

**XV JORNADAS DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2019
Corrientes - Argentina

XV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de

Derecho y Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2019
Corrientes -Argentina / Fernando Acevedo ... [et al.] ;
compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed.-
Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.
CD-ROM, EPUB

ISBN 978-987-619-345-0

1. Análisis Jurídico. I. Acevedo, Fernando. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.
CDD 340



ISBN Nº 978-987-619-345-0

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Octubre de 2019

LA SALUD DE LA MUJER COMO FUNDAMENTO DE LAS LEYES QUE RESTRINGEN EL ABORTO: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COMPARADO

Macambira, Matheus A.

matheusmacambira@gmail.com

Resumen

La evidencia médica de la seguridad relativa del aborto es un elemento fundamental para determinar su regulación legal. Se realizó una revisión de jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, y se encontraron casos en los que la evaluación de la incidencia del aborto en la salud de la mujer fue elemental para la decisión del tribunal. Se destaca la importancia del estándar de carga indebida como está formulado en *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* para examinar la constitucionalidad de las regulaciones del aborto.

Palabras claves: Interrupción del embarazo, Derechos reproductivos, Derechos Humanos

Introducción

Una de las principales razones que se han esgrimido para explicar históricamente la promulgación de leyes de criminalización del aborto en el siglo XIX y para justificar su continuidad hasta nuestros días ha sido la preocupación suscitada en la sociedad y en el Estado por la salud de la mujer que se somete a esta práctica. Se sostuvo que el propósito de las leyes penales que tipifican el aborto en la Argentina era el de impedir que la mujer embarazada se sometiera a un procedimiento que ponía su vida en grave peligro. Sin embargo, la existencia de evidencia científica mixta dio lugar a diversas posturas jurisprudenciales sobre las facultades de la judicatura en materia probatoria. El objetivo de este trabajo es determinar la validez material de las premisas teóricas que fundamentan las leyes restrictivas del aborto, en tanto tienen como base percepciones rebatibles sobre la naturaleza, el grado, el alcance y la comprensión del riesgo alegado para la salud de la mujer gestante. Dicha determinación parte de una perspectiva de derecho comparado, analizando cómo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos abordó el tema en los sucesivos casos que han llegado a su conocimiento, y de acuerdo con un renovado paradigma sobre el papel de los tribunales en la verificación de la evidencia científica controvertida.

Materiales y método

El abordaje utilizado de forma preferente para concretar y sistematizar los distintos ejes que hacen a la investigación está dado por un diseño de tipo bibliográfico, instancia metodológica que presupone la utilización de un enfoque cualitativo. Se ha realizado una revisión de jurisprudencia comparada como herramienta primordial para el establecimiento de enlaces teóricos entre las interpretaciones que han hecho los tribunales del significado y alcance de los derechos subjetivos involucrados. Fundamentalmente, se analizó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016) y otros fallos sobre derechos reproductivos que integran la llamada doctrina de la libertad interseccional. Se empleó una revisión documental normativa en la medida en que esta fue necesaria para comprender la naturaleza de la interacción jurisprudencial-normativa en el contexto de cada caso. Por último, cuando se determinó que un cambio interpretativo o el establecimiento de un principio se ha motivado o fundado por un avance en el campo de la ciencia, la técnica o la medicina, se acudió a la literatura específica para analizar y comprender sus posibles derivaciones jurídicas y para examinar su consideración en el plexo legal vigente.

Resultados y discusión

La salud de la mujer que se realiza un aborto ha sido un asunto de debate recurrente en todos los ámbitos académicos y de la vida civil, pero a partir del año 2018, cuando el Congreso argentino trató por primera vez el proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, esta cuestión adquirió una renovada

significación. Los legisladores hicieron referencia a la salud de la mujer en numerosas ocasiones, tanto para fundamentar la aprobación como el rechazo del proyecto, y esto se reprodujo entre gran parte de la ciudadanía, que asumía diversas posiciones y discutía si el aborto es un procedimiento peligroso o seguro, y si tras una u otra respuesta debería prohibirse o permitirse. Y desde luego, como cabe esperarse, los tribunales tampoco han sido ajenos a este debate. Son ellos los que deberían tratar el nuevo abanico de casos que aparecerían con la nueva ley, y aunque esta no fuera aprobada, como sucedió ese año, son ellos los que tienen que seguir trabajando con una norma que es ampliamente cuestionada, y que tiene diversas relaciones con otras normas del ordenamiento jurídico que son alcanzadas por la controversia y también podrían reformarse prontamente. Más allá de lo personal que pueda parecer, no somos el primer país que ha llegado a esta etapa del *zeitgeist moral*. Estados Unidos abandonó la persecución penal del aborto hace medio siglo, y ha transitado por décadas de debates post-despenalización que desarrollan extensamente muchos los temas que hacen a la fundamentación de las posturas que puede adoptar un país respecto al tratamiento legal del aborto.

En *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016) la Corte Suprema de Estados Unidos anuló dos disposiciones de una ley de Texas destinadas a cerrar clínicas que proveían abortos, señalando que leyes similares en todo el país también son inconstitucionales. Tres años antes, los legisladores de ese estado habían aprobado una serie de regulaciones cuyo objetivo declarado era proteger la salud de las mujeres. La primera de las regulaciones obligaba que los médicos que practicaban abortos obtuvieran "*privilegios de admisión*" en un hospital cercano, una especie de permiso muy difícil de conseguir por razones burocráticas y que no reflejaba en ninguna medida la aptitud o la experiencia del profesional de salud. La segunda regulación era la de los "*centros quirúrgicos*", que exigía que las clínicas de abortos cumplan con ciertos parámetros de espacio y personal tan específicos como el ancho de los pasillos, la cantidad y tamaño de las salas, entre otros, que en nada afectaban la prevalencia de complicaciones del aborto, procedimiento que hace tiempo dejó de ser quirúrgico, por lo menos en el primer trimestre, donde se realizan la mayoría de los abortos. Sólo el primero de los requisitos entró en vigencia, y la mitad de las clínicas de Texas cerró. Si entraba en vigencia el segundo, sólo quedarían ocho o siete clínicas de las 40 que existían antes de la sanción de la ley. Los jueces de *Whole Woman's Health* aplicaron el estándar de la *carga indebida* para determinar que ambos requisitos eran inconstitucionales.

Desde el fallo histórico *Roe v. Wade* (1973) el derecho de la mujer a acceder un aborto estaba enmarcado dentro de los derechos constitucionales a la libertad, a la privacidad y a la autonomía personal. El fallo equilibró este derecho con el interés del estado en proteger la vida prenatal y en resguardar la salud de la mujer elaborando un marco trimestral en que la regulación del Estado sobre el aborto aumenta a medida que avanza el embarazo. El conflicto se solucionaba dándole a cada derecho o interés su momento de protección preferente. La salud operaba como límite de la autonomía de la mujer en el segundo trimestre, donde "*el estado tiene un interés legítimo en velar por que el aborto (...) se realice bajo circunstancias que aseguran la máxima seguridad para el paciente*" (p. 11). La prueba de *carga indebida* es el estándar legal que los tribunales usan para determinar si una restricción de aborto viola la Constitución, cuyo origen se encuentra en *Planned Parenthood v. Casey* (1992) donde el tribunal eliminó de la ley de Pensilvania el requisito de notificación de cónyuge aplicando el estándar de la carga indebida, que aparece bajo la siguiente formulación: "*Existe una carga indebida y, por lo tanto, una disposición legal no es válida si su propósito o efecto es colocar un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto antes de que el feto alcance la viabilidad*" (p. 837).

La decisión de *Whole Woman's Health* consolidó la prueba de carga indebida como una forma de *escrutinio intensificado* para determinar si una ley que obstaculiza injustificadamente el derecho al aborto. Así, para confirmar la constitucionalidad de una norma, los tribunales deben determinar si: a) Fomenta un interés estatal válido: una ley *realmente* (empíricamente) debe promover un interés estatal válido, no solo "*relacionarse racionalmente*" (estar diseñada para promover) dicho interés, y los tribunales no pueden diferir esta determinación a las legislaturas (p. 19), lo contrario significaría "*equiparar la revisión judicial aplicable a la regulación de una libertad personal constitucionalmente protegida con la revisión menos estricta aplicable, por ejemplo, a la legislación económica*" (p. 20); b) Confiere beneficios que superan las cargas: los tribunales deben sopesar los beneficios logrados por una restricción del aborto con las cargas que genera para las mujeres, y considerarla inconstitucional si las cargas superan los beneficios (p. 19); c) Se basa en evidencia creíble: los tribunales deben considerar los hallazgos basados en evidencia con una *metodología confiable* cuando evalúan los beneficios y las cargas de una ley, de esta manera, un experto

puede testificar en forma de opinión siempre y cuando esa opinión se base en “*hechos o datos suficientes*” y “*principios y métodos confiables*” (pp. 5, 33). Estos parámetros, si se adoptaran en la Argentina, pueden servir para fortalecer y dar arraigo empírico al principio de razonabilidad como aplicación del Debido Proceso Legal Sustantivo a la hora de evaluar la constitucionalidad de una norma, así las leyes deberían pasar por un doble examen de correspondencia fáctica para ser reputadas válidas.

En efecto, una de las cuestiones medulares del caso, que se encuentran en el fondo de las reglas del escrutinio intensificado, es el cambio de paradigma en la cuestión de cuánto deberían diferir los tribunales a las legislaturas cuando se hallan ante “*evidencia científica mixta*”. La Corte de 2016 cambió el criterio adoptado en 2007 por *Gonzales v. Carhart*, donde se sostuvo que los casos de incertidumbre médica deben ser resueltos por las legislaturas, no por los tribunales. Es decir, se acepta de forma incuestionable las declaraciones de hecho realizadas por el poder legislativo, en modo similar a como se hace con las cuestiones políticas no judiciales. Al contrario, en *Whole Woman’s Health*, se ha estimado que dicha doctrina “*es incompatible con la jurisprudencia de este Tribunal, que ha otorgado un peso considerable a las pruebas y argumentos presentados en los procedimientos judiciales*” (p.20). La decisión deja en claro que el tribunal conserva el deber constitucional independiente de revisar los hallazgos de hecho donde los derechos constitucionales están en juego, incluso cuando existe incertidumbre médica. Curiosamente, dicha incertidumbre frecuentemente era alegada por la parte que se basaba en estudios de menor calidad, sin revisión por pares o doble ciego, con muestras no representativas o sesgadas, etcétera. Por ejemplo, uno de los expertos llamados por Texas fue Vincent Rue (p. 34) que afirmaba disponer de evidencia de que el aborto era peligroso para la salud mental de la mujer. Sin embargo, su estudio:

“[Se basó en] las descripciones de un grupo de treinta (30) mujeres con antecedentes de aborto hasta 25 años antes de la entrevista, 46% de quienes tuvieron los abortos en el segundo trimestre, 4% en el tercer trimestre y algunas en condiciones de clandestinidad. En este estudio retrospectivo no hay controles (por ejemplo, mujeres que no hubieran tenido abortos, sino que decidieron continuar un embarazo no deseado), no se toma en cuenta el tiempo transcurrido desde la vivencia del aborto y no se describe la psicopatología previa, o su ausencia”. (Rondón, 2009, p. 11)

Por otra parte, la mejor evidencia disponible mostró que las mujeres que abortaron no tuvieron más síntomas de ansiedad, desórdenes psiquiátricos, problemas de autoestima o depresión que las mujeres que continuaron con el embarazo no deseado (Charles, 2008). Si se compara un estudio como éste, que comprende un universo estadístico de 289.000 pacientes, con uno que entrevistó a apenas 30, queda claro que a veces no existe realmente “*incertidumbre médica*”, sino que esta se alega para que el tribunal se abstenga de cortejar la evidencia cuando la diferencia entre la calidad de los estudios contradictorios es muy significativa. Se observan más casos de evidencia de mala calidad siendo sostenida por el estado a lo largo del fallo, y eso confirma la importancia de un estándar de escrutinio sólido y exhaustivo.

La debilidad de las restricciones impugnadas en *Whole Woman’s Health* radicaba en que las cargas que debían soportar las mujeres por el cierre de las clínicas resultaban descomunales, en tanto que los beneficios reales para su salud eran escasos, si no nulos. El razonamiento de que la salud de la mujer debe ser protegida del aborto legal se confronta facialmente con el consenso científico. Un aborto legal “*es uno de los procedimientos más seguros que realizan los médicos*” (Opinión concurrente de Ginsburg, p. 1-2), es tres veces más seguro que la extracción de una muela del juicio (Upadhyay, 2015, p. 175-183) y seis veces más seguro que el viagra (Crenin, 2006, p. 1-2). Hay 14 veces más probabilidades de morir en el parto que en un aborto legal, aunque la ley permite el parto domiciliario (*Whole Woman’s Health*, p. 30). La colonoscopia, un procedimiento que generalmente se realiza fuera del entorno de un hospital, tiene una tasa de mortalidad 10 veces mayor que un aborto. La tasa de mortalidad por liposucción, otro procedimiento ambulatorio, es 28 veces mayor que la tasa de mortalidad por aborto (Ibid.). Sin embargo, ninguno de estos procedimientos es objeto de una regulación tan estricta. De hecho, el aborto con misoprostol y mifepristona es seguro y las complicaciones son muy pocas incluso cuando se realiza en el hogar (Kallner, 2010, p. 1153–1157). Sólo 0.23% de las 54.911 pacientes requirió ingreso hospitalario tras el aborto (*Whole Woman’s Health*, p. 23). Incluso en los pocos casos donde se requirió ingreso hospitalario (15 casos) fue en los días posteriores al aborto, por lo que es más probable que la mujer busque atención en el hospital más cercano a su domicilio. Todo ello indica que la calidad de la atención que recibe el paciente no se ve afectada por si el proveedor de aborto tiene privilegios de admisión en el hospital, o si la clínica de abortos cumple con los requisitos del centro quirúrgico. Cuando se le preguntó directamente en un argumento oral si Texas conocía una sola instancia en la que el nuevo requisito hubiera ayudado incluso a una mujer a obtener un mejor tratamiento,

Texas admitió que no había evidencia en el registro de tal caso. El tribunal proporcionó más de 1.700 páginas de apéndices con evidencia científica proveída por sociedades de medicina, de obstetricia, de pediatría, de investigadores sociales, entre otros.

A la vista de la evidencia, la ley de Texas tiene escasos o nulos beneficios reales, pero crea grandes inconvenientes a las mujeres que se van a ver afectadas por el cierre de las clínicas. Menos clínicas significaban tiempos de espera más largos y mayor hacinamiento, además de la situación de que miles de mujeres tengan que recorrer grandes distancias para acceder a un aborto. El aumento de las distancias de conducción no siempre constituye una carga indebida, pero es una carga adicional que, cuando se toma junto con otros, coadyuva a constituirlo. Todo esto afecta fundamentalmente a las mujeres pobres y desfavorecidas.

La prueba de la carga indebida y la revisión de la evidencia científica por parte de los tribunales no se limita a las leyes que obstruyan excesivamente el derecho al aborto, sino que son “*de amplia aplicabilidad*” (Center for Reproductive Rights, 2018, 3) a otras cuestiones. Los jueces “*han proporcionado una hoja de ruta para que los jueces de todos los niveles apliquen el estándar en el futuro*” (Ibid.). Por ejemplo, se puede pensar que la peligrosidad o seguridad relativa del glifosato es un asunto donde la evidencia científica es controvertida, no obstante, cuando un tribunal se halla ante un caso de daño al ambiente o a las personas por contaminación, debe evaluar las evidencias presentadas por los peritos y determinar si ese daño se ha producido, no abstenerse de fallar o diferir la cuestión al legislador.

Conclusión

Whole Woman’s Health realizó un gran aporte al mostrar a los tribunales estadounidenses cómo deben aplicar la prueba de la carga indebida, estudiar este estándar jurisprudencial puede ser útil para mejorar estrategias de litigio a la hora de defender derechos contra restricciones injustificadas del Estado. Es importante que los tribunales asuman el deber de examinar si las justificaciones de una ley proporcionadas por la legislatura se corresponden con la realidad empírica y no son simplemente especulativas. Es preciso aprender a distinguir una ley con un propósito declarado de una que realmente favorece a ese propósito y no a otro. Debemos abandonar toda tesis similar a la expuesta en *Gonzales*, respecto de que los tribunales no tratan asuntos científicos porque estos ya son tratados antes de la sanción de la ley, al contrario, los tribunales deben revisar los asuntos de hecho toda vez que los derechos constitucionales están en juego. Las políticas públicas deben basarse en la mejor evidencia disponible, y rol de los investigadores sociales debe ser ayudar al público a desarrollar un consenso que pueda contribuir a una solución socialmente aceptable para la cuestión del aborto.

Referencias bibliográficas

- Center for Reproductive Rights. (2018). *The undue burden standard after Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*. Recuperado de <https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/WWH-Undue-Burden-Report-07262018-Edit.pdf>
- Charles, V. (2008). *Database of Abstracts of Reviews of Effects (DARE): Quality-assessed Reviews*. Recuperado de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK75248/>
- Charo, A. (2016). *Whole Woman’s Victory — or Not?* The New England Journal of Medicine, 375, 809–811. Recuperado de <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp1609167>
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (2016) “*Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*”, caso 15-274, disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274_new_e18f.pdf
- (2007) “*Gonzales v. Carhart*”, caso 05-380, disponible en <https://www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/05-380.pdf>
- (1992) “*Planned Parenthood v. Casey*”, caso 91-744, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.pdf>
- (1973) “*Roe v. Wade*”, caso 410 US 113, disponible en

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>

Creinin, M. (2006). *Mifepristone-Misoprostol Medical Abortion Mortality*. Medscape General Medicine. Recuperado de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1785176/>

Kallner, K. (2010). *Home self-administration of vaginal misoprostol for medical abortion at 50–63 days compared with gestation of below 50 days*. Oxford Academic. Human Reproduction, 25(5), 1153–1157. Recuperado de <https://academic.oup.com/humrep/article/25/5/1153/639751>

Rondón, M. (2009). *Resultados de la investigación sobre las consecuencias emocionales y psicológicas del aborto inducido*. Recuperado de <https://promsex.org/wp-content/uploads/2010/06/Consecuencias-emocionales-psicologicas-aborto-inducido-Marta-Rondon.pdf>

Upadhyay, U. (2015). *Incidence of Emergency Department Visits and Complications After Abortion*. Obstetrics & Gynecology, 125(1), 175–183. Recuperado de https://journals.lww.com/greenjournal/Fulltext/2015/01000/Incidence_of_Emergency_Department_Visits_and.29.aspx

Filiación

Macambira, Matheus A. Becario de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Director: Mario Roberto Villegas. PEI-FD 2017/009: Decisiones judiciales sobre la exigibilidad de los Derechos Sociales en la Argentina del siglo XXI desde la crítica de la justicia deliberativa. Periodo de vigencia: 2017-2020. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Periodo de la beca: 2019-2020.