

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

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2018
Corrientes - Argentina

XIV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2018 Corrientes -Argentina / Estefanía Daniela Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.
548 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-344-3

1. Análisis Jurídico. I. Acosta, Estefanía Daniela II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.
CDD 340



ISBN N° 978-987-619-344-3

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

EL DERECHO QUE AÚN NO SE LEGISLA: EL ABORTO EN ARGENTINA

Anís, Mónica Andrea
monicaanis@hotmail.com

Nazaruka, Noelia S.
noelianazaruka@hotmail.com

Resumen

Derechos formalmente reconocidos a todos, como son el de autonomía personal, igualdad y no discriminación, se ven restringidos e incluso negados, cuando de ser mujer y despenalizar el aborto, se trata.

Palabras claves: Género, Igualdad, Aborto

Introducción

Diversas interpretaciones giran en torno a la constitucionalidad/convencionalidad de la despenalización del aborto y su correspondiente legalización. No estamos frente a una disputa teórica sin coyuntura, cuyo objetivo final sea: ganar-perder. Se trata de descifrar en clave pro-persona a la Constitución Nacional y las Convenciones que amparan los derechos humanos.

Parafraseando al Juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado para la sentencia del caso “Claude Reyes y otros vs. Chile” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de septiembre de 2006, entendemos que *“los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el (...) artículo 29 (de la Convención Americana), así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”* (Párrafo 2).

El principal objetivo de esta comunicación es explorar los argumentos a favor de la descriminalización del aborto, opuestos al *cuasi-mantra* que rezan los sectores conservadores del derecho absoluto a la vida.

El derecho protagónico en escena: la libertad de las mujeres. La problemática discursiva: su falaz oposición con el supuesto derecho a la vida del feto.

Materiales y método

El presente trabajo se llevó a cabo a partir de la investigación en diversas fuentes, que se detallan en la bibliografía utilizada, con un pormenorizado análisis de las posturas respecto de la cuestión traída a la mesa de debate, y teniendo en cuenta la participación que tuvieron diferentes profesionales en el recinto legislativo, al momento de pronunciarse al respecto. La problemática planteada se ha estudiado desde la perspectiva de la necesidad de incorporar en la agenda pública el tema en cuestión, en clave *pro persona*.

Discusión y resultados

Sentada nuestra posición, invitamos al debate a partir de tres argumentos iniciales, que serán concisamente explicados, en razón de la extensión que se nos permite.

Primer argumento: Un derecho no es anulado por otro.

Los supuestos derechos en pugna deben ser reglamentados e interpretados, razonablemente, a partir del postulado constitucional (art. 28 CN), toda vez que no existen derechos absolutos. En ese sentido, se advierte que 17 países que han ratificado la CADH, también cuentan con normas de aborto no punible, que no han sido observadas negativamente por los organismos internacionales, lo que da cuenta de la compatibilidad de los cánones establecidos por el Sistema Interamericano y la despenalización del aborto.

Si bien el art. 4.1 de la CADH, establece el derecho a la vida, lo hace *“en general”*, precisamente porque no es un derecho absoluto, teniendo en cuenta que al momento de su redacción, ya varios países contemplaban

el aborto no punible. Por otro lado, la CDN no consagra la protección de l@s niñ@s desde el momento de la concepción, ni las interpretaciones que el Comité hizo del texto literal.

Es más: El propio Comité ha recomendado explícitamente a la Argentina que revise su legislación penal sobre el aborto a fin de garantizar el derecho a la vida de niñas y adolescentes.

En esta línea, en ocasión de la 78° sesión, en junio de 2018, Amnistía Internacional ha señalado que: “*Los marcos legales restrictivos en materia de interrupción legal del embarazo, como el del Estado argentino, exponen a las niñas y adolescentes a riesgos en su salud e incluso en su vida.*” recomendando a nuestro país a “...4. *Garantizar el acceso en la práctica y disponibilidad de los servicios de interrupción legal del embarazo a niñas y adolescentes y la consejería pre y post aborto. 5. Garantizar que Argentina despenalice el aborto, a fin de remover la herramienta penal como amenaza a quienes buscan acceder a un aborto...*”

También es objetable la falacia que, de legislarse el aborto no punible, se impondría una nueva obligación a las provincias, en tanto éstas ya están obligadas a garantizar los abortos no punibles desde 1921 (vigencia del Código Penal)

Los datos son objetivos: las Observaciones Finales a la República Argentina, CRC/C/ARG/CO/5-6, de fecha 1° de Junio de 2018, Párrafo 32.b del Comité de los Derechos del Niño, y la Recomendación General N° 35 (2017) del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, advierten que en Argentina se llevan a cabo un promedio de entre 486.000 y 522.000 abortos clandestinos al año (equivalente a más de un aborto por cada dos nacimientos). En ese año, 49.000 mujeres se internaron en hospitales públicos por problemas relacionados con el aborto. De las 135 mujeres que en promedio fueron hospitalizadas por día en centros públicos por estas complicaciones, dos de cada 10 no alcanzaban los 20 años de edad.

Segundo argumento: Descriminalizar el aborto es concretar las mandas constitucionales de igualdad y autonomía.

El principio de igualdad como no discriminación, desprendido del art. 16 de nuestra Constitución originaria, se ve fortalecido por el principio de igualdad como no sometimiento, con carácter estructural y no ya individual, contenido en los arts. 75 inciso 23 y 37.

Las mujeres pertenecemos a un grupo que ha sido cultural e históricamente desaventajado, y tratado en muchas ocasiones como minoría, cuando nunca lo hemos sido. Nos hemos topado con obstáculos de hecho y de derecho para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, y que a lo largo de la historia, los hemos ido sorteando.

Sin embargo, a la fecha aún el derecho a la igualdad formal se ve cercenado en una legislación concreta: el código penal que tipifica el aborto, toda vez que el mismo crea un impacto diferenciado entre varones y mujeres, en tanto se coacciona a la mujer a seguir un estereotipo femenino: el de la maternidad. Tipificación que no solamente aborda el cuerpo, sino también los roles en los que, para el patriarcado, las mujeres debemos perpetuar.

Estamos, sin dudas, frente a una política pública de maternidad forzada, basada en patrones socioculturales que el Estado argentino se comprometió a erradicar (Art. 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). La restricción a la libertad del propio plan de vida, basado en el sexo, es un acto discriminatorio.

Esta discriminación se vuelve interseccional para las mujeres en condición de vulnerabilidad por pertenecer al grupo de pobres estructurales, ya que al penar el aborto, únicamente se fomenta su clandestinidad; y quienes tienen menos recursos económicos, acceden a prácticas con potenciales consecuencias para su vida y/o su salud.

“El embrión o feto no puede considerarse un tercero autónomo equiparable a la mujer. No posee los mismos derechos que la mujer gestante que es una persona con relaciones afectivas familiares, amistades, proyectos de vida y sueños. Si bien el Estado puede tener un interés en proteger el derecho a la vida en gestación del embrión/feto, no puede hacerlo por sobre los otros derechos en juego de la mujer gestante: derecho a la vida, a la autonomía, a la salud, a la dignidad, a la igualdad, a la integridad física y el derecho a no sufrir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

¿Acerca de la materialización de la autonomía personal? No se le puede exigir a una persona que realicen en beneficio de otra, actos heroicos, o sacrificios de gran envergadura. La CSJN en "FAL" (2012), ha señalado

que de la dignidad de toda persona se desprende" *el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente.*"

Tercer argumento: Control de convencionalidad

La doctrina del control de convencionalidad, que ya lleva más de 10 años vigente, obliga a los Estados Partes a adoptar disposiciones de carácter interno que sean compatibles con los lineamientos del sistema interamericano de derechos humanos.

Emilio Ibarlucía y Néstor Sagüés se cuestionan: ¿La Convención Americana está "por encima" de la Constitución, o la Constitución se halla "convencionalizada"?, reflexionando que: "...*la Constitución convencionalizada es una Constitución opuesta a la Constitución autista que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan...*".

Para que el Estado argentino cumpla en materia de igualdad y derechos humanos de las mujeres, resulta indispensable la despenalización y legalización del aborto. Como hemos observado *ut supra* palmariamente, numerosos organismos internacionales han recomendado expresamente a nuestro país la revisión de la legislación penal en este sentido.

En el Caso "L.M.R." ante el Comité de Derechos Humanos, se encontró responsable a la Argentina por la violación de los derechos a la igualdad, a la privacidad, al acceso a la justicia y por la violación de la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes contenidos en el Pacto, como consecuencia de la obstaculización al acceso a un aborto legal.

Cabe destacar que no hay organismos internacionales de protección de derechos humanos que hayan interpretado las Convenciones en el sentido de priorizar los derechos del embrión/feto por sobre los de la mujer, o hayan establecido que la obstaculización a los servicios de aborto seguro, constituyen violaciones a los derechos fundamentales.

Sólo por mencionar un ejemplo reciente, en su última Recomendación General (Nº 35) el Comité CEDAW estableció que las violaciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, tales como embarazo forzado, criminalización del aborto, la negación o demora del acceso a un aborto seguro, o a servicios de atención post aborto, además de violaciones al derecho a la salud son formas de violencia de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante.

Para no incurrir en responsabilidad estatal frente al concierto internacional, nuestro país debería comprometerse a partir de políticas públicas para la igualdad, con los estándares que propone el derecho internacional de los derechos humanos, en la temática traída a escena.

Conclusión

Sectores conservadores han atacado la posibilidad de despenalizar el aborto desde una literalidad dogmática miope, evitando el debate serio y comprometido con la realidad. El ordenamiento jurídico no escapa a los conflictos interpretativos. Y ante esa realidad, resulta menester la perspectiva hermenéutica convencional en el debate asertivo que permita construir consensos democráticos, respetuosos de la libertad y la autonomía personal.

No sólo no existe óbice convencional/constitucional para asegurar a las mujeres argentinas el acceso al aborto seguro, legal y gratuito, sino que hacerlo, sería conducente a la vigencia material de las mandas constitucionales de igualdad y autonomía, la inexorable observancia de los compromisos asumidos por nuestro país ante la comunidad internacional, y el fortalecimiento de la equidad democrática.

En esta lógica, entonces, la pregunta que queda para continuar el debate: Si el ordenamiento jurídico no es obstáculo para despenalizar el aborto y legislar en materia de aborto seguro: ¿cuáles son las razones por las que todavía, el derecho al aborto, es un derecho que no encuentra sustento legislativo? ¿Qué intereses hay detrás del debate?

Hasta tanto sea ley, las personas gestantes seguimos siendo rehenes de patrones socioculturales que no permiten la deconstrucción del estereotipo. Frente a esta concepción absolutista héteropatriarcal, que pregona que las mujeres nos realizamos siendo madres, solo queda, justamente, encomendarnos a un Estado que se jacta de democrático. Y hasta tanto sigamos siendo rehenes, la lucha por la igualdad, continúa.

Referencias bibliográficas

- Ibarlucía, E., (2013) *¿Existe una Constitución “convencionalizada”?*, LL, 2013-D, AÑO LXXVII, N°155, Agosto 2013 – ISSN 0024-1636.
- Sagüés, N (2010). “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano”. LA LEY, 2010-C, 1192
- Cánaves, Violeta, (2018), *Constitucionalidad del proyecto de ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, Bs. As: ELA. disponible en:
<http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cni=15&opc=49>
- Caso “Claude Reyes y otros vs. Chile” Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf
- Caso "L.M.R." Comité de Derechos Humanos, disponible en: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2013/lmr-contra-argentina-un-doc-ccprc101d16082007>
- Observaciones Finales a la República Argentina, CRC/C/ARG/CO/5-6, del Comité de los Derechos del Niño, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/countries/lacregion/pages/arindex.aspx>
- Recomendación General N° 35 (2017) del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, disponible en:
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
- Sesión N° 78 (2018), Amnistía Internacional, disponible en:
<https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR1382552018SPANISH.pdf>

Filiación institucional: Integrante de PI 16G003. Período 2017-2020. Acreditado por Resolución N° 970/16 CS – Directora: Dra. Mónica Anís.