



## DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TEMPRANO: POSICIÓN DE LA ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES

### I. Introducción

---

Este documento expone los fundamentos por los cuales la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) considera necesaria la discusión parlamentaria para lograr la sanción de una nueva legislación que permita la interrupción voluntaria del embarazo temprano (hasta la semana 12 de gestación). La ADC considera que esta medida protegerá el derecho de las mujeres a la vida, a la integridad personal, al más alto nivel de salud, a la dignidad, a igualdad, a la no discriminación, a la intimidad y autonomía en las decisiones relativas a su sexualidad y reproducción.

El aborto es un grave problema de salud pública en Argentina. Se estima que en el país se realizan entre 486.000 y 522.000 abortos clandestinos al año (Pantelides, Ramos, Romero et al., 2009). Según estadísticas del Ministerio de Salud de la Nación (2009), anualmente mueren más de 100 mujeres por causas relacionadas a abortos practicados en condiciones inseguras, los que desde hace 20 años **constituyen la primera causa de mortalidad materna** y representan un tercio estas muertes. Estas muertes ocurren mayoritariamente entre mujeres pobres y de escasos recursos (Insúa y Romero, 2006).

### II. El aborto en el derecho argentino: regulación y fracaso

---

El aborto es un delito que admite supuestos de no punibilidad para los llamados abortos terapéuticos y sentimentales. Desde 1921, el art. 86 del Código Penal exime de pena la interrupción del embarazo practicada en casos que exista peligro para vida o la salud de la mujer, y cuando el embarazo provenga de una relación sexual no consentida. Sin embargo, en la práctica, la norma que criminaliza el aborto y lo exime de punibilidad en ciertos supuestos, fracasa.

El fracaso de la norma ocurre cuando:

- a) el aborto no punible es virtualmente inaccesible;
- b) la criminalización del aborto no disuade a las mujeres de practicarse abortos clandestinos;
- c) la norma es escasamente aplicada por los tribunales en su función punitiva;
- d) la criminalización dificulta en ocasiones la efectiva implementación de otras políticas públicas tendientes a la reducción de la mortalidad materna – como la provisión de anticonceptivos, anticoncepción de emergencia, y educación sexual;

- e) induce a las mujeres a recurrir a métodos de aborto riesgosos para su salud y su vida,
- f) viola los derechos humanos de las mujeres.

A continuación, se analiza cada una de estas situaciones.

#### **a. Inaccesibilidad de aborto no punible**

En Argentina, el aborto no punible es inaccesible por diversos factores. Por un lado, la falta de claridad de la ley genera heterogeneidad en las interpretaciones judiciales, lo que suele conducir a una judicialización previa a la práctica de abortos no punibles. Esta judicialización confunde, preocupa y atemoriza a los y las profesionales de salud, quienes en consecuencia se resisten a practicar los abortos permitidos legalmente. La inaccesibilidad al aborto no punible ha sido documentada por distintos académicos y activistas (Ramos et al. 2009; Human Rights Watch 2005 - 2010), y puede observarse a diario en los pedidos de autorización judicial que hacen desde los centros sanitarios - incluso cuando las pacientes presentan cuadros clínicos que el Código Penal contempla como supuestos de no punibilidad<sup>1</sup>.

Por otro lado, ciertas características del sistema de salud y de la atención médica desestiman su utilización por parte de las mujeres con un embarazo no deseado. La falta de implementación de programas de educación sexual y la insuficiente información sobre salud sexual y reproductiva se constituyen también en barreras para acceder a un aborto no punible.

#### **b. La criminalización no disuade a las mujeres de la práctica**

La criminalización del aborto es una medida ineficaz para proteger al embrión, porque no disuade a las mujeres de su práctica. Como indican las cifras mencionadas más arriba, en Argentina se realizan aproximadamente 500.000 abortos por año. Estas cifras no son excepcionales: estudios internacionales muestran que en países con legislaciones restrictivas, la ocurrencia de abortos clandestinos es frecuente (Sedgh et al., 2007).

Para la protección del embrión, existen medios más eficaces y menos gravosos que la penalización del aborto: por ejemplo, la reducción de la vulnerabilidad económica y social que sufren las mujeres embarazadas. Además, a partir de la regulación jurídica del aborto legal, algunos Estados han elaborado normas que protegen al embrión de un modo consistente con los derechos de las mujeres. Por ejemplo, en 1993, la Corte Constitucional Alemana<sup>2</sup> sostuvo que los sistemas de consejería previa a la práctica del aborto (que informan a las mujeres sobre las implicancias del procedimiento) resultaban medidas que protegían al embrión de modo suficiente. Francia,<sup>3</sup> Portugal<sup>4</sup> y

---

<sup>1</sup> Ver Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires SCBA, "R., L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia" (31/07/2006)

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Alemania, "BverfGE 203 (F.R.G.)" (28/05/1993). Disponible en inglés en: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decision/fs19930528\\_2bvfoo029oen.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decision/fs19930528_2bvfoo029oen.html).

<sup>3</sup> Ley No 75-17, Francia, (17/01/1975); disponible online en: [http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=)). Enmendada por la ley 79-1204 (31/12/1979); disponible online en:

España<sup>5</sup> proveen servicios de consejería pre-aborto similares, con la finalidad de proteger al embrión a la vez que se respetan los derechos de las mujeres.

### **c. Inaplicabilidad de la norma en su función punitiva**

De acuerdo a Ramos et al. (2009:481), “la capacidad disuasoria de la penalización es baja o directamente nula y sólo sirve para extender la inseguridad de la práctica que implica, además, un riesgo de muerte para las mujeres más pobres de nuestra sociedad. Como es sabido, la norma de penalización del aborto opera en un contexto en el que *la persecución judicial y policial del delito tampoco es de trascendencia*. Si bien no hay reportes oficiales, esa conclusión se desprende de la significativa diferencia observable entre las cifras del aborto clandestino y las de mujeres encarceladas por el delito de aborto”, (énfasis agregado). Según Bergallo (2009), los datos del Ministerio de Justicia de la Nación indican que entre 1983 y 2009, sólo 22 mujeres cumplieron condenas por el delito de aborto en el país. En la Ciudad de Buenos Aires, 86 mujeres fueron denunciadas penalmente como autoras de aborto propio entre 1993 y 2009<sup>6</sup>.

### **d. La criminalización del aborto dificulta en ocasiones la implementación de otras políticas públicas tendientes a proteger los derechos de las mujeres.**

Desde 1983, con el retorno de la democracia, la protección de los derechos sexuales y reproductivos fue posicionándose lentamente en la agenda política de nuestro país, dando lugar a la legalización de los servicios de planificación familiar y a la ratificación de la *Convención sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW).

En 2002, la sanción de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable (Nº 25.673) estableció la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva con alcance nacional; y en 2003, mediante la implementación del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se aumentó la disponibilidad de anticonceptivos gratuitos en el territorio nacional. Posteriormente, la Ley 26.130 reguló las intervenciones de anticoncepción quirúrgica, y la Ley 26.150 creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral.

En relación a la atención de abortos no punibles, algunos ministerios de salud provinciales instrumentaron protocolos para su atención -entre ellos Santa Fe, Buenos Aires y Neuquén. En Chubut, la legislatura sancionó una ley para la atención de abortos no punibles.

Estas iniciativas reflejan voluntad política en torno a la protección y garantía de los derechos de las mujeres, y sobre todo de sus derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo hay aún gran heterogeneidad en la aplicación de las normas. La falta de implementación por parte del poder ejecutivo de dichas leyes, la aplicación desigual de

---

[http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800101&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800101&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003).

<sup>4</sup> Ley No. 16/2007, Portugal, (17/04/2007).

<sup>5</sup> Ley Orgánica 2/2010, España, (3/03/2010).

<sup>6</sup> Según datos provistos por el Sistema Informático de la Oficina de Denuncias, Turnos y Sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Pedido de información: 21.12.2007, 6.3.2008 y 10.2009.

las políticas según las jurisdicciones, y la ausencia de recursos materiales y humanos que permitan poner en marcha las políticas que estas normas demandan nos muestran un Estado que, por acción u omisión, decide ignorar su obligación para con los derechos de las mujeres.

Más allá de las dificultades en la implementación de la normativa existente, el mapa está aún incompleto: un marco jurídico respetuoso de los derechos de las mujeres debe incluir el acceso a servicios de aborto legal, seguro y gratuito.

**e. La criminalización induce a las mujeres a métodos de aborto inseguros para su salud y su vida.**

En Argentina, el aborto inseguro representa un serio problema de salud pública. Junto a Trinidad y Tobago y Jamaica, la Argentina es el único país de América Latina donde el aborto riesgoso representa la primera causa de muerte materna (Ramos et al., 2004).

La penalización del aborto lleva a las mujeres a recurrir con frecuencia a prácticas de aborto clandestino. Estudios globales muestran que de los 20 millones de abortos inseguros que se practican por año, 19 millones ocurren en países subdesarrollados con legislaciones penales restrictivas (Allan Guttmacher Institute, 2007).

La criminalización del aborto vulnera la salud y la integridad psíquica y moral sólo de las mujeres, estableciendo discriminación entre hombres y mujeres, y discriminando especialmente a mujeres y adolescentes de distintas edades y estratos sociales.

**f. La penalización del aborto implica la violación de los derechos humanos de las mujeres.**

*Violación al derecho a la igualdad<sup>7</sup> en relación al derecho a la salud<sup>8</sup> de las mujeres*

La Organización Mundial de la Salud manifestó que los derechos a la no discriminación y a la equidad en relación al derecho a la salud implican que los Estados reconozcan las diferencias entre las necesidades de los distintos grupos y provean los servicios de salud de acuerdo a esas diferencias (WHO, 2008).

Por sus diferencias biológicas, las mujeres, como grupo, tienen necesidades específicas en relación a su salud que son distintas de las necesidades de los hombres. Además, se ven más perjudicadas que los hombres por ciertos factores sociales, tales como la pobreza, la dependencia económica, la violencia de género y la discriminación agregada de factores raciales o étnicos. Estos factores disminuyen el poder de las

---

<sup>7</sup> El derecho a la igualdad está reconocido en la Constitución Nacional (art. 16) y los tratados internacionales con jerarquía constitucional: Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1 y 24), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7) y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 2).

<sup>8</sup> El derecho a la salud está establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), en la Convención de Derechos del Niño (art. 24) y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 12).

mujeres para negociar su sexualidad y otros asuntos que conciernen a sus vidas, lo que eventualmente impacta de forma negativa en su salud (Cook y Dughman, 2010).

Restringir el acceso al aborto (en lugar de reparar los factores que llevan a él) impone los costos de la reproducción sólo a las mujeres, a la vez que refuerza el estereotipo negativo que las presenta como medios para la reproducción humana y, por lo tanto, únicas y últimas responsables de la reproducción.

Así, la penalización del aborto vulnera el derecho a la salud únicamente de las mujeres, dado que se trata de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan y utilizan. La penalización de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan constituye una violación al artículo 2(f) de la *Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)*, en cuanto a la obligación de los Estados Partes de “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

El comité de seguimiento de la CEDAW ha recomendado a los Estados Partes que “aseguren que se tomen medidas para (...) que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.”<sup>9</sup>

Si bien en Argentina el derecho a la salud fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades<sup>10</sup>, el Estado argentino está en flagrante contradicción con esta recomendación.

*Violación al derecho a la igualdad especialmente de mujeres socio económicamente vulnerables y de adolescentes*

La penalización del aborto afecta particularmente a mujeres en situación desventajosa, ya sea por la condición socioeconómica, la edad, la etnia o la geografía. Aparte de la ya mencionada discriminación entre hombres y mujeres, la penalización del aborto implica, también, la discriminación entre mujeres.

En un estudio sobre aborto y mortalidad materna severa, Insúa y Romero (2006) mostraron que la mayor cantidad de hospitalizaciones ocurre en las regiones más pobres. En las provincias de Chaco y Tucumán, la mitad de las mujeres relevadas vivía en hogares pobres, mientras que en Córdoba y Mendoza la cifra se redujo al 30%. Sólo un tercio de las mujeres tenía trabajo remunerado al momento del relevamiento, en tanto que otro tercio nunca había trabajado a cambio de remuneración. En Tucumán, el 75% de las mujeres tenía educación primaria completa o menos.

En los períodos comprendidos entre 1994-1996 y 1999-2001, la mortalidad por aborto aumentó en las mujeres menores de 15 años, y las mujeres muertas por abortos fueron más jóvenes que quienes fallecieron por otras causas vinculadas a la maternidad. En el año 2000, en los hospitales públicos de todo el país se registraron casi 80.000 internaciones por aborto clandestino en mujeres jóvenes. Del total, 15%

---

<sup>9</sup>CEDAW, Recomendación General N° 19: “Violencia contra la Mujer”, U.N. Doc. A/47/38 (1992), párrafo 24(m).

<sup>10</sup> Ver CSJN, “Asociación Benghalensis y otros contra Estado nacional” (1/06/2000).

correspondieron a adolescentes y niñas menores de 20 años, y el 50% a mujeres de entre 20 y 29 años (Pantelides et al, 2006).

*Violación al derecho a la igualdad en relación al derecho a la integridad física, psíquica y moral<sup>11</sup> de las mujeres*

La penalización del aborto implica una intromisión en las decisiones autónomas de las mujeres sobre sus propios cuerpos. Como la violación y el acoso sexual, la criminalización del aborto refleja y refuerza actitudes que minimizan la autonomía y la personalidad de las mujeres. Mientras la violación las reduce a objetos sexuales, el embarazo forzado las reduce a su función reproductiva. Ambas prácticas le niegan a la mujer la toma de decisiones respecto de su cuerpo, que deviene un instrumento para la consecución de objetivos para personas distintas de la mujer. La criminalización del aborto anula la autonomía moral de las mujeres porque supedita el procedimiento cuyos costos y consecuencias deberá únicamente soportar la mujer a la aprobación de terceras partes (Nino 2005).

Ramos et al. (2009:481) afirman que “la reticencia a reformar la actual regla de penalización, a pesar de su comprobada ineficacia, refleja el doble estándar en el que opera el control del cuerpo de las mujeres ejercido a través de la criminalización del aborto”. Cook y Dughman (2010) sostienen que “la criminalización del aborto implica la utilización del poder coercitivo del Estado para imponer a las mujeres que, a través de sus cuerpos, sirvan a intereses distintos de los propios. Esto implica una violación a su autonomía y a su derecho a la integridad física y moral”. No existen imposiciones similares sobre el cuerpo de los hombres, lo que conlleva, nuevamente, una violación al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

En este sentido, en 2006 la Corte Constitucional de Colombia afirmó que “el legislador, al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.”<sup>12</sup>

Considerar a las mujeres en posición de igualdad con los hombres no significa ignorar las diferencias que los distinguen, sino tomarlas en cuenta y diseñar la legislación de modo tal que esas diferencias no constituyan una carga desigual e inequitativa sobre las mujeres. En otras palabras, que se reconozca la dignidad humana de las mujeres.

La eliminación de factores que restringen la autonomía de las mujeres es una obligación que la Argentina contrajo bajo el artículo 3 de la CEDAW, que exhorta a los Estados Partes a tomar “en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”

---

<sup>11</sup> El derecho a la integridad física y moral es reconocido en tratados internacionales de jerarquía constitucional: la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1).

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia, C-355/2006

### III. La despenalización del aborto temprano no contradice el sistema jurídico argentino

---

La medida legislativa de despenalización del aborto implica incluir un permiso no cualificado para abortar durante algún período determinado del embarazo. Esto significa incorporar una instancia donde la interrupción voluntaria del embarazo sea permisible *sin el requerimiento de motivos* taxativos establecidos en la ley.<sup>13</sup>

El argumento más comúnmente esgrimido para oponerse a la despenalización del aborto sostiene que el embrión tiene derecho a la vida desde la concepción. Concretamente, este postulado da por sentado que:

- a) la protección legal de la vida que establece la Convención Americana de Derechos Humanos comienza con la concepción;
- b) el embrión es “persona” para el sistema jurídico argentino en los mismos términos que una persona nacida, y por lo tanto, ostenta el derecho a la vida;
- c) la vida adquiere valor de forma constante y merece igual peso y protección desde la concepción hasta la muerte de la persona nacida;
- d) el derecho a la vida debe protegerse de forma absoluta, sin admitir ponderación con otros derechos e intereses.

A continuación se demostrará por qué cada uno de estos postulados es cuestionable.

#### a. La protección legal de la vida que establece la Convención Americana de Derechos Humanos (entre otros) ¿comienza con la concepción?

La norma legal usualmente invocada para defender la vida del embrión y proscribir la despenalización del aborto temprano es el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que lee:

“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” (énfasis agregado).

Este artículo generó controversia porque se considera que dicha norma reconoce un derecho a la vida del embrión desde el momento de la concepción. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso conocido como “Baby Boy” cerró esa disputa al afirmar que el artículo no se dirige a prohibir el aborto en sí, sino que se refiere a formas de protección de la salud materno-infantil desde el momento de la concepción<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Las legislaciones de Bélgica, Estados Unidos, Italia o Dinamarca (entre otros) permiten el aborto ante la solicitud de la mujer, generalmente hasta la semana 12 de gestación. Otros regímenes jurídicos extienden este plazo a 14 semanas (Francia y Alemania), a 18 semanas (Suecia), o a 24 semanas (Holanda y Singapur). Finalmente, en países como Canadá y Corea, la permisión no tiene límite gestacional.

<sup>14</sup> “Baby Boy” se originó en una petición, promovida en 1977 por un grupo antiabortista, contra Estados Unidos y contra el estado de Massachussets. La demanda se motivó en un aborto

Esta interpretación del artículo 4 de la Convención fue retomada en Argentina por Hilda Kogan, Jueza del Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires, quien sostuvo que "la expresión contenida en dicho artículo que establece que el derecho a la vida *"estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción"*, no tuvo otra finalidad que permitir la ratificación del instrumento por parte de numerosos Estados que, como el nuestro, habían despenalizado distintos supuestos de aborto"<sup>15</sup>.

Puesto que la cuestión del aborto estaba regulada en forma diversa en las distintas legislaciones nacionales de los países americanos, los redactores de la Convención Americana de Derechos Humanos aseguraron considerable margen de libertad a los países signatarios.

La falta de una norma legal con jerarquía constitucional que requiera la protección de la vida del embrión desde el momento de la concepción ha llevado a los defensores de la criminalización a construir argumentativamente la noción de que aun cuando el sistema jurídico no lo contemple, el embrión debe ser considerado persona en los mismos términos que una persona nacida. Esta noción se discute a continuación.

**b. El embrión ¿ostenta un derecho a la vida en los mismos términos en que lo hacen las personas nacidas?**

Existe consenso en los sistemas jurídicos del mundo que la protección del embrión es un valor social que merece atención y respeto. Sin embargo, esto no implica afirmar la existencia de un derecho a la vida en cabeza del embrión. Existe una enorme diferencia entre afirmar que el Estado tiene un interés legítimo en la protección del embrión y afirmar que el embrión es titular del derecho a la vida. El interés del Estado en el reconocimiento y la consecuente protección del embrión se funda justamente en la falta de titularidad del derecho a la vida en cabeza del embrión.

La Corte Constitucional Española en 1985 se pronunció en este sentido al sostener que el embrión no es titular de derechos, aunque sí merece protección<sup>16</sup>. La Corte Constitucional de Portugal también sostuvo que el embrión no es titular del derecho a la vida, aunque sí debe ser protegido como un valor social<sup>17</sup>. En 2004, la Corte Europea de Derechos Humanos falló en la misma línea en un caso donde, por error, un médico le indujo un aborto a su paciente, quien demandó al Estado por no condenar al médico por homicidio culposo. La Corte Europea afirmó que no se trataba de un homicidio porque el embrión no es titular del derecho a la vida<sup>18</sup>.

---

realizado en 1973 (luego de la legalización del aborto en Estados Unidos) por un médico en la ciudad de Boston a una joven de 17 años con el consentimiento de ésta y de su madre. Los peticionantes alegaban que la permisión del aborto había violado los derechos a la vida, la igualdad y la salud del embrión. La Comisión, luego de examinar los antecedentes que dieron lugar a la aprobación del texto definitivo en 1969, concluyó que las decisiones de la Corte Suprema estadounidense que habían reconocido un derecho irrestricto al aborto temprano ("Roe v. Wade" en adelante) no eran incompatibles con la Convención.

<sup>15</sup> SCBA, "R., L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia" (31/07/2006)

<sup>16</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCC531985en.aspx>

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional de Portugal, Acordada Nº 75/201, processos n.ºs 733/07 e 1186/07. Disponible online en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>

<sup>18</sup> (*Vo v. France* [2004] ECHR)



El sistema jurídico argentino no establece el derecho a la vida del embrión en su cuerpo normativo. Así, defender la protección del embrión como un mero interés en cabeza del Estado no significa sostener que tenga el mismo valor ni que merezca la misma protección que la vida de una persona nacida. La diferencia entre el derecho de las personas y el interés del Estado es, de hecho, coherente con el reconocimiento diferencial del estatus jurídico del embrión y de las personas que hace el sistema normativo en otras áreas del derecho que nada tienen que ver ni con el aborto ni con la discusión en torno al derecho a la vida.

**c. ¿Adquiere la vida valor de forma constante, y merece igual peso y protección desde la concepción hasta la muerte de la persona nacida?**

El argumento a favor de la criminalización del aborto sostiene que la vida tiene un valor jurídico constante desde el momento de la concepción hasta la muerte de la persona nacida. No obstante, esta aseveración es falsa porque el sistema jurídico argentino – como la vasta mayoría de los países del mundo – no otorga el mismo valor al embrión que a la vida de una persona.

Ejemplo de ello es el aborto no punible en el Código Penal. El artículo 86.1 del Código Penal permite la interrupción del embarazo cuando exista un peligro para la salud o la vida de la mujer. Concretamente, el Código expresa que el embrión tiene menos valor que la salud o la vida de la mujer. También, el artículo 86.2 del Código Penal permite el aborto cuando el embarazo fue producto de una violación o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente. La regla detrás del artículo 86 del Código Penal razona que cuando la mujer no consintió la relación sexual, su derecho a la integridad física y a la autonomía son considerados superiores al interés de la protección del embrión.

Ferrante (en prensa) sostiene que la diferencia en el estatus jurídico de una persona y de un embrión también se observa en las diferentes penas previstas para aborto y para homicidio, en la inexistencia del delito de lesiones al embrión y en el reconocimiento condicional de los derechos patrimoniales del embrión.

Entonces, el valor y la protección que el sistema jurídico otorga a la vida de un embrión es inferior al que otorga a las personas. Esto significa que el sistema jurídico considera que la vida tiene un *valor incremental*: antes de la concepción es cero, en el momento de la concepción es bajo, y a medida que se avanza en la gestación es cada vez más alto hasta el nacimiento, momento en el que se equipara al valor de la vida del resto de los nacidos.

En el derecho argentino, la protección al embrión es compatible con la despenalización del aborto temprano: si el sistema jurídico protege al embrión de modo incremental es porque existen otros derechos constitucionales con preeminencia sobre el embrión.

**d. El embrión ¿debe protegerse de forma absoluta?**

En un estado constitucional de derecho, salvo en contadas ocasiones (por ejemplo, las normas que prohíben la tortura), los derechos no son absolutos. Establecer derechos absolutos implicaría rechazar los desacuerdos y conflictos de valores y supondría la imposición de una perspectiva única acerca de qué interés es más importante o cómo

debe ser entendido, en concordancia, además, con la posición mayoritaria o de quienes detentan el poder. Justamente porque los derechos no son absolutos y muchas veces se contraponen, los sistemas jurídicos del mundo desarrollaron distintos instrumentos (tales como los tests de proporcionalidad y razonabilidad) para ponderarlos en caso de conflicto.

Como ya se argumentó, es razonable sostener que en la etapa inicial del embarazo el valor del embrión no afecta la preeminencia de otros derechos e intereses. Con el mismo criterio, en cualquier momento de la gestación, el derecho de la mujer a la salud, a la vida, a la integridad y a la autonomía (cuando hubo violación) pesa más que el interés del Estado en proteger al embrión. Igualmente, durante un período inicial del embarazo existe un derecho de la mujer que pesa más que el interés del Estado en la protección del embrión: concretamente, el derecho a la autonomía sexual y reproductiva.

En el sistema argentino, el derecho a la autonomía deriva del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto protege las acciones privadas. A la luz de este artículo (y a diferencia de la intimidad) el derecho a la privacidad debe entenderse como el dominio del ciudadano sobre una esfera de su vida privada que le pertenece exclusivamente, y donde el Estado no puede inmiscuirse. Entendido como “autogobierno” sobre la esfera privada, el derecho a la privacidad implica el reconocimiento de la autonomía del individuo.

El derecho a la privacidad también está reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11), la Convención de Derechos del Niño (art. 16), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. V), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17).

Diversos tribunales internacionales han desarrollado doctrinas muy robustas derivadas del derecho a la “vida privada” Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció que la “vida privada” no se circunscribe al derecho a la intimidad, sino que se refiere también a una “esfera donde la persona puede perseguir el libre desarrollo de su personalidad” (Kilkelly 2001:10), considerando incluso que el derecho a la privacidad comprende el derecho a la integridad física y moral<sup>19</sup>.

Concretamente, el derecho a la autonomía sexual y reproductiva y a la planificación familiar a través de servicios de salud anticonceptivos y educación sexual se deriva implícitamente del derecho a la privacidad. Este derecho, ampliamente reconocido en la legislación argentina, también se encuentra en convenciones internacionales de jerarquía constitucional: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, artículos 12 y 14.2) y la Convención de Derechos del Niño (artículo 24.f). En el mismo sentido se manifestaron los comités de seguimiento de la CEDAW<sup>20</sup> y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *X and Y v. the Netherlands* [1985], párrafo 22.

<sup>20</sup> CEDAW, Recomendación General N° 24: “Artículo 12, La Mujer y la Salud”, 20° período de sesiones, (02/02/1999).

<sup>21</sup> CESCR, Recomendación General N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, 422° período de sesiones Ginebra, (25/04 a 12/05/2000).

Por lo tanto, es posible afirmar que, *en algún momento entre la concepción y el nacimiento, la autonomía sexual y reproductiva de la mujer tiene más valor que el embrión*. Después de ese límite gestacional, cuando la autonomía deja de ser suficiente para permitir un aborto, otros derechos deben estar en juego para que el aborto no sea punible: el derecho a la salud, a la vida e integridad física y moral de la mujer para los casos de aborto terapéutico, y el derecho a la autonomía de la mujer para los casos de abusos y malformaciones del embrión.

En otras palabras, en Argentina no existen impedimentos constitucionales ni legales para la despenalización del aborto temprano. Al contrario, existe espacio legal para la despenalización, y la reforma del Código Penal en ese sentido es compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

#### **IV. Conclusión**

---

La criminalización del aborto con excepciones de no punibilidad, tal como existe actualmente en Argentina, ha probado ser una medida ineficaz: no garantiza la provisión de abortos no punibles, no disuade a las mujeres de que se practiquen abortos ilegales, no se aplica en su función punitiva, complejiza la implementación de medidas tendientes a la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las fuerza a recurrir a abortos clandestinos -que ponen en peligro su vida y representan la primera causa de mortalidad materna. A la vez, la penalización viola los derechos humanos de las mujeres a la igualdad, a la no discriminación, a la salud, a la integridad física y moral, y a la autonomía.

La despenalización del aborto temprano (hasta la semana 12 de gestación) no sólo no contradice el sistema jurídico constitucional argentino sino que constituye una reforma imprescindible para resolver un grave problema de salud pública.

La ADC considera que la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo temprano se ha tornado un imperativo para nuestra comunidad política. No habiendo objeciones constitucionales para la despenalización, resulta prioritario que el Congreso Nacional avance en un debate serio, robusto y comprometido para eliminar las barreras legales que actualmente impiden a las mujeres el pleno goce de sus derechos, a la vez que las somete a una desigualdad injustificada en la sociedad argentina.

**Buenos Aires, Agosto 2011**

## Referencias citadas

- Allan Guttmacher Institute (2007), "Abortion Worldwide levels and trends". En <http://www.guttmacher.org>
- BERGALLO, Paola (2009): "A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto". En *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales*; Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA): Buenos Aires.
- COOK, Rebecca y Sandra DUGHMAN (2010), en representación del Programa de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, en Presenta Escrito como 'Amigo del Tribunal'" en la causa "Fuentes, Aurora Luisa s/ Medida Autosatisfactiva", Expte. N° 259/2010, Tomo: 46, Letra: F, Tipo: REX, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- FERRANTE, Marcelo (en prensa): "Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto". En Bergallo, P (ed.) *Aborto y justicia reproductiva* Buenos Aires: Editores del Puerto.
- INSUA, Iván y Mariana ROMERO (2006): *Morbilidad materna severa en la Argentina: Egresos hospitalarios por aborto de establecimientos oficiales*. CENEP / CEDES : Buenos Aires.
- KILKELLY, Ursula (2001) *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No.1, Council of Europe.
- NINO, Carlos Santiago (2005) *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea : Buenos Aires.
- PANTELIDES, E., Ramos, S., Romero, M., Fernández, S., Gaudio, M., Gianni, C. y H. Manzelli (2006): *Morbilidad materna severa en la Argentina: Trayectorias de las mujeres internadas por complicaciones de aborto y calidad de la atención recibida*. CENEP / CEDES : Buenos Aires.
- RAMOS, S., BERGALLO, P., ROMERO, M. y J. FEIJÓO (2009) "El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina" en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Siglo XXI Editores : Buenos Aires.
- RAMOS, S., ROMERO, M., KAROLINKI, A., MERCER, R., INSUA I. y C. DEL RIO FORTUNA (2004) *Para que cada muerte materna importe*. CEDES y Min. Salud y Ambiente de la Nación, Buenos Aires. En <http://www.cedes.org/>
- SEDGH, Gilda ScD, HENSHAW, Stanley PhD, Susheela Singh PhD, Elisabeth Åhman MA, Iqbal H Shah PhD: "Induced abortion: estimated rates and trends worldwide", En: *The Lancet*, Vol. 370 No. 9595 pp 1338-1345, october 2007
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) (2008): *The right to health, Factsheet 31*. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>