

ABORTO NO PUNIBLE

Más allá de lo que cada un@ piense, hay obligaciones que cumplir

Alejandro Javier Osio

En estas páginas me propuse resumir las principales obligaciones que el Estado Nacional Argentino debe cumplir en materia de acceso al aborto por haber firmado tratados internacionales sobre derechos humanos. Más allá de lo que cada persona opine en relación a su legalización y despenalización, lo cierto es que el Estado debe cumplir con lo que los tratados imponen en sus normas y lo que los organismos internacionales disponen en sus documentos.

Si bien todas las opiniones son respetables y valorables, tanto provengan de áreas biológicas, médicas, éticas, legales, económicas, morales, religiosas, sociales, bioéticas, y/o inter-multi e intradisciplinarias, formen o no parte de las mayorías circunstanciales, o sean más o menos afines a los gobiernos de turno, lo cierto es que no todas las posturas pueden plasmarse en la legislación, pues el Estado debe cumplir con ciertas obligaciones internacionales que indican el camino a seguir. Los argumentos para no cumplirlas, por más válidos que fueran en sus ámbitos científicos o disciplinares, no pueden servir de sustento para no cumplir las normas del máximo nivel en un Estado constitucional de Derecho como el nuestro.

Las siguientes son obligaciones del Estado para conceptualizar la protección del derecho a la vida, la despenalización y legalización del aborto, los derechos humanos que implica la cuestión, la objeción de conciencia, el mandato de laicidad, la discriminación y las perspectivas de género, niñez y discapacidad, más allá de lo que cada persona opine sobre cada uno de esos puntos. Su observancia, reitero, no es una opción para el Estado Argentino, por lo cual, si las/os legisladoras/es nacionales aprueban la ley de legalización y despenalización del aborto por causales, estarán cumpliendo con su obligación internacional de adecuación convencional-constitucional de la legislación interna. De lo contrario, además de empujar al abismo de la clandestinidad a miles de mujeres y personas gestantes pondrán en riesgo de responsabilidad internacional al país -nuevamente-, más allá de lo que cada persona opine, puesto que las obligaciones son del máximo nivel normativo, por lo cual una ley nacional, provincial o local no debería poder disponer lo contrario u omitir los mandatos de los instrumentos y organismos internacionales.

Delimitaciones conceptuales.

Derecho humano a la vida: protección y penalización. Art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Observación General n° 36 del Comité Internacional de Derechos Humanos, párr. 16. Observaciones Generales n° 4, 5 y 20 del Comité Internacional de Derechos del Niño.

En la Constitución Nacional no hay ningún artículo que prohíba el aborto. Históricamente se entendió al derecho a la vida entre los derechos no enumerados del art. 33 originario porque ningún artículo lo consagraba expresamente. Desde 1994 está incorporado al art. 75, inciso 22 por los tratados internacionales.

El art. 75, inciso 23 de la CN se refiere al niño desde el embarazo pero solo para los efectos del régimen de la seguridad social, lo mismo que para la madre. Literalmente dice: “**Artículo 75.-** Corresponde al Congreso:... 23. 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 de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

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.”

La vida en los tratados internacionales:

La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)** dice: Art. I “Todo ser humano tiene derecho a la vida...”, y Art. VII: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”

No indica comienzo de la protección de niño y ser humano como términos del Pacto.

La **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)** dice: Art. 1. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” y el Art. 3. “Todos los individuos tienen derecho a la vida...”

El comienzo del reconocimiento de derechos, expresamente está marcado en el nacimiento.

El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)** dice: Art. 3. “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

No indica cuándo comienza la protección de hombre, mujer, niño, persona y ser humano como términos utilizados en el Pacto.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)** dice: Art. 6 “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

No indica cuándo comienza la protección de persona y ser humano como términos del Pacto.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)** dice: Art. 4.1 “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.”

Claramente indica como regla general la protección desde la concepción, y de su expresión “en general” se entiende que admite excepciones.

La **Convención sobre los Derechos del Niño (1989)** dice: Art. 1 “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Mediante Ley 23849 (27/9/1990) Argentina realizó la siguiente declaración interpretativa al incorporar la Convención al derecho nacional: Art. 2 “Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.”

Esta declaración tiene validez sólo nacional por el Art. 27 de la **Convención de Viena (1969)** que dispone: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”, no es una reserva de la validez parcial del tratado en los términos de los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena; y como cualquier ley nacional, la 23849 puede ser modificada, no así el tratado.

En el resto de los tratados internacionales no hay artículos específicos sobre el derecho a la vida y el comienzo y ámbito de su protección. En los antecedentes de discusión y elaboración de los tratados aquí citados, se indica que cuando no se establece comienzo de protección antes del nacimiento, o al agregar las palabras “en general” en la CADH, se ha tenido en cuenta las posibilidades de los Estados partes de legalizar el aborto y respetar a los Estados partes que ya lo tenían legislados al firmar esos documentos.¹

¹ Para verificar esto puede acudir a la documentación citada por Matías Meza-Lopehandía G en “El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos” con cita de Copelon, R., Zampas, C., Brusie, E., deVore, J. 2005. Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights. Reproductive Health

Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

Fallo “Artavia Murillo”. La vida no es un derecho absoluto, el embrión no es persona y la protección del derecho debe ser gradual:

“C.5) *Conclusión de la interpretación del artículo 4.1*

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”

El Derecho humano a la Salud (bienestar físico, mental y social) de la mujer ante el

aborto: Ob.Gral. 22 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece obligaciones en torno a: definiciones párr. 6, determinantes sociales 9, disponibilidad 12/14, accesibilidad 15/19, aceptabilidad 20, prevención de abortos riesgosos 28, discriminación múltiple 30, despenalizar el aborto 34-40, evitar medidas regresivas 38-41, asegurar el servicio 45/46, erradicar barreras por creencias y tabúes 48. Violaciones por acción 54, omisión 55, obligación de respetar 56/57, y obligación de proteger 59.

Necesidad de una perspectiva o enfoque de género. Comité de la Convención para Erradicar Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y CorteIDH.

La perspectiva de género en el diseño de las políticas públicas es de observación obligatoria para reducir y erradicar la discriminación contra la mujer en todos los ámbitos en que desarrolle su personalidad, especialmente ante las muertes por abortos clandestinos.

Necesidad de una perspectiva o enfoque de niñez. Comité de los Derechos del Niño, Comité de los Derechos Humanos, CIDH y CorteIDH

La observación del interés superior del niño debe ser una prioridad siempre en el diseño e interpretación de políticas públicas. Sobre todo ante el embarazo de niñas y adolescentes. Dicha prioridad implica asegurarles la protección del derecho a la vida y a la salud en el acceso a abortos sin riesgos, con abordaje integral antes, durante y post aborto como herramienta para evitar el alto nivel de morbi-mortalidad de niñas y adolescentes gestantes.

Necesidad de una perspectiva o enfoque de discapacidad. Comité de las Personas con Discapacidad, Comité DESC, Comité de los Derechos del Niño, CIDH y CorteIDH.

Los estados deben tener en cuenta las características particulares de las políticas públicas para incluir a las personas con discapacidad y brindarles apoyos que faciliten la accesibilidad a sus derechos. Sobre todo ante violaciones e incesto, y toma de decisiones en el ámbito médico.

Los derechos humanos no se plebiscitan y las decisiones internas, aún mayoritarias, están limitadas por las obligaciones internacionales contraídas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Gelman vs Uruguay”, párr. 239:

“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos

reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”

Esto significa que más allá de lo que opinen las mayorías circunstanciales, la observación de los mandatos y estándares internacionales sobre derechos humanos son obligatorios/as para los Estados sin importar si ello es mayoritario o minoritario de acuerdo a encuestas, plebiscitos, referéndums o los mecanismos democráticos de consulta o participación que fueran, incluidas claro las mayorías parlamentarias.

Control de convencionalidad obligatorio.

Todas las personas dependientes del Estado (nacional, provincial y local) deben hacerlo para compatibilizar normas jurídicas y prácticas.

La fuente de ello es normativa pero también jurisprudencial. Entre otros, por los fallos "Mazzeo" y "Rodríguez Pereyra" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y fallos "Almonacid Arellano vs Chile", "Trabajadores cesados del Congreso vs/ Perú", "Radilla Pacheco vs México" y "Gelman vs Uruguay", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mandato de Laicidad. Ob.Gral. 22 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 48 y Comité de Derechos Humanos.

Las creencias, prejuicios y tabúes no deben obstaculizar el acceso a los derechos humanos. Para respetar el ámbito de colisión de derechos entre la libertad de creencia y el derecho a la vida y la salud ante abortos, debe reconocerse y legalizarse el instituto de la objeción de conciencia.

Discriminación en casos de derechos sexuales y reproductivos. Comité de Derechos Humanos, Comité CEDAW, Comité de Derechos del Niño. Observaciones Finales sobre Argentina del 01/06/18.

Para estos organismos internacionales penalizar el aborto es discriminatorio contra las mujeres y múltiplemente discriminatorio para las mujeres pobres, niñas, con discapacidad y/o de pueblos originarios.

La objeción de conciencia y los derechos humanos.

Estándares en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (OEA). Arts. 6, 12 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según la CIDH y la CorteIDH:

- No es absoluto y por ende no puede ser una barrera de acceso a los derechos a la salud sexual y reproductiva;
- Es uno de los derechos limitables por las leyes, entre otras cuestiones, para proteger la salud y los derechos de l@s demás;
- Es un derecho que sólo se puede reconocer a las personas naturales, no pueden ser titular el Estado ni personas jurídicas;
- Es una decisión individual, no puede ser institucional ni colectiva. Debe ser previa, estricta y fundamentada, y surgir de una convicción real expresada por escrito;
- Sólo aplica a prestador@s directos y no a personal administrativo;
- El/la médic@ que lo alegue debe remitir inmediatamente al servicio que realice la prestación; y

- Los Estados deben regularla anticipadamente para no vulnerar los derechos a la vida e integridad personal de las mujeres.

Estándares en el sistema universal de protección de derechos humanos (ONU): Arts. 4, 8 y 18 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos según el Comité de Derechos Humanos:

- Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la Objeción de Conciencia no obstaculice el acceso al aborto. Entre ellas regularlo, asegurar que decisiones colectivas no se conviertan en institucionales ni que se conviertan en barreras que limiten o impidan la accesibilidad; y
- Obligación de la persona objetora de remitir al servicio que haga la prestación, salvo que la paciente esté en riesgo de vida, en cuyo caso debe tratarla igual.

Mandatos de los Organismos Internacionales sobre Aborto No Punible.

A) Despenalizarlo en casos de violación, terapéutico, por incesto y por malformaciones fetales graves. En tales supuestos hay derecho al acceso a un aborto sin riesgos.

B) De acuerdo a la gradualidad de la protección del derecho a la vida, debe asegurarse el derecho a la salud sexual y reproductiva autónomo de las mujeres.

C) Despenalizar, legalizar y respetar el piso mínimo de cobertura.

D) Diseñar políticas públicas para brindar atención integral a las mujeres antes, durante y después de los abortos.

Derechos humanos de la persona gestante que lo sostienen (por ende, que son violados en caso de no ser reconocidos, protegidos y asegurados por los Estados):

- 1) **Derecho a la Vida y a un proyecto de vida propio y autónomo:** la clandestinidad implica un alto número de muertes por abortos riesgosos; llevar a término un embarazo debe ser una decisión propia de la mujer.
- 2) **Derecho al reconocimiento de la dignidad humana:** toda persona humana debe ser considerada un fin en sí misma. La obligación de llevar a término un embarazo en contra de la voluntad de la persona embarazada implica considerarla un medio (para el fin nacimiento con vida de otra persona).
- 3) **Derecho al nivel más alto posible de salud:** entre las posibilidades del sistema de salud con el máximo de los recursos disponibles.
- 4) **Derechos a la salud sexual y reproductiva:** en el ámbito de las decisiones propias de cada persona gestante.
- 5) **Derecho a la educación sexual y reproductiva:** garantizando los recursos necesarios y suficientes para asegurar el acceso desde el primer ciclo y en todos los niveles de la educación formal, incluso a personas de pueblos originarios en sus sistemas de lenguaje.
- 6) **Derechos a la libertad (de conciencia y elección) y seguridad (individual) personales:** en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos sin injerencias arbitrarias del Estado.
- 7) **Derecho a la privacidad e Intimidad para decidir:** en los procedimientos; antes, durante y después de los abortos o de los embarazos y partos, guardando el secreto profesional y sobre la identidad de las personas.
- 8) **Derechos a la igualdad y a la no discriminación:** de las mujeres con respecto a las personas no gestantes; y de las mujeres pobres, niñas o con discapacidades.
- 9) **Derecho a la información sobre los derechos humanos:** tanto para adquirir como para producir, propagar o difundir.
- 10) **Derechos a la libertad de religión y de creencias:** individualmente considerados sin que desde el Estado pueda imponerse algún sistema de creencias o religión.

- 11) **Derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos y/o degradantes:** mediante la obligación de llevar a término embarazos no deseados; o productos de violación o incesto; o de fetos inviábiles o con graves malformaciones.
- 12) **Derecho a disfrutar de los beneficios de los avances científicos:** conforme al estado actual de la ciencia y los recursos disponibles de los Estados.
- 13) **Derecho a que el Estado parte de los tratados proteja, promueva, difunda, legisle, protocolice, garantice, asegure, y no viole derechos humanos.** Y en caso de afectaciones: investigue, sancione a sus responsables, repare a las víctimas y garantice su no repetición.

No es lo mismo legalizar que despenalizar:

Despenalizar implica que abortar en ciertos casos no tendrá una respuesta sancionatoria de fondo desde el Estado Nacional como la privación de libertad. Pero puede producirse materialmente de otro modo, e incluso en los ámbitos locales mediante la creación de faltas y contravenciones.

Legalizar supone reconocer los derechos implicados y las obligaciones del Estado a su respecto, consistentes en:

Negativas: no violar derechos; no entorpecer, dilatar, interrumpir, obstruir u obstaculizar el acceso; y

Positivas: reconocer que se trata del ejercicio de derechos, promocionarlos e informar al respecto; asegurarlos, garantizarlos, materializarlos de manera efectiva, investigar integralmente sus afectaciones, y en caso de verificarlas sancionar a sus responsables y reparar a las víctimas; diseñar políticas integrales a su respecto (antes, durante y post aborto), y garantizar la no repetición de violaciones; disponiendo los recursos que fueran necesarios y suficientes para todo ello.

Fuentes de todo lo expuesto:

Caso “Baby Boy vs EUA” CIDH; Casos “Artavia Murillo vs Costa Rica”, “B. vs El Salvador”, “Masacre de Mapiripán vs Colombia” y otros de la CorteIDH; CEDAWsobreAngola_ 32.g, sobreBelice_p.56, sobreRep.Dom._p.337; Comité de Dhs_Filipinas_parr.13; Comité de Dhs_Guatemala_parr.20; Comité de Dhs_Panamá_parr.9; Comité de Dhs_RepDom_par.15; Comité de Dhs_SriLanka_parr.283; ComitéDer.delNiño _Chile_parr.56; DictamenLMR-CIDH_par.9.2; ECOSOC_Chile_parr.52; ECOSOC_CostaRica_parr.46; ECOSOC_Nepal_parr.55; Ecuador2012 _ECOSOC; TEDH fallo “PS v Poland”; informeONUrelatortortura_mendez_2013; ComisiónIDH “L.C. Vs Perú” (Dictamen); Comité DHs Obs. Gral. 28_parr.11; Protocolo de Maputo (Carta Africana de Dhs); Obs.Gral. 36 comité DHs, párr. 9; Ob.Gral. 22 Comité DESC,p.6-9-12/14-15/19-20-28-30-34-40-38-41-45/46-48-54-55-56/57-59; Observaciones Generales n° 3y4 del Comité de la Convención sobre Derechos para Personas con Discapacidad; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño sobre Argentina: 22/03/2010, 21/06/2010 y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño sobre Argentina 01/06/2018); Ob.Grales. 4, 7, 13, 14, 15 y 20 del Comité de los Derechos del Niño; ComitéDHs “K.L. vs Perú” y “VDA vs Argentina”; OMS “Documento Oficial 240/1991.”Salud; ComitéDHs Informe Periódico sobre Argentina 2000; Conferencia de El Cairo 1994 CEDAW y Res.Gral.21 -1992-; Conferencia Mundial de DHs Viena 1993; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing 1995; Comité CEDAW Recom.Gral.24; Comité contra la Tortura Obs.Finales sobre Perú 2006; ComitéDESC sobre Reino Unido e Irlanda 2009; Oficina del Alto Comisionado ONU prácticas para eliminar mortalidad y morbilidad materna evitables 2011.

Alejandro Javier Osio