

REVISTA DE  
**DERECHO DE FAMILIA  
Y DE LAS PERSONAS**

**DIRECTORES:**

MARÍA J. MÉNDEZ COSTA  
(1921-2015)

CARLOS H. VIDAL TAQUINI  
(1936-2016)

MARCOS M. CÓRDOBA  
GRACIELA MEDINA  
NÉSTOR E. SOLARI

**ÁREA PERSONA, BIOÉTICA Y DERECHO MÉDICO**

SALVADOR D. BERGEL  
ALBERTO J. BUERES  
JOSÉ W. TOBÍAS



# Aborto: algunos argumentos posibles basados en el film *Swing Vote*

POR LILIANA RONCONI, CELESTE NOVELLI, FRANCISCO RODRÍGUEZ ABINAL, CANDELA LORETI, NADIA TOLOSA y MARÍA EUGENIA ZAMPICCHIATTI

**Sumario: Introducción. — I. La importancia del caso en Argentina. — II. Análisis de argumentos. — III. Obligaciones concretas de los Estados. — IV. Conclusión.**

*“Sólo deberían castigarse por ley los abortos realizados contra la voluntad de la mujer.”*  
Mabel Bellucci, activista feminista queer, integrante de la Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito.

## Introducción

La penalización del aborto constituye un grave problema social que afecta de manera desproporcionada a todas las mujeres y, en particular, a las mujeres pobres. Los modos en que se piensa el debate sobre el aborto, revelan las distintas conceptualizaciones que existen en torno al derecho a la igualdad, los derechos sexuales y reproductivos y la autonomía de las mujeres. Según diversos estudios que indagan en la relación del aborto y la opinión pública, la aceptación se concentra en las causales asociadas al orden de “lo traumático” como el embarazo que es producto de una violación, cuando está en peligro la vida de la mujer, la mujer gestante tiene enfermedades mentales o el feto tiene malformaciones. Sin embargo, el consenso se debilita —o está ausente— cuando se trata de causales elaboradas a partir de la elección de la mujer gestante, tales como la falta de recursos económicos para la futura crianza, la mujer tiene hijos pero no desea tener más, la mujer no ha tenido hijos y tampoco desea tenerlos, la mujer es soltera y no desea llevar a término el embarazo sola, hubo fallas en el método anticonceptivo. En este sentido, la práctica abortiva como resultado del ejercicio por parte de las mujeres de su autonomía plena sobre sus cuerpos es representada socialmente como una práctica condenable (1).

(1) Los argumentos aquí desarrollados fueron elaborados para la Competencia de Argumentación y Alegatos “Tu Fallo Decide” desarrollada en la Universidad de Buenos Aires,

El aborto es una problemática actual y no exenta de cuestionamientos. (2) Es por eso que buscaremos desarrollar algunos argumentos mediante los hechos del caso sobre penalización del aborto en el que se basa el film *Swing Vote* [El Quiebre de la Ley], a su vez basado en el caso real “Roe vs. Wade”. En este caso, la Legislatura del Estado de Alabama dictó una ley que establece la prohibición absoluta de abortar y la pena de muerte como sanción. Ginny Mabes, una joven abogada, oriunda de Alabama, quedó embarazada de manera accidental producto de una relación casual y decidió interrumpir su embarazo en una clínica privada por considerar que no estaba preparada para llevar adelante ese embarazo así como tampoco para criar a un/a niño/a. En virtud de aquella norma, Mabes fue condenada en primera instancia por asesinato premeditado como consecuencia de haber abortado. Así, el caso llegó a la Suprema Corte de Jus-

Facultad de Derecho, cuyas rondas orales tuvieron lugar el día 28 de octubre de 2015. El equipo estuvo integrado por los/as estudiantes Francisco Rodríguez Abinal, Candela Loreti, Nadia Tolosa y María Eugenia Zampicchiatti bajo la tutoría de las docentes de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, Liliana Ronconi y Celeste Novelli. La presentación obtuvo el 3er. Puesto. Cf. PETRACCI, Mónica (2015) “Opinión pública y aborto. La sociedad discute sobre el aborto en América Latina”, en Ramos, Silvina (comp.), Investigación sobre aborto en América Latina y el Caribe. Una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia, CLACAI, Buenos Aires, pp. 144-145. Disponible en: <http://www.cedes.org/publicaciones/documentos/Salud/2015/10701.pdf>.

(2) Al momento de enviar el presente, en Argentina existe un fuerte movimiento de organismos de Derechos Humanos por la criminalización que está sufriendo una adolescente tras un aborto espontáneo. V. <http://www.amnistia.org.ar/noticias-y-documentos/archivo-de-noticias/caso-bel%C3%A9n-diez-organizaciones-nos-presentamos-como-amicus>.

ticia de Estados Unidos poco tiempo después de haber dictado sentencia en el *leading case* “Roe vs. Wade” (3), en el cual se sostuvo que la interrupción del embarazo es permisible si se realiza en una etapa de gestación en la que el feto no tiene posibilidad de supervivencia fuera del cuerpo de la madre. En este caso, la Suprema Corte de EE.UU. debía decidir si la ley de Alabama vulneraba “la cláusula del debido proceso” y el derecho a la privacidad contenida en la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos. En el film se abordan los diversos cuestionamientos que asume el juez Joseph Kirkland, interpretado por el conocido actor Andy García, al momento de emitir su voto. A continuación desarrollaremos algunos posibles argumentos a modo de poner sobre la mesa la que, nosotras/os, entendemos es la forma constitucional y convencionalmente adecuada de resolver un caso de similares características en la Argentina.

### I. La importancia del caso en Argentina

El caso que aquí se pretende resolver tiene una vigencia real en distintos Estados. En este sentido, las posibilidades que se han dado para regular el aborto son, en términos generales, tres: 1) prohibirlo y penalizarlo en forma absoluta, como por ejemplo lo hace la ley de Alabama; 2) no prohibirlo e incluso legalizarlo, como por ejemplo Canadá (4); 3) prohibirlo como regla general pero permitirlo para otros casos. Esta es la situación que se verifica en Argentina por ejemplo donde el Código Penal establece dos supuestos de no punibilidad del aborto: a) cuando el aborto es producido por una violación de una mujer demente y/o idiota; b) cuando el embarazo afecte la vida o la salud de la madre. El alcance de uno de ellos (el embarazo como producto de una violación) ha sido interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F.A.L.” (5)

Este precedente nos permite avanzar sobre la inconstitucionalidad de la ley de Alabama en cuanto prohíbe todos los abortos, incluso los que se realizan a embarazos que provienen de una violación. Sin embargo, el caso que aquí tenemos que resolver no encaja en ese precedente, ya

que se trata de una mujer que voluntariamente decide interrumpir su embarazo que no es producto de una violación sino de una relación casual. Afirmado esto, utilizaremos el precedente de la CSJN Argentina solo en los aspectos en que resulta relevante para la resolución de este caso. Es necesario entender que la permisibilidad de realizar abortos en caso de que se vea afectada la salud de la madre, en la práctica implica la prohibición absoluta del aborto dada la resistencia de los profesionales de la salud a realizarlos ante la mera solicitud de la mujer gestante, llegando, en el mejor de los casos, a la judicialización de los mismos. Esta resistencia y/o judicialización implica en concreto la imposibilidad de realizar el aborto en condiciones seguras. (6) De esta manera, tanto la ley de Alabama, que se cuestiona en este caso, como el Código Penal argentino en su art. 86, inc. 2, tienen la misma consecuencia: *impedir, y castigar, a las mujeres que pretenden ejercer sus derechos a salud, autonomía e igualdad y no llevar un embarazo a término*. De esta manera, no se trata únicamente de un caso puntual, sino de adoptar una política de Estado en materia de salud sexual y reproductiva, ya que deviene necesario establecer pautas claras sobre los casos en que por imperativo constitucional y convencional resulta procedente la interrupción legal del embarazo a los fines de garantizar los derechos de las mujeres.

En todos los países del mundo, la prohibición del aborto, en forma total o parcial, plantea serios desafíos para la salud pública, ya que, pese a estar prohibido, se practica de forma clandestina y, en la mayoría de las veces, insegura, poniendo en riesgo la vida y la salud de las mujeres. Dadas estas circunstancias, pretendemos establecer cuál debería ser la interpretación que debe darse a la prohibición de abortos (en casos que no provengan de una violación) a la luz de los siguientes argumentos.

### II. Análisis de argumentos

Los diferentes argumentos que se pueden construir en contra de la penalización del aborto en casos similares a los de la ley restrictiva de Alabama giran en torno a:

(3) 410 US 113, 93 (1973).

(4) Cf. Suprema Corte de Justicia de Canadá, “Case R. vs. Henry Morgentaler”, 28/01/1988.

(5) CSJN, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2012.

(6) Cf., ALEGRE, Marcelo, “Opresión de conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, en SELA, Editorial Librería, 2009.

a) El argumento del federalismo.

b) La prohibición absoluta del aborto es contraria a la normativa convencional y constitucional por resultar desproporcionada.

c) El argumento de la igualdad y la no discriminación.

Esto nos permitirá desarrollar algunas de las obligaciones que asume el Estado en la materia y que lejos están de vincularse con la penalización del aborto.

*a) Argumento del federalismo: la norma local viola el bloque federal de constitucionalidad*

En primer lugar presentaremos los dos aspectos que conforman el argumento del federalismo para concluir en la inconstitucionalidad de la norma que prohíbe la interrupción de los embarazos.

a.1. Federalismo: distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias/los estados

En el caso que nos convoca se trata de una norma dictada por un Estado local (Alabama) que integra la unión federal de estados de Estados Unidos. No obstante, el argumento es plenamente aplicable en otros estados donde existe un reconocimiento a las autonomías locales pero gobernadas por un gobierno central, como es el caso de Argentina. En este sentido, es pertinente tener en cuenta el derecho norteamericano ya que constituye una fuente destacada del derecho constitucional argentino (7). Sin embargo, “el alcance y extensión del federalismo en la Constitución Nacional [argentina] se diferencia de su modelo norteamericano —éste más federal—, pues toda la legislación sustantiva o de fondo se delegó, en el caso argentino, al Congreso Federal (art. 75, inc. 12 C.N.). Es ésta una facultad expresamente delegada por las provincias, cuyo ejercicio le es prohibido a los Estados locales”. (8)

(7) Cf. GELLI, María Angélica, *Constitución Nacional Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 17, comentario al Art. 1; CSJN, “Sisnero, Mirta Graciela y otros c/ Taldeva SRL s/ amparo”, 20/05/2014, consid. 5°; “González de Delgado c/ Universidad Nacional de Córdoba”, 19/09/2000, consid. 9°.

(8) GELLI (2011: 32), comentario al art. 1.

En base a lo dicho anteriormente, notamos que las provincias argentinas y los estados norteamericanos, aun cuando no poseen la misma naturaleza, constituyen formas de gobierno similares que nos permite hacer un análisis de derecho comparado en torno al argumento del federalismo. En el caso se trata de la ley penal de un Estado (Alabama) que prohíbe la interrupción legal del embarazo en todos los supuestos. Siguiendo esta línea argumental, podemos decir que una norma de igual contenido tipificando el delito de aborto no podría ser dictada por un órgano legislativo provincial en Argentina dado que la creación de los tipos penales es una atribución reservada exclusivamente al Congreso Nacional (9), pudiendo ser declarado como inconstitucional cualquier norma provincial referente a estas cuestiones.

a.2. Federalismo: jerarquía de normas

En Estados Unidos los estados tienen la facultad de dictar normas penales pero al hacerlo no pueden contradecir el contenido de la Constitución y de la interpretación que de ella realiza la Suprema Corte de Estados Unidos. La Corte ya se había pronunciado en “Roe vs. Wade” donde sostuvo que la norma dictada por el Estado de Texas que prohibía la interrupción del embarazo, excepto ante riesgo de vida de la madre, violaba así la Enmienda XIV (10).

En Argentina las provincias también deben respetar la jerarquía de normas (cf. Art. 31 CN) (11) por lo cual las normas provinciales deben subordinarse a las normas nacionales, entre otras el Código Penal. Lo mismo sucede con la situación del estado de Alabama. Si bien este puede dictar normativa penal, la misma no puede ser contraria al ordenamiento jerárquico superior: la Carta Magna.

A la luz de los hechos, en este caso estaría en juego el inciso 1 del art. 86 del Código Penal argentino, pues el aborto fue realizado por una

(9) Cf. Art. 75 inc. 12, CN.

(10) Cf. Suprema Corte de Estados Unidos, “Roe vs. Wade”. 410 US 113, 93 (1973).

(11) Cf. CAYUSO, Susana, *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, La Ley, Año 2009, p. 194; SABSAY, Daniel, *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, Capítulo III, Apartado 1. A, 2011.

mujer en plena conciencia de sus facultades como resultado de una relación causal consentida. Y si bien, el estado de Alabama podía dictar la norma penal en análisis en este caso, esta debe pasar el tamiz del bloque de constitucionalidad federal (12). Lo mismo ocurre en Argentina. Si bien el Congreso Nacional puede dictar normas penales, esta debe ser acorde a la normativa constitucional y convencional vigente. De esta manera, resta determinar, entonces, si la normativa local (ley de Alabama) y/o nacional (Código Penal) contradice los principios que surgen de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

*El argumento del federalismo indica por lo tanto que la penalización del aborto por una ley (local, provincial, nacional) resulta inconstitucional por: 1) ser contraria a la distribución de poderes efectuada por la Carta Magna; 2) ser contraria a la jerarquía de normas que dice que una ley local, provincial o nacional no puede ir nunca en contra de los principios establecidos en la Carta Magna.*

*b) Proporcionalidad. ¿Es la prohibición absoluta (normativa o fácticamente) del aborto contraria a los principios constitucionales/convencionales?*

Debemos trabajar aquí con dos supuestos:

1) La inconstitucionalidad de la norma que prohíbe (legal o fácticamente) el aborto en casos de violación fue declarada por la CSJN Argentina en el caso "F.A.L.". La aplicación de este precedente nos dice que la ley de Alabama que prohíbe en forma absoluta los abortos resulta inconstitucional por no contemplar aquellas situaciones donde el embarazo no es fruto de la voluntad de las mujeres (13), e incluso las somete a

un riesgo claro en su salud física (ej., el embarazo en niñas). Sin embargo, el caso de Ginny Mabes no cae dentro de este supuesto. Esto nos lleva al siguiente punto:

2) Es necesario dilucidar en este punto qué sucede en los casos donde el embarazo no proviene de una violación sino de una relación sexual consentida. ¿Implican estos casos una afectación del derecho a la vida, a la salud y/o a la autonomía de las mujeres que se ven obligadas a llevar a término su embarazo? ¿Cómo se resuelve este conflicto?

b.1. Vida (y salud) de la madre vs. "vida" del feto

Podríamos decir que en los casos en que se interpreta el riesgo de la vida de la mujer la respuesta es fácil (aun cuando en la práctica no se aplica) pues se entiende que la continuación del embarazo puede conducir a la muerte. Por ej., en aquellos casos donde la mujer padece alguna enfermedad y el embarazo y/o parto sería una causal de afectación grave a su vida.

En cambio, la expresión "peligro en la salud" ha resultado históricamente más problemática por su vaguedad. Tal como han indicado la OMS así como el Comité DESC y también la Corte Suprema nacional, debe aplicarse la definición de salud integral, entendiendo que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" (14). Los IIDH consagran el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12, PIDESC; art. 25, DUDH; art. 11, DADDH; art. 10.1, Protocolo de San Salvador) y el deber de los Estados de garantizar a las mujeres el acceso a servicios que se refieren a la planificación de la familia, al embarazo, el parto y el postparto (arts. 12.1 y 12.2, CEDAW). Por otro lado, fue señalado el vínculo directo entre la integridad personal de las mujeres (art. 5, CADH) y el derecho a la salud materna que implica la obligación de los Estados de garantizar que las mujeres disfruten del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental sin

(12) Cf. Corte IDH, "Mendoza y otros c. Argentina. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones". Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C Nro. 260, párr. 221; "Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones". Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No 221, párr. 193; "Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No 216, párr. 219; "Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No 154, párr. 124; "Myrna Chang c. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas". Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nro. 101, Voto concurrente del Juez Sergio Ramírez.

(13) Cf. CSJN, "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva", 13/03/2012, consid. 17°.

(14) Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Cf. Comité DESC, Observación N° 14, 2000, párr. 2; CSJN, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social", 24/10/2000, consid. 18°.

discriminación” (15). Es evidente entonces a la luz del bloque de constitucionalidad que la salud incluye la integridad psíquica o mental (16).

En el ámbito penal no se distingue entre “peligro grave” y “peligro no grave”. Es suficiente la existencia de un peligro para la salud, es decir, la posibilidad de afectación de la integridad física y/o psíquica de la mujer gestante, para que proceda el aborto terapéutico. No se requiere la constatación de una enfermedad sino que basta con la afectación potencial, la posibilidad de que como consecuencia de la no interrupción del embarazo se produzca una discapacidad física o sufrimiento mental y/o psíquico para que se configure la causal de no punibilidad. Sin embargo, las interpretaciones dadas a estos supuestos han sido limitadas. Así, se ha entendido que existe un peligro de afectación a la salud psíquica de la mujer cuando el embarazo es producto de una violación (17), por el temor a sufrir la consecuencia de una pena de prisión ante la comisión del aborto (18), cuando se tiene conocimiento de que el feto que se gesta es anencefálico (19). Además, el Comité de Derechos Humanos calificó de tortura obligar a una mujer a gestar durante nueve meses un feto anencefálico y posteriormente alumbrar un recién nacido desfigurado y sin posibilidad de sobrevivida (20) así como impedirle la interrupción de un embarazo que es resultado de una violación (21).

(15) Cf. CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc.69, 07/06/2010, párr. 26.

(16) Cf. CLÉRICO, Laura y RONCONI, Liliana, “Aborto no punible en caso de violación: una aclaración esperada. la tesis de la interpretación amplia a partir del fallo F.A.L.”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, Tratado de Derecho a la salud, Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, p. 273.

(17) Cf. Comité CEDAW, Recomendación General N° 24, 1999, párr. 12.b; L.C. c. Perú, Comunicación 22/2009, 25/11/2011, consid. 8.15; CSJN, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2012, Voto de la Jueza Argibay, consid. 15.

(18) Cf. Corte IDH, Medidas provisionales respecto de El Salvador, Asunto B, 29 de mayo de 2013, párr. 14.

(19) Cf. CSJN, “B. As/ autorización judicial”, 07/12/2001; “T.S. c/ GCBA s/ amparo”, 11/01/2001, consid. 12; SCBA, “P.F.V. s/ amparo”, 05/05/2004, Votos de los Jueces Hitters, Soria y Negri.

(20) Cf. Comité de Derechos Humanos, KL v. Perú. Comunicación No. 1153/2003, 22/11/2005, consid. 6.3.

(21) Cf. Comité de Derechos Humanos, L.M.R. c. Argentina, Comunicación N° 1608/2007, 28/04/2011, consid.

Queremos dejar asentado que debe promoverse una interpretación amplia para evaluar si en un caso de interrupción del embarazo se configura el supuesto de peligro para la salud psíquica de la mujer. Esta “no debe ser forzada a ser conceptualizada de forma estigmatizante, como locura o demencia (...) la salud mental de una mujer se verá negativamente afectada si su embarazo es resultado de una violación; incluso, si ha recibido el diagnóstico de una enfermedad propia o fetal, o si enfrenta circunstancias sociales o económicas adversas, incluido el embarazo no deseado o temprano. Todas estas circunstancias son aptas para generar niveles de angustia suficientes para impactar seriamente la salud mental de la mujer o desencadenar depresión u otros trastornos psiquiátricos” (22).

Por los motivos que exponemos en el siguiente apartado, consideramos que la interpretación de “riesgo en la salud de la madre” debe incluir el riesgo de daño a la salud mental provocado por la vulneración a su autonomía personal y a su derecho a decidir si desea interrumpir el embarazo (argumento de autonomía).

## b.2. Autonomía de la mujer vs. “vida” del feto

Los reclamos por la interrupción del embarazo entrañan un severo conflicto de intereses entre el derecho a la autonomía de la mujer y la protección de la “vida en gestación”. La autonomía “no es un derecho absoluto sino que puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias” (23). Entonces, para que la norma que penaliza el aborto, y que por ende restringe la decisión de las mujeres, sea constitucional/convencional debe estar prevista en una norma formal y debe superar el test de proporcionalidad: (a) debe perseguir un fin legítimo; b) a través de un medio

9.2; Corte Suprema de Salta, “Asesoría de Incapaces N°2 en representación de NN por nacer c/ Espinoza, Cristina s/ amparo”, 27/12/2013, Voto de la Jueza Kauffman de Martinelli, consid. 9.

(22) COOK, Rebeca; ORTEGA-ORTIZ, Adriana; ROMANS, Sarah y ROSS, Lori, “Legal abortion for mental health indications”, en International Journal of Gynecology and Obstetrics, Núm. 95, 2006, p. 189.

(23) Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 164.

idóneo; c) debe constituir la alternativa menos lesiva y d) debe ser proporcional (24).

### b.2.1) El principio de legalidad

Este principio nos dice que la única restricción válida a un derecho debe provenir de una ley formal. Esto implica una ley emanada del Congreso (nacional o provincial conforme la distribución de competencias efectuada por la CN) y sancionada conforme el procedimiento previsto en esa misma norma (25). En este caso, la ley de Alabama no ha sido cuestionada por su legitimidad de origen. Por esto afirmamos que cumple con el requisito de “legalidad”.

### b.2.2) Test de proporcionalidad (26)

#### *Fin legítimo*

Existe consenso en las legislaciones de los distintos países en que la vida en gestación es un interés legítimo que merece protección legal (27). Sin embargo, esta protección no puede ser absoluta. En este sentido, la protección legal no es la misma que merece un “ser humano” o “persona”. La “vida” no tiene el mismo valor o protección desde el momento de la concepción hasta el momento de la muerte sino que “es gradual e incremental según su desarrollo” (28). La protección gradual también se observa en la diferente sanción penal que acarrea el aborto y el homicidio en la mayoría de los sistemas jurídicos. Ni la Constitución Nacional Argentina, ni los IIDH establecen cuándo comienza la vida. En este sentido, no es absoluta la protección del derecho a la vida según la interpretación amplia

que se ha realizado del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (29), del art. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (30) y del art. 4.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos (31) que, en cambio, sí permite formular excepciones (32), como por ejemplo, la despenalización del aborto.

Diversos organismos internacionales han manifestado la desproporcionalidad de la criminalización del aborto en todos los supuestos, entre ellos aquellos en que se encuentra en riesgo la vida y/o la salud de la mujer gestante o el embarazo ha sido producto de una violación o cuando no existe viabilidad del feto (33). En estos casos el propio legislador ha optado por el mayor valor que tiene la protección de la vida y/o salud de la mujer durante todo el período de gestación frente a la protección que merece el embrión o feto. Aquí no genera mayores problemas evaluar la marcada desproporcionalidad de la pena y la obligación de realizar el sacrificio sobre la mujer. Sin embargo, “los acuerdos disminuyen a medida que aumenta la idea de autonomía individual”. (34)

En el Sistema Interamericano el derecho a la autonomía ha sido comprendido dentro del derecho a la protección privada de injerencias arbitrarias o abusivas (art. 11 CADH) (35). Ha sido sostenido que “la protección a la vida privada

(29) Cf. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 257, párr. 226., Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 6, 1982, párr.1.

(30) Cf. CSJN, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2012, consid. 13°; HERRERA, Marisa; CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, comentario al art. 19, Tomo I, Infojus, 2015, p. 51.

(31) Cf. CIDH, “Baby Boy c. Estados Unidos”, Informe N° 23/81, 06/03/1981, párr. 30.

(32) Cf. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 257, párr. 258.

(33) Cf. Comité CEDAW, Recomendación General N° 24, adoptada, 1999, párr. 31.c.

(34) Cf. PETRACCI, Mónica, Salud, derechos y opinión pública, Ed. Norma, Buenos Aires, 2004.

(35) Cf. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”.

(24) Cf. Corte IDH, Caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 164.

(25) Cf. Art. 30, CADH; Corte IDH, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la CADH, OC-6/86, 09/05/1986. Serie A No. 6, párr. 27; CIDH, Caso X e Y c. Argentina, Informe N° 38/96, 15/10/1996, párr. 70.

(26) Cf. Corte IDH, Caso “Kimel c. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C Nro. 177, párr. 58.

(27) Cf. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 224-244.

(28) Cf. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 257, párr. 264.



abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones (...) el derecho a la autonomía personal (...). La maternidad forma parte del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres” (36) y “la decisión de ser o no madre (...) es parte del derecho a la vida privada”. (37)

“El derecho a la autonomía privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva”. (38) La autonomía reproductiva comprende el derecho de las mujeres a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos” (art. 16.e, CEDAW). (39) Es así que obligar a una mujer a continuar un embarazo que no es deseado afecta su esfera más privada, su autonomía sexual y reproductiva y, por ende, su salud psíquica (40), con lo cual se habilita el supuesto de aborto no punible. Las posibles afectaciones de la integridad física y de la salud mental de las mujeres como consecuencia de la vulneración a su autonomía reproductiva al impedirles decidir sobre el curso del embarazo han sido señaladas por el Comité DESC (41), el Co-

mité CEDAW (42), la Corte IDH (43) y la Comisión Interamericana (44). La CIDH, en particular, indicó que la denegación de atención médica en el ámbito reproductivo que ocasiona un daño a su salud, o que le causa un estrés emocional considerable es una violación a su derecho a la integridad personal (45). El daño a la salud mental es consecuencia de no poder decidir. Es aquí donde los argumentos de autonomía y salud psíquica van de la mano: *ambos nos dicen que llevar un embarazo a término sin el consentimiento de la mujer gestante implica una clara violación a principios constitucionales y/o convencionales y a las interpretaciones que de ellos han hecho diferentes órganos nacionales y/o internacionales. Todo ello permite concluir que en el embarazo temprano los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres tienen un valor mayor que la protección de la existencia del feto y/o embrión.*

*Necesidad del medio elegido por el legislador o existencia de medios alternativos menos lesivos*

La realidad demuestra que la criminalización del aborto no es un medio adecuado para proteger la “vida” en gestación. Por un lado, porque no toma en serio a las mujeres. Las mismas se constituyen en un mero instrumento que carga en su cuerpo con un embarazo con el solo fin de proteger en forma absoluta esa “vida”. Prohibir a una mujer interrumpir un embarazo no deseado implica colocarla en la posición de medio para llevar adelante la gestación y refuerza el estereotipo de la mujer como encargada natural de la reproducción y el estereotipo de la mujer incapaz de tomar decisiones autónomas sobre su salud (46). En este sentido, resulta necesario realizar la siguiente pregunta: ¿qué es lo que lleva a estas personas a cometer algo tan grave

Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 257, párr 142.

(36) Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 257, párr 143; Caso “Gelman c. Uruguay. Fondo y reparaciones”. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C Nro. 221, párr. 97.

(37) Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 257, párr 143.

(38) Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 257, párr 146; Comité DESC, Observación N° 14, 2000, párr. 3.

(39) Cf. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 257, párr 146; Naciones Unidas, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3.

(40) Cf. CLÉRICO, Laura y RONCONI, Liliana (2013: 257); 550 US 124 (2007), “Alberto Gonzales vs. Leroy Carhart”, Voto en disidencia de la Jueza Ginsburg; 410 US 113 (1973), “Roe vs. Wade”.

(41) Cf. Comité DESC, Observación N° 14, 2000, párr. 8.

(42) Comité CEDAW, Recomendación General N° 21, adoptada en el 13° período de sesiones, 1994, párr. 21.

(43) Cf. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 282.

(44) Cf. CIDH, “I.V. c. Bolivia”, Informe Nro. 72/12, 15 de agosto de 2014, párr. 97.

(45) Cf. CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc.69, 07/06/2010, párr. 39.

(46) Cf. CSJN, “Mujeres por la vida c. Ministerio de Salud y Acción Social”, 31/10/2006, Voto en disidencia de la Jueza Argibay, consid. 12.a; 550 US 124 (2007), “Alberto Gonzales vs. Leroy Carhart”, Voto en disidencia de la Jueza Ginsburg.

como un delito? ¿Por qué se arriesgan, aun a sabiendas de que ponen en juego sus antecedentes penales con todo lo que ello implica? Aquellas posiciones que se oponen a la opción de interrumpir de manera voluntaria el proceso del embarazo, generalmente no eligen hacerse dichas preguntas y argumentan el choque de intereses generado entre el feto y la persona gestante. Así, sostienen que la mujer no puede tomar una decisión, puesto que el ejercicio de su autonomía estaría dañando los derechos de la “vida que se encuentra en el vientre”.

En nuestra opinión principal, dado el avance ocurrido en derechos humanos y el cambio paradigmático realizado por el Código Civil y Comercial (CCyC) que abandonó los preceptos del derecho privado decimonónico, es hora de replantearse dichas posiciones. El recientemente sancionado CCyC parece adoptar una postura respecto de la temática, principalmente mediante el artículo 1º y especialmente el art. 2º. (47)

Además, la penalización del aborto es contraria al deber de los Estados de adoptar todas las medidas adecuadas (incluso de carácter legislativo) para modificar o derogar normas y prácticas discriminatorias contra la mujer y/o que legitimen papeles estereotipados que avallan la violencia contra la mujer (art. 8.b de la Convención de Belém do Pará y art. 2.f de la

CEDAW) (48). A su vez, no tiene un efecto disuasivo sino que bien por el contrario, fuerza a las mujeres a acudir a un aborto inseguro. Las mujeres igualmente abortan, sólo que bajo el riesgo de sufrir una condena y en condiciones inseguras, lo que incrementa las tasas de mortalidad y morbilidad maternas. Así, en Argentina se calcula que se realizan aproximadamente entre 450.000 y 498.000 abortos inducidos al año, lo que permite estimar más de un aborto cada dos nacimientos (0.68) (49).

En este sentido, se ha planteado que las mujeres que cursan un embarazo no deseado no están forzadas a llevar adelante el rol materno dado que una vez que dan a luz, pueden dar en adopción al recién nacido. Ello no constituye una medida alternativa idónea ni menos lesiva del derecho a *la autonomía de las mujeres*. Por un lado, porque las obliga igualmente a cursar un proceso de gestación no deseado, vulnerando así de forma severa su derecho a la autonomía y libre decisión sobre su propio cuerpo. Por el otro lado, porque la aplicación de la norma en la práctica es moderada. El sistema de adopción es complejo (50) e incluso somete a la mujer a pasar por todo un proceso para poder “entregar a su hijo”, proceso que implica una clara violación a la autonomía de las mujeres.

#### *Proporcionalidad en sentido estricto*

Debe analizarse en este punto la severidad de la limitación de los derechos involucrados. La limitación del derecho a la autonomía de la mujer es severa (total y absoluta) en tanto el aborto es el único mecanismo que existe para interrumpir un embarazo no deseado. (51) La consecución del embarazo necesariamente alterará su proyecto de vida al convertirla en madre. Del otro lado, nos encontramos con la “vida” del feto. Como vimos, la protección que merece no es absoluta. Es clara la posición que la Corte de EE. UU. ha tomado, dando privilegio a la vida/salud de la ma-

(47) Estos se refieren a las fuentes para resolver los casos que se presenten, y las pautas para interpretar las leyes. El artículo 1º, nos muestra que la ley y los usos y costumbres no son las únicas fuentes de las que las juezas y los jueces deben nutrirse al resolver los casos, enfatizando la jerarquía superior de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte. Por lo tanto, la fuente no es estrictamente la ley, sino la ley en tanto y en cuanto se adecue a la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos. Por otro lado, el artículo 2 da las pautas de interpretación de las leyes. Así sostiene que deben tenerse en cuenta: las palabras, las finalidades que persiga (lo que antes llamábamos “espíritu de la ley”), las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Esto último resulta relevante, ya que los tratados de derechos humanos que ostenta nuestro ordenamiento no sólo deben tenerse en cuenta en función de sus disposiciones, sino que el artículo habla de la coherencia de todo el ordenamiento. Vale decir, además de las letras de los tratados las condiciones en que el instrumento rige en el ámbito internacional y las interpretaciones que de ellos se han efectuado (art. 75 inc. 22 CN).

(48) Cf. Comité CEDAW, Recomendación General Nro. 19, 1992, párr. 11.

(49) Cf. MARIO, Silvia y PANTELIDES, Edith (2009: 98).

(50) Cf. Corte IDH, Caso Fornerón c. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C Nro. 242.

(51) Cf. CSJN, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, Voto de la Jueza Argibay, consid. 14º.

dre permitiendo los abortos en casos como “Roe vs. Wade” y lo mismo la Corte Suprema Argentina en el caso “F.A.L.”, o en casos de fertilización asistida, la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo”. Esto no implica desconocer que el feto no merece ningún tipo de protección sino tan solo ponderar el estado de gestación. En caso de que el aborto sea viable el mismo debe poder practicarse (se entiende por tal hasta la semana 20 de gestación). En este sentido, entendemos que la despenalización del aborto en la etapa temprana del embarazo es compatible con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (52).

Parece un absurdo poner a la vida en tal pedestal cuando la penalización del aborto, diseñada para supuestamente proteger la vida, termina siendo la principal causa de mortalidad materna en tanto conduce a las mujeres que no quieren continuar con un embarazo a someterse a un aborto en condiciones inseguras, poniendo en juego su vida cuando ya se ha terminado con la “vida” del feto. La pregunta que se impone es: ¿la intervención estatal no debería ser anterior? ¿Se logra con la prohibición absoluta del aborto proteger la vida?

*El análisis de proporcionalidad nos dice que la penalización de la interrupción del embarazo constituye una herramienta desproporcionada, pues implica un grado de afectación intensiva sobre los derechos de las mujeres a la salud y a la autonomía.*

*c) El derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres*

El argumento de la igualdad y no discriminación ante la prohibición absoluta del aborto aparece de dos categorías (prohibidas, cf. art. 1.1, CADH), que se entrecruzan y refuerzan:

- *Por ser mujer*: los estereotipos de género (53) operan como barrera estructural para las muje-

res en su acceso a los servicios de salud (54) pues ocasionan que “a las mujeres se les nieguen ciertas facultades, como la facultad de decidir autónomamente sobre su salud (...) lo que constituye un tratamiento desigualitario y discriminatorio. En consecuencia, la presencia de estereotipos de género en los servicios de salud deriva en la vulneración de la autonomía reproductiva de las mujeres” (55). “El control sobre si tener o no tener hijos y cuándo hacerlo es también de crucial importancia para las mujeres desde el punto de vista de la dignidad. Invertir a las mujeres del poder de decidir si tener hijos y cuándo hacerlo destruye la presunción consuetudinaria según la cual las mujeres existen para hacerse cargo del cuidado de los demás. Reconoce a las mujeres como agentes autogobernados, competentes para tomar decisiones por sí mismas y por sus familias para atribuirse la prerrogativa de determinar si se dedicarán al cuidado de los otros y cómo lo harán.” (56)

- *Por ser pobre*: como un argumento más, que reafirma los aquí sostenidos, corresponde afirmar que la criminalización del aborto afecta especialmente a las mujeres que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad económica. La alternativa que padecen es: o bien, recurrir al sistema de salud y sufren las consecuencias de la denuncia y experimentan el castigo que implica el proceso penal y la amenaza de una pena (57) o se realizan un aborto clandestino poniendo en riesgo su vida. Es sabido que aque-

que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Cf. Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) c. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2009. Serie C Nro. 205, párr. 401; -Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Gender stereotyping: trasnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009, p. 11.

(54) CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, 07/06/2010, párr. 56”.

(55) CIDH, “I.V. c. Bolivia”, Informe de Fondo Nro. 72/12, 15 de agosto de 2014, párr. 131. El caso se encuentra actualmente pendiente de resolución ante la Corte IDH.

(56) SIEGEL, Reva “Los argumentos de igualdad sexual a favor de los derechos reproductivos: su fundamento crítico y su expresión constitucional en evolución”, en Bergallo, Paola (comp.), *Justicia, género y reproducción*, Red ALAS, Buenos Aires, 2010, p. 51.

(57) Cf. BERGALLO, Paola, “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para deba-

(52) Cf. CIDH, *Baby Boy c. Estados Unidos*, Informe N° 23/81, 06/03/1981, párr. 30. La Declaración Americana es una fuente de obligaciones jurídicas para los Estados Miembro de la OEA, aún para aquellos que no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos como es el caso de Estados Unidos.

(53) Los estereotipos de género “se refieren a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles

lla mujer que tiene recursos en la generalidad de los casos, puede hacerlo de manera segura y no sufrirá mayores represalias porque su situación jamás será denunciada.

Así, la criminalización del aborto tiene un impacto desproporcionado en las mujeres de menos recursos que son quienes no pueden acceder a un aborto privado en condiciones seguras y de higiene. En este sentido hay que tener en cuenta el impacto interseccional de la norma a partir de los factores de la etnia, la pobreza, la localización geográfica, la discapacidad y la edad (embarazos adolescentes). (58) Son estas mujeres las que mueren por complicaciones del aborto o padecen alguna discapacidad luego. Asimismo son quienes se encuentran expuestas a un mayor riesgo de ser juzgadas por el sistema penal.

*Así, se advierte el efecto discriminatorio en razón del género y la condición social/ económica que tiene la norma penal que criminaliza la interrupción del embarazo.*

### III. Obligaciones concretas de los Estados

Las obligaciones que han asumido los Estados y que efectivamente protegen los derechos de las mujeres pareciera que van por otro camino y en general se tornan en medidas precedentes al embarazo, entre ellas:

- Deber de erradicar los estereotipos de género que colocan sobre las mujeres el trabajo de maternidad y/o cuidado (rol de madre, la mujer como objeto sexual, la mujer como “débil” ante el hombre o incapaz de tomar decisiones sobre su propio cuerpo, entre otros), que es la principal causa por la cual las mujeres se ven sometidas a llegar a una situación de interrupción del embarazo.

- Deber de prestar asistencia pre y post parto. La asistencia pre parto significa introducir todos los medios a su alcance para evitar embarazos no deseados: información sobre la salud sexual,

te”, en Aborto y justicia reproductiva, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 14.

(58) Cf. Corte IDH, Caso “González Lluy c. Ecuador”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C Nro. 298, párr. 290; CRENSHAW, Kimberlé, “Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, en *Standford Law Review*, Núm. 43, 1999, pp. 1241-1299.

medios de prevención, brindar educación sexual gratuita y obligatoria; diseñar políticas de protección a mujeres embarazadas, entre otras.

- Deber de garantizar y promover el acceso a la salud, en especial la salud sexual y reproductiva: garantizar el acceso a métodos de anticoncepción.

Estas medidas protegen tanto los derechos de las mujeres a la salud y a llevar adelante su proyecto de vida como la vida en gestación. Las políticas públicas en este sentido son las únicas acordes con los mandatos constitucionales y convencionales que los estados han asumido. Debe quedar claro, como ya lo reconoció la CSJN Argentina en el caso “F.A.L.”, que la mujer no se realiza abortos porque es su plan de vida, sino porque se ve en una fuerte encrucijada ante un embarazo no deseado. *Asumir que la no prohibición del aborto implicaría que todas las mujeres recorrerían hospitales y clínicas en busca de los mismos, es no tomarse en serio los derechos de estas personas.*

### IV. Conclusión

Hemos desarrollado a lo largo de este trabajo algunos argumentos en contra de la penalización del aborto en casos en lo que está en juego es básicamente la autonomía de la mujer. En este sentido, el Estado no se presenta como sexualmente neutro, pues en la realidad distribuye recursos y grados de ciudadanía diversos. Las leyes, las políticas públicas y las respuestas de las burocracias tienen sesgos de género. No es que el Estado no interfiera en la esfera privada, sino que las veces que lo ha hecho, ha sido para proteger las potestades y los privilegios de los varones. La penalización del aborto impacta no sólo en la salud sino en la autonomía ya que el control de la fecundidad habilita espacios y tiempo para desarrollarse en el espacio público. En una sociedad como la nuestra en la que rige la división sexual del trabajo, las mujeres están coaccionadas a reproducirse y sobre este eje se sustenta la desigualdad de género. Así, si bien hay un reconocimiento de derechos de ciudadanía en condiciones de igualdad, la igualdad normativa no habilita la igualdad de oportunidades en la esfera privada (59).

(59) LEVÍN, Silvia (2010), *Derechos al revés. ¿Salud sexual y salud reproductiva sin libertad?*, Editorial Espacio, Buenos Aires, pp. 77 y 78.

La sexualidad y la reproducción son entendidas como derechos. Sin embargo, las normas las regulan como deberes al prohibir el aborto. El Estado no garantiza las condiciones de posibilidad para que las mujeres puedan canalizar su voluntad de no reproducción. Si no quieren ser madres, no tienen la libertad para no serlo ni sa-

lud pública que garantice el servicio adecuado para ejercer tal decisión (60). ♦

---

(60) LEVÍN, Silvia (2010), *Derechos al revés. ¿Salud sexual y salud reproductiva sin libertad?*, Editorial Espacio, Buenos Aires, p. 80.