

# INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, UN DILEMA

Santiago Amilcar Travaglio

Con colaboración de Agustina Alvarez Di Mauro

# TABLA DE CONTENIDOS

|   |         |
|---|---------|
| Introducción  | Pág. 3  |
| Capítulo 1: La problemática del aborto                  | Pág. 4  |
| 1.1 Cifras que preocupan y un Estado ausente            | Pág. 4  |
| 1.2 Razonabilidad de la legalización del aborto         | Pág. 6  |
| 1.3 Conclusión del análisis de razonabilidad del aborto | Pág. 11 |
| Capítulo 2: Normativa argentina                         | Pág. 12 |
| 2.1 Tipos de aborto propuestos por el Código Penal      | Pág. 13 |
| 2.2 Los abortos punibles                                | Pág. 14 |
| 2.3 Los abortos no punibles                             | Pág. 17 |
| 2.4 Fallo “F.A.L.” de la CSJN                           | Pág. 20 |
| 2.4.1 Interpretación de la CN y sus IJC                 | Pág. 22 |
| 2.4.2 Interpretación de PP del Derecho y el CP          | Pág. 23 |
| 2.4.3 Conclusión final del fallo “F.A.L.” (2010)        | Pág. 24 |
| 2.5 La “persona humana” en el Código Civil y Comercial  | Pág. 26 |
| Capítulo 3: El aborto y su impacto internacional        | Pág. 29 |
| 3.1 Tratados Internacionales del artículo 75 inciso 22  | Pág. 30 |
| Capítulo 4: Opciones para resolver la problemática      | Pág. 42 |
| 4.1 Sistema de plazos                                   | Pág. 42 |
| 4.2 Sistema de condiciones o indicaciones               | Pág. 44 |
| Capítulo 5: Conclusión personal                         | Pág. 47 |
| Fuentes citadas   | Pág. 52 |

## Introducción: El dilema del aborto

Todos alguna vez en nuestra vida tuvimos que enfrentar “dilemas”. ¿A qué nos referimos con un dilema? En el lenguaje cotidiano se lo entiende como una situación problemática que podrá resolverse de dos o más maneras, igualmente aceptables o ambas completamente inaceptables. Por lo tanto es imposible que los seres humanos queden conformes con cualquiera de las opciones que elijan.

Entendiendo esto podemos determinar que ante un dilema metafísico, (que viene del griego “aquello que está más allá de la naturaleza”) estamos ante un grave problema. A menudo en este tipo de dilemas encontramos dos o más alternativas que contienen sus aspectos positivos y negativos, lo que vuelve difícil la decisión. ¿Qué es una posición o alternativa metafísica? En palabras del licenciado en filosofía Darío Sztanjszrajber, una posición metafísica es "la concepción de las cosas que excede toda posibilidad de comprobación última". Por lo tanto, concebir una posición metafísica, en el ámbito de la vida social y sobre todo de las desigualdades sociales, significa la imposibilidad de poder ponerse de acuerdo alguna vez. Y esto se vuelve cada vez más complicado cuando no solo afirmamos que las opciones para resolver el dilema son enfrentadas, sino que también son excluyentes entre sí.

El autor y profesor Carlos Cárcova ha plasmado la idea de que las sociedades cambian y aparecen nuevos derechos y nuevas subjetividades que construyen la red de la sociedad e interpelan al sistema político con demandas de nuevo tipo, cuya atención y satisfacción demanda enormes transformaciones culturales<sup>1</sup>. Aquí es donde empezamos a referirnos al “aborto”. En nuestro país los últimos meses, nos hemos enfrentado ante un dilema que reside en determinar si la sociedad está a favor o en contra de la “legalización de la interrupción voluntaria del embarazo” o vulgarmente llamada “legalización del aborto”. Pero como acabamos de decir, este dilema no es moral ni metafísico, sino jurídico. En este aspecto, el doctor Hugo Zuleta nos ha dicho que “para resolver los problemas jurídicos concretos necesitamos de una base teórica firme, que es indispensable para quienes interactúan con el Derecho constantemente”. Y es esto lo que buscamos con el siguiente artículo: plantear una información precisa y adecuada, conforme a la problemática socio-cultural que actualmente vive Argentina en relación al aborto, centrando nuestra mirada en el ámbito jurídico. No obstante este trabajo se complementa con estadísticas verificadas (citadas al final del texto), interpretaciones doctrinarias y argumentaciones personales acerca del proyecto de “ley de interrupción voluntaria del embarazo”, actualmente discutido en nuestro Parlamento.

---

<sup>1</sup> Carlos Cárcova, “La igualdad como condición de posibilidad de la democracia y la equidad social” (2012) – Revista “Filosofía del Derecho” pp. 37 - 44

## Capítulo 1: La problemática del aborto

Primero deberíamos entender que con la palabra “aborto” nos referimos a la interrupción voluntaria del embarazo, y que con la palabra “problemática” nos referimos al dilema irresoluble mencionado anteriormente. Erráticamente el autor Héctor Iribarne plantea que respecto del aborto la cuestión esencial reside en determinar si existe la vida desde la concepción o no<sup>2</sup>. En este caso creemos que no resulta relevante entrar en un debate acerca de: ¿Cuándo comienza la vida? ¿Cuándo se trata de una persona? ¿Cuánto abarca la vida? ¿Hay vidas más importantes que otras? Día a día en la inter-relación social estamos frente a una situación conflictiva que por momentos se vuelve inevitable, y terminamos recurriendo a lo que al principio llamábamos “posiciones metafísicas”. Por lo tanto discutir sobre decisiones existenciales que hacen a la concepción de la vida no es importante aquí, sino que lo que debemos abordar es la discusión política y jurídica en relación al aborto (alejándonos de toda noción de verdad). Como bien nos ha dicho Sztanjnyszrajber, “no puede convivir la democracia con una verdad absoluta”, ¿Saben por qué? Porque si hay una verdad y alguien cree poseerla, a quien crea lo contrario se le quita entidad, por lo que la democracia deja de existir como tal.

Por lo tanto, para abordar la problemática del aborto, debemos estipular cuáles son los dos bienes jurídicos que están en juego y que son igualmente protegidos: por un lado vamos a tener a la autodeterminación y libertad de la mujer y por otro la posibilidad de nacer del feto o embrión. Cuando ambos bienes jurídicos caminan juntos y la madre quiere ser madre; y tiene las condiciones económicas para hacerlo, entonces no habrá problema. El conflicto surge cuando no confluyen estos bienes, es decir: ¿Qué sucede cuando no confluye el embrión con chances de nacer y la madre que no tuvo acceso a anticonceptivos (o fueron ineficientes), que tiene problemas de salud o socio-económicos, que no quiera tener a dicho hijo porque fue producto de una violación, o que simplemente no puede ser madre en ese momento? ¿Cómo resolvemos esta problemática? La excelente jurista en Derecho Penal, Noemí Rempel, ha determinado que debemos utilizar el método de la “ponderación”. Es decir, analizar en cada caso en concreto qué bien jurídico coloco primero. Y para hacerlo, como dije antes, no debemos realizar discusiones metafísicas sino hacer política e interpretar el Derecho.

### 1.1 Cifras que preocupan y un Estado ausente

Si bien es difícil establecer estadísticas ante la ilegalidad, ya que históricamente se puede determinar que el aborto ha sido considerado jurídicamente como un delito, la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) órgano dependiente de la ONU y

---

<sup>2</sup> Héctor Iribarne, “Acerca de la despenalización del aborto” (2012) – Revista Derecho Privado

encargada de promover el desarrollo económico y social de la región, ha realizado una investigación a partir de dos metodologías validadas internacionalmente<sup>3</sup>, partiendo de los datos extraídos del Ministerio de Salud de la Nación (realizado por los demógrafos S. Mario y A. Pantelides)<sup>4</sup>. Según esta investigación, quedó establecido que se realizan o practican entre 370.000 y 500.000 abortos al año en todo el país (en los cuales se reparten las mayores porciones entre Tucumán, Santa Fe, Salta, Mendoza, Córdoba, Chaco y Buenos Aires).

Dicho esto, ¿Saben cuántas condenas hay en nuestro país por practicarse abortos? Según las estadísticas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, entre 2007 y 2016 hay alrededor de entre cinco y siete condenas. Por lo tanto, tenemos que entender que pase lo que pase con las normas, que las acciones sean o no consideradas ilegales (como el aborto), muchas veces no van a cambiar las perspectivas sociales sobre el tema. Claramente, a pesar de que el aborto se haya estipulado en nuestro Código Penal como un delito hace ya más de 90 años, es históricamente significativa la cantidad prácticas que se realizan por año en todo el país, y completamente imperceptible la cantidad de condenas por ello.

Pero aquí hay dos problemáticas, levemente notorias pero ampliamente trascendentales y son: la realidad social de la mujer por un lado, y el rol del Estado por otro. En el primer aspecto, que el aborto sea un delito pero en la realidad no se penalice, no significa que las mujeres tengan fácilmente habilitado ejecutar una interrupción voluntaria del embarazo, de hecho solamente tienen acceso a aquella de manera ilegal o clandestina (o bien abonando grandes sumas de dinero). En el segundo aspecto, ya el autor Carlos Nino nos ha dicho que “la libre elección individual de los planes de vida y adopción de ideales es valiosa en la autonomía de la persona, y el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución y satisfacción de ese plan de vida [...]”<sup>5</sup>. Hace muchos años se vive al aborto socialmente como un delito en donde se sojuzga a la mujer por decidir ante circunstancias límites sobre sus planes de vida o sobre su cuerpo. Algo que no podemos negar es que tanto las mujeres de clases económicas bajas como las de clases más altas, se realizan abortos. Pero debemos hacernos una pregunta, ¿En qué condiciones se lo realizan unas y otras? En estos casos el destino de la mujer va a depender de cuánto pague: si la mujer cuenta con recursos económicos altos, abonará para que un profesional en un consultorio especializado le practique un aborto y no estará sometida a casi ningún tipo de riesgo; ahora bien, si la mujer no cuenta con

---

<sup>3</sup> Una metodología es la de S. Singh y D. Wulf (basada en una expansión numérica de egresos hospitalarios por complicaciones provenientes de abortos), y la otra es la sugerida por J. Johnston y K. Hill (que relaciona la fecundidad real con la fecundidad potencial, el uso de métodos anticonceptivos, la infertilidad etc).

<sup>4</sup> Silvia M. y Pantelides A. (2009) Estimación del aborto inducido en Argentina. Notas de Población. Año XXXV, N87, Cepal. Santiago de Chile. Disponible en el “repositorio”.

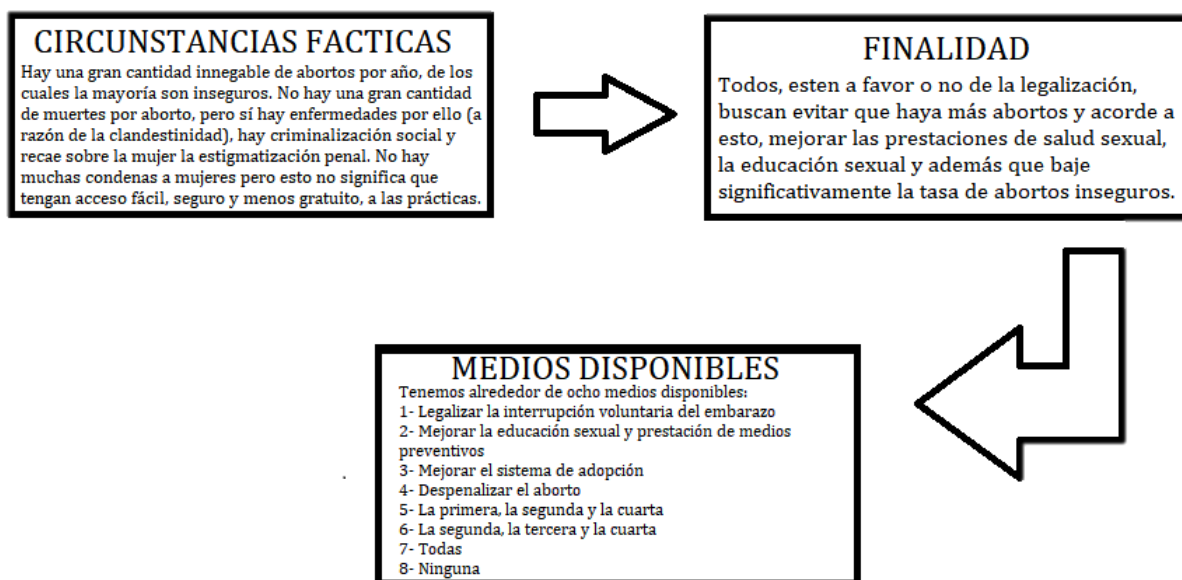
<sup>5</sup> Carlos Santiago Nino (1989) “Ética y Derechos Humanos” Capítulo 5, 2da Edición, Astrea - págs. 199-236

tales recursos económicos altos, deberá interrumpir voluntariamente su embarazo de manera clandestina y con enormes riesgos a su salud o a su vida. ¿Qué quiere decir esto? Que a medida que voy bajando en el precio económico, voy subiendo en el precio de la vida. Y aquí es donde el Estado se ausenta, dejando a muchas mujeres de lado y sometiéndolas a condiciones infra-humanas.

Un estudio realizado por Sedgh G. (citado al final del texto) ha determinado que en los países en donde se ha despenalizado y legalizado al aborto, las tasas de aborto inseguro han disminuido notoriamente (tal es así el ejemplo de muchos países de Asia y Europa). En cambio, el mismo estudio ha estipulado que en América Latina, donde la mayoría de los países aún penaliza y mantiene ilegal al aborto, la tasa de abortos inseguros es significativamente mayor. Por lo que entonces, resta hacer un análisis de esta problemática en términos del principio de razonabilidad y acerca de la carente participación del Estado en estos temas.

## 1.2 Razonabilidad de la legalización del aborto

Las leyes deben ser razonables, tal como propone Juan Linares, y por ende debemos establecer una relación adecuada entre las circunstancias sociales y fácticas que motivan el dictado de la ley, la finalidad que pregonan la resolución de esas circunstancias y los medios disponibles para resolver esa finalidad<sup>6</sup>. Por lo tanto, el encuadre de análisis es el siguiente:



Una vez que pudimos plantear cada uno de los elementos de análisis, lo que tenemos que observar es su relación adecuada. Para esto, debemos utilizar el “método de la ponderación”, es

<sup>6</sup> Linares, Juan – Razonabilidad de las leyes: el “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina 2 ED. Buenos Aires. Astrea 1970 págs. 165-166

decir: elegir cada uno de los medios disponibles y examinar de manera objetiva e imparcial, cuál de los medios es acorde a las circunstancias fácticas y cuál satisface mejor el objetivo o la finalidad<sup>7</sup>. Sin embargo, antes de comenzar debemos tener en cuenta dos grandes presupuestos: A) ni la finalidad ni los medios deben ser inconstitucionales; y B) los medios siempre deben beneficiar al bien público.

▪ **Medio disponible 1: Legalizar la interrupción voluntaria del embarazo**

Si meramente nos encargamos de analizar la legalización, más allá del contenido del proyecto de ley, tenemos que atenernos a lo que esto refleja con respecto a las circunstancias. Con la legalización claramente, como muestran las estadísticas que citamos al final del texto, se reduce notablemente la cantidad de abortos inseguros<sup>8</sup>, aunque no así la cantidad de abortos. Asimismo se reduce la cantidad de enfermedades que surgen del aborto clandestino (como por ejemplo, las generadas por falta de “profilaxis médica”), también se quita el peso de la ley penal sobre la mujer y los profesionales, pero además bajará la criminalización social en el largo plazo. Por otro lado, en principio debería reducirse al mínimo la cantidad de condenas penales y se garantizará el acceso fácil, seguro y gratuito al acceso de las prácticas (aunque en el ámbito de lo “fácil” depende de los casos en concreto). Entonces, si nos atenemos a la finalidad que debemos resolver: con la mera legalización, ¿Se evita la realización de abortos? No, la tasa de realización de abortos no se modificará. ¿Mejora las prestaciones de salud sexual y educación sexual? Con la mera legalización no se mejora la educación ni las prestaciones de salud sexual (luego analizaremos el proyecto completo). ¿Baja la tasa de abortos inseguros? Sí, con este medio se baja la cantidad de abortos en la clandestinidad.

▪ **Medio disponible 2: Mejorar la educación sexual y prestación de los medios preventivos**

En torno a las circunstancias fácticas, si realmente se modifica y mejora la aplicación de la educación sexual y la prestación de los medios preventivos (como los preservativos, gratuitos y de calidad, los anti-conceptivos etc), se reducirá la cantidad de abortos, pero a diferencia del medio anterior, no se reducirá significativamente la cantidad de abortos clandestinos. A su vez tampoco se reducirán las enfermedades que surgen de este tipo de abortos inseguros, la estigma penal va a seguir recayendo sobre las mujeres y los profesionales; y lo mismo sucederá con la

---

<sup>7</sup> Susana Cayuso, “La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales” – Revista Pensamiento Constitucional Año VI Núm. 6

<sup>8</sup> Ganatra B, et al. (2017). Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010-14: estimates from Bayesian hierarchical model. *Lancet*; 390:2372-81 Publicado Online el 27 de Septiembre de 2017

criminalización social (que en el medio disponible 1, mejoraba a largo plazo). Por último la cantidad de condenas no se modificará y no se garantiza con este medio disponible el acceso al aborto fácil, seguro y mucho menos gratuito. Así entonces, si nos atenemos a la finalidad que debemos resolver: con la mejora en la educación sexual y en la correcta prestación de medios preventivos ¿Se evita la realización de abortos? Sí, siempre y cuando la educación sea buena y de calidad. ¿Mejora las prestaciones de salud sexual y educación sexual? Sí, de hecho es a lo que apunta este medio disponible. ¿Baja la tasa de abortos inseguros? No, no la baja significativamente como lo lograba el medio disponible 1.

▪ **Medio disponible 3: Mejorar el sistema de adopción**

En el ámbito de las circunstancias fácticas, la mejora del sistema adoptivo no nos permite afirmar la baja en la tasa de abortos practicados en nuestro país. Esto sucede porque dependerá de cada caso en concreto, por lo tanto pondré dos ejemplos extremos: A) Por un lado, si realmente mejora el sistema de adopción, quizá las mujeres de clases más altas o las que siempre pudieron acceder a la práctica del aborto de manera segura y abonada, podrían cambiar su decisión y optar por mantener su embarazo para luego colocar a su hijo/a en adopción; B) Y por otro lado, quizá las mujeres que no tienen estas condiciones económicas y únicamente han tenido la posibilidad de acceder a abortos inseguros y clandestinos, por más que el sistema de adopción mejore significativamente, no cambiará su decisión de practicar un aborto. Por lo tanto, visto estos dos extremos, no podríamos mantener con seguridad la afirmación de que mejorar el sistema de adopción, baje la tasa de abortos. Pero de lo que sí estamos seguros, es que este medio no bajará la tasa de abortos inseguros.

Siguiendo con las circunstancias, este medio disponible 3 mantiene el surgimiento de las enfermedades por abortos clandestinos, al igual que el estigma penal a las mujeres y profesionales, sin reducir la criminalización social (la cual reduce a largo plazo el medio disponible 1). Por otra parte, tampoco se modifica el número de las condenas ni se garantizará con este medio disponible el acceso fácil, seguro y gratuito a las prácticas. Así entonces, si nos atenemos a la finalidad que debemos resolver: con la mera mejora del sistema de adopción ¿Se evita la realización de abortos? Por las razones que dijimos antes, no se puede afirmar una respuesta precisa (aunque parecería ser una respuesta negativa). ¿Mejora las prestaciones de salud sexual y educación sexual? Si meramente mejoramos el sistema de adopción, de ninguna manera se mejora ni la prestación de salud sexual ni la educación. ¿Baja la tasa de abortos inseguros? No, no la baja significativamente como lo lograba el medio disponible 1.



▪ **Medio disponible 4: Despenalizar el aborto**

Si meramente nos encargamos de analizar la despenalización del aborto, con respecto a las circunstancias fácticas, no solo no se bajará la tasa de abortos sino que además tampoco se bajará la tasa de abortos clandestinos o inseguros. Además, no bajarán las enfermedades que surgen por practicarse este tipo de abortos, se reducirán al mínimo la cantidad de condenas penales y si bien se elimina el estigma penal, para la eliminación de la criminalización social se requerirá de un tiempo largo (al igual que garantiza el medio disponible 1). Finalmente, con la despenalización del aborto no se garantizará el acceso fácil, seguro y mucho menos gratuito a este tipo de prácticas. Entonces, si nos atenemos a la finalidad que debemos resolver: con la mera despenalización, ¿Se evita la realización de abortos? No, la tasa de realización de abortos no se modificará. ¿Mejora las prestaciones de salud sexual y educación sexual? Con este medio disponible 4, no se mejora ni las prestaciones ni la educación. ¿Baja la tasa de abortos inseguros? Con este medio, tampoco se baja esta tasa.

▪ **Medio disponible 5: En este caso es, el primer medio (legalización de la interrupción voluntaria del embarazo), el segundo medio (mejorar la educación sexual y prestación de los medios preventivos) y el cuarto medio (despenalizar al aborto).**

En este ámbito, nos vamos a referir específicamente y a grandes rasgos, al proyecto de ley que está hoy en discusión en nuestro Parlamento (ya que este encuadra los tres medios disponibles que tratamos en este punto cinco). De acuerdo con las circunstancias fácticas, se baja la cantidad de abortos ya que se mejoraría la aplicación de la educación sexual y la prestación de los medios preventivos (como los preservativos, gratuitos y de calidad, los anti-conceptivos etc), y además se baja la cantidad de abortos clandestinos ya que se legaliza la práctica. Además, gracias al primer medio disponible se baja la cantidad de enfermedades por aborto clandestino, y junto con la despenalización consiguen que desaparezca el estigma penal hacia la mujer y los profesionales, y la criminalización social (luego del paso del tiempo). Por otro lado, las condenas no se modificarán (siempre y cuando se practiquen los abortos en los términos que sostiene la ley) y se garantizará el acceso fácil, seguro y gratuito a dichas prácticas.

Así entonces, si nos atenemos a la finalidad que debemos resolver con la legalización, junto con la mejora en la educación sexual, la prestación de medios preventivos y además, la despenalización: ¿Se evita la realización de abortos? Sí, en principio con la mejora en la educación sexual y los medios preventivos gratuitos y efectivos, se logra bajar la tasa. ¿Mejora las prestaciones de salud sexual y educación sexual? Sí, de hecho es a lo que apunta el medio

disponible 2 que se encuentra en este punto cinco. ¿Baja la tasa de abortos inseguros? Sí, gracias a la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

- **Medio disponible 6: En este caso es, el segundo medio (mejorar la educación sexual y prestación de los medios preventivos), el tercer medio (mejorar el sistema de adopción) y el cuarto medio (despenalizar al aborto).**

Aquí, básicamente nos referiremos a una de las principales propuestas de quienes están en contra de la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. En relación con las circunstancias fácticas, se reduce la cantidad de abortos con el paso del tiempo (siempre y cuando realmente mejore la educación sexual y la prestación de medios preventivos), pero no se reduce la cantidad de abortos inseguros por el mismo hecho de que no se garantiza un acceso fácil, seguro y gratuito a las prácticas (lo que sí otorga el primer medio disponible). Por lo tanto, no se reducirá la cantidad de enfermedades por abortos clandestinos, pero se quitará el peso de la ley penal sobre la mujer y los profesionales; y bajará la criminalización social en el largo plazo. Finalmente, con estos medios disponibles debería reducirse al mínimo la cantidad de condenas penales.

Así entonces, si nos atenemos a la finalidad que debemos resolver con la mejora en la educación sexual, prestación de medios preventivos, sistema de adopción y la despenalización del aborto: ¿Se evita la realización de abortos? Sí, en principio con la mejora en la educación sexual y los medios preventivos gratuitos y efectivos, se logra bajar la tasa. ¿Mejora las prestaciones de salud sexual y educación sexual? Sí, de hecho es a lo que apunta el medio disponible 2 que se encuentra en este punto seis. ¿Baja la tasa de abortos inseguros? No, ya que si no se legaliza la interrupción voluntaria del embarazo, entonces no se garantiza un acceso fácil, seguro y gratuito a la práctica (como lo propone el medio disponible 5).

- **Medio disponible 7: Llevar a cabo todos los medios disponibles (del primero al cuarto).**

En relación a las circunstancias, se reduce la cantidad de abortos ya que se mejoraría la aplicación de la educación sexual y la prestación de los medios preventivos; además se baja la cantidad de abortos clandestinos ya que se legaliza la interrupción voluntaria del embarazo y, gracias a este primer medio disponible se baja la cantidad de enfermedades por aborto clandestino. Por otro lado, la despenalización consigue que desaparezca el estigma penal hacia la mujer y los profesionales, y la criminalización social (luego del paso del tiempo) aunque las condenas no se modificarán (siempre y cuando se practiquen los abortos en los términos que sostiene la ley), que garantiza el acceso fácil, seguro y gratuito a dichas prácticas.

Así entonces, si nos atenemos a la finalidad que debemos resolver con la legalización, junto con la mejora en la educación sexual, la prestación de medios preventivos, la despenalización y la mejora del sistema de adopción: ¿Se evita la realización de abortos? Sí, en principio con la mejora en la educación sexual y los medios preventivos gratuitos y efectivos, se logra bajar la tasa de realización de abortos. ¿Mejora las prestaciones de salud sexual y educación sexual? Sí, de hecho es a lo que apunta el medio disponible 2 que se encuentra en este punto cinco. ¿Baja la tasa de abortos inseguros? Sí, gracias a la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

▪ **Medio disponible 8: No llevar a cabo ninguno de todos los medios disponibles**

Este análisis es muy fácil ya que, si no se lleva a cabo ninguna medida entonces las circunstancias fácticas seguirán siendo las mismas y no se llegará a cumplir con el objetivo. Es decir: no se reducirá la cantidad de abortos (ni seguros ni inseguros); van a seguir existiendo las muertes por aborto clandestino y las enfermedades por la falta de profilaxis médica; seguirá ocurriendo el estigma penal y la criminalización social de la mujer y los profesionales; y además, no se garantizará ni un acceso seguro, fácil y gratuito al aborto, ni una mejor educación sexual con medios preventivos efectivos.

### 1.3 Conclusión del análisis de razonabilidad de la legalización del aborto

Una vez que logramos establecer la conexión entre los medios disponibles y los objetivos que tenemos con respecto a las circunstancias sociales que nos motivan, podemos llegar a la conclusión que los dos mejores medios que se adecuan al objetivo son: el medio quinto (el actual proyecto de legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, que incorpora la mejora en la educación sexual y prestación de medios preventivos, y la despenalización del aborto) y el medio séptimo (que incorpora lo mismo que el medio anterior, sumado la mejora en el sistema de adopción). Luego de establecer las opciones debemos analizar los dos principios mencionados anteriormente: A) ninguno de estos medios elegidos son inconstitucionales (algo que analizaremos en los capítulos siguientes), y B) ambos medios benefician al bien público.

Pero hay un problema con esta afirmación, ya que si bien es evidente que llevar a cabo todos los medios disponibles es mucho más beneficioso para el bien público, el medio disponible 5 es el que actualmente está más cerca de realizarse en el tiempo (ya que está siendo discutido por nuestro Parlamento). Así que, la conclusión que podemos hacer de este capítulo es: hay razonabilidad entre los hechos sociales y estadísticas que motivan el dictado de la ley de interrupción voluntaria del embarazo, y además dicha ley es adecuada para garantizar los fines que persigue el Estado. Sin embargo, no debemos olvidar que lo que mayormente beneficia al

bien público es, no solo legalizar la interrupción voluntaria del embarazo, sino también la mejora en el sistema de adopción incluida (tal como lo propone el medio disponible 7).

## Capítulo 2: Normativa argentina

El bien jurídico “vida humana” reconoce distintos grados de protección por parte del ordenamiento jurídico, tanto en la faz civil (analizada más adelante) como penal, distinguiéndose entre los ya nacidos y los concebidos aun no nacidos (embrión o feto)<sup>9</sup>. Precisamente en el Derecho Penal la vida humana como bien jurídico se protege de dos formas, a la persona ya nacida a través del delito de homicidio (y sus modalidades típicas), y al feto a través del delito de aborto. En nuestro país, el aborto se encuentra regulado desde 1921 en el Libro 2 del Código Penal, Título 1 (“delitos contra las personas”), Capítulo 1 (“delitos contra la vida”), en los artículos 85 a 88. Aquí hay dos cuestiones importantes a remarcar: a) desde su redacción original, el Código ha sufrido cientos de reformas a lo largo del articulado, salvo el referido al aborto que nunca se modificó; y b) nunca el legislador describió la conducta restringida en la tipificación de dicho delito. En el marco de esta segunda cuestión, bien sabemos que una de las particularidades propias de las normas penales es la descripción de la conducta prohibida que permite determinar cuál es la acción que deberá realizar el sujeto para encajar en el delito elaborado por el legislador<sup>10</sup>. Por lo tanto, para configurar el delito de “homicidio” se debe matar (como propone el artículo 79 del Código Penal), o para realizar un “hurto” se debe sustraer una cosa mueble total o parcialmente ajena [...] (como propone el artículo 162). Ahora bien, ¿Por qué el legislador en 1921 decidió no describir la conducta relativa al delito del “aborto”? ¿Cómo podemos definir al “aborto”?

Lo primero que podríamos decir es que el legislador penal atrapa el concepto de aborto que se encuentra alojado en la ciencia médica, pero en este sentido también deberíamos diferenciar entre el aborto obstétrico y el aborto jurídico. ¿Por qué? En el ámbito de la medicina el aborto es la “interrupción de un embarazo” y su objeto de estudio es la “mujer gestante”; jurídicamente hablando, dada la ubicación del concepto de “aborto” en el Código Penal (mencionada al principio del capítulo) la única definición posible es la de matar, aniquilar o destruir el producto de la concepción, del feto o de la persona por nacer dentro del seno materno o por expulsión prematura. Por lo tanto, queda claro que no son las mismas las

---

<sup>9</sup> Casanoba Romero, Carlos María en “Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética”, pág. 6 1ª edición; Ed. Comares S.L.; Granada – España (2004)

<sup>10</sup> Roxin, Claus “Derecho Penal, parte general, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito” 2DA Edición CIVITAS (1997)

definiciones que otorga la medicina acerca del aborto, que las que otorga el Derecho y su legislación penal.

## 2.1 Tipos de aborto propuestos por el Código Penal

En este aspecto, tenemos que realizar algunas diferenciaciones que nos permitirán entender el orden y las estipulaciones que realizaron los legisladores a la hora de redactar los artículos relacionados al aborto. Lo primero que debemos distinguir es la diferencia entre el aborto realizado con consentimiento de la mujer y aquel que es realizado sin el consentimiento de la mujer (notoriamente más grave que el anterior). ¿Por qué? Cuando se practica con el consentimiento de la mujer el único bien jurídico violentado es la vida del feto o embrión. En cambio, cuando se ausenta el consentimiento se violentan los dos bienes jurídicos que se encuentran en juego: la vida del feto y la libertad de la mujer a su autodeterminación.

En este sentido, antes de comenzar la diferenciación principal, vamos a realizar el cálculo del baremo o la cantidad de pena propuesta por el legislador en el Código Penal (propuesta por la jurista Noemí Goldsztern de Rempel). Nuestro Código propone una pena de 3 a 10 años de prisión a quien practicare un aborto sin el consentimiento de la mujer (cuyos bienes protegidos son la vida del feto y la libertad de la mujer); y por otro lado propone una pena de 1 a 4 años de prisión a quien practicare un aborto con el consentimiento de la mujer (cuyo bien protegido es solo la vida del feto). Por lo tanto, si comparamos ambos supuestos, para conformar la condena de 3 a 10 años se ha determinado que la libertad de la mujer tiene mucho más peso que la vida del feto o embrión. Es así como los legisladores entienden que el baremo de la pena aplicable al aborto practicado sin el consentimiento, desde 1921, será de 3 a 10 años gracias a la importancia que conlleva afectar la libertad de la mujer. No debemos soslayar que estas condenas se agravan o aumentan si el hecho o las prácticas abortivas están seguidas por la muerte de la mujer.

|   |                        |                                      |
|---|------------------------|--------------------------------------|
| Aborto sin el consentimiento de la mujer embarazada | 3 a 10 años de prisión | Vida del feto + Libertad de la mujer |
| Aborto con el consentimiento de la mujer embarazada | 1 a 4 años de prisión  | Vida del feto                        |
| RESTA   | 2 a 6 años de prisión  | Libertad de la mujer                 |

## 2.2 Los abortos punibles

Desde hace casi 100 años se ha penalizado al aborto, y sin necesidad de perseguir penalmente a la mujer, se ha demostrado que es eficiente para tallar a “los cuerpos femeninos perfectamente ajustados a los estereotipos de género que dominan la sociedad, donde la maternidad se expone como el rol intrínseco de las mujeres”<sup>11 12</sup>. Prohibir al aborto “teje una lógica adversaria” (entre nosotras y ellas) donde se evidencia lo político de la cuestión y donde existe un enemigo que amenaza la identidad de quienes están en contra del aborto. Es decir, interrogando a los cuerpos femeninos, “las buenas mujeres gestan, crían y aman a los hijos que engendran como producto de su sexualidad, y las malas mujeres abortan y deberían ir presas”<sup>13</sup>. Esto hace que quienes están en contra del aborto buscan combatir y defenderse de “las otras” que amenazan su identidad.

Por lo tanto, castigar una conducta muchas veces conlleva más que una mera pena de prisión o una inhabilitación a los profesionales que lo practican: detrás de todo eso, hay un estigma. Lo que nosotros llamamos, “aborto punible” cuando nos referimos a aquellos casos en que el sistema penal castiga con pena de prisión e inhabilitación, históricamente ha generado lo que en capítulos anteriores llamamos “criminalización social de la mujer”. Aquí podemos encontrar cuatro grandes supuestos que el Código Penal propone:

- Aborto practicado por un tercero

En el artículo 85 del Código Penal argentino se dejó establecido que será penado con prisión aquel tercero que practique un aborto con o sin consentimiento de la mujer (cuya pena será agravada si del aborto sigue la muerte de la embarazada). En este ámbito, cuando se refiere a un “tercero” se entiende que es cualquier persona que no requiera ninguna condición especial (es decir, no será ni la propia embarazada ni un profesional acreditado).

- Aborto practicado por un profesional

Siguiendo el análisis, el artículo 86 del Código Penal argentino deja establecido que se aplicarán las mismas penas del artículo anterior y además la inhabilitación por el doble del tiempo de la condena a aquellos “médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos” que practicaren o participaren en la realización del aborto. En este ámbito, no podemos dejar de lado que la gran mayoría de las veces, aquellas mujeres que practican un aborto en condiciones inseguras, luego recurren al hospital público más cercano porque han sufrido las consecuencias de la clandestinidad en su

---

<sup>11</sup> Cartabia, Sabrina A. “Aborto: la vida o la libertad, la violencia de una falsa opción” (2012) Revista Filosofía del Derecho pp. 53-54

<sup>12</sup> Butler, Judith. “El género en disputa” – Paidós, México (2009)

<sup>13</sup> Cartabia, Sabrina A. (2012) pp.57-58

cuerpo o en su salud. En este caso, el profesional que trabaja en el hospital público atenderá a la mujer que se encuentra en grave estado, pero encontrará un problema: la denuncia. El profesional, al ser un funcionario público ¿Tiene la obligación de denunciar a la mujer que ingresa al hospital público, o tiene mayor relevancia la obligación de guardar el secreto profesional?

En el fallo plenario “Frias, Natividad s/ Aborto” (1966), la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, trató este conflicto entre el secreto profesional y la obligación de denunciar. En su voto, el doctor Jorge Caballero ha dejado establecido que “la mujer se encuentra en una grave situación dilemática: o solicita el auxilio médico para conjurar el peligro en que se halla y entonces se expone a la denuncia del hecho, al proceso y a la condena criminal, o se resigna incluso a la posibilidad de perder la vida”. Es por ello que, basándose en el artículo 18 de la Constitución Nacional que establece que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, el doctor Caballero refleja la decisión que diez jueces contra siete han determinado: “no puede iniciarse un sumario criminal en contra de la mujer que haya causado su aborto o consienta a otro para que lo haga, sobre la base de una denuncia efectuada por un profesional que haya conocido el hecho en ejercicio de su empleo”. Por lo tanto, se presupone que el médico, cirujano, partera o farmacéutico tal como propone el Código Penal, en principio no tienen la obligación de denunciar a la mujer que ingresa al hospital público por un aborto mal practicado.

Finalmente, esta cuestión quedó zanjada por la interpretación que hace nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Baldivieso, César Alejandro” (2010). En este caso, en octubre de 2002 Baldivieso habría sufrido una muy fuerte descompostura ya que había consumido 26 envoltorios de látex que contenían clorhidrato de cocaína, lo que le causó una severa obstrucción intestinal. Debido a esto, el sujeto ingresa al “Hospital Público de San Bernardo” en Salta, y los médicos al mismo tiempo que lo atienden también lo denuncian y se le inicia un sumario criminal. La Corte Suprema ha determinado que en este fallo hay dos valores en juego: la vida del autor del hecho y el interés del Estado de perseguir los delitos. En este aspecto, entendió que “el secreto profesional tiene una mayor jerarquía y prima por sobre la obligación del profesional de denunciar”. Si llevamos esto al caso del aborto, estaríamos planteando la siguiente cuestión: un médico profesional recibe a dos mujeres por aborto mal practicado en sus distintos trabajos (a una durante el día en el hospital público, y a la otra durante la noche en su clínica privada). Si entendemos que el deber de denunciar del funcionario público es superior a la del secreto profesional, entonces diríamos que tiene que denunciar a la mujer que recibió durante el día (ya que fue en el hospital público) y que

no tiene la obligación de denunciar a la que recibió durante la noche (ya que fue en su clínica privada y trabaja en carácter de médico privado). Esto significaría una de las más ostensibles y gravosas discriminaciones a la mujer, y es por esto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto la superioridad del secreto profesional.

- Aborto practicado de forma preterintencional por un tercero

El artículo 87 del Código Penal establece que será penado quien “con violencia (1) causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo (2), si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare (3)”. Aquí hay tres elementos a analizar para entender este artículo. En primer lugar, cuando el Código se refiere a “violencia” propone que debe haber una fuerza física causada por un tercero con la intención de dañar a la mujer embarazada y no al feto (es decir que la violencia debe ser dirigida directamente hacia la mujer). Pero además, significa que el aborto tiene que ser a causa de esa violencia, y no por otra. En segundo lugar, cuando el artículo estipula que el tercero no debe tener el propósito de causar al aborto, aquí es donde mencionamos al delito como “preterintencional”. Es decir, el tercero ejerce una violencia intencional sobre la mujer, pero dicha violencia conlleva un resultado mayor de lo esperado y genera finalmente el aborto (el agresor actúa con la intención de provocar una lesión a la mujer, pero finalmente le provoca el aborto)<sup>14</sup>. Por último, el Código Penal requiere que el tercero pueda observar fácilmente que la mujer estaba en etapa de gestación o, si no fuera notorio, que el tercero sepa de dicha condición a través de cualquier medio posible. Por ejemplo, la mujer puede estar embarazada de seis meses y ser evidente su estado gestante o puede no ser evidente pero que el tercero conozca su estado ya sea porque se lo contó la propia mujer o por otra razón.

- Aborto practicado por parte de la mujer embarazada

Por último, el artículo 88 estipula que será castigada penalmente “la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible”. En este caso es la mujer embarazada la autora del aborto (aquella que realiza sobre su propio cuerpo las maniobras abortivas), o bien es la mujer embarazada la que consiente a que un tercero causare el aborto. Este tercero será quien con intención de causar el aborto, consentido por la embarazada, sea penado por “participación criminal” (en virtud de los artículos 45 y 46 del Código Penal), siempre y cuando el tercero no sea un profesional médico (en este caso, rige el artículo 86 ya explicado). Finalmente, el artículo estipula que “la tentativa de la mujer no es punible”, ¿A qué se

---

<sup>14</sup> Bielsa, Rafael; “Los conceptos jurídicos y su terminología, (1993) ED. Depalma – 3ERA Edición Buenos Aires, p. 111



refiere con esto? Como bien explica el autor Carlos Creus, que la mujer preste consentimiento no es castigable para el Derecho Penal, sino que lo que se castiga es que el tercero en este caso practique el aborto gracias al consentimiento de la mujer. Por lo tanto, si la mujer que ha prestado su consentimiento, lo retracta de modo válido antes de que la maniobra abortiva se lleve a cabo, tal consentimiento desaparece y no va a ser punible. Ahora bien, si el aborto se lleva a cabo y luego la mujer retracta su consentimiento, allí el desistimiento carece de influencia y serán penados igualmente tanto la mujer como el tercero que ejerce las prácticas abortivas<sup>15</sup>.

### 2.3 Los abortos no punibles

Foucault al desarrollar su pensamiento sobre el poder indica que la disciplina tiene como función principal “enderezar conductas” y encausar las singularidades. El Derecho no está exento de esto, es más la sanción penal opera en forma normalizadora<sup>16</sup>. ¿Desde dónde y con qué fundamentos se construyen los paradigmas de lo natural y lo correcto? Dicha construcción social, ¿Contó con todas las voces al ser fijada? De no ser así, dicha imposición de lo natural perpetuará la opresión sobre quienes sean disidentes del modelo.

El aborto está prohibido en parte, es decir salvo excepciones. Prohibir al aborto no solo es prohibir una acción, sino que es además imponerle a la mujer ser madre constituyendo una identidad en forma violenta con el vehículo del Derecho<sup>17</sup>. ¿Se puede hallar una dicotomía entre quienes están en contra de la legalización del aborto y pregonan la eliminación de una vida, al mismo tiempo que aceptan dicha eliminación en los mismos supuestos que la ley lo permite? El direccionamiento que el Derecho causa en las personas, y la manifestación de lo que éstas entienden del Derecho, genera que en supuestos como los del aborto, la discusión conceptual se diversifique y muchas veces se malverse.

Por lo tanto tenemos que entender, cuáles son exactamente los dos tipos de aborto que el Derecho Penal permite realizar, y si este comportamiento permisivo del Derecho se manifiesta en la realidad. En ambos casos, tanto en el “aborto terapéutico” como en el “aborto sentimental”, se necesitan de dos elementos principales para ser en principio considerados no punibles: a) ser realizados por un médico diplomado (es decir, más allá de si está o no matriculado, debe contar con su diploma profesional) y; b) ser realizados solamente con el consentimiento de la mujer embarazada.

---

<sup>15</sup> Creus, Carlos; "Derecho Penal, Parte Especial" tomo I; ED. Astrea, Buenos Aires (1997) p. 68-69

<sup>16</sup> Foucault, Michel; “Vigilar y castigar, el nacimiento de la prisión”, Buenos Aires – Editorial Siglo Veintiuno (2002)

<sup>17</sup> Cartabia, Sabrina A. (2012) pp.60-61

- Aborto terapéutico

El artículo 86 del Código Penal establece que se permite practicar un aborto “a fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”. Aquí encontramos dos supuestos: cuando el aborto es practicado para evitar un peligro en la vida de la madre (algo fácil de comprender) o cuando es practicado para evitar un peligro en la salud de la madre (sin dejar de lado que en ambos supuestos debe haber un peligro inevitable por otros medios). ¿A qué nos referimos con salud de la madre? ¿Refiere a la salud física? ¿A la salud física y psíquica? ¿A la salud física, psíquica y social?

La Organización Mundial de la Salud, en su carta constitutiva del 22 de Julio de 1946, sostuvo que “salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud [...] es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”<sup>18</sup>. Sin embargo, si bien podríamos interpretar a la descripción de “salud” del artículo 86 del Código Penal tal como la define la OMS, es evidente que el Código fue legislado 25 años antes de la creación de la Organización Mundial de la Salud y quizá los legisladores no quisieron decir lo mismo. Por lo tanto, ¿Cómo determinamos la definición de “salud” que hace el Código Penal Argentino?

Este Código en su artículo 91 define a las lesiones graves o gravísimas y dice: “se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal” [...]. Aquí claramente se hace referencia a la “salud física” (corporal) y a la “salud psíquica” (mental) de la que hablábamos al principio, aunque muchos intérpretes del Derecho quieran interpretar al “peligro en la salud” que permite practicar el aborto, solamente en sentido de salud física (con el fin de restringir los supuestos de aborto no punibles). Entonces por ejemplo, si una mujer padece de un cáncer y efectivamente queda embarazada, para poder realizar los tratamientos de quimioterapia, radioterapia y otros, necesita practicarse un aborto. Tal como una mujer que tiene una enfermedad psicológica o mental, como por ejemplo Alzheimer, y dicha enfermedad es susceptible de empeorar si la mujer queda embarazada, también necesita practicarse el aborto. Ambos casos son igual y perfectamente aceptables.

---

<sup>18</sup> La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

- Aborto sentimental o ético

Este tipo de aborto no punible es mayormente discutido y criticado por la doctrina. Su descripción en el inciso segundo del artículo 86 del Código Penal ha causado estragos y apreciaciones negativas al ser un “mal producto” resultado de la traducción del ante-proyecto del Código Penal Suizo de 1916 en su artículo 112. Actualmente nuestro Código dice: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada, no es punible: [...] 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Antes de entrar de lleno en el conflicto que ocasiona este artículo, debemos definir dos cuestiones: en primer lugar el “atentado al pudor” y en segundo, el carácter de mujer “idiota o demente”:

- Por “atentado al pudor” algunas legislaciones se refieren al “acto sexual que se realiza sin el consentimiento de la víctima y sin acceso carnal”, y otras se refieren al “acto de obligar a la víctima a que realice actos sexuales bajo amenaza”. Nuestro Código Penal antes de la reforma de los delitos sexuales en 1999 se refería al “abuso deshonesto” como el acto sexual o violación sin penetración. Sin embargo, resulta lógico interpretar que el artículo 86 inciso segundo no se refiere a esta situación ya que no tiene sentido que de una violación sin acceso carnal surja luego una situación de embarazo. Para entender a qué se refiere con “atentado al pudor” debemos conducirnos al artículo 112 del ante-proyecto del Código Penal Suizo en 1916, el cual fue traducido erróneamente en nuestro país. Este artículo decía: “...si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor, cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de un incesto”. Por lo tanto, lo que buscó hacer el legislador suizo fue determinar a la violación como acceso carnal con violencia y al atentado al pudor como el acceso carnal hacia la mujer idiota o demente. Así es como debe entenderse este artículo 86 inciso segundo de nuestro Código Penal.
- El Código Civil de Borda, con la reforma de la ley 17.711 en 1968, ya remarcaba que sufrían demencia quienes “no tenían la capacidad para dirigir su persona o administrar sus bienes a causa de enfermedades mentales”. El actual Código Civil y Comercial de la Nación establece que el juez puede restringir la capacidad a “quien padece una alteración mental permanente o prolongada y de suficiente gravedad”. Para poder determinar a qué se refiere el Código Penal en relación a la “mujer idiota o demente” debemos recurrir a la OMS. La Organización

Mundial de la Salud ha establecido, en su CIE-9 (clasificación internacional de enfermedades, novena edición) publicada en 1977 a la “idiotez” como un “trastorno definido por la presencia de un desarrollo mental incompleto o detenido, caracterizado principalmente por el deterioro de las funciones concretas de cada época del desarrollo y que contribuyen al nivel global de inteligencia, tales como las funciones cognitivas, las del lenguaje, las motrices y la socialización”.

Entendido estos aspectos, debemos recurrir al conflicto que hemos planteado. Si nosotros leemos el artículo 86 inciso segundo podemos hacer dos interpretaciones: 1) o bien el legislador quiso permitir el aborto en casos de violación o atentado al pudor sobre mujer idiota; 2) o bien el legislador quiso permitir el aborto en casos de violación de una mujer en plena capacidad y en el caso del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente. Aunque claramente los sectores más conservadores y disidentes de la idea de legalizar el aborto consideran que se debe interpretar como propone el punto 1, debemos aclarar que no es así. Bien dijimos que el atentado al pudor y la violación son lo mismo, salvo que en el atentado se produce contra una mujer idiota o demente, por lo que es así como el legislador ha propuesto en el artículo que “en este caso (haciendo referencia a la violación sobre mujer idiota), el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. Aquí nos referimos al consentimiento que se solicitaba al inicio del artículo (pág. 17 de este trabajo), junto con la presencia de un médico diplomado. Esta cuestión quedó zanjada con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “F.A.L.” del 13 de Marzo del 2010, explicado brevemente a continuación.

#### 2.4 Fallo “F.A.L.” de la CSJN en 2010

**Hechos:** AF en representación de su hija de 15 años, el día 14 de enero de 2010, solicita a la justicia penal de la provincia de Chubut que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente (el cual cursaba la octava semana de gestación), embarazo que había sido resultado de una violación cometida por el padrastro de la niña. El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que remitió las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que el fuero no era competente para resolver el pedido.

Es entonces cuando la madre interpone una medida autosatisfactiva ante el Tribunal de Justicia de Familia de Chubut. La medida autosatisfactiva “refiere a un requerimiento urgente por parte de la madre de la víctima de la violación en este caso, que se le formula a un órgano judicial a fin de iniciar un proceso que tiene una probabilidad cierta (según el curso normal de las cosas)

de que lo que efectivamente se solicita es jurídicamente atendible por la Justicia”. Los informes ordenados reflejaban que la adolescente de 15 años violada: “presentaba síntomas depresivos e ideas suicidas persistentes y que el embarazo era vivido como un evento extraño, invasivo”. Además expresaban que “la continuidad del embarazo contra la voluntad de la niña implicaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida”.

Sin embargo, este pedido es rechazado tanto en Primera Instancia como en la Cámara, por lo que entonces llega al Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Chubut. El Superior Tribunal revocó el fallo anterior y admite la solicitud de la madre de la adolescente. Así lo hizo al entender que:

- A. El caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inc. 2º primera parte del artículo 86 del Código Penal argentino.
- B. Esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional.
- C. Pese a la innecesaridad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso.

Finalmente, la intervención médica abortiva habilitada se produjo el 11 de marzo de 2010.

**Proceso:** La decisión del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut fue recurrida mediante un recurso extraordinario por el Asesor General Subrogante de la provincia en representación del nasciturus (o persona por nacer). Su fundamentación la desarrolló bajo el hecho de la gravedad institucional que representaba el caso, debido a que con la interpretación llevada a cabo por el Superior Tribunal se había desconocido el plexo constitucional según el cual el Estado protege la vida desde la concepción, como consecuencia de no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente. La Defensora General de la Nación asumió la representación de la niña y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada, expresando que todos los casos de embarazo forzado (víctimas de violaciones) debían ser considerados como abortos no punibles. Finalmente, la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del nasciturus, se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida.

**Decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:** El máximo Tribunal entiende que resulta ser ampliamente necesario que se exprese su criterio para que pueda ser conocido y aplicado en la solución de casos análogos. También expresa que “la judicialización de esta

cuestión es innecesaria e ilegal, además de cuestionable ya que obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada”. Además, resulta contraproducente porque la demora que apareja pone en riesgo el derecho a la salud y al acceso de la interrupción del embarazo en condiciones seguras. Quien se encuentre en las condiciones descriptas, “no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo ya que la ley no lo demanda”. Solo resulta ser necesario que la víctima del hecho ilícito o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo. De hacer lo contrario, un poder del Estado (el Judicial) estaría interponiendo un vallado extra, entorpeciendo una situación de emergencia sanitaria. Se supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido a un trámite “burocrático, innecesario y carente de sentido”.

Para desarrollar de forma correcta y entendible la decisión de la Corte, hemos decidido hacer un análisis dividido en 3 sub-títulos: 1) Interpretación de la Constitución Nacional y sus tratados internacionales; 2) Interpretación de los principios del Derecho y el artículo 86 inciso segundo del Código Penal Argentino; 3) Conclusión final del caso “F.A.L.” (2010).

#### 2.4.1 Interpretación de la Constitución Nacional y sus tratados internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22)

El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional propone que el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen [...] 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”. Además, le concede la facultad de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y tiempo de lactancia. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que “esta competencia fue atribuida a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, y es por ello que de esta norma no se puede derivar nada para definir la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular”. Cabe aclarar que es imposible afirmarse válidamente que haya sido voluntad de los constituyentes de la Constitución de 1994 limitar el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la norma al caso de la víctima de violación. El autor Bidart Campos sostuvo expresamente que el régimen de seguridad social tuvo en miras la protección de niños en situación de amparo<sup>19</sup>, y el mismísimo convencional Iván Cullen ha

---

<sup>19</sup> Germán J. Bidart Campos, “Manual de la Constitución reformada” – Tomo III Ed. Ediar, Buenos Aires (2008) págs. 125-126

dicho que las mencionadas acciones positivas buscan eliminar las desigualdades existentes contra grupos históricamente desaventajados, siendo de carácter temporal y otorgando a ellos un trato preferencial para eliminar la “injusticia social” que limita su calidad de vida. Esta “discriminación inversa” o desigualdad para igualar, refleja un avance considerable en la dogmática constitucional<sup>20</sup>.

Finalmente, en relación a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. 1º y Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 4, la Corte sostuvo que en ninguno de ambos se deriva mandato alguno por el que corresponda interpretar de modo restrictivo el alcance del art 86 inc. 2 del CP (F.259 XLVI, considerando 10). Mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se encarga de interpretar la Convención Americana de Derecho Humanos, ha dicho que en su artículo 4 se deja estipulado que “el derecho a la vida estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Y cuando se refieren a la frase “en general”, se deja la puerta abierta a que determinados países decidan o no legalizar el aborto (fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica 2012).

#### 2.4.2 Interpretación de los principios del Derecho y el artículo 86 inciso segundo del Código Penal Argentino

Con respecto al art 86 inc. 2º del CP, la Corte entiende que debe hacerse una interpretación amplia de dicho precepto y que, a la luz del principio de reserva constitucional, debe concluirse que la realización del aborto no punible no está supeditada al cumplimiento de trámite judicial alguno. Además, existen “principios básicos de hermenéutica” que obligan a interpretar dicha norma con alcance amplio. Estos son:

- Principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación. Reducir la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una “distinción irrazonable de trato” respecto de toda otra víctima de delitos análogos, que se encuentran en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida. Es decir que, establecer que la posibilidad de aborto no punible no solo debe estar dado para las mujeres idiotas o dementes violadas, sino para todas las mujeres que padezcan dicho delito sexual. Si no fuese así, la distinción no resiste ningún tipo de análisis posible de esgrimir.

---

<sup>20</sup> Convención Nacional Constituyente, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria – 19 de Agosto de 1994 (págs. 4588/4632; 4700-4710; 4635-4669) Cullen, Iván J. María

- Dignidad de las personas. “Las personas son consagradas como un fin en sí mismas, prohibiendo que sean tratadas utilitariamente”. La Corte Suprema rechaza la interpretación restrictiva de la norma según la cual se le terminaría exigiendo a toda otra víctima de un delito sexual llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos fundamentales. Esto resulta ser desproporcionado y contrario al postulado de este principio, el cual impide exigirles a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar (“el Derecho no está escrito para héroes, sino para personas”).
- Principios de estricta legalidad y pro homine. Obliga a priorizar una interpretación que este en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la “última ratio del ordenamiento jurídico” (es decir, debe aplicarse como última opción de coerción), y debe privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. Al reducir la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental o idiota, amplía el alcance del castigo penal y niega a toda otra víctima de violación, el derecho a acceder a esta práctica (ya que no sería idiota o demente).

Por estas razones en principio, debe entenderse que el supuesto de aborto no punible del art 86 inc. 2 del CP comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de la víctima. El art 86 inciso 2 diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre mujer idiota o demente. Como la ley hace referencia a causas de embarazos, el atentado al pudor no puede ser sino un “acceso carnal u otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima”. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice “violación”, también refiere al mismo tipo de víctima. Por exclusión, violación se refiere al “acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no idiotas ni dementes”.

#### 2.4.3 Conclusión final del fallo “F.A.L.” (2010)

Este análisis sistemático en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima de estos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, (que no pueden consentir el acto) se



requiere de sus representantes. Resulta ser altamente relevante lo expresado por la CSJN en tanto a que cuando el legislador despenaliza y en tales medidas autoriza la práctica de un aborto, es el Estado (como garante de la administración de la salud pública) el que tiene la obligación de poner a disposición de quien solicita la práctica las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Además, la Corte Suprema decide exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a “implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras que existan en el acceso a los servicios médicos”.

**Voto de la doctora Carmen Argibay:** Si bien algunos buscaban limitar la práctica de los abortos no punibles a las mujeres con incapacidades mentales que sufrían una violación, la ministra expresa que este último argumento no puede aceptarse a fines de ponderar la razonabilidad de la norma permisiva. La característica común que tienen unas y otras es que “en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual”. Sostuvo Argibay: “en este caso estamos en presencia de un severo conflicto de intereses: se invoca unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto; la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación. Esa preferencia por un distinto esquema de valores de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización del art 86 inc. 2 del CP. La posición referida omite desarrollar un análisis exhaustivo para determinar si someter a la víctima a continuar forzosamente con el embarazo hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría que la valoración de los intereses en juego que habían realizado resultaba incorrecta”.

Por otro lado, se alega la vulneración del derecho a la vida del feto, sumado a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre es en realidad menor y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (tales como “asistencia psicológica a la niña”). Esa preferencia por un distinto esquema de valores de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización del art 86 inc. 2 del CP. La excepción a la penalización del aborto contemplada en el art 86 inc.2 cumple suficientemente con el estándar de validez constitucional expuesto anteriormente, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una violación, exigiendo además el consentimiento de la propia afectada o de su representante

legal. Este esquema normativo delimita el supuesto excepcional que justifica la interrupción voluntaria del embarazo, fundado en la injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer. Ante tales circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante.

Por último, la doctora sostuvo que “puede dilucidarse claramente el juicio de ponderación sobre el cual reposa la decisión legal: hay una simetría entre la falta de responsabilidad de la mujer en la generación del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (es decir, forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena). El ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma, canalizando por un procedimiento específico la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica”.

## 2.5 La “persona humana” en el Código Civil y Comercial de la Nación

Muchas veces se ha utilizado el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), para promocionar una posible inconstitucionalidad del proyecto de la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Si bien una de las grandes virtudes del Derecho es la innumerable cantidad de interpretaciones que logran hacerse de cada una de sus normas, una de las falencias claras de los operadores jurídicos es “hacerle decir a las normas lo que en realidad no dicen”. Interpretar el Derecho es siempre el medio para conocer el sentido, el alcance y la subsiguiente aplicación de las normas que lo integran, por lo tanto debemos hacer una interpretación objetiva y complejizada del artículo 19 del CCCN. Para esto no solo tendremos aspectos que utiliza Vélez en aquel Código de 1871 (siguiendo a Freitas, Karl Zachariae y al Código Civil Prusiano), sino que además muchos años después analizaremos también el ante-proyecto de modificación del Código en 1998/2012, y finalmente los debates constituyentes de su modificación final en 2014. Entonces el marco normativo objeto de análisis es el siguiente:

| <b>CC DE VELEZ (1871)</b>  | <b>Ante-proyecto de 1998 (mantuvo el articulado del Código de Vélez)</b>  | <b>CCCN ACTUAL</b>   |
|--|---|--|
| "LIBRO PRIMERO, Sección Primera:<br>personas en general  | <b>Ante-proyecto de 2012</b>  | "LIBRO PRIMERO, Parte General TITULO I: Persona humana CAPITULO 1: Comienzo de la existencia |
| TITULO III: De las personas por nacer  | "ARTÍCULO 19.- La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de TRHA" | ARTÍCULO 19.- La existencia de la persona humana comienza con la concepción"                 |
| ARTÍCULO 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno" |   |  |

El Código Civil de Vélez, sancionado hace mucho tiempo, centró su vista en el derecho a la propiedad privada y, por lo menos metodológicamente, ubicó en su conformación a la persona por nacer obviamente detrás de las personas físicas (ya nacidas), e incluso detrás de las personas jurídicas (por ejemplo, una empresa privada o pública). La definición literal de la “persona física” para el autor tiene un sentido jurídico-técnico y un tinte aséptico (desprovisto totalmente del espectro espiritual del ser humano). Sin embargo, llegando hacia el artículo 63 denotamos un cambio en la forma en la que el propio Vélez decide describir a la “persona por nacer”: capturando el artículo 10 de la primera parte del Código Civil de Prusia se dejó establecido que “las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”. De este modo, el concebido o “nasciturus” es considerado una persona humana a los efectos del Código como sujeto de derecho y, por ende, protegido por la legislación civil siendo plausible de adquirir al nacer, derechos y obligaciones. De igual manera, no debemos olvidar que el “seno materno” como lugar de concepción se estipula en base a la época sufriendo luego un sideral cambio en relación a su interpretación posterior, debido a la llegada de las nuevas tecnologías que comenzaban a profundizar el análisis de las “técnicas de reproducción humana asistida” (TRHA).

Así fue como al momento de intentar la reforma del Código en 1998, la Comisión Redactora tuvo en miras la posibilidad de suprimir el artículo 19, tal como expresa una de sus integrantes, Aída Kemelmajer de Carlucci. Las presiones de las posturas disidentes lograron que se deje tal cual el artículo de aquel primer Código Civil. Ante temas de alta política legislativa en nuestro país se busca constantemente conservar las terminologías tradicionales (aun a sabiendas de su inexactitud). No obstante, cuando efectivamente se define la necesidad de reformar el Código en el período 2011-2014, el ante-proyecto presentado en 2012 fue distinto: el artículo 19 confirmaba que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida”. En los fundamentos, la Comisión Redactora del ante-proyecto del 2012 sostuvo que “[...] conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esto no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el Derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia.<sup>21</sup>”

---

<sup>21</sup> Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación – Mensaje del Poder Ejecutivo N° 884/2012 Ed. Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación

Finalmente, luego de los debates constituyentes y las propuestas de los convencionales, se dejó establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Por lo tanto se sitúan en un punto neutral, en donde las opiniones de justificación de este articulado son variadas. En principio, una opinión llamativa y en principio interesante de analizar es la de Marisa Herrera (profesora de la Facultad de Derecho y especialista en técnicas de reproducción asistida), acerca del artículo 19 del nuevo CCCN. La autora sostuvo que: “quitar la frase tradicional ‘en el seno materno’ responde a la coherencia del CCCN respecto de la Ley 26.743 de Identidad de Género (que entró en vigencia en Mayo del 2012). La referida conexión radica en que en el Derecho argentino no es necesario someterse a una operación quirúrgica para proceder a la modificación del género: una persona que ha nacido mujer puede cambiar su identidad al género masculino y quedar embarazada; en tal caso no sería jurídicamente seno materno porque este niño nacería de un padre que es la identidad ‘autopercebida’ de quien da a luz, siendo este el elemento central en respeto al derecho a la identidad. Esta es la misma razón por la cual en el Título V del Libro Segundo, referido a la filiación se alude en varios articulados a la ‘persona que da a luz’ y no a la noción de ‘madre o mujer’. De este modo, se alcanza una regulación coherente y sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional en el que prima tanto ‘el principio de igualdad y no discriminación’, como el reconocimiento y protección del derecho a la identidad en sus diferentes vertientes.”<sup>22</sup> ”

Personalmente creo que la cuestión ha estado bien zanjada: por un lado, promover una distinción irracional entre dos formas distintas de nacimiento (si es concebido en el seno materno y luego si es concebido por implantación), es en principio no solo discriminatorio sino también incoherente con respecto al plexo normativo en general. Por otro lado, según la noción que cada uno de nosotros tenga del concepto de “persona” nos permite determinar luego dónde comienza la vida y si la persona comienza desde que viene de la naturaleza (concebida en el seno materno) o desde que se implanta (y de ser así, ¿Qué era antes de ser implantado?). El comienzo de la persona humana es una cuestión que el mismísimo Código Civil plantea respecto de los efectos civiles que recaigan sobre el sujeto en cuestión. En este sentido, al Derecho no le corresponde contestar cuándo empieza la vida o cuándo se termina, de hecho son otras las disciplinas las que deben dar respuesta a esta problemática. El Derecho en todo caso puede contestarnos en qué momento comienza la protección jurídica y en qué momento ésta se termina, sin presuponer que ese inicio y fin de protección se superpone con el inicio y fin de la vida.

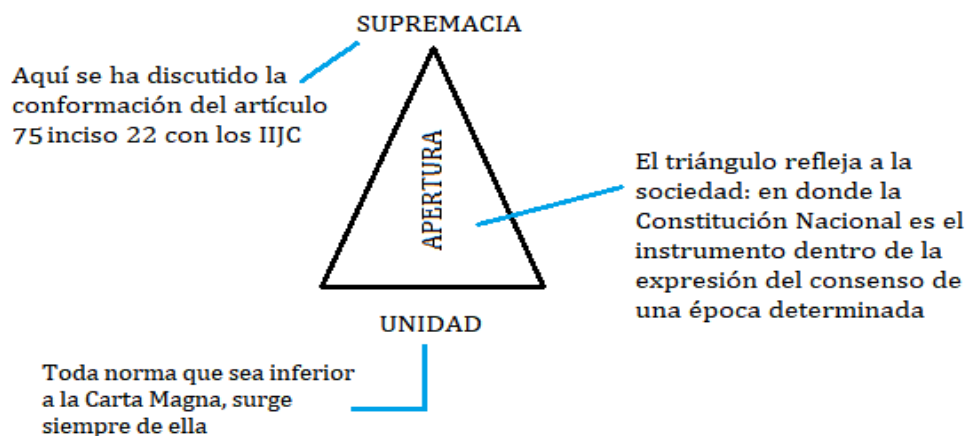
---

<sup>22</sup> Herrera, Marisa “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015); Buenos Aires págs. 49-52

El inicio a la vida lógicamente plantea un problema con respecto a la definición de la persona. La existencia de los embriones in vitro, y del comienzo de la vida, plantean un montón de dilemas que se refieren a lo que al principio del texto hablábamos acerca de la metafísica. No entraremos en la cuestión de los embriones crio-congelados porque no hace al caso, pero si determinaremos a lo largo del texto el análisis jurídico y la ineludible ponderación que se nos presenta ante la problemática actual del aborto en nuestro país. Por lo tanto, tal como lo dijo el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Ricardo Lorenzetti, “hay una falta de criterio unánime acerca del momento mismo de la concepción, debate en el que, aun ante los avances y procesos científicos, no se puede establecer el momento general y preciso en donde acontece la concepción. Por lo tanto, este debate deviene estéril: es una incertidumbre que escapa al ámbito jurídico, por lo cual el Código Civil no puede resolverlo”<sup>23 24</sup>.

### Capítulo 3: El aborto y su impacto internacional.

La Constitución Nacional es la figura superior de nuestro ordenamiento jurídico. La pirámide de Hans Kelsen representa la jerarquía existente entre las normas ubicando a la Carta Magna en la supremacía del orden jurídico, la cual nos demuestra que no existe ninguna otra norma superior a la Constitución (supremacía). Esta idea se complementa con la efectividad de las normas en conexión con la realidad política que se pretende regular (apertura), y con la concordancia de la estructura del sistema jurídico (unidad). ¿Cómo se observa la unidad? Desde su base, la pirámide kelseniana se conforma por normas inferiores que encuentran su fundamento de validez en aquella Carta Magna suprema. Así es como metodológicamente la pirámide se encuentra conformada, dejando a nuestro arbitrio dos conceptos interesantes:



<sup>23</sup> Lorenzetti, Ricardo; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” – Tomo I, Rubinzal-Culzoni Ediciones – Santa Fe (2014) págs. 89-91

<sup>24</sup> Bueres, Alberto; Highton, Elena (coord.), “Código Civil y leyes complementarias: Análisis doctrinario y jurisprudencial” – 1º Reimpr., Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires. Pág. 505 (2003)

El primero de los conceptos es “la interpretación racional y sistémica” del cuerpo normativo. En relación a los IJC (Instrumentos Internacionales con Jerarquía Constitucional), propuestos en la reforma constitucional de 1994, se le otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales (abriendo el abanico de posibilidades a futuros instrumentos internacionales a adquirir dicha jerarquía). ¿Esto significa que los tratados internacionales tienen mayor jerarquía que la Constitución? No, de hecho en forma conjunta forman al reconocido “bloque de constitucionalidad federal”. Por otro lado, ¿Esto significa que todos los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que la Constitución Nacional? Tampoco. No todos los tratados sino aquellos que cumplan con el procedimiento para adquirirla.

Finalmente, el segundo concepto se relaciona con el “lenguaje constitucional”. En las interrelaciones sociales y culturales, los ciudadanos confrontan con la constante tecnología cambiante y evolutiva, que generan cambios profundos en la matriz de la relación humana. La Constitución Nacional se debe adaptar al desarrollo socio-cultural, aunque no siempre a través de reformas complejas. Aquí juega su papel la existencia de la ley. Y es por esto que, en sus orígenes, el lenguaje adaptable y temporario de la Carta Magna significaron la posibilidad de establecer un baremo abierto, que garantice ciertas prerrogativas, deberes y garantías pero dé lugar a la interpretación futura de quienes se encargan de hacerlo.

### 3.1 Los tratados internacionales con jerarquía constitucional (CN art. 75 inc. 22)

Diversos argumentos planteados en contra del proyecto de ley discutido actualmente en nuestro Congreso, se refieren a los instrumentos internacionales que adquieren jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994. Puntualizando el análisis de este capítulo nos centraremos en las principales convenciones utilizadas como objeto de contra-argumentación por algún sector de la opinión general: “Convención Americana sobre Derechos Humanos”; “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”; “Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; y la Convención sobre los Derechos del Niño” (con sus dos protocolos).

Antes de comenzar con el análisis de las convenciones y las diversas argumentaciones, debo remitirme a la Constitución Nacional de nuestro país. Dentro del artículo 75 inciso 22 podemos observar una coordinada interpretativa clave en relación con los organismos que interpretan los tratados internacionales (por ejemplo, la Corte Interamericana de DDHH, el Comité de DDHH etc): “ los tratados [...], en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional [...]”. Los Estados firmantes pueden reservar, al momento de firmar el pacto,

algún artículo que posiblemente sea incompatible con la legislación interna. Pero además, hay dos cuestiones importantes a analizar:

- “Pacta sunt servanda”. Por principio internacional, “los tratados internacionales se celebran para ser cumplidos” (en relación a la Parte III de la Convención de Viena, ratificada en 1972), y los Estados Partes tienen la obligación (de “buena fe”) de cumplir con las exigencias que del tratado surjan. En la “Teoría Pura del Derecho” Hans Kelsen define a la “obligación jurídica” a partir del concepto de la “sanción”. En forma simplificada, la sanción es el acto de coacción o violencia que deberá cumplirse por quien la recibe aún contra su voluntad, recurriendo a la “fuerza física en caso de resistencia”. Ahora bien, para ser llevada a cabo la sanción debe haber una “reacción” contra una acción o una omisión determinada frente al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, si el autor de la conducta lleva a cabo una conducta disvaliosa o no realiza una conducta considerada como valiosa por el sistema normativo, se impondrá una sanción por incumplimiento de una “obligación jurídica”<sup>25</sup>.
- Observancia, aplicación e interpretación. Durante muchos años, y hasta la actualidad, se discute acerca de la obligatoriedad de las interpretaciones que llevan a cabo los organismos internacionales creados para, específicamente, interpretar y hacer cumplir con los diversos tratados internacionales. Y por ejemplo, nos asentaremos en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde el caso "Ekmekdjian" (1992), la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha considerado que la interpretación de la Convención Americana de DDHH debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De hecho, nuestro máximo tribunal le ha otorgado un lugar de privilegio, como lo demuestran los fallos "Arancibia Clavel", "Mazzeo", "Simon" y "Verbitsky", entre otros<sup>26</sup>. Claramente si bien sabemos que incumplir una decisión de la Corte Interamericana (en situaciones contenciosas) no genera una sanción directa, el Estado argentino tiene la “obligación de llevar a cabo el máximo de los esfuerzos” para cumplir con la decisión que la mismísima Corte Interamericana ha expedido, so pena de incurrir en “responsabilidad internacional”, altamente gravosa para cualquier Estado (fallo 330:3248).

---

<sup>25</sup> Kelsen, Hans. “Teoría pura del Derecho”; Universidad Nacional Autónoma de México – Capítulo 4 (1982)

<sup>26</sup> ADLER, Federico. “El deber jurídico internacional del Estado Argentino de seguir los criterios interpretativos de la Corte IDH” (2013) id SAIJ: DACF130334

## **Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada en 1984)**

Históricamente esta Convención, también llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, ha sido objeto de discusión, ya sea por los órganos interpretadores de dicho tratado o por los diversos derechos que reconocen y amplían el espectro protector de los seres humanos. Particularmente el artículo 4 (derecho a la vida) es el elemento que nos genera una discusión necesaria. Tal articulado supone: “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”.

El sentido común o la interpretación taxativa nos permite abordar la cuestión principal: la protección jurídica de la vida. Bien sabemos que si bien podríamos abordar una discusión acerca de cuándo comienza la vida humana, lo importante aquí es denotar la intencionalidad legislativa del texto de la norma. Y en este ámbito, es importante resaltar dos menciones importantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: A) “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*” (2012); y B) “*Baby Boy vs. Estados Unidos*” (1981).

### **A. *Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012) - Corte IDH***

- En el párrafo 143 la Corte ha establecido que la vida privada “incluye la forma en que el individuo decide cómo proyectarse hacia los demás, como condición para el libre desarrollo de la personalidad”. La maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y por ende “la decisión de ser o no madre es parte del derecho a la vida privada”.
- En relación a esto, la Corte IDH ha dicho en el párrafo 264 que “el embrión no puede ser entendido como persona para los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.
- En el párrafo 226 se ha dicho que 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”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> A manera de ejemplo, Comité de Derechos Humanos ha emitido las siguientes observaciones finales en este sentido: Argentina, 14, UN Doc. CCPR/CO/70/arg (2000); Bolivia, 22, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.74 (1997); Costa Rica, 11, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.107 (1999); Chile, 15, UN Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999); El Salvador, 14, UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003); Ecuador, 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998); Guatemala, 19, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001); Honduras, 8, UN Doc. CCPR/C/HND/CO/1 (2006); Kuwait, 9, CCPR/CO/69/KWT (2000); Marruecos, 29, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004);



- Finalmente, en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de 1965 se encomendó al Consejo de la OEA (Organización de los Estados Americanos), que actualizara el “Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos” elaborado en 1959, tomando en cuenta el criterio de la Comisión Interamericana y los proyectos presentados por el Estado de Chile y Uruguay. Para conciliar las diferentes opiniones frente a la formulación “desde el momento de la concepción”, suscitadas desde la IX. Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948, a raíz de las legislaciones de los Estados americanos que permitían el aborto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revisó el artículo 4 (derecho a la vida) y decidió introducir antes de la formulación “desde el momento de la concepción” las palabras “en general”<sup>28</sup>. Por lo tanto, en el párrafo 256 la Corte IDH dejó establecido que la frase “en general” fue introducida por el mero hecho de que la protección al derecho a la vida es gradual e incremental según su desarrollo, “entendiendo la procedencia de excepciones a la regla universal”, como la interrupción voluntaria de la gestación.

#### **B. “Baby Boy” – Resolución N° 23/81 Caso 2141 (Estados Unidos de América)**

- En la segunda sesión plenaria de la Conferencia de San José de Costa Rica, las delegaciones de Estados Unidos y Brasil consignaron en acta la siguiente declaración: “interpretamos el texto del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención Americana sobre DDHH en el sentido de que, deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares”<sup>29</sup>.
- En el párrafo 14 infine la Corte IDH ha establecido que cuando nos enfrentamos a la cuestión del aborto, hay dos aspectos importantes a destacar. 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” (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p.159). 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

---

Paraguay, 10, UN Doc. CCPR/C/PRY/CO/2 (2006); Perú, 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.72 (1996); Polonia, 8, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004); Trinidad y Tobago, 18, UN Doc. CCPR/CO/70/TTO (2000) y Venezuela, 19, UN Doc. CCPR/CO/71/VEN (2001), etc.

<sup>28</sup> Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

<sup>29</sup> Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos, Acta de la segunda sesión plenaria, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p.ó.

en determinado país, el aborto no privara 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).

### **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer o CEDAW (ratificada en 1985)**

Este tratado, que ha sido poco respetado y severamente denostado en el ámbito nacional durante mucho tiempo, busca recordarle a los Estados firmantes que históricamente se le ha impedido acceder o participar a la mujer en el ámbito político, social, económico y cultural, constituyendo así un obstáculo para el pleno desarrollo de sus posibilidades para prestar servicios a su país y a la humanidad. El artículo 1 de la presente Convención determina que “discriminar a la mujer” es “toda [...] restricción basada en el sexo que tenga por resultado anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Y por otro lado, el artículo 2 sostiene que “los Estados Partes se comprometen a: [...] d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; y [...] g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

Particularmente esta Convención cuenta con un Comité que se encarga de interpretarla y recomendarle a los Estados Partes las opciones político-legislativas idóneas para garantizar el cumplimiento del tratado que se han comprometido a respetar. Vamos a analizar tres situaciones en las cuales el Comité del CEDAW se ha expedido en relación a la interrupción voluntaria del embarazo.

#### **A. Reporte del 18 de Noviembre del año 2016 (cedaw/c/arg/co/7)**

- En el párrafo 12, en el marco del avance de políticas gubernamentales que impulsen el cumplimiento efectivo de la Convención, se refiere a la violencia contra las mujeres, señalando la necesidad de mejorar los presupuestos para la prevención de los femicidios, ampliando el fondo económico para apoyar a las víctimas de “violencia de género” y especialmente a las mujeres indígenas, con discapacidades y otras en situaciones más vulnerables.
- En el párrafo 32 y 33, se refiere al trabajo gubernamental en relación a la prestación de los servicios de salud a las mujeres. La recomendación del Comité es esencialmente disminuir la mortalidad materna “garantizando el acceso a servicios de salud apropiados, atención de

emergencia obstétrica y otros factores”. Específicamente se recomendó implementar en todo el país la “interrupción legal del embarazo” en base al protocolo promulgado por la Corte Suprema de Justicia en 2012, asegurando que se garantice el acceso al aborto seguro y a los servicios post-aborto, evitando también el uso indiscriminado de la conocida “objeción de conciencia”.

- Finalmente en el párrafo 35, se le exige al Estado argentino el cumplimiento y la implementación irrestricta de la Ley de Educación Sexual Integral, “capacitando a los docentes para brindar esta enseñanza en todo el ciclo educativo y promoviendo la prevención del embarazo adolescente y las infecciones de transmisión sexual”.

#### **B. Recomendación General N° 33 (cedaw/c/cg/33)**

- En el ámbito del acceso de las mujeres a la justicia, en el párrafo 51, (págs. 21-22, incisos d, b y l) el Comité del CEDAW ha estipulado que “se deben eliminar las tipificaciones como delito discriminatorias contra la mujer, revisando todos los procedimientos judiciales para garantizar que no haya discriminación ni directa ni indirecta; despenalizando todas las formas de comportamientos que pueden ser realizadas sólo por las mujeres, como el aborto y actuando con la debida diligencia para la prevención y proporción de recursos, exclusivamente hacia las mujeres desproporcionalmente afectadas”.

#### **C. Recomendación General N° 35 (cedaw/c/cg/35)**

- En relación a la violencia de género contra la mujer, en los párrafos 15 y 16 (pág. 7), se ha dejado establecido que “las violaciones (tanto por acción u omisión del Estado) contra la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, (como 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”.

### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado en 1986)**

En búsquedas de promulgar los principios enunciados en la Carta de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables; reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad

inherente a la persona humana”. Nuestro país con el artículo 2 de la ley 23.313, ha ratificado la competencia del Comité de Derechos Humanos creado por este pacto, a la cual nos remitiremos en la ocasión puntal de la Observación General N° 28 (que versa acerca de la “igualdad de derechos entre el hombre y la mujer”, artículo 3 del Pacto).

#### **A. Observación General N° 28 – 68° período de sesiones (año 2000)**

- En el párrafo quinto el Comité estipula que las mujeres padecen una desigualdad en el disfrute de sus derechos por cuestiones “arraigadas en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas”.
- En el párrafo décimo, el Comité recomienda que los Estados Partes deberán aportar datos respecto de las tasas de natalidad y el número de muertes en relación con el embarazo o el parto. 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”.
- En el párrafo undécimo prácticamente 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”.

#### **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o PDESC (ratificado en 1986)**

Con igual propósito, pero con distintas prerrogativas, este Pacto busca reafirmar los valores de la “libertad, la justicia y la paz en el mundo”. Específicamente nos vamos a centrar en la interpretación del artículo 12 del PDESC, el cual sostiene que:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños  
[...]

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

El Comité de este Pacto ha interpretado y explicado ampliamente este artículo en la Observación General N° 22 (2016), relativa al “derecho a la salud sexual y reproductiva” (E/c.12/GC/22). A continuación, mencionaremos seis ocasiones en las que el Comité ha tratado cuestiones relativas al actual delito de aborto en nuestro país.

- Capítulo II, Párrafo 10 (hojas 4 y 5). “El derecho a la salud sexual y reproductiva es interdependiente de otros derechos humanos” (persiste por sí mismo). Se encuentran ligados a los derechos civiles y políticos, acerca de la integridad física y mental de las personas, su autonomía y los derechos a la libertad y seguridad del individuo (entre otros, como la igualdad y no discriminación). El Comité propone el siguiente ejemplo: “la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y en determinadas circunstancias, pueden constituir torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes”.
- Capítulo III, Párrafo 13 (hoja 4). El Comité propone que es de vital importancia la presencia de “personal médico y profesional capacitado para prestar todos los servicios de salud sexual y reproductiva”. No solo se debe disponer de una amplia gama de métodos anticonceptivos, como preservativos y anti-conceptivos de emergencia, sino también “medicamentos para la asistencia en casos de aborto y post-aborto, para la prevención y el tratamiento de infecciones”.
- Capítulo III, Párrafo 18 (hoja 6). Por otra parte, la accesibilidad de la información comprende el derecho a “buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a la cuestión de salud sexual y reproductiva en general”. El Comité sostuvo que “todas las personas, incluidos adolescentes y jóvenes, tienen el derecho a anti-conceptivos, planificación familiar, prevención del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH o SIDA), acceso al aborto sin riesgo y posterior asistencia en casos de aborto, entre otras garantías”.
- Capítulo III, Párrafo 21 (hoja 6). Por su parte, el Comité ha visto sumamente ineficiente y “sorprendentemente erróneo” el hecho de no incorporar por parte de los Estados firmantes, tecnologías e innovación en la prestación de servicios de salud sexual como los medicamentos en relación al aborto o los avances en el tratamiento del VIH y el sida.
- Capítulo III, Párrafo 28 (hoja 8). Por otro lado, se “requiere la derogación o modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva. Es necesario eliminar todos los obstáculos al acceso de las mujeres a servicios, bienes, educación e información a fin de reducir las tasas de mortalidad y morbilidad materna”. En el final del párrafo se deja establecido que “se debe evitar el ejercicio de abortos en condiciones

de riesgo, previniendo embarazos no deseados y medidas legales que le garanticen a todas las personas el acceso a anti-conceptivos asequibles, seguros y eficaces, junto a una educación integral sobre la sexualidad, liberándose así las leyes restrictivas del aborto”. Los Estados parte “deben proteger a las mujeres y niñas garantizando el acceso al aborto sin riesgo y con atención de calidad posterior en dichos casos, capacitando a los profesionales y respetando a las mujeres al derecho a decidir sobre su salud sexual y reproductiva”.

- Capítulo IV, Párrafo 34 (hoja 10). Finalmente, los Estados Partes tienen la obligación de “eliminar las leyes y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y no discriminación en el pleno disfrute de los derechos de salud sexual y reproductiva de hombres y mujeres”. El Comité propone el ejemplo de las “penalizaciones del aborto que funcionan como obstáculo para determinado grupo de la sociedad que busca acceder a un pie de igualdad en los servicios de salud”.

### **Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada en 1990)**

El Estado argentino ha promulgado, por lo menos legislativamente, un accionar activo con respecto a los marcos regulatorios sobre derechos de los niños (tal es el caso de la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28 de Septiembre de 2005). Particularmente esta Convención promueve considerar al niño como “sujeto titular de derechos”, a diferencia del enfoque asistencial acerca del niño como “objeto de derechos y deberes” que debían ser ejercidos por la familia y las instituciones gubernamentales<sup>30</sup>  
<sup>31</sup>. En el marco de este tratado internacional deberemos analizar dos cuestiones fundamentales acerca de la definición de “niño”: por un lado, la reserva efectuada por el Estado previa firma de la Convención; y por el otro la relación que esta tiene con la actual discusión del aborto en nuestro parlamento.

- 1) ¿Cómo define la Convención al “niño”? El texto realiza dos principales menciones sobre la definición, tanto en su preámbulo como en su artículo primero. El preámbulo sostiene: “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Y luego, en su artículo primero sostiene: “Para los efectos de la Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable,

---

<sup>30</sup> Galvis, L. (2009). La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 7 (2), pp. 587- 619.

<sup>31</sup> Fanlo, I. (2011). «Viejos» y «nuevos» derechos del niño. Un enfoque teórico. Revista de Derecho Privado, 20, pp. 105-126.

haya alcanzado la mayoría de edad” (en relación, por ejemplo en Argentina a la emancipación de los menores de edad).

- 2) ¿Cuál es la reserva y “las declaraciones” efectuadas por el Estado argentino al momento de firmarla? En nuestro país, la Convención fue ratificada por la ley 23.849 en Octubre de 1990. En el artículo dos de dicha ley se ha dejado establecido que “al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones”. Claro está que formulará “una reserva” (de los incisos b, c, d y e del artículo 21) y formulará también “declaraciones” (dos o más). En este caso, el Parlamento ha decidido realizar una “declaración interpretativa” del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño recién mencionado. Ha dicho: “con relación al artículo 1º la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Claramente, ha generado dudas la protección del niño como “persona menor de 18 años” conteniendo en nuestra legislación interna el artículo 19 del Código Civil y Comercial que estipula que deben protegerse los derechos del ser humano desde la concepción. Por esto se formula la declaración interpretativa.
- 3) ¿Qué es una reserva? ¿Es lo mismo que una “declaración interpretativa”? En la Conferencia de Derecho Internacional realizada en 1970 (disponible en su volumen II), se ha discutido expresamente si “las reservas y las declaraciones son iguales o no” (en relación a los efectos que producen). En primer lugar podemos mencionar al artículo 2 de la Convención de Viena (el “tratado de los tratados”) que define a la reserva en su inciso D), en el cual: “reserva es una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado, hecha por un Estado al firmar, ratificar o aceptar un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones en la aplicación en su territorio nacional”. Por lo tanto, en palabras corrientes de la esfera del profano, si un Estado realiza una reserva respecto de un artículo de un tratado internacional entonces significa que dicho artículo no será aplicado en su territorio.

Ahora bien, en el caso de la “declaración interpretativa” nos referimos a un acto unilateral que tiene por objetivo interpretar un tratado en el campo de alternativas posibles, es decir dependiendo de la intención del Estado. Si una declaración, independientemente de cómo sea, tiene por fin excluir o modificar el efecto jurídico de un tratado en su aplicación, aquélla constituye una reserva. Por el contrario, si una llamada "reserva" se limita a exponer la manera en

que un Estado interpreta una disposición pero no excluye ni modifica sus efectos, no se trata en realidad de una reserva, sino de una mera declaración interpretativa<sup>32</sup>.

La cuestión reside en determinar ¿Cuál es el efecto que produce cada una? Si el efecto es "desobligar" al Estado que la formuló como eximente de responsabilidad internacional ante los demás Estados parte, se trata de una reserva. Si el efecto es comunicar por parte de un Estado cómo se va a interpretar un artículo de un tratado en sede interna en el campo de varias acepciones posibles, entonces estamos ante una declaración interpretativa. No obstante tanto reservas como declaraciones interpretativas no pueden ser contrarias al objeto y fin del tratado (conforme lo establece el art. 19 inciso C de la Convención de Viena).

4) ¿Qué relación tiene esta Convención acerca del aborto en Argentina? Claramente la Convención no se menciona nunca acerca del estado de embarazo de la mujer y mucho menos acerca de la interrupción voluntaria de la gestación. Por lo tanto, deberíamos remitirnos a las interpretaciones que realiza el Comité de los Derechos del Niño, principalmente en tres observaciones generales: **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” en Diciembre de 2016, la cual se refiere a “la efectividad de los derechos del niño en la etapa de la adolescencia”.

#### **A. Observación General N° 4 – CRC/GC/2003/4 (Año 2003)**

En el marco del “desarrollo de los servicios de la salud y su prestación” (Capítulo IV Página 48 y 49, párrafo 31), el Comité ha establecido que “los niños y adolescentes deben tener acceso a la información sobre el daño que puede causar un embarazo precoz, y aquellas que estén embarazadas deberán tener acceso a los servicios de salud que sean adecuados a sus derechos y necesidades”. Ante su preocupación, el Comité rescata que “los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la mortalidad de niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas”. Por lo tanto, al final del párrafo el Comité ha decidido “instar a los Estados Partes a: a) elaborar programas que proporcionen acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, a los anti-conceptivos y a las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley [...]”. Por su parte, en el capítulo V de la “vulnerabilidad y los riesgos” (párrafo 37), el Comité ha vuelto a obligar a los Estados Partes a

---

<sup>32</sup> Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 23, enero-junio de 1996.



reinsertar a los adolescentes, “física, psicológica y socialmente” a un entorno que “fomente salud ante la posibilidad de verse envueltos en embarazos no deseados, abortos peligrosos, violencia etc”.

**B. *Observación General N° 15 – CRC/GC/2013/15 (Año 2013)***

El Comité de los Derechos del Niño ha dejado establecido, en el marco del Capítulo III artículo 24 inciso G (“los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud”), se ha mencionado en relación al aborto. En su párrafo 31 sostuvo que “los Estados deben estudiar la posibilidad de permitir que los niños accedan a someterse a tratamientos e intervenciones médicas sin el permiso de su progenitor o tutor, como los servicios de salud sexual y reproductiva, con educación, métodos anti-conceptivos y aborto en condiciones de seguridad”. Luego, en el párrafo número 54 el Comité ha dicho que “los Estados deben garantizar los servicios de aborto en condiciones de seguridad y de atención después de la práctica; atención básica durante el parto; y prevención de enfermedades”. Finalmente en el párrafo número 70, el Comité ha mencionado que “la prestación de métodos anti-conceptivos a corto plazo, como los preservativos, los métodos hormonales y los anti-conceptivos de urgencia, deben estar a disposición inmediata de los adolescentes activos sexualmente”. Además, “los Estados deben garantizar el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto en sí es legal”.

**C. *Observación General N°20 – CRC/GC/2016/20 (Año 2016)***

En el marco de la “salud básica y el bienestar” el Comité en su párrafo 13 (Capítulo III) y párrafo 60 (Capítulo XI), ha dicho que “se debe despenalizar el aborto para garantizar que las niñas tengan acceso a abortos seguros, con servicios posteriores”. Además, debe haber una revisión de la legislación con miras a garantizar los mejores intereses de las adolescentes asegurando que sean respetadas sus decisiones con respecto al aborto. En este sentido, en mayo del año 2018 el mismísimo Comité ha visitado nuestro país para realizar el examen del cumplimiento de la Convención, en relación a la protección de los derechos del niño, en su infancia y adolescencia. Ha dicho que “en relación al aborto, a veces hubo dificultades de acceso para que las mujeres puedan abortar. Todos los profesionales de la salud tienen el derecho de ejercer su conciencia en lo que respecta al aborto, siempre que no impidan la práctica. El trabajo de los profesionales de la salud es garantizar la implementación segura del procedimiento, independientemente de sus objeciones personales”.

## Capítulo 4: Opciones para resolver la problemática del aborto

En el mundo se proponen, con miras hacia esta problemática, dos soluciones posibles: la penalizadora y la despenalizadora. Frente a estas opciones, los distintos países han podido desarrollar cálculos y estadísticas que tienen por fin indicar la razonabilidad y eficacia de las medidas llevadas a cabo. Bien sabemos que en nuestro país, luego de haber trabajado con ansias el tema en el “Capítulo 2” de este texto, la mira es esencialmente “penalizadora”, ya que se promulga en nuestro Código Penal, que la regla principal es la consideración del aborto como un delito, y las excepciones secundarias proponen en un segundo plano, la posibilidad de practicar un aborto legal y seguro (aunque bien sabemos cuál es el resultado de esta consideración en la realidad).

En este capítulo nos vamos a plantear un análisis de las opciones legislativas que los países del mundo han llevado a cabo para resolver la problemática del aborto. Sin embargo, puntualizaremos específicamente en: a) el sistema elegido por el proyecto aprobado actualmente en la Cámara de Diputados; y b) el sistema que actualmente se encuentra legalizado en nuestro país. En relación a esto analizaremos las leyes de los distintos países que nos sirven como ejemplo para observar la eficacia de la norma al momento de resolver la problemática.

### 4.1 Sistema de plazos

Esta metodología es la más amplia ya que establece un período de tiempo dentro del cual la Interrupción Voluntaria del Embarazo no va a ser punible o castigable por el Derecho Penal, y además no se le exigirá a la mujer la explicación del por qué va a practicarse un aborto. Ahora bien, muchos podrían pensar el ejemplo de una mujer en período de gestación, que un día se despierta por la mañana y dice: “no deseo estar embarazada”, y por lo tanto acude a una clínica y se practica la interrupción. Hay que decir, afortunadamente, que esto no es así en ninguna parte del mundo ya que, como dijimos en el “Capítulo 1 y 2” el feto o embrión es un bien valioso y jurídicamente protegido, por lo tanto se dispondrá un “sistema de plazos” que ampare al sistema jurídico en su totalidad. En este ámbito vamos a analizar algunas puntuaciones que exige el sistema en cuestión y ejemplos como la ley n° 18.987 (de Uruguay), la ley orgánica 2/2010 (de España), la lei n° 16/2007 (de la Assembleia da República de Portugal) y el mismísimo proyecto de ley actualmente discutido por nuestro Congreso de la Nación (que promueve el sistema de plazos).

- En primer lugar, en este sistema se fija un plazo o período en donde la mujer gestante podrá acudir a practicarse una interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, dentro del período

de desarrollo del embrión o feto, la mujer podrá practicarse un aborto hasta un determinado momento. El tiempo varía según el país en cuestión: en la legislación de Portugal el plazo es de 10 semanas, en Uruguay es de 12 semanas, en España es de 14 semanas (al igual que el proyecto en discusión en nuestro país), y en Holanda de hasta 20 semanas. Basta decir que en todos los casos la interrupción de la gestación deberá ser practicada por un plantel profesional médico y en hospitales públicos o instituciones habilitadas al efecto.

- En todos estos casos, y esto es mayormente visibilizado en la ley uruguaya, la mujer acudirá a un hospital público o privado y el médico en cuestión deberá acudir a un equipo interdisciplinario (por ejemplo, con profesionales del ámbito psicológico) y se le deberá informar a la mujer embarazada: a) la existencia de la ley que regula estas cuestiones; b) las características que presenta la interrupción del embarazo en su caso en concreto; c) los riesgos que conlleva la interrupción tanto en aspectos generales como en su caso; y d) las alternativas existentes a la práctica del aborto (como por ejemplo, la posibilidad de adopción). Se pretende con esta información que el aborto no sea un método anti-conceptivo, acompañando a la mujer en la decisión que lleve adelante. En este período, nunca se podrá preguntarle a la mujer el por qué decide practicarse el aborto (es una cuestión íntima de su persona) y tampoco el Estado puede influir en su decisión (solamente debe prestar la información para que la decisión sea firme y fundada). En nuestro proyecto de ley estas determinaciones se encuentran dispuestas en el artículo 8 (consejerías) y 10 (acceso).
- En este sistema de plazos además deberá existir un período de tiempo entre la solicitud de practicarse un aborto y la practica en sí misma. Esto es así porque como bien dijimos, el embrión es un bien valioso, y se busca evitar que se lleve a cabo una decisión intempestiva o impensada. En el caso de Uruguay la mujer tiene mínimo 5 días como período de reflexión, y en España y Portugal el período es de 3 días. En nuestro país se estipula en el proyecto un plazo “máximo” de 5 días desde la solicitud de la práctica por parte de la mujer (artículo 7).
- Ahora bien, luego del período de reflexión se exige en casi todas las leyes del mundo, que la mujer que finalmente ratifique su decisión de abortar, lo haga a través de un “consentimiento informado”. Hoy en día en cualquier práctica médica se exige un consentimiento, que se trata meramente de un documento escrito con la mera firma de la mujer embarazada y sin necesidad de acceso a la justicia ni otras cuestiones administrativas. Una vez presentado el consentimiento expreso y firmado, el cuerpo médico debe acceder inmediatamente a

practicar el aborto. De todas formas, luego del período de reflexión puede cambiar su opinión y decidir no realizar la práctica, y no será necesario el desarrollo del documento.

- Por otro lado, el sistema de plazos establece supuestos excepcionales en donde la interrupción de la gestación podrá realizarse fuera del plazo establecido. Por ejemplo, tanto en Uruguay como en el proyecto en nuestro país, ante supuestos de embarazo producto de violación, riesgo en la vida o salud de la madre, o inviabilidad de la vida del feto fuera del seno materno, la gestación podrá interrumpirse fuera de los plazos de las 12 o 14 semanas que establece la ley. En España el proceso es distinto: se podrá interrumpir el embarazo por riesgo en la salud o vida de la mujer hasta las 22 semanas, y agrega un inciso acerca de “anomalías en el feto o embrión” donde también se podrá también interrumpir el embarazo hasta la semana número veintidós.
- Finalmente el sistema de plazos propone un supuesto de “objeción de conciencia”, dentro del cual determinados profesionales podrán decidir, cualquiera sea la razón, no realizar las prácticas de aborto ni participar de ellas. Ahora bien, en la ley de Portugal se dejó estipulado que “los profesionales que se objetan de conciencia no podrán participar ni siquiera del seguimiento de la mujer gestante”, refiriéndose al período informativo. Tanto en España, como en Uruguay, en Portugal y como en nuestro proyecto actual, la posibilidad de objetar de conciencia es de forma individual y no institucional (solamente podrán ser objetores los profesionales médicos en forma particular). Por último, en nuestro país y en Uruguay en casos donde la mujer requiera la práctica del aborto de forma inmediata por peligro en su vida o salud, los profesionales no podrán hacer uso de su objeción (no se estipula esta excepción en la legislación española).

#### 4.2 Sistema de condiciones o indicaciones

En este sistema internacionalmente se promulgan cinco supuestos o situaciones que habilitan la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, en países en donde mayormente se encuentra penado por ley. Esto quiere decir que algunos Estados, como actualmente lo hace Argentina, permiten el aborto en determinadas circunstancias excepcionales que conforman un sistema mucho menos permisivo que el anterior. Estas condiciones son: a) terapéutica; b) eugenésica; c) sentimental; d) honoris causa; y e) socio-económica.

- Terapéutica.

En este caso, en algunos países se permite el acceso a la práctica del aborto siempre y cuando corra peligro la vida o la salud de la mujer, ya sea a causa del embarazo o por otra causa externa (es decir que se busca proteger la vida de la mujer, su salud física y su salud mental). Estos requisitos pueden funcionar de modo independiente, por lo tanto no es necesario que el riesgo para la salud mental esté acompañado por un riesgo en la vida por ejemplo. En Israel, Nueva Zelanda, Irlanda y Trinidad Tobago se utiliza esta medida, en relación al concepto de salud de la OMS: “salud es estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades”. Por ejemplo, si una mujer embarazada sufre de algún tumor o cáncer (claramente no producido por su estado de gestación), el proceso de recuperación ya sea de quimioterapia o radioterapia no es compatible con su embarazo. En estos casos estaría en juego la vida de la madre, y por lo tanto no se genera un conflicto de valores: vida de la madre contra vida del feto, bien sabemos que las leyes están escritas para personas y no para héroes, y por lo tanto la ley no puede exigirle a la madre que ponga en peligro su vida si no quiere hacerlo.

Distinto es el caso del peligro en la salud de la madre, que es el actualmente discutido en nuestra legislación. Esta discusión plantea un balance entre el peligro en la salud de la madre y la vida del embrión, donde entra en juego la “problemática del aborto” y la conflictividad de la legislación interna en relación al concepto de salud (analizada en el “Capítulo 2” artículo 3). En nuestro Código Penal no se define expresamente el concepto de “salud” por lo que los operadores jurídicos han decidido interpretarlo constantemente de forma restrictiva.

- Eugenésica.

Esta condición hace foco en las malformaciones fetales que generan una afectación a las condiciones de vida futura del embrión en proceso de desarrollo debido a aquellos problemas cromosómicos o patologías congénitas. Es decir, el aborto en este caso es practicado ante la notable disminución de la calidad y expectativa de vida del ser una vez nacido. Algunos países que contienen estas razones en sus legislaciones son: Polonia, Panamá, Nueva Zelanda, Israel o Kuwait. En el actual proyecto de ley que se encuentra en discusión en nuestro país, no se contempla ni se contemplará esta causal o condición como razón expresa para practicarse un aborto (aunque podría encuadrarse de igual manera ya que no existirían cuestionamientos en cuanto a la razón que tenga la mujer embarazada de realizar la práctica).

Históricamente esta causal ha tenido “mala prensa” en relación a las olvidables épocas que nos retrotraen al “Monte Taigeto” o al “Nazismo”, en donde el aborto por malformación se relacionaba con la idea de “mejorar la raza”. Sin embargo, existirá dependiendo del país un

sistema que permita determinar cuál es la malformación idónea para justificar la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, podrá ser un profesional el que lo decida, podrá ser una ley que determine taxativamente qué tipo de malformaciones ameritan una interrupción, o se deberá establecer un requisito genérico.

- Sentimental.

Este caso, también llamado condición ética, aparece cuando el embarazo es producto de un delito, ya sea: delito de violación sexual (como en Argentina, Finlandia, India o Tailandia) o de incesto (en aquellos países en donde se ha tipificado penalmente, como Bolivia o Corea). En la primera causal “terapéutica” se busca terminar con el embarazo para eliminar el peligro en la vida de la madre. En la condición “sentimental”, si la mujer culmina con su gestación la violación seguirá formando parte de su vida o sus recuerdos. Algunas veces hemos escuchado decir: “Una vez que el delito está consumado, cuestión claramente inevitable para la mujer ¿Por qué no se decide seguir adelante con el embarazo?” Por principio general en el ámbito penal, nadie tiene el deber de soportar un ilícito por lo que no podemos exigirles a las mujeres la realización de conductas supererogatorias tal como estipulamos en párrafos anteriores: las leyes están escritas para personas y no para héroes.

En este marco, tanto en la primera causal terapéutica como en esta condición sentimental o ética, la mujer podrá decidir si dar la vida por su hijo o no, de la misma manera que podrá decidir si quiere continuar con su embarazo causado por violación o no. Solo la mujer que ha sufrido una violación podrá decidir cómo lidiar con la aberración que sufre: siendo tal que algunas mujeres observan en el nacimiento del niño una justificación al horror que padecieron, y otras creen imposible que haya alguien en el mundo producto de ese acto violento, aun cuando se lo coloque en adopción. Ambas causales recién mencionadas son legisladas en Argentina desde 1921, aunque en la práctica no sea lo que realmente se garantice (por razones ya explicadas).

- Honoris causa.

En estos casos hablamos de la “moralidad sexual” discutido en pocos países en el mundo (entre ellos República Dominicana), en el cual solo se podrían tener relaciones sexuales dentro del matrimonio. Por lo tanto, cualquier hijo que fuera concebido fuera del estado de matrimonio genera la posibilidad de acceder al aborto ya que tal persona por nacer estará por fuera de las consideraciones culturales de dicha comunidad. En algunas legislaciones, no se estipula esta condición como una causa de no punibilidad, (es decir evitar la pena de cárcel o multa) sino

como causas de atenuación de la pena. Algunos autores dominicanos han dicho que el aborto honoris causa “es producido para salvar el honor o la honra de la mujer soltera como casada, que tiene sexualmente una reputación honesta”. Sin embargo, pocos países en el mundo han tenido en cuenta esta condición para habilitar la práctica del aborto. Nuestro proyecto de ley actual no la toma en consideración.

- Socio-económica.

En este supuesto, solo trece países en el mundo han permitido el aborto por razones socio-económicas, es decir en relación a la “miseria”. El Estado de Michoacán de México dejó estipulado en su legislación que “se podrá interrumpir el embarazo, dentro de las primeras doce semanas, cuando aquél conlleve una precaria situación económica”. En otros casos se ha determinado que “cuando la mujer embarazada ya es madre de tres hijos y un nuevo hijo/a conllevará una precaria situación económica, esta tendrá acceso al aborto legal”. Ahora bien, es importante resaltar que la mayoría de los Estados en el mundo no cumplen con uno de sus fines u obligaciones básicas que es “proveer la mínima subsistencia a su población”; y es por esto que pocos han permitido, en sus territorios, la legalidad del aborto por razones socio-económicas.

## Capítulo 5: Conclusión personal

El Derecho coexiste con nosotros, los ciudadanos: “condiciona nuestros actos y regula incluso nuestra sexualidad”<sup>33</sup>. Más allá de las consideraciones o los balances jurídicos que hagamos, nadie puede negar que “el aborto es un poderoso dispositivo simbólico”, que se materializa en la realidad. Realidad en la cual podemos ver como, según las estadísticas, se practican miles de abortos por año en todo el país y más de la mitad de aquellos son en condiciones inseguras o clandestinas.

En este texto, frente al dilema del aborto, nos encontramos con dos opciones distintas y excluyentes entre sí: a) o bien permitimos la práctica del aborto, reglamentada por una ley, pero de manera fácil, segura y gratuita; o b) prohibimos y penalizamos la práctica, dejando de lado la seguridad y la salud de muchas mujeres. Ya hemos dicho en el “Capítulo 1” que el Estado debe evitar que haya más abortos (sobre todo clandestinos), mejorar el sistema de salud sexual y reproductiva, pero además mejorar la educación en este sentido. Quiero hacer una breve

---

<sup>33</sup> Hopp, Cecilia Marcela. “Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate”. Ponencia presentada en las II Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales, 28 de octubre 2010, UBA, Derecho – págs. 6 y 7

explicación acerca del ejemplo educativo y los frutos que este tiene en los Países Bajos hacen ya más de cuarenta años:

Holanda, desde 1984 con la “abortuswet”, es uno de los países del mundo con el plazo más amplio para practicarse un aborto: 20 semanas (cinco meses). Sin embargo, es uno de los Estados que tiene el menor número de interrupciones voluntarias del embarazo (0,2% de habitantes). ¿Cómo relacionamos o entendemos esta información? En Holanda, desde el “plan de educación sexual completa”, los niños comienzan a ser educados acerca de su sexualidad a partir de los cuatro años. Entonces, en este país solamente quedarán embarazadas sin desearlo: mujeres violadas, mujeres extranjeras que migran al país, o aquellas mujeres a las que no les ha funcionado el método anti-conceptivo (teniendo en cuenta que, según el estudio de la entidad especializada “Rutgers WPF” en 2012, 9 de cada 10 holandeses utilizan métodos anti-conceptivos en su primer encuentro sexual, los cuales en su mayoría son otorgados públicamente por parte del Estado).

¿Cuánto de esto no sucede en Argentina por la inactividad histórica de nuestro Estado sobre estos temas? ¿Cuándo se va a comenzar a aplicar en todo el país la “ley 26.150” de educación sexual? ¿En algún momento se van a garantizar los anti-conceptivos de calidad y en forma gratuita en todo el país, tal como propone el “Plan Médico Obligatorio”?

En este sentido quiero efectuar un doble análisis argumentativo: a) diferenciación entre el concepto “despenalización” y el de “legalización”; y b) ponderación entre la “libertad y autodeterminación sexual” de la mujer y la “posibilidad de nacer” del embrión o feto.

#### **a) Diferencia entre la “despenalización” y la “legalización” del aborto**

Lo primero que debemos decir es que nos referimos a la “interrupción voluntaria del embarazo”, y resaltamos el concepto de “voluntariedad” porque en los países en donde se llevaron a cabo leyes que despenalizaban o legalizaban a la práctica, se dejó establecida a la acción de “abortar” como un delito penal. En el “Título II” del proyecto de ley actualmente discutido en el Parlamento, se deja establecido que: “no es delito el aborto realizado con consentimiento de la mujer hasta la semana catorce, y en ningún caso será delito si se dan los determinados supuestos (embarazo producto de violación, riesgo en la vida o salud de la mujer, e inviabilidad del feto fuera del seno materno)”.

El efecto que genera esta descripción mencionada es la “despenalización” de la interrupción voluntaria del embarazo. Ahora bien, lo que además busca el proyecto es “legalizar”



las prácticas del aborto, ¿Por qué? Porque estamos frente a una cuestión de “salud pública”, y nos referimos a “cuestiones de salud pública” en aquellos casos en que, sin importar si mueren dos mujeres por aborto clandestino o mueren trescientos mil, estamos frente a situaciones evitables. Una sola muerte evitable por aborto clandestino, instantáneamente es una falla en el sistema de salud. El derecho a la salud no debe ser “reducido al campo de las enfermedades, ni de los meros servicios, sino más bien debe ser comprendido en un espacio amplio que guarda relación con la posibilidad de que todas las personas puedan desarrollar todo su potencial y gozar el máximo bienestar de las dimensiones humanas”<sup>34</sup>. El Estado debe garantizar este derecho y debe promover todas las acciones necesarias para “prevenir los embarazos no deseados” en relación al artículo 2 de la ley 25.673 de Salud Pública.

En este ámbito, el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo propone, no solo la despenalización del aborto en la mayoría de los casos, sino también la legalización de las prácticas: en donde el Estado deberá garantizar el acceso a esta práctica a partir de políticas públicas. Sin embargo el proyecto avanza hacia más derechos, garantizando además derechos reconocidos en la Constitución (como la libertad de pensamiento, la no discriminación etc), y la toma de políticas relacionadas a la salud sexual y reproductiva en todo el país. Entonces: legalizarlo implica despenalizarlo, aunque si es solamente despenalizado el Estado no garantizará el acceso al aborto a miles de mujeres, por lo que seguirá existiendo el aborto clandestino o inhumano, incumpliendo así con sus obligaciones de garantizar la salud sexual y reproductiva en todo el país.

#### **b) Ponderación entre la “libertad y autodeterminación sexual” de la mujer y la “posibilidad de nacer” del embrión o feto.**

En este ámbito, debemos realizar una escala de valoración entre dos bienes jurídicos que son igualmente protegidos. Bien sabemos que por un lado, el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 19 garantiza la protección jurídica de la “persona por nacer”, desde la concepción. También hemos podido establecer la conclusión de que no existe un criterio unánime acerca del significado de “concepción” (Capítulo 2, parte quinta), ya que la tecnología ha generado la posibilidad de crio-conservar embriones en frío. Pero en este caso, no nos debería importar desde cuándo hay vida o cuándo es el momento de la concepción ya que estaríamos ante discusiones doctrinarias y estériles en relación a la temática en cuestión, escapándose así del ámbito jurídico (Lorenzetti, Bueres y Highton de Nolasco). Sino que lo importante es determinar

---

<sup>34</sup> Artaza, Osvaldo; Laspiur Sebastián. “Salud Universal: materializando el derecho a la salud para todos” – Revista “El derecho a la salud en Argentina”; Ediciones “ISALUD”, Buenos Aires (2017). Cap. 3 págs. 74 y 75

en cada caso en concreto qué bien jurídico coloco primero (libertad de la madre o vida del feto), en relación a lo que históricamente el legislador ha determinado. Pero antes de hacer esta ponderación quiero aclarar una cuestión muchas veces olvidada: no existen los llamados “derechos absolutos”, y tampoco existen derechos humanos que tengan mayor jerarquía que otros. En estos casos de aborto, ya hemos dicho que el derecho a la vida del embrión deberá ser ponderado e incluso muchas veces deberá ceder ante, por ejemplo, los supuestos de aborto no punible desde 1921 en casos de violación a la mujer. Por lo tanto, la “protección jurídica de la vida no es absoluta”, de hecho existe la “muerte digna” y mismo la posibilidad desde hace casi un siglo de ejercer un aborto y que se encuentre expresamente dentro de la ley (aun cuando se afecta el bien jurídico “vida”).

En la faz penal, bien sabemos que el delito de aborto se encuentra regulado entre los artículos 85 y 88 del Código Penal argentino. Precisamente el legislador le ha dado mayor peso o protección al bien jurídico “libertad de la madre”, en 1921 cuando estableció que para calcular el baremo de la pena aplicable al delito, éste bien será preponderante en relación a la vida del feto. Es decir: si el que practicare un aborto con el consentimiento de la mujer sufrirá una pena de cárcel de 1 a 4 años (donde el bien afectado es solamente la vida del feto); y el que practicare un aborto sin el consentimiento de la mujer sufrirá una pena de cárcel de 3 a 10 años (donde se afecta tanto al bien jurídico “vida del feto” como “la libertad de la madre”), entonces ¿Qué bien jurídico tiene mayor necesidad de protección? En este caso, los legisladores decidieron que la afectación al bien jurídico “libertad de la madre” será de entre 2 a 6 años de pena, y al bien jurídico “vida del feto” entre 1 y 4 años (cuadro disponible en el Capítulo 2 página 13 de este texto).

Particularmente creo que hace falta ver la realidad con nuestros propios ojos. Ante una situación problemática como es un “embarazo no deseado” ya sea porque no tuvo el acceso a los anti-conceptivos de calidad, tiene problemas de salud que requieren de culminar con el embarazo, no tiene sustento económico como para criar otro hijo/a, que ese embarazo sea producto de una violación o incesto, que el feto o embrión una vez nacido no tenga ninguna chance de desarrollarse en condiciones (por problemas genéticos) o que simplemente no desee ser madre. En el año 2008 en nuestro país, el Ministerio de Salud de la Nación estableció que 60.000 (sesenta mil) mujeres ingresaron a los hospitales públicos argentinos a causa de abortos mal practicados o en condiciones infrahumanas. Bien sabemos que un grupo de ellas terminó falleciendo, otro con graves problemas en sus órganos reproductores y el resto con problemas psicológicos a causa de la clandestinidad. Y en virtud a esto, hemos llegado a dos grandes conclusiones:

- Es razonable y coherente (Capítulo 1) llevar a cabo el proyecto de legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Esto se sustenta en la realidad de los cientos de países que han llevado a cabo estas medidas, observando una significativa baja en la tasa de abortos inseguros o clandestinos y un paquete complejizado y absoluto de medidas de educación integral tanto sexual como reproductiva, que generan un mayor uso de los métodos anti-conceptivos y una disminución en la cantidad de abortos en general. Ahora bien, no debemos olvidar que también (aunque no se proponga en el proyecto de ley actual), se debe mejorar el sistema de adopción que hace muchos años carece de un buen funcionamiento. Esto se relaciona mucho con los plazos de adopción (el juez tiene hasta nueve meses para declarar el “estado de adoptabilidad”), los casos de filiación desconocida (donde el juez tiene hasta 60 días para buscar a la familia de origen), las medidas de separación (donde en los casos de maltrato o abuso al menor, el juez tiene alrededor de 180 días para determinar si la situación que dio origen a la separación se ha revertido), entre otras cuestiones.
  
- Y por otra parte, resulta claro determinar que luego del análisis esgrimido a lo largo del texto, el proyecto de ley actualmente discutido en nuestro Congreso, no es inconstitucional. Se ha dicho que violentaba al artículo 19 del Código Civil y Comercial y ya sabemos que este artículo se refiere solamente al inicio de la protección jurídica de la persona, más allá de si este inicio se relaciona o no con el inicio de la vida humana. Se ha dicho que el proyecto violentaba al artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, cuando en realidad este artículo le atribuye al Congreso la facultad de “dictar un dictamen de seguridad social en protección del niño en desamparo, desde el embarazo [...]” pero fuera del marco punitivo (es decir que de ninguna manera se refiere al delito de aborto, tal como lo ha dicho la Corte Suprema en el fallo “F.A.L”). Y también se ha dicho que el proyecto violentaba muchos tratados internacionales situados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, cuando bien sabemos que esto no es así y hasta los mismísimos Comités que se encargan de interpretar y garantizar el cumplimiento de dichos tratados, nos han dado la razón (cuestión desarrollada en el Capítulo 3 artículo primero).

En ninguna parte del mundo las mujeres tienen como plan “realizarse un aborto”. Suceda lo que suceda con el proyecto de ley actualmente discutido en el Congreso, las mujeres de todas las clases sociales van a seguir practicándose abortos. Lo único que puede llegar a cambiar es cómo van a acceder a esas prácticas: legalmente o en la clandestinidad. Durante más de 90 años las mujeres que mejor posición económica tenían podían pagar el costo de un aborto seguro con su

dinero; y las mujeres de clases económicas bajas pagaban el costo de los abortos con su vida o su salud. En los países en donde el aborto es legal, la que no tiene ganas de hacerlo ya sea por convicciones personales o por otras razones, no lo hace. Ahora bien, en los países como el nuestro en donde el aborto no está legalizado, la que quiere hacérselo lo va a hacer en condiciones inhumanas y terminará muriendo en las vías de la clandestinidad.

Es momento de mostrar grandeza y de abrir los ojos hacia la realidad imperante de muchos siglos de lucha y también de conquista de la mujer. Nuestro Congreso debe tener en cuenta que, en las democracias constitucionales más avanzadas, se tiende a reducir la penalización evidentemente ineficaz. Legalizar el aborto no es normalizarlo, es garantizarlo para que ya no muera nunca más nadie por ello. Pero no nos olvidemos, la verdadera libertad no es decidir si “quiero practicar o no un aborto”. La verdadera libertad se da cuando puedo decidir “si quiero o no estar embarazada”. Por eso es importante la prestación de educación sexual integral y obligatoria en todos los colegios y niveles educativos del país. Pero no es solo eso, sino también anti-conceptivos para todos los habitantes, de forma gratuita y con efectividad. Porque tener educación sexual y un anti-conceptivo gratuito y efectivo, evitan o reducen notoriamente las chances de llegar a un embarazo no deseado.

Ahora bien, si ninguna de estas medidas de protección integral funciona, no podemos cerrar los ojos. No podemos dejar que las mujeres sufran la clandestinidad oscura y horrenda de lo ilegal, en cuestiones que hacen a su libertad sexual. Durante mucho tiempo se ha ajustado el cuerpo y la conducta de la mujer a un estereotipo que la norma jurídica penal avalaba en sí misma, evitando que ella misma pueda decidir sobre su cuerpo aun en situaciones en donde su humanidad se veía ineludiblemente violentada. Por eso, después de casi 100 años, debemos garantizar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo de forma legal, segura y gratuita para todas las mujeres que han sido históricamente desventajadas de sus posibilidades de desarrollarse en la sociedad como tal.

## Fuentes citadas

ADLER, Federico. “El deber jurídico internacional del Estado Argentino de seguir los criterios interpretativos de la Corte IDH” (2013) id SAIJ: DACF130334

ARTAZA, Osvaldo; LASPIUR Sebastián. “Salud Universal: materializando el derecho a la salud para todos” – Revista “El derecho a la salud en Argentina”; Ediciones “ISALUD”, Buenos Aires (2017).

BIELSA, Rafael; “Los conceptos jurídicos y su terminología”. ED. Depalma – 3ERA Edición Buenos Aires (1993).

BUERES, Alberto; HIGHTON, Elena (coord.), “Código Civil y leyes complementarias: Análisis doctrinario y jurisprudencial” – 1º Reimpr., Tomo I, Hammurabi, Bs. As. (2003)

BUTLER, Judith; “Gender Trouble” (El género en disputa) – Paidós, México (1990)

CARCOVA, Carlos; “La igualdad como condición de posibilidad de la democracia y la equidad social” – Revista “Filosofía del Derecho” año I número 1, Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación (2012)

CARTABIA, Sabrina A.; “Aborto: la vida o la libertad, la violencia de una falsa opción” – Revista Filosofía del Derecho año I número 1, Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación (2012)

CAYUSO, Susana Gabriela; “El control de razonabilidad: pautas de revisión” – Revista de Lecciones y Ensayos N°57 Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1992)

CAYUSO, Susana Gabriela; “La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales” – Revista “Pensamiento Constitucional” VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional N° 6 (1999)

CREUS, Carlos; "Derecho Penal, Parte Especial" tomo I; ED. Astrea, Buenos Aires (1997)

FANLO, I. “Viejos y nuevos derechos del niño. Un enfoque teórico” - Revista de Derecho Privado, Edición 20 (2011).

FOUCAULT, Michel; “Vigilar y castigar, el nacimiento de la prisión”, Buenos Aires – Editorial Siglo Veintiuno (2002)

GALVIS, L. “La Convención de los Derechos del Niño veinte años después”. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales - Niñez y Juventud; Edición 2 Cap. 7 (2009).

GANATRA B, et al. (2017). Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010-14: estimates from Bayesian hierarchical model. Lancet; 390:2372-81 [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(17\)31794-4](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(17)31794-4)

HERRERA, Marisa “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; Buenos Aires 1ª Edición (2015)

HOPP, Cecilia M. “Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate”. Ponencia presentada en las II Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales, 28 de octubre, UBA, Derecho (2010).

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, “Revista IIDH edición N° 23”. Colección de revistas enero-junio (1996)

IRIBARNE, Héctor; “Acerca de la despenalización del aborto” – Revista Derecho Privado año I número 1, Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación (2012)

KELSEN, Hans. “Teoría pura del Derecho”; Universidad Nacional Autónoma de México 1ª Edición (1982)

LINARES, Juan; “Razonabilidad de las leyes: el ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina” 2DA Edición – Astrea, Buenos Aires (1970)

LORENZETTI, Ricardo; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” – Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores; Santa Fe (2014)

MARIO, Silvia; PANTELIDES, Edith Alejandra; “Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina” – Notas de Población Año XXXV, N°87 CEPAL (2009) Chile.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN - Registro Nacional de Reincidencias – Informe Estadístico “Condenas por aborto” (2007-2016) <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1odywul99BRLZW9ZcHGk6dkqm2LSwLcQfmqhJiEM5KAs/edit#gid=0>

NINO, Carlos Santiago; “Ética y Derechos Humanos”, 2DA Edición – Astrea (1989)

PODER EJECUTIVO NACIONAL, “Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación” – Mensaje del PE N° 884/2012; Decreto 191/2011 - Ed. Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación. ISBN: 978-978-28449-0-5; Id SAIJ: LD00003

ROMERO CASABONA, Carlos María en “Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética”, 1ª edición; Editorial Comares S.L.; Granada – España 2004.

ROXIN, Claus “Derecho Penal, parte general, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito” 2DA Edición CIVITAS (1997)

SEDGH, G. “Induced abortion worldwide in 2008, levels and trends – Lancet (2012). Disponible en <http://www.guttmacher.org/media/presskits/abortion-WW/graphics.html>