Respecto del pluralismo, si bien todos estamos sujetos al mismo derecho, no todos tenemos las mismas opiniones, creencias o valores morales. Y, por lo tanto, fundados en la laicidad, no se puede privilegiar a ninguna. En segundo lugar, menciona el principio de lesividad desde una mirada utilitarista, que sirve para justificar la punibilidad de una determinada conducta.

Atribuir al derecho penal funciones moralizantes, en virtud de un poder punitivo que refuerza esa moralidad, significaría arrogarle al aparato estatal la

¹¹ Véase el proyecto de Código Penal del año 2018/2019 dirigido por el doctor Mariano Borinsky.

¹² Ferrajoli, L., ob. cit.

¹³ Nino, C., “Ética y derechos humanos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, 2ª ed., págs. 413 y ss.

función perfeccionista de establecer modelos de excelencia ética para los individuos.

Legislar sobre el aborto refuerza aún más la libertad religiosa que rige en nuestro sistema constitucional. El art. 19 de la CN procura un ámbito de reserva que de ningún modo establece que las acciones no pueden afectar a terceros ni que toda acción que perjudique a un tercero debe ser prohibida o penada. Desde aquí, y en relación a todo lo dicho, puede ocurrir que ese derecho que se valora –la vida del embrión- entra en serio conflicto con otro derecho también valorado –el derecho de la mujer a su libre maternidad, sexualidad y a la salud física-psíquica integral-.

Allí es donde se presenta una opción trágica y podemos determinar una prevalencia del derecho de la mujer, ya plasmada así por el legislador desde hace casi 100 años¹⁴.

5* Responsabilidad internacional. El Comité de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido, ni en su Observación General N° 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General N° 17 (derechos del niño). Sin embargo el Comité ha señalado que “se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el aborto obligan a una mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir”¹⁵.

La Corte IDH ha establecido que cuando nos enfrentamos a la cuestión del aborto, hay dos aspectos importantes a destacar¹⁶. En primer término la frase “en general”, en donde se reconoce que la frase “dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes incluyeran en su legislación nacional a los casos más diversos de aborto”¹⁷.

En segundo lugar, cuando el artículo 4 se refiere a que “nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”, al evaluar si la ejecución de un aborto viola este artículo, hay que considerar las circunstancias en las que se practica al aborto. ¿Fue un acto arbitrario? Si el aborto es legal en determinado país, el aborto no privará arbitrariamente la vida si fue realizado o practicado en el marco de dicha ley (un aborto sin sustento legal es incompatible con el artículo 4).

El Comité de la CEDAW (encargada de interpretar la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” y recomendarle a los Estados Partes las opciones político-legislativas idóneas para garantizar su cumplimiento) manifestó en la Recomendación General N°

¹⁴ Gargarella, R., “Juristas contra el aborto. Un repaso crítico a las posturas contrarias al aborto en los debates en el Congreso”, *Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas*, 2018, págs. 3 a 6.

¹⁵ Cfr. párrafo 226 de Corte IDH, caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, 2012.

¹⁶ Corte IDH, “Caso “Baby Boy” resolución N° 23/81, n° 2141, párrafo 14 infine.

¹⁷ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 159.

35 (cedaw/c/cg/35) que “el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la postergación del aborto sin riesgo y la atención post-aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y maltrato hacia mujeres y niñas, son formas de violencia por razón de género que, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante, ante las cuales el Estado debe responder inmediatamente”.

El Comité de Derechos Humanos (creado a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) consideró en la Observación General N° 28 (párrafo undécimo) que se obliga a los Estados Partes a garantizar el acceso al aborto legal y seguro a las mujeres “que han quedado embarazadas como consecuencia de una violación”. Además, se deben “prevenir además los embarazos no deseados y se deberá prestar un sistema de salud completo que evite que las mujeres deban acceder a los abortos clandestinos que pongan en peligro su vida”.

Por último, pero muy importante, el Comité de los Derechos del Niño ha manifestado un apoyo claro y necesario a aquellos Estados que quieren legislar sobre el aborto. Lo ha hecho en tres observaciones: A) “Observación General N°4” en Julio del año 2003, la cual se refiere a “la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención”; B) “Observación General N°15” en Abril del año 2013, la cual se refiere a “el derecho del niño al disfrute de la salud”; y C) Observación General N°20 la cual se refiere a “la efectividad de los derechos del niño en la etapa de la adolescencia”.