

ABORTO: ADIÓS AL DERECHO PENAL *

Cecilia Marcela HOPP LL.M.**

Fecha de recepción: 25 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 30 de mayo de 2018

I. Introducción

El actual debate sobre diversos proyectos de ley que proponen la legalización del aborto puede ser discutido desde varios puntos de vista. En este breve escrito enfocaré mis argumentos en fundamentar que resulta correcto y adecuado abandonar la criminalización como forma de regulación del aborto. Consecuentemente, sostengo que debemos dejar de presentar las discusiones sobre aborto como temas de política criminal, a fin de comprender las propuestas de legalización como parte del respeto y promoción de los derechos sexuales y (no) reproductivos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

II. Los principios básicos del derecho penal

Frecuentemente comenzamos los cursos sobre derecho penal discutiendo los límites que impone una constitución liberal a la potestad del Estado de criminalizar comportamientos humanos. Así, sostenemos que el principio de *ultima ratio* impone una política criminal limitada, que solamente penalice conductas sobre las que exista un consenso prácticamente unánime acerca de que son merecedoras de reproche penal.¹ En concordancia con este principio, sostenemos que

* El presente artículo reproduce los argumentos expuestos en la ponencia presentada en el XVIII Encuentro de Profesores de Derecho Penal y VIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal, el 11 de mayo de 2018 en la Universidad de Cuyo, Mendoza.

** Abogada (UBA). Especialista en Derecho penal (UTDT). LL.M. (NYU School of Law).

¹ STRATENWERTH sostiene que: “[e]n una sociedad abierta y pluralista la profunda diversidad de opiniones sobre las normas sociales puede aceptarse no sólo como una cuestión inevitable, sino también, como la legítima expresión principista de la discusión libre de los problemas sociales. Por estas razones resulta incompatible con estos principios, declarar como criminal a un determinado comportamiento sólo porque contraviene la concepción de la mayoría [...]” y agrega que: “[...] la estigmatización de un comportamiento como criminal debe limitarse a la lesión de aquellas normas sobre las que existe un consenso prácticamente

como mínimo la conducta amenazada con pena debe dañar o poner en peligro un bien jurídico. Sin embargo, no todos los bienes jurídicos reconocidos deben ser protegidos a través del derecho penal. La falta de consenso acerca de la necesidad de criminalizar es un motivo para no hacerlo; la ineffectividad de la ley penal para prevenir el daño al bien jurídico es otra razón válida para no utilizar esta herramienta, especialmente si se dispone de otras que permitan una mayor protección con menor uso de violencia. Estos principios también se enlazan con la finalidad de la pena que, según muchos autores, consiste en reafirmar la vigencia de los valores sociales reflejados en la norma infringida, es decir, la pena tendría la función de estabilizar un sistema normativo/valorativo básico para la convivencia social pacífica.

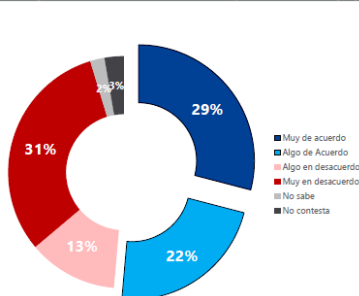
En la actualidad, no es posible afirmar que se cumplan estos principios mediante el mantenimiento de la norma que criminaliza el aborto.

1. En primer término, tal como lo demuestra el cuadro que refleja la encuesta realizada por la Universidad de San Andrés durante el mes de abril de 2018, existen profundos desacuerdos y fuertes divisiones en la población argentina acerca de si debería despenalizarse el aborto. Como se observa, el 51% de las personas encuestadas está "muy de acuerdo" o "algo de acuerdo" con la despenalización, en tanto que hay un 31% "muy en desacuerdo" y un 13% "algo en desacuerdo", lo que constituye un 43% del total de encuestados en contra de la despenalización. A ello debe sumarse que hay regiones en las que el acuerdo con la despenalización llega al 66% (Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Gran Buenos Aires) y 68% (Patagonia). Así, la norma parece haber perdido legitimidad desde el punto de vista del principio de *ultima ratio*.

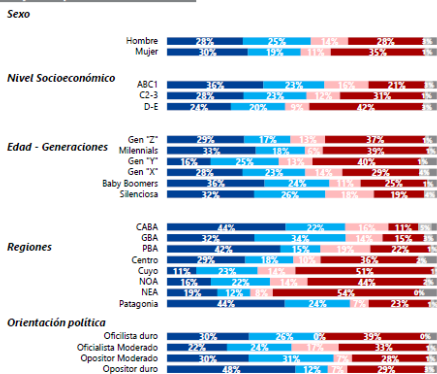
ilimitado con las que, por lo menos, en general es posible conformarse", STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible* (traducción de la 2.^a ed. alemana a cargo de Gladys ROMERO), Madrid, Edersa, 1982 (1976) pp. 6-7.

Despenalización del aborto

P11.4. ¿Podría decirnos cuán de acuerdo o desacuerdo está con el proyecto de ley de despenalización del aborto?



Base: 1000 casos (Total), Abril 2018



Fuente: Encuesta de Satisfacción Política y Opinión Pública – Universidad de San Andrés

2. En segundo lugar, aun cuando se reconozca que la interrupción del embarazo compromete la vida en gestación y que la vida en gestación es un bien jurídico merecedor de protección, ello no implica que esa protección deba realizarse a través de la amenaza penal. Más aun, tanto el principio de *ultima ratio* como el de proporcionalidad exigen que, en caso de existir varias formas efectivas de protección de un bien jurídico, debe utilizarse la menos violenta² y la que menor sacrificio suponga para otros derechos involucrados. En el caso de la protección de la vida en gestación, las estimaciones indican que en la Argentina se realizan entre 370.000 y 520.000 abortos al año,³ en tanto que solamente se registraron 167 denuncias por aborto propio entre 2011 y 2016, de las cuales apenas dos llegaron a una condena y una a la suspensión del juicio a prueba.⁴ A partir de estos datos, debe concluirse que: a) la masividad del recurso al aborto es

² ROXIN, *Derecho penal, Parte general*, t. I (traducción a cargo de Diego LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, JAVIER DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 1997 (1994), p. 65.

³ Los datos surgen de una investigación encomendada por el Ministerio de Salud de la Nación a Edith PANTELIDES y Néida MARIO, publicada en "Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina", *Notas de Población* vol. 35, n.º 87, Santiago de Chile, CEPAL, 2009, pp. 95-120. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37695-notas-de-poblacion-ndeg-87> [enlace verificado el 13 de abril de 2018] y varían según el método de estimación aplicado.

⁴ Los datos fueron relevados por la Defensoría General de la Nación. Agradezco a Julieta DI CORLETO habérmelos facilitado y la discusión acerca de las implicancias de estas cifras. La investigación de DI CORLETO

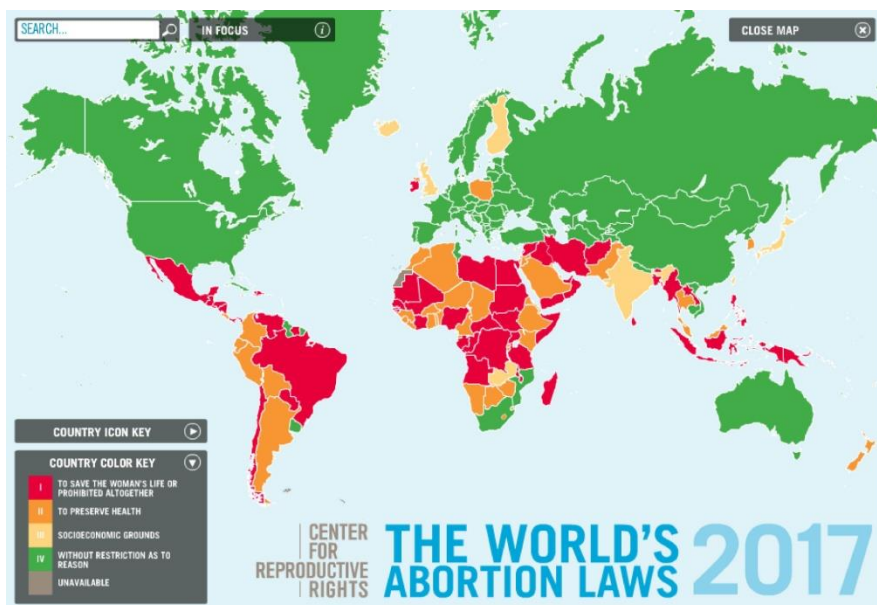
consistente con la encuesta de opinión citada, que revela convicciones divergentes respecto de la regulación del aborto. Cada año, cerca de medio millón de mujeres declaran que una norma así no debería regir sus cuerpos, sus sexualidades y sus autonomías; b) no existe un verdadero interés estatal y social en perseguir penalmente el aborto. En definitiva, la norma penal no “protege” el bien jurídico y no hay un verdadero interés —o capacidad— de estabilizar la norma.

En ese sentido, podría plantearse como alternativa a la criminalización, la protección de la vida en gestación a través de políticas de educación sexual integral y prevención de embarazos no deseados. A ello debe sumarse la protección del embarazo, a partir de la ayuda estatal a las mujeres, a fin de que cuenten con las condiciones necesarias para poder llevar adelante la gestación, tal como lo sugiere el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional.

Otra forma de proteger la vida en gestación es la que se denomina como “protección incremental” y es consistente con un sistema de plazos, en el que se permite el aborto temprano a demanda y se restringe en etapas más avanzadas, en atención a que la vida en gestación adquiere mayor peso conforme avanza su desarrollo.

El cuadro que se observa a continuación muestra que una gran cantidad de países cuentan con un sistema de plazos (países de color verde); los que se encuentran coloreados de amarillo y naranja (entre ellos, nuestro país) cuentan con sistemas de indicaciones más o menos amplios, que también ponderan la protección de la vida en gestación con otros derechos. Esto demuestra que países que han servido de ejemplo a seguir en sus desarrollos jurídicos han adoptado caminos distintos en el compromiso de ponderar la vida en gestación y la autonomía, salud, vida y dignidad de las mujeres. Sobre ello, no puede olvidarse que nuestro sistema jurídico reconoce la prevalencia del derecho a la salud o la vida de la mujer y su dignidad, al no forzarnos a continuar embarazos que nos ponen en peligro o que son producto de violación. Ello da cuenta de que de ninguna manera el derecho argentino equipara la vida en gestación con la ya nacida. Al respecto, basta recordar que la pena máxima del aborto es sensiblemente menor que la de la estafa.

indica que el sistema penal castiga a las mujeres pobres que abortan mediante la “pena de proceso” pero que los jueces siempre han sido reticentes a aplicar una sanción penal. Por este motivo, en su exposición en la reunión plenaria de comisiones del 26 de abril de 2018, DI CORLETO concluyó que la norma penal constituye un dispositivo discriminatorio que impone a las mujeres la maternidad como única identidad válida. Puede consultarse su intervención en <https://www.youtube.com/watch?v=gAcNEOhqSok> [enlace verificado el 3 de junio de 2018].



Mapa mundial de las leyes sobre aborto, elaborado por *Center of Reproductive Rights*, disponible en <http://www.worldabortionlaws.com/> [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

3. Finalmente, la penalización del aborto no constituye hoy la estabilización de valores sociales y normativos. Por el contrario, a más de no verificarse la aplicación de la norma, se advierte que, en los últimos trece años, la prohibición del aborto generó reacciones sociales adversas a la valoración reflejada en la norma. En efecto, en el año 2005 se creó la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, organización que nuclea una enorme cantidad de agrupaciones movilizadas en torno al reclamo por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, a partir de 2009 se multiplicaron las estrategias que han tendido a resignificar la experiencia del aborto, tanto desde el punto de vista material, como simbólico. Ese año, la agrupación Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto pusieron en funcionamiento la línea telefónica “Aborto: más información, menos riesgos”, que desde entonces atiende consultas sobre el uso de misoprostol para abortar. Luego, esta organización creó un manual que explica en forma sencilla el procedimiento para realizarse un aborto con medicamentos, sin necesidad de acudir al sistema de salud. Esta estrategia fue replicada a lo largo y ancho del territorio argentino, y se crearon consultorías en las que se realiza acompañamiento

previo, durante y posterior al aborto. De esta forma, muchísimas mujeres abortaron en forma segura y sin estigma, desafiando abiertamente la ley.

Frente a una ley que concebimos injusta, muchas mujeres nos rebelamos a través de nuestras prácticas en el acompañamiento y realización de abortos y también hemos ocupado las calles con nuestro reclamo para que se modifique la ley.

De acuerdo con estas reflexiones, la vigencia de la norma permanece en el plano meramente simbólico y no produce los efectos materiales que discursivamente propone. Pero ¿qué simboliza? La ineffectividad de la persecución penal no implica que la ley carezca de efectos en la realidad. Debe atenderse a los efectos reales de la criminalización: la clandestinidad del aborto engrosa las cifras de muertes por causas obstétricas, pues constituye en nuestro país la primera causa de muerte “materna”.⁵ Asimismo, las hospitalizaciones por abortos inseguros ascienden en la actualidad a 49.000.⁶ De ello se sigue que la norma no resulta efectiva para evitar abortos, pero tiene efectos reales, que consisten en muertes y peligros para la salud de miles de mujeres e imponen costos exacerbados no solamente para su derecho a la salud y la vida, sino que también representan una grave carga para el sistema sanitario, que debe atenderlas.

Por lo tanto, la criminalización del aborto reporta escaso éxito en términos preventivos y causa severos males que deben ser soportados por las mujeres, lo que pone en crisis la regulación, por resultar una restricción desproporcionada a la salud, la vida y la autonomía de las mujeres.

En el siguiente apartado, analizaré las implicancias materiales y simbólicas de la actual regulación del aborto y aportaré razones para su modificación.

III. La imposibilidad de implementar el sistema de indicaciones

⁵ Ello es así según datos del Ministerio de Salud de la Nación, disponible en: <http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/2016/09/2016-Tabla40.html> [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

⁶ Último dato disponible: “Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico – 2013”, Serie 11, n.º 14, Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud de la Nación, 2015, disponible en: <http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/serie-11-estadisticas-de-servicios-de-salud/> [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

La ley de 1921 declara que la salud, la vida y la dignidad de las mujeres deben prevalecer frente a la vida en gestación. No obstante, durante aproximadamente noventa años no se verificaron esfuerzos estatales por cumplir con ese compromiso. A pesar de contar con indicaciones relativamente amplias, los derechos que debían prevalecer permanecían subordinados a la vida en gestación debido a la falta de implementación de la norma.⁷

Las demandas de niñas y mujeres que comenzaron a requerir el cumplimiento de la ley y el acceso a los abortos legales desestabilizaron la prohibición total *de facto* y ello empujó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a pronunciarse sobre las disputas interpretativas acerca de la norma. En el histórico precedente “F., A. L.”,⁸ la Corte exhortó al Estado nacional y a los gobiernos locales a garantizar el acceso a los abortos permitidos. A pesar de ello, aún hoy, seis años después, sigue habiendo dificultades y disparidades en su acceso en algunas regiones del país.⁹

Las dificultades en la implementación del sistema de indicaciones no representan una peculiaridad de la Argentina. Todos los países que prohíben el aborto como regla general y lo permiten mediante causales presentan dificultades para garantizar las prácticas permitidas por la ley, debido a la inseguridad jurídica que genera el sistema.¹⁰ La constatación de este defecto estructural llevó a la Corte Suprema de Canadá a declarar la inconstitucionalidad de un sistema de indicaciones similar al argentino, toda vez que el verdadero compromiso con la prevalencia de la vida, la salud y la dignidad de las mujeres requiere un sistema que elimine la arbitrariedad y garantice el acceso a la práctica legal.¹¹ Es decir que aun quien no esté de acuerdo con que el derecho a la autonomía de la mujer deba prevalecer por regla general sobre la vida en gestación y

⁷ BERGALLO, “La lucha contra las normas informales que regulaban el aborto en la Argentina”, en COOK, ERDMAN y DICKENS (eds.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

⁸ CSJN, “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012 (Fallos: 335:197).

⁹ AAVV, *Las cifras del aborto en la Argentina*, Buenos Aires, ELA, REDAAS, CEDES, 2018, pp. 6-7, disponible en: <http://larevuelta.com.ar/wp-content/uploads/2018/03/El-aborto-en-cifras-CEDES-ELA-REDAAS-1.pdf> [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

¹⁰ Ver las experiencias en varios países del mundo en *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, *supra* nota 7.

¹¹ “Morgentaler”, 1 S.C.R. 30, 115, 1988, disponible en <http://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2902/gjo-r-v-morgentaler-1988-scc-100208-en-pdf.pdf> [enlace verificado el 3 de junio de 2018]. Véase también la intervención de ERDMAN en el debate en comisión plenaria sobre aborto en el Congreso de la Nación del 24 de mayo de 2018.

considere que solamente existe una justificación valorativa para permitir la interrupción de embarazos en caso de peligro para la vida, la salud o cuando el embarazo fuera el resultado de una violación, debe comprometerse con la necesidad de legalizar el aborto en etapas tempranas del embarazo.

Subordinar *de iure* o *de facto* derechos básicos de las mujeres y personas con capacidad de gestar implica instrumentalizarnos de manera inaceptable. En efecto, la imposición de continuar un embarazo no deseado y la consecuente obligación de parir implican siempre una instrumentalización porque se nos impone una opción que supone riesgos elevados para la salud y la vida, frente a la opción menos arriesgada del aborto.

Es interesante señalar que en el *common law* la criminalización del aborto surgió como forma de proteger la salud y la vida de las mujeres. En efecto, en tiempos pretéritos el aborto resultaba una práctica extremadamente riesgosa cuya mortalidad superaba la derivada del embarazo y del parto.¹² Por el contrario, en la actualidad el aborto es una práctica extremadamente segura en países que lo permiten, mientras que se calcula que el parto representa en la Argentina una opción que resulta entre 80 y 160 veces más peligrosa.¹³

Resulta inaceptable una imposición de tales dimensiones por parte del Estado.

IV. La criminalización del aborto como discriminación y violencia

De acuerdo con los argumentos expuestos, se debe concluir que la regulación del aborto constituye un mecanismo de estigmatización de identidades femeninas que se desvían del destino de la maternidad, de sexualidades femeninas no reproductivas y encaminadas al goce. Ninguna ley destina los cuerpos y las sexualidades masculinas a estos u otros fines hétero-impuestos.

La norma refleja valoraciones sociales de la época en la que fue sancionada, cuando las mujeres no éramos ciudadanas, no votábamos, no podíamos presentarnos a elecciones y éramos consideradas incapaces de ejercer nuestros derechos sin representación de un hombre. La ley

¹² MEANS, “The Laws of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality”, en *New York Law Forum*, t. 14, n.º 3, 1968, pp. 411-515.

¹³ Por ejemplo, en EE.UU. la mortalidad por aborto es de 0,7 cada 100.000, GONZÁLEZ PRADO, *Aborto y autonomía sexual de las mujeres*, Buenos Aires, Didot, 2018.

presenta, por tanto, una ilegitimidad de origen, un déficit democrático de especial gravedad, por reforzar estereotipos que subordinan a las mujeres y marginan a las que se desvían de roles y deseos tradicionales.

Esta estigmatización se materializa en la violencia obstétrica que afecta a todas las mujeres que acuden a instituciones médicas para ser atendidas luego de un aborto, sea inducido o espontáneo.¹⁴

Las estadísticas que dan cuenta de una sostenida y elevada cifra de mortalidad revelan la subordinación del derecho a la vida y la salud de las mujeres. Esto también se evidencia en las muertes y hospitalizaciones por abortos inseguros.

Finalmente, la persistencia de desigualdades en las cargas del trabajo de cuidado de las hijas y los hijos privan a las mujeres de oportunidades de educación y trabajo, lo que pone en peligro nuestra subsistencia e independencia económica.

Decir que nos queremos vivas y libres implica abandonar la criminalización del aborto y garantizar el acceso a la interrupción de embarazos en forma segura y gratuita.

¹⁴ CARTABIA, “El derecho a la salud y al aborto: El punto ciego”, en *Revista Derechos Humanos*, año III, n.º 8, Buenos Aires, Infojus, 2014, p. 31, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/sabrina-cartabia-derecho-salud-al-aborto-punto-ciego-dacf150279-2014-12/123456789-0abc-defg9720-51fcanirtcod> [enlace verificado el 3 de junio de 2018].