

argumentos,
legislación
y jurisprudencia

Aborto legal

Aborto legal

argumentos, legislación
y jurisprudencia

CELS

Centro de Estudios Legales y Sociales

Redacción

Vanina Escales, Lucía de la Vega,
Andrés López Cabello, Diego Morales

Edición

Vanina Escales

Diseño

Mariana Migueles

Índice

Introducción	5
El derecho a la vida desde la concepción	7
La protección de le embrión	9
El comienzo de la vida y de la persona	11
Los derechos de las gestantes	13
La edad de las gestantes para decidir	16
Los sistemas de protección internacional	17
No es necesario reformar la Constitución para legalizar el aborto	18
Una ley que atemoriza y condena a la clandestinidad y a la cárcel	19
El sistema de causales va en contra de los derechos de las gestantes	20
Libertad de culto y derechos reproductivos: la objeción de conciencia	21
Acceso a medicamentos esenciales para la salud	23
Sobre el deber de confidencialidad médica	25
La objeción de conciencia institucional	28
La penalización del aborto y una serie de derechos humanos violados	30
Índice de siglas	34
Referencias	35

Introducción

Para cerrar las brechas de desigualdad por razones de género necesitamos que los legisladores nacionales tengan voluntad política y estén a la altura del momento histórico que les toca. Desde agosto de 2018 es evidente que para que las personas con capacidad de gestar tengan los mismos derechos que el resto no alcanzan solo las razones de derechos humanos, el caudal normativo que acompaña el reclamo de aborto legal, las razones de salud pública y la enorme movilización popular.

El 8 de agosto de 2018, con 38 votos en contra la Cámara de Senadores decidió negarles a las mujeres y a los varones trans el derecho a decidir sobre sus cuerpos y consolidar la clandestinidad, la criminalización y el riesgo de muerte para quienes deciden interrumpir voluntariamente un embarazo, a más de mil personas por día.

No fue la primera vez que la sociedad argentina salió a las calles para exigir leyes, más y mejor calidad democrática y a enfrentar a quienes buscan sostener la desigualdad: ocurrió cuando los delitos de lesa humanidad permanecían impunes, ocurrió en numerosos procesos judiciales y políticos que culminaron en la ampliación de derechos, como con las sanciones del matrimonio igualitario y la identidad de género. Una vez más, insistimos: la interrupción voluntaria del embarazo debe ser ley.

Desde 1921 el aborto es legal para ciertos casos en la Argentina. Sin embargo, es un derecho que históricamente enfrentó y enfrenta obstáculos basados en prejuicios y en la ausencia del Estado para limitarlos. La penalización del aborto no modificó la voluntad de las mujeres que no desean continuar con una gestación, quienes tampoco renunciaron a tomar la decisión de manera autónoma a pesar de que el Estado las siga considerando objeto de tutela: la persecución penal sólo las empujó a la clandestinidad. Desde agosto de 2018 a este presente, al menos 15 mujeres y niñas perdieron la vida por abortos inseguros, además de clandestinos; muchas tenían hijos que quedaron huérfanos. Las muertes por abortos inseguros son una de las formas más extremas del abandono estatal, más aún cuando el aborto es una práctica de baja complejidad, que puede realizarse, en general, en el primer nivel de atención y en forma ambulatoria.

En el país del Ni Una Menos, el país de la lucha colectiva, transversal y transgeneracional, se logró la media sanción del proyecto en la Cámara de Diputados, que la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito impulsó con persistencia desde 2005. La vulneración de los derechos sexuales y reproductivos implica la violación de otra serie de derechos: a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral, a la autonomía, intimidad, dignidad, a estar libre de violencia y tratos

-

Introducción

cruces, inhumanos y degradantes y a la igualdad. Por eso votar por la interrupción voluntaria del embarazo es hacerlo por un derecho eslabonado a otros. Dicho de otra forma: la mitad del país no tendrá derecho a la autonomía y a la intimidad, mientras no haya aborto legal.

Esta publicación recoge la experiencia y el trabajo del CELS para acercar a los legisladores los argumentos, jurisprudencia y estándares de derechos humanos que creemos deben ser tenidos en cuenta a la hora de votar.

Este libro está escrito en lenguaje no binario. Se mantuvieron, sin embargo, las formas de escritura de los textos citados y los nombres propios de tratados y convenciones.

El derecho a la vida desde la concepción

Se suele invocar un *derecho a la vida desde la concepción* para sostener posturas contrarias a la legalización del aborto temprano o a las técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, ese derecho no existe en nuestras leyes ni en nuestra jurisprudencia. Le embrión no es titular del derecho a la vida, tiene un derecho potencial a la vida. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) dejó expresamente un margen legal para que los Estados puedan regular soberanamente la legalización o despenalización del aborto, mientras que la Convención sobre Derechos del Niño (CDN) no reconoce el derecho a la vida antes del nacimiento ni tampoco se refiere al momento en el cual debe comenzar la protección de la vida. Esta es, precisamente, la posición adoptada por nuestra Corte Suprema de Justicia. El derecho a la vida es incremental.

Qué dice el marco jurídico

La CADH indica en su artículo 4.1. que “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”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) definió el sentido de ese artículo cuando se expidió en el caso “Baby Boy” en 1981. La expresión “en general” permitía la ratificación de la Convención por parte de los Estados que, como la Argentina, ya habían despenalizado en 1921 algunas causales para acceder a un aborto en forma legal y para que el resto pudiera legislar sobre un amplio abanico de excepciones, sin violar la Convención. En el caso de Bolivia, hay ocho causales para el aborto legal, en Uruguay está permitido hasta la semana 12 y la Ciudad de México tiene una regulación análoga. En todos estos lugares la Convención Americana es obligatoria.

La Corte IDH, que es el máximo intérprete de la Convención, reafirmó esta interpretación en el caso “Artavia Murillo”, en 2012. “En general” significa que la protección del derecho a la vida “no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo,

-
**El derecho a la vida
desde la concepción**

debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”. Sostuvo que, si bien no hay una definición consensuada sobre el inicio de la vida, hay grupos que le otorgan atributos metafísicos a los embriones, asociados a creencias. Pero que esas concepciones no pueden imponerse a personas que no las comparten.

La CDN en su artículo 6.1. reconoce que todo niño tiene el “derecho intrínseco a la vida”, pero no reconoce el derecho a la vida antes del nacimiento ni tampoco se refiere al momento en el cual comienza la protección de la vida. En el proceso de elaboración de la Convención no hubo consenso para introducir afirmaciones como “desde la concepción”.

En efecto, el Comité de los Derechos del Niño no aplicó nunca el artículo 6 de la Convención para proteger embriones e incluso recomendó a la Argentina avanzar hacia la despenalización del aborto. Pidió al país que adopte “medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto” y que “enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal”.

Tampoco es un obstáculo a la legalización o despenalización del aborto la declaración del segundo párrafo del artículo 2 de la ley 23.849, que ratificó la Convención del Niño en 1990 y que señala que “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. En el Fallo F.,A.L. la Corte Suprema descartó de plano los argumentos respecto de que esta aclaración constituyera una “reserva” en los términos del derecho internacional de los tratados (como ocurre con las reservas expresas del primer párrafo del art. 2 de la misma ley) y aclaró que, por lo tanto, no modifica el alcance de la norma internacional.

La protección de le embrión

La vida no tiene el mismo valor jurídico en la concepción que desde el nacimiento hasta la muerte. Esto no significa que no merezca ningún tipo de protección. En distintos ordenamientos jurídicos se entiende que le embrión merece consideración y por lo tanto, su protección legal puede constituir un interés estatal legítimo (las políticas de asignaciones sociales por embarazo o los salarios familiares van en ese sentido). Pero la penalización del aborto o la restricción de las técnicas de reproducción humana asistida nunca han sido un medio efectivo para hacerlo. Su protección se puede lograr mediante políticas públicas que, a la vez, sean consistentes con los derechos de las personas gestantes.

Qué dice el marco jurídico

En el caso “Artavia Murillo”, la Corte IDH recogió diversos antecedentes “en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas”, especialmente de las gestantes, y que “constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula ‘en general, desde la concepción’ establecida en el artículo 4.1. de la Convención”.

Por su parte, las Cortes supremas de Brasil e Irlanda no reconocen la personalidad jurídica de le embrión, y destacan que todo intento por protegerle –aunque constituye un interés legítimo– debe estar armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente los de las mujeres.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sostuvo en 2013 en el caso “Costa y Pavan vs. Italia” que la potencialidad de le embrión y su capacidad para convertirse en una persona no le convierte en una “persona” con “derecho a la vida” en los términos del artículo 2 de la Convención Europea. Ya había fallado en la misma línea en los casos “Vo vs. Francia” (8/7/2004), “Evans vs. Reino Unido” (10/4/2007).

-

La protección de le embrión

La CSJN sostuvo en “F.,A.L.” respecto de la protección social del embarazo y el artículo 75.23 de la Constitución Nacional, que este apartado “se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089, considerando 17) como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. Es decir, se trata de una previsión que busca atribuir competencia al Poder Legislativo para dictar “un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo”.

El comienzo de la vida y de la persona

El comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida son conceptos diferentes: no le corresponde al Derecho definir el inicio de la vida. Cuando la ley se refiere a la persona humana, lo hace con fines civiles (régimen sucesorio, filiación). Que haya vida en le embrión, no significa que esa vida sea una persona ni que tenga la misma protección legal que alguien nace con vida. La vida se protege de modo gradual e incremental.

Qué dice el marco jurídico

Sin perjuicio de que el Código Civil y Comercial argentino declara que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19), lo cierto es que reserva los derechos y las obligaciones para quien nace con vida: “Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió” (art. 21).

La Corte IDH dijo en el caso “Artavia Murillo” que la protección del derecho a la vida, de acuerdo con el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es gradual e incremental según su desarrollo. Es oportuno en este apartado explicar cuál era el debate planteado en este caso. El Ministerio de Salud de Costa Rica dictó un decreto en 1995 que autorizaba la fecundación in vitro y regulaba su ejecución. El mismo año se presentó una acción de inconstitucionalidad contra el decreto en la que se alegaba sobre la violación del derecho a la vida. En 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló el decreto y nueve parejas presentaron una petición en 2001 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A petición de la CIDH, la Corte IDH tomó el caso y falló en 2012.

La Corte IDH dijo en esa oportunidad que una “interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona a le embrión”. Entendió que le embrión no tiene capacidad autónoma de desarrollarse y por ende, no puede reconocerse la existencia de un sujeto de derechos. Por el contrario, el objeto directo de protección del artículo 4.1 de la CADH es la persona gestante.

El comienzo de la vida y de la persona

En el mismo caso, la Corte IDH analizó las normas del sistema universal de derechos humanos que consagran el derecho a la vida para concluir que no incluyen a le embrión como persona a ser protegida. La Corte señaló que la expresión “ser humano”, utilizada en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) no fue entendida en el sentido de incluir no nacides.

Indicó, también, que los trabajos preparatorios del artículo 6.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) –“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”– señalan que los Estados no pretendían tratar a le nacide como persona y otorgarle el mismo nivel de protección. Para la Corte IDH, las decisiones del Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o de le embrión.

Por último, la Corte IDH afirmó que los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño “no se refieren de manera explícita a la protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar ‘protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento’. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida”.

A su vez, la Corte Constitucional de Colombia advirtió en una sentencia sobre el tema que “si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida [...] esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”.

Todos estos argumentos fueron recogidos y ponderados constitucionalmente por nuestra Corte Suprema de Justicia en el caso “F.,A.L.”.

Los derechos de las gestantes

Al protegerse la vida de forma incremental, cuando hay derechos e intereses que entran en juego, se deben ponderar los de las gestantes. La protección de los embriones no se puede alegar para justificar la negación total de otros derechos. Las mujeres con discapacidad cuentan con todos los derechos contemplados en el proyecto de ley de la Campaña en igualdad de condiciones con las demás y podrán contar con los apoyos que ellas elijan en caso de que lo consideren necesario.

Qué dice el marco jurídico

Las decisiones del Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o de le embrión. Ni en su Observación General N° 36 (sobre el derecho a la vida) ni en su Observación General N° 17 (sobre los derechos de los niños), el CDH se pronunció sobre el derecho a la vida de le no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité viene señalando que se viola el derecho a la vida de las mujeres cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir.

En la Observación General N° 36 señaló que “las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores o sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7 del Pacto, ni suponer una discriminación contra ellas o una injerencia arbitraria en su vida privada”. Esta OG, publicada en 2019, indica que los Estados deben “proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada”. Además, resalta que los Estados no pueden regular el embarazo o el aborto de manera tal de empujar a las gestantes a recurrir a abortos peligrosos. Por el contrario, deben proteger la vida de las mujeres, las niñas y las personas trans contra los riesgos para la salud mental y física asociados con los abortos practicados en condiciones de riesgo. Deben garantizar también “una atención sanitaria prenatal y posterior al aborto de calidad, en todas las circunstancias y de manera confidencial, así como el acceso efectivo a esa atención”.

Los derechos de las gestantes

Asimismo, en su Observación General N° 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el Comité advirtió que existe una indebida intromisión en la vida privada de las gestantes cuando, por ejemplo, “los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos”.

También los informes del Comité CEDAW (órgano de aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de Naciones Unidas) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. Más precisamente, en su Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género, de 2017, dejó en claro que el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo, y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, además de violaciones a los derechos a la salud, son formas de violencia de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina también se expidió en el mismo sentido en el caso “F.,A.L.”. Sobre la creencia de que el derecho a la vida de le embrión merece una protección “absoluta”, la CSJN sostuvo que la Convención Americana “no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste [se refiere a *nasciturus*]”. En su razonamiento hizo expresa referencia al caso “Baby Boy” de la CIDH y a la discusión en torno a la redacción del artículo 4 de la Convención y del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En definitiva, la Corte hizo suya la interpretación según la cual, en caso de otorgarse protección jurídica a le embrión, esta no es absoluta y debe ser ponderada con otros derechos e intereses, como los de la gestante.

Esta es la visión que también adoptó el Tribunal Constitucional de Alemania: “los derechos fundamentales de la mujer [...] subsisten de cara al derecho a la vida del *nasciturus* y consecuentemente han de ser protegidos”. En la misma línea, el Tribunal Constitucional de España dijo que “la protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* [...] no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto”. Y la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-355/06 dijo 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”.

Respecto del principio *pro homine*, la Corte IDH desechó en “Artavia Murillo” el argumento del Estado respecto de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, la Corte IDH afirmó que: “esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada ‘protección más amplia’ en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”. En consecuencia, el principio *pro homine* obliga a elegir la interpretación que no restrinja, limite o anule el goce y ejercicio de los derechos de las gestantes a la vida, salud, integridad personal, intimidad, autonomía reproductiva.

La edad de las gestantes para decidir

El proyecto de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito señala que se presume que los adolescentes entre los 13 y los 16 años que soliciten una interrupción voluntaria del embarazo cuentan con la aptitud y madurez suficiente para decidir la práctica y prestar el debido consentimiento. Los límites que establece el proyecto tienen respaldo en nuestra legislación de fondo.

Qué dice el marco jurídico

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) establece en el artículo 26 la presunción de que los adolescentes entre los 13 y los 16 años tienen la aptitud para decidir por sí mismos respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Y que, en el caso de tratamientos invasivos, le adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores (si hay conflicto entre ambos, se resolverá teniendo en cuenta el interés superior de le adolescente, sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico). A partir de los 16 años los adolescentes son considerados adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Según la resolución 65/2015 del Ministerio de Salud, el criterio de “invasividad” utilizado debe leerse como tratamientos de “gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud”. La evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse en base a evidencia científica –estudios clínicos, estadísticas sanitarias de fuentes autorizadas y de calidad– y generalmente es definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad. Es decir, las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento en la decisión de adolescentes entre los 13 y los 16 años son las que están comprendidas en este parámetro.

Por otra parte, el artículo 59 del CCyCN establece que el consentimiento informado para los actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por le paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada.

Los sistemas de protección internacional

En los debates legislativos actuales, algunos sectores que sostienen la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo –y por lo tanto la clandestinidad del aborto– rechazan la jurisprudencia internacional sobre estos temas y alegan de manera errónea que no son vinculantes para nuestro país.

Se trata de una postura contraria al accionar mismo de la CSJN, incluso antes de la reforma constitucional de 1994, que incorporó con jerarquía constitucional los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo 75.22. La jurisprudencia de la Corte hace referencia a la importancia y el valor de las sentencias, recomendaciones, observaciones generales y otras resoluciones de los organismos internacionales como guía para la interpretación de los preceptos convencionales. Esa doctrina fue sostenida en numerosos precedentes, reiterada en el caso “F.,A.L.”, de 2012, y en “Carranza Latrubesse”, de 2013.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados dentro del ordenamiento jurídico del derecho internacional. Su jerarquía constitucional fue establecida por la voluntad de le constituyente “en las condiciones de su vigencia”, esto significa: tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por argumentaciones que los ignoren. Cualquier intento en ese sentido compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No es necesario reformar la Constitución para legalizar el aborto

No existe ningún impedimento constitucional para que el Congreso, como espacio relevante para asegurar las garantías individuales, despenalice y legalice el aborto. La jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos implica, además, que los y las legisladoras deben considerar y tener presentes las decisiones de los órganos de protección de esos tratados, porque son quienes los interpretan para su correcta aplicación.

Qué dice el marco jurídico

En el fallo “F.,A.L.” la CSJN explicó que el aborto legal no es inconstitucional ni contraviene las obligaciones internacionales del país en materia de derechos humanos. De hecho, remarcó que existen obligaciones en cabeza de los distintos poderes del Estado para garantizar el acceso en los casos en los que el aborto ya es legal desde 1921.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano encargado de interpretar y vigilar la efectiva aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, le recomendó concretamente a la Argentina que revise su legislación sobre el aborto y considere la descriminalización.

Una ley que atemoriza y condena a la clandestinidad y a la cárcel

La penalización del aborto deriva en una criminalización sistemática de las personas gestantes que buscan asistencia médica ante una emergencia obstétrica, que puede ser un aborto inducido o espontáneo, un parto prematuro o alguna otra complicación del embarazo. Esta situación empuja a las mujeres, varones trans o personas no binarias a la clandestinidad o a la muerte debido al temor fundado de terminar preses.

El caso “Belén” es paradigmático de cómo la criminalización del aborto recae de manera desigual y discriminatoria sobre las mujeres pobres y jóvenes, y cómo la política penal cercena su derecho a la salud. Belén llegó a un hospital público de Tucumán el 21 de marzo de 2014 sin saber que estaba embarazada, con un dolor de panza que no sabía que era un “aborto espontáneo incompleto sin complicaciones”, como anotó el médico en su historia clínica. Lo que ocurrió con ella después de ese momento fue una larga cadena de violaciones de sus derechos por parte del Estado. Belén salió del hospital hacia una cárcel, en la que estuvo más de dos años con prisión preventiva. A fines de abril de 2016 fue condenada a ocho años por “homicidio agravado por el vínculo”. El fallo de la Sala III de la Cámara Penal de Tucumán basó parte de sus argumentos en que la defensora oficial de Belén no cuestionó los hechos que se le imputaron, antes que afirmarse en la existencia de pruebas. En agosto de 2016, después de más de dos años de prisión, Belén fue liberada, y en marzo de 2017 por mayoría y por unanimidad, fue absuelta.

El sistema de causales va en contra de los derechos de las gestantes

Existe evidencia respecto de una gran cantidad de gestantes que deberían poder acceder a abortos legales y seguros, que terminan en el sistema clandestino. Esto ocurre por distintos motivos que responden a la dificultad estructural del Estado para garantizar los derechos sexuales y reproductivos: la mala fe de profesionales y funcionarios, el desconocimiento del derecho vigente, la falta de información jurídica de los profesionales de la salud que temen una sanción penal, el abuso de la objeción de conciencia con tolerancia estatal, los comentarios reprobatorios del personal hospitalario, la violencia institucional contra las mujeres en estas situaciones, entre otras. Estas intervenciones ilegales empujan a las gestantes a la clandestinidad.

Los tribunales de Alemania, en 1993, y Canadá, en 1987, declararon inconstitucional un régimen de causales como el que tenemos en la Argentina porque no satisfacía las previsiones constitucionales de ambos países para respetar los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad. La Corte de Canadá entendió que un sistema de causales no sirve para garantizar una oferta universal, accesible, igualitaria de servicios de salud en los casos en que la misma ley reconoce que hay un derecho al aborto legal.

Cuando el aborto está penalizado por nueve meses y dispone causales en las que el aborto es legal, se establecen diferencias que en la práctica dificultan la garantía de acceso a los abortos legales.

Libertad de culto y derechos reproductivos: la objeción de conciencia

La objeción de conciencia deriva del artículo 19 de la Constitución Nacional e implica que nadie obligue a actuar a otro en contra de sus convicciones. Mientras duró la institución del Servicio Militar Obligatorio, por ejemplo, hubo numerosos casos de objetores de conciencia.

La objeción de conciencia es un derecho personal que está alcanzado por algunas limitaciones: si el ejercicio de ese derecho perjudica a otras personas. En los casos de aborto, la objeción de conciencia no puede imponerse frente al derecho a la salud, a la vida, a la autonomía. De lo contrario, se trataría de un abuso del monopolio del arte de curar para obstruir el acceso de las mujeres, varones trans y personas no binarias a sus derechos más elementales.

La objeción de conciencia en estos casos no puede ser invocada por las instituciones de salud, que no deben tener “exenciones” generales por razones de fe. A la vez, para que exista la posibilidad de que los médicos que deben intervenir en la práctica puedan objetar su participación por razones de conciencia, debe haber una regulación previa y específica a cualquier situación. Además, este escenario no debe traducirse “en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio”, de acuerdo a los términos precisos de “F.,A.L.”.

El caso de Ana María Acevedo, de 2006, muestra las consecuencias del abuso de esta práctica. Ana María estaba embarazada de pocas semanas cuando el diagnóstico de cáncer maxilar se confirmó. Tenía 19 años y tres hijos. Debía comenzar un tratamiento de quimioterapia y rayos, que pondría en riesgo la gestación. Ella y sus padres, una familia de pocos recursos económicos, solicitaron que se le practicara un aborto legal. El comité de bioética del Hospital Iturraspe de Santa Fe se lo negó por motivos religiosos. Cuando tenía cinco meses de embarazo, le practicaron una cesárea; el niño falleció a las 24 horas. Ana María murió pocas semanas después.

-
**Libertad de culto y
derechos reproductivos:
la objeción de conciencia**

Qué dice el marco jurídico

La Corte Constitucional de Colombia destacó en la sentencia T-388/09 al tratar la demanda de instituciones que se negaban a intervenir en casos de aborto permitidos por la ley que “las personas jurídicas no tienen derecho a la objeción de conciencia”, dado que no pueden experimentar “convicciones íntimas y arraigadas”.

En Chile, la Contraloría General emitió el dictamen N° 11.781 en el que declara que el “Protocolo para la Manifestación de Objeción de Conciencia Personal y para la Objeción de Conciencia Invocada por Instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario” no se ajusta a derecho. Esto es así porque “contiene elementos que desatienden la condición de excepcionalidad de la objeción de conciencia”. El dictamen reafirma, además, que se trata de un derecho individual y no institucional.

El Consejo Constitucional francés en el fallo 2001-446 abordó una objeción constitucional a la ley de interrupción voluntaria del embarazo y la anticoncepción. Entre otras cosas, la ley revocaba disposiciones del código de salud pública, que permitían que los “jefes de servicio de establecimientos sanitarios públicos negaran la práctica del aborto”. El tribunal ratificó la ley.

En otros dos casos los tribunales les negaron exenciones solicitadas por farmacias que se negaban a cumplir con prescripciones médicas. Se trata de objeciones al control de natalidad por motivos religiosos. En “Pichon v. France”, de 2001, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirmó el principio de que la libertad de culto abarca la libertad de manifestar las propias creencias, pero subrayó que mientras la venta de anticonceptivos sea legal “no pueden dar prioridad a sus creencias religiosas e imponerlas a otros como justificación de su negativa a vender tales productos”. En 2015, en el caso “Stormans, Inc. v. Wiesman”, de Estados Unidos, se rechazó la noción de que el Estado pueda tolerar la objeción de una farmacia permitiéndole derivar a la persona hacia otro local y señala que la derivación resultaría en una demora y “podría suscitar sentimientos de vergüenza en el paciente”.

Acceso a medicamentos esenciales para la salud

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) la forma más segura y efectiva de realizar un aborto en las primeras semanas es con una combinación de mifepristona y misoprostol. En los países donde no hay mifepristona se recomiendan dosis solas de misoprostol.

Hace más de treinta años que las personas gestantes utilizan el misoprostol para abortar y, de esa forma, reemplazan métodos peligrosos. El efecto de esta práctica fue la disminución de las complicaciones por aborto. Se trata de un medicamento seguro, efectivo y aceptable para la interrupción del embarazo.

La falta de compromiso político con los derechos sexuales y reproductivos hace que en nuestro país no haya mifepristona disponible. Esto impide que las mujeres, niñas, adolescentes, varones trans y personas no binarias puedan disfrutar de su derecho a beneficiarse del progreso científico y gozar plenamente de su derecho a la salud.

Desde hace quince años la OMS incluye el misoprostol y la mifepristona en su Lista de Medicamentos Esenciales: aquellos que satisfacen las necesidades de salud prioritarias de la población y que deben estar siempre disponibles y accesibles. Las diversas guías de atención de la OMS prevén la posibilidad de utilizar estos medicamentos de manera ambulatoria y fuera de las instituciones sanitarias. Además, en 2019 la Lista de Medicamentos Esenciales explicó que no se requiere de una supervisión médica cercana para su uso seguro y efectivo.

Los protocolos de atención del Ministerio de Salud prevén la posibilidad de tratamiento ambulatorio y de utilizar el misoprostol en la intimidad del hogar. Por eso, también, es deseable, además de legal, su venta en farmacias.

Hasta hace poco el misoprostol era producido y comercializado por un único laboratorio en combinación con diclofenac sódico, bajo el nombre de Oxaprost. Como productor monopólico, el laboratorio Beta abusaba e imponía precios altísimos. En 2018 el laboratorio Domínguez y el Laboratorio Industrial Farmacéutico de Santa Fe (LIF) comenzaron a producir y comercializar misoprostol de 200 microgramos. Esto es

- Acceso a medicamentos esenciales para la salud

un paso importante para mejorar las condiciones de disponibilidad y calidad de los medicamentos abortivos en el país. La producción pública de medicamentos avanza en la dirección correcta.

Que un medicamento sea “esencial” según la OMS trae consigo obligaciones de derechos humanos.

El Comité DESC explicó ya que los Estados tienen la obligación mínima de garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los medicamentos incluidos en la Lista de la OMS (Observación General 14). En 2016 ese Comité se refirió expresamente a la obligación de proporcionar bienes y servicios esenciales para la salud sexual y reproductiva, como los medicamentos abortivos (Observación General 22). En 2020 el Comité dijo a los Estados que tienen que garantizar el acceso a las tecnologías científicas más actualizadas para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos (Observación General 25).

Las políticas públicas que promueven la autonomía y la salud de las personas con derecho al aborto, como la demanda de la amplia disponibilidad y accesibilidad de los métodos más seguros y efectivos, son consistentes con la evidencia científica y exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.

Impedir o restringir el acceso a un medicamento esencial para la salud de un sector de la población es una vulneración de sus derechos, y va a contramano de una sociedad plural y democrática.

Sobre el deber de confidencialidad médica

Una constante en la criminalización de personas que pasan por un aborto es que muchas de las causas tienen origen en la denuncia de los profesionales de la salud que deben darles atención médica. Es decir que la persecución penal se inicia cuando en una situación de indefensión se recurre al sistema de salud para la atención de una emergencia obstétrica, que puede ser un aborto inducido o espontáneo, un parto prematuro u otra complicación. El cuadro es de personal policial en las salas de atención, con mujeres esposadas a las camas, que salen del hospital directo a la cárcel. La información que surge de la atención médica brindada tras un aborto, por la garantía de confidencialidad y la obligación del secreto profesional, no puede constituirse en prueba. Al mismo tiempo, el temor a ser denunciadas hace que ante una complicación obstétrica se eviten los hospitales, con la consecuente afectación al derecho a la salud y a la vida. La confidencialidad no es una sugerencia, es una obligación.

Qué dice el marco jurídico

El deber de confidencialidad en la atención de la salud es uno de los principios éticos fundamentales de la medicina. Tiene sus orígenes en el juramento hipocrático y en el respeto de la autonomía de los usuarios. Este deber tiene tal importancia que, aunque en el comienzo fue considerado un deber ético, los sistemas jurídicos del mundo lo incorporaron como una obligación legal.

La garantía de confidencialidad es la única forma de que las personas tengan confianza en los profesionales de la salud que las atenderán. Ante tantos casos de violación del derecho de las mujeres y personas trans a atenderse en un marco de confidencialidad, es importante aclarar que el “secreto profesional” no es un privilegio del personal de salud, del cual puede disponer libremente. Por el contrario, es una garantía a favor de la persona que se acerca en búsqueda de atención médica. Este deber de confidencialidad alcanza desde los profesionales de la salud que recibieron la información

Sobre el deber de confidencialidad médica

directamente de les usuaries hasta quienes se enteraron por funciones administrativas. La violación del secreto profesional ante casos de atención post aborto humilla a las mujeres, vulnera su dignidad y privacidad, y es violencia contra su libertad reproductiva.

En la Argentina, la Ley 26.529, que regula el ejercicio de los derechos de les usuaries, establece como esenciales el derecho a la intimidad y a la confidencialidad. El Código Penal (art. 156) sanciona expresamente la violación del secreto profesional y, si bien el Código Procesal Penal establece la obligación de les profesionales de la salud de denunciar los delitos de los que tuvieran conocimiento (art. 177), les excusa cuando están cubiertas por el secreto profesional, como es el caso de la atención post aborto.

Los tribunales de justicia argentinos en diversas ocasiones destacaron la importancia de la garantía de confidencialidad. Hace ya 50 años, en el caso “Natividad Frías”, en que se inició un procedimiento penal en contra de una mujer que concurrió a un hospital en búsqueda de atención médica luego de un aborto clandestino, la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal sentenció que se había utilizado su necesidad de atención para arrancarle una confesión en “un estado de desvalimiento físico y espiritual no aprovechable para esos fines”.

En 2012, la Cámara de Casación Penal, máximo tribunal penal argentino, sostuvo en la sentencia por el caso “Á., G. Y.” que “aceptar que la detección de abortos consumados sea justa causa para relevar al profesional de la salud del deber de guardar secreto, implica valorar la persecución penal por encima de la salud y la vida no solamente de la mujer que asiste al hospital para paliar una infección potencialmente mortal, sino -en general- de la confianza de la población en que recibirán un trato digno y respetuoso por parte de los servicios médicos”. La Cámara advirtió que les profesionales de la salud no tienen ni el deber de denunciar, ni la facultad de hacerlo.

También la Corte Suprema, en el caso Baldivieso de 2010 (Fallos: 333:405), anuló la condena contra una persona atendida en un hospital porque se había violado la garantía contra la autoincriminación. El condenado “se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena, con el inhumano dilema: la muerte o la cárcel” y que “el origen del procedimiento estaba viciado porque tendría su punto de partida en la revelación ilegítima de un secreto profesional”.

En el plano internacional, la Corte IDH en un caso contra Perú entendió que el Estado había violado la Convención Americana al perseguir penalmente a profesionales de la salud que se habían negado a denunciar a sus pacientes. La Corte dijo que existe un derecho y un deber de confidencialidad y que la información que surge del ejercicio de la medicina se encuentra privilegiada por el secreto profesional.

El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará sostuvo “que el acceso a los servicios de salud en general, y a los servicios de interrupción del embarazo en particular, debe ser confidencial”.

La OMS es enfática cuando señala que el temor de que no se respete el derecho a la confidencialidad “disuade a muchas mujeres, particularmente a adolescentes y solteras, de que busquen servicios de aborto legal y sin riesgos y puede conducir las a proveedores clandestinos de aborto inseguro”. En el mismo sentido se pronunció el Comité CEDAW cuando advirtió: la falta de confidencialidad “puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar”.

Cuando se establece la obligación de informar sobre las mujeres o personas trans que se someten a abortos, no se respeta su derecho a la vida privada e incluso pueden estar en juego los derechos a la vida y a una vida libre de violencia. Lo dijo el Comité de Derechos Humanos (arts. 6 y 7 PIDCyP). Por último, el Comité DESC indicó que el derecho a la salud exige que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser sensibles a los requisitos del género y edad, y que deben estar concebidos para respetar la confidencialidad de las personas que trate.

La objeción de conciencia institucional

Las instituciones no tienen conciencia. Los hospitales públicos, las clínicas privadas y en general todo establecimiento de salud están obligados a garantizar los abortos que ya son legales de acuerdo a lo establecido en el Código Penal. Ningún establecimiento de salud se puede excusar de garantizar este derecho por una supuesta objeción de conciencia institucional: hacerlo es ilegal.

Qué dice el marco jurídico

El reconocimiento de la objeción de conciencia salvaguarda las más íntimas convicciones personales que podrían verse vulneradas por un imperativo legal. Sin embargo, las personas jurídicas carecen de convicciones morales o éticas. Aun cuando en sus actas o acciones evoquen determinados principios, los caracteres éticos y morales son propios y exclusivos de las personas naturales. Así lo entendió la Corte Constitucional de Colombia (C-355 de 2006 y T-388 de 2009). Para esta última, “la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado... de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto...”.

La idea de una conciencia institucional implica el problema de definir cuál sería esa conciencia y cómo se toma la decisión de exteriorizarla mediante una objeción institucional que se rehúsa a cumplir con las obligaciones que impone la ley. Esa conciencia, ¿será la de la persona que dirige el establecimiento, servicio médico o administración, será la del control accionario, la del comité ético? Esta encrucijada no debe hacer que se pierda de vista que permitir a una persona jurídica se sustraiga de cumplir la ley, implica que imponga esa voluntad (¿la del dueño o la dueña de la empresa?) sobre la conciencia individual de las personas que allí trabajan.

Las personas que prestan servicios en los establecimientos son las titulares de los derechos y libertades de conciencia y religión. En un contexto normativo que dé pre-

eminencia a la “conciencia institucional”, las personas que trabajen en esos establecimientos se verían impedidas de ejercer sus derechos de manera plena. Trabajar en una institución confesional no debe implicar renunciar al derecho a la libertad de conciencia.

También se debe entender que cuando una institución privada presta servicios de salud a la población, satisface derechos fundamentales de las personas, como parte de las obligaciones generales del Estado de asegurar el acceso al derecho a la salud. La Corte Constitucional colombiana advirtió que esa prestación no se trata simplemente en un acuerdo privado, sino de la concreta implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el Estado y financiado en buena medida con recursos públicos.

El Comité DESC, en su Observación General 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, destacó que la obligación de proteger los derechos exige que los Estados adopten medidas efectivas para “evitar la injerencia directa o indirecta de terceros en el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva”. Así, los Estados como la Argentina deben aprobar y aplicar “leyes y políticas que prohíban los comportamientos de terceros que causen daño a la integridad física y mental o menoscaben el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, en particular el comportamiento de los establecimientos privados de atención de la salud” (OG 22, párr. 42, CDESC).

También señaló que, cuando los Estados permitan invocar la objeción de conciencia, debe ser regulada de forma que no impida a nadie el acceso a los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva: “La no disponibilidad de bienes y servicios debido a políticas o prácticas basadas en la ideología, como la objeción a prestar servicios por motivos de conciencia, no debe ser un obstáculo para el acceso a los servicios. Se debe disponer en todo momento de un número suficiente de proveedores de servicios de atención de la salud dispuestos a prestar esos servicios y capaces de hacerlo en establecimientos públicos y privados a una distancia geográfica razonable”.

El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre discriminación contra la mujer (A/HRC/32/44) identificó la deficiente regulación de la objeción de conciencia como una de las principales barreras de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. El Comité contra la Tortura también se mostró preocupado por los obstáculos para acceder a interrupciones legales del embarazo, porque hace que las gestantes recurran a abortos clandestinos, a menudo en condiciones peligrosas (CAT/C/POL/CO/5-6 23).

La penalización del aborto y una serie de derechos humanos violados

Las restricciones a los derechos sexuales y reproductivos repercuten sobre otros derechos humanos de las personas gestantes. Cuando no pueden acceder en condiciones dignas a los servicios de salud en situaciones de embarazo no deseado, se las discrimina; se les impiden los procedimientos médicos que sólo ellas necesitan y sólo ellas viven las consecuencias físicas y emocionales de esa privación. Cuando transitan embarazos no deseados, se ven expuestas a riesgos en la salud que no experimentan los varones cis.

Ese trato diferenciado al que las somete el Estado afecta especialmente a las mujeres pobres y adolescentes que no tienen la posibilidad de acceder al sistema de salud privado. Es decir que a la discriminación por razones de género, se suma la discriminación por condición socio-económica y etaria.

La moralidad pública “no puede esgrimirse como pretexto para promulgar o aplicar leyes que puedan dar pie a violaciones de los derechos humanos, incluidas las que tienen por objeto regular la conducta sexual y reproductiva y la adopción de decisiones”. Esta afirmación es del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de Naciones Unidas. Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) 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.

Respecto de la atención médica, la Recomendación General N° 24 del Comité CEDAW especificó que “Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”. Los Estados están obligados a remediar este tipo de práctica discriminatoria.

Violación al derecho a la vida

En situaciones de embarazo no deseado, el Estado viola el derecho a la vida cuando consideramos la falta de políticas que aseguren el derecho a la salud y los altos índices de mortalidad que se generan como consecuencia de los abortos clandestinos practicados en condiciones de riesgo. La tasa de muerte materna viene bajando en la Argentina a partir de las acciones del socorrismo, en el que distintos grupos de militantes feministas acompañan a quien desea interrumpir su embarazo para que el aborto se realice en condiciones de mayor seguridad. Se trata, sobre todo, de abortos medicamentosos. Sin embargo, la sociedad civil y el activismo no reemplazan al Estado y sus obligaciones.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró en su Observación General N°28 la falta de acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva, incluido el aborto, como una violación del derecho a la vida de la mujer, y señaló el deber de los Estados de adoptar medidas para proteger este derecho, incluyendo aquellas necesarias para evitar que recurran a abortos clandestinos, así como ajustar la legislación interna para adecuarla al Pacto. El Estado debe garantizar que las personas gestantes tengan acceso a las condiciones que garantizan una existencia digna.

El Comité CEDAW expresó su preocupación por el vínculo entre los niveles de mortalidad materna y la penalización del aborto. Las muertes maternas que pueden prevenirse indican que el Estado no respeta plenamente el derecho a la vida de las gestantes. En 2014 llamó la atención sobre el aborto inseguro por ser la causa principal de mortalidad y morbilidad materna e instó a que los Estados eliminen las medidas punitivas para las mujeres que se practican abortos y organicen los servicios de salud para que la objeción de conciencia no impida el acceso a los servicios de salud reproductiva, incluido el aborto y la atención post-aborto.

El Comité de Derechos del Niño en “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la

Convención sobre los Derechos del Niño” se pronunció sobre el contenido del derecho a la salud y la necesidad de adoptar medidas para reducir la mortalidad materna causada por los abortos inseguros: “Los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la mortalidad materna en las niñas y adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas”.

Violación al derecho a la salud

Las mujeres y personas trans tienen según la ley el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, tal como la entiende la OMS: un completo estado de bienestar físico, mental y social. El aborto practicado en condiciones de riesgo, clandestinidad, indignidad, puede tener efectos devastadores para su salud y, en los casos en que el aborto no provoque la muerte, están expuestas a padecer complicaciones posteriores de todo tipo, tanto en su salud física como psíquica y emocional.

En 2016, a la luz del caso Belén, la joven tucumana que pasó más de dos años encarcelada por un aborto espontáneo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en sus Observaciones finales sobre la Argentina indicó que el Estado debe “considerar la descriminalización del aborto”.

El Comité CEDAW recomendó en 1999 a los Estados Parte 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”. Y luego, en 2017 en su Recomendación General N° 35 que ya citamos enfatizó que las violaciones a los derechos a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos como el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y

reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayó que los Estados tienen obligaciones inmediatas como la garantía de que el derecho a la salud será ejercido sin discriminación y el deber de adoptar medidas para que eso se cumpla con cuatro características interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y calidad.

Violación al derecho a la integridad física, psíquica y moral

Las restricciones a la salud sexual y reproductiva vulneran el derecho a la integridad física, psíquica y moral de las gestantes. La criminalización del aborto en general y la inaccesibilidad al aborto legal en particular les impone a las niñas, adolescentes, mujeres adultas, varones trans y personas no binarias, el embarazo y la maternidad forzada. Ello, a su vez, viola su autonomía y dignidad y les reduce a su función reproductiva.

Según la Corte IDH, la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. La forma como se construye esa decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja (caso “Artavia Murillo”).

Violación al derecho de estar libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes

La inaccesibilidad al aborto legal constituye un trato cruel, inhumano y degradante. En diciembre de 2013, el Relator Especial sobre la tortura de Naciones Unidas señaló que las restricciones en el acceso al aborto permitido por ley infringen la prohibición de la tortura y malos tratos. Así, exhortó a

todos los Estados cuya legislación nacional autoriza los abortos en diversas circunstancias a “velar por la disponibilidad real de los servicios sin consecuencias adversas para la mujer o el profesional de la salud”.

La Argentina tuvo una condena internacional en el caso “L.M.R.”, una joven bonaerense con discapacidad que quedó embarazada luego de una violación, cuyo acceso al aborto legal fue indebidamente judicializado y luego negado por una jueza de menores. La sentencia –confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil–, fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires que, finalmente, autorizó el aborto. Desde el pedido original de interrupción del embarazo hasta la sentencia del máximo tribunal provincial transcurrieron dos meses. A pesar de la autorización, ningún centro de salud de la provincia accedió a realizar la práctica, por argumentos religiosos, lo que empujó a L.M.R a practicarse un aborto por fuera del sistema público de salud.

El Comité de Derechos Humanos consideró que la omisión del Estado de proveer los servicios de aborto seguro en el caso “L.M.R.” le causó a la víctima sufrimiento moral y físico. Como condena, el Comité estableció que el país indemnizara a la joven y adoptara medidas (legislativas y/o regulatorias) para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

Violación del derecho a la autonomía, intimidad y dignidad

El Comité CEDAW indicó en su Recomendación General N°21 de 1994 que “las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan sus derechos a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciado de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número

y el espaciamiento de los hijos que tiene”. Al mismo tiempo, al reconocer la necesidad de la despenalización del aborto, el Comité concluyó en 1999 que en ciertas circunstancias esa práctica puede ser la única forma en que una mujer pueda realizar su derecho a decidir.

En el caso “Artavia Murillo”, la Corte IDH dejó en claro que “la protección de la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”. Y concluyó que “la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la fecundación *in vitro*”.

En el caso “L.M.R.”, el Comité de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que el Estado argentino violó su derecho a la intimidad y sostuvo que hubo una “ilegítima injerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico”.

En el caso “F.,A.L.”, la CSJN consideró respecto de la dignidad de las personas que “el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente”: en el caso de las mujeres como un medio para la reproducción humana, sin capacidad de decisión autónoma. Además, que “la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirles a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”.

Índice de siglas

CADH

Convención Americana
de Derechos Humanos

CCyCN

Código Civil y Comercial
de la Nación

CDN

Convención sobre
Derechos del Niño

CEDAW

Convención sobre la
Eliminación de Todas las
Formas de Discriminación
Contra la Mujer (ONU)

CIDH

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Comité DESC

Comité de Derechos
Económicos, Sociales
y Culturales de las
Naciones Unidas

Corte IDH

Corte Interamericana
de Derechos Humanos

CSJN

Corte Suprema de
Justicia de la Nación

DUDH

Declaración Universal
de Derechos Humanos

OMS

Organización Mundial
de la Salud

PIDCP

Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políticos

PIDESC

Pacto Internacional
de Derechos Económicos,
Sociales y Culturales

TEDH

Tribunal Europeo de
Derechos Humanos

referencias

- Comité CEDAW. “Observaciones finales sobre Colombia”, UN Doc. A/54/38, 9 de julio de 1999.
- Comité CEDAW. Recomendación General N° 2419: “La Mujer y la Salud. Violencia contra la Mujer”, U.N. Doc. A/47/38, 1992.
- Comité CEDAW. Recomendación General N° 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 1992.
- Comité de Derechos Humanos. “L.M.R. v. Argentina”, Comunicación N° 1608/2007, UN Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007, 29 de marzo de 2011.
- Comité de los Derechos del Niño. “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, UN Doc. CRC/GC/2003/4, 1 de julio de 2003.
- Consejo Constitucional Francés. Decisión N° 2001–446, 27 de junio.
- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06, VI.5.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388/09.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, serie C N° 257, 28 noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 23/81, caso 2141 (“Baby Boy”).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional”, 6 de agosto de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “F.,A.L. s/medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. “Stormans, Inc. v. Wiesman”, 794 F.3d 1064 (9° Cir. 2015), cert. denied, 136 S. Ct. 2433 (2016).
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. “Acción Directa de Inconstitucionalidad N° 3510”, 29 de mayo de 2008.
- Tribunal Constitucional de Alemania. Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993.
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985, 11 de abril de 1985.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Costa y Pavan c/Italia”, 28 de agosto de 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Evans vs. Reino Unido”, 10 de abril de 2007.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Pichon y Sajous v. France”, N° 49853/99, 2 de octubre de 2001.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Vo vs. Francia”, 8 de julio de 2004.
- Tribunal Supremo de Irlanda. “Roche vs. Roche & Ors”. 15 de diciembre de 2009, IESC 82.
- Sentencias anteriores a 1994 de la Corte que incorporan recomendaciones y sentencias de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos: Cfr. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y Ot.”, sentencia del 7 de julio de 1992, cons. 21 (Fallos 315:1492); “Giroldi, Horacio y otro”, sentencia del 7 de abril de 1995, cons. 11 (Fallos 318:514); “Videla, Jorge s/ incidente de excepción de cosa juzgada”, sentencia del 21/8/2003, cons. 11, voto del Dr. Petracchi (Fallos 326:2805); “Arancibia Clavel, Enrique s/ Homicidio calificado y asociación ilícita y otros –Causa N° 259–”, sentencia del 24/08/2004, cons. 16 del voto del Dr. Boggiano (Fallos 327:3294); “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, sentencia del 21/9/2004, cons. 8 a 13; “Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional”, sentencia del 4/9/2007, cons. 6; “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, sentencia del 14/6/2005 (Fallos 328:2056); “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, sentencia del 3/5/2005, cons. 39; “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007, cons. 20.



Centro de Estudios Legales y Sociales
Piedras 547, 1er piso C1070AAK
Buenos Aires, Argentina.
Tel/fax: +54 11 4334-4200
e-mail: consultas@cels.org.ar
www.cels.org.ar

