

MARISA HERRERA – SILVIA E. FERNÁNDEZ
NATALIA DE LA TORRE

Directoras generales

CAROLINA A. VIDETTA

Coordinadora general

TRATADO DE GÉNEROS, DERECHOS Y JUSTICIA

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

LILIANA RONCONI – LAURA CLÉRICO

Coordinadoras



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

MARISA HERRERA – SILVIA E. FERNÁNDEZ
NATALIA DE LA TORRE
Directoras generales

CAROLINA A. VIDETTA
Coordinadora general

TRATADO DE GÉNEROS, DERECHOS Y JUSTICIA

**DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS HUMANOS**

LILIANA RONCONI – LAURA CLÉRICO
Coordinadoras

FUERA DE COMERCIO

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 – Tel. (0342) 401-9300 – S3000CMV Santa Fe

Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos / Liliana Ronconi ... [et al.] ; coordinación general de Liliana Ronconi ; Laura Clérico ; dirigido por Marisa Herrera ... [et al.] - 1ª ed. revisada - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2021

984 p. ; 23 x 16 cm

ISBN 978-987-30-2300-2

I. Derecho. I. Ronconi, Liliana, coord. II. Clérico, Laura, coord. III. Herrera, Marisa, dir.

CDD 341.48026

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

EL FRACASO DE LA REGLA DE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO EN ARGENTINA Y LOS LÍMITES DE LA DESPENALIZACIÓN POR CAUSALES

UN CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SOBREVINIENTE

por M. SOFÍA GANDUR¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Crítica a las posiciones que defienden la penalización del aborto. 3. El poder punitivo como *ultima ratio*. 4. El problema de reconocer derechos por la vía de excepción. 5. Algunas consideraciones finales.

1. Introducción

En general, la prohibición del aborto pretende proteger la vida. En el Derecho Penal argentino, la inclusión del tipo penal en el capítulo del Código Penal llamado *Delitos contra la vida* revela que el supuesto objetivo es la tutela de la vida intrauterina. Así, mediante esta norma se asume que hay vida antes del nacimiento y se la “protege” a través del Derecho Penal. A su vez, si bien establece como regla o principio la prohibición del aborto, despenaliza el mismo acto si concurre alguna de las siguientes causales: cuando se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la persona gestante o si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor.

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Tucumán, 2011. Docente de Destrezas V o Práctica Profesional II en la carrera de Abogacía en la UNT. Integrante de la Fundación Mujeres x Mujeres.

El problema del uso del poder punitivo como mecanismo de resguardo de los bienes que una sociedad busca salvaguardar es que en la relación entre el medio utilizado y el fin perseguido debe existir proporción. En el caso de la penalización del aborto, la desproporción es evidente. El Derecho Penal debe además ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger bienes jurídicos y solamente debe utilizarse cuando se hubieran descartado otras formas de control menos lesivas. Este principio conocido como la *ultima ratio* o de mínima intervención en materia penal, en su formulación más elemental, implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos deben ser empleados siempre como último recurso, y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad.

Así el objetivo de la penalización del aborto sea la protección de la vida intrauterina o la población del territorio, la cifra de abortos realizados por año a lo largo y ancho del país demuestra que la persecución penal en estos casos es absolutamente ineficaz. Las consecuencias reales de la penalización del aborto son las muertes por aborto clandestino, cuyas víctimas se encuentran siempre en los sectores de mayor vulnerabilidad en la sociedad: pobres y migrantes.

Si a esta circunstancia descrita se le agrega que el tipo penal del aborto tiene como única destinataria a la persona con capacidad biológica de gestar, se concluye fácilmente que además de desproporcionada e ineficaz, la penalización del aborto es discriminatoria.

2. Crítica a las posiciones que defienden la penalización del aborto

Existen principalmente dos posiciones que entienden que la penalización del aborto tiene como finalidad la protección de la vida y justifican la utilización del Derecho Penal. Por un lado, están quienes entienden que la penalización del aborto tiene por objetivo la protección de los derechos subjetivos de un ser humano, considerando al feto jurídicamente como una persona, y por ende la "víctima" del delito².

² BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, ps. 511/514.

Otras lecturas sostienen que un feto no puede ser considerado un sujeto de derecho, pero que el Estado tiene interés en la reproducción de los seres humanos³, un interés demográfico.

Tanto el discurso que supone proteger la vida como aquel que defiende un interés del Estado esconden e invisibilizan gran parte de lo que está involucrado en el problema: a la persona con capacidad de gestar.

El discurso que hace referencia a derechos tiene su raíz en la consideración de los seres humanos libres e iguales que deben ser respetados en razón de su dignidad humana; no se comprende, en tal sentido, por qué es que se enfatiza solamente en los derechos de uno de los "sujetos" y se desoyen las objeciones de las personas que son usadas como medios para la reproducción.

Si bien el embarazo es algo que sucede naturalmente, es el Estado el que valora en forma negativa su interrupción; esta decisión no tiene nada de natural, ni de científico. En este sentido, la biologización de la discusión sobre el aborto esconde la asignación social del rol de madres a las mujeres, la atribución de una función y finalidad a la sexualidad femenina que no es libremente determinada y la intervención en la definición de la relación de la mujer con su propio cuerpo, con su sexualidad y con su feto. Resulta más o menos obvio en una sociedad liberal que la relación de una persona con su cuerpo y su sexualidad no pueden ser impuestas ni definidas coercitivamente. No podemos más que concluir que la penalización del aborto ha devenido inconstitucional. De manera inconsecuente con este razonamiento, penalizándose la interrupción de los embarazos no deseados, se fuerzan ciertas relaciones de una persona con las consecuencias de su propia sexualidad y se impone un proyecto de vida.

3. El poder punitivo como *ultima ratio*

El poder punitivo o derecho a castigar legitimado en manos del Estado es el que despliega violencia sobre las personas con el objeto de proteger ciertos bienes jurídicos o permitir la consecución de los fines de la organización política.

³ DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994.

De las múltiples respuestas que en carácter de sanción las organizaciones políticas han sabido desarrollar a lo largo de la historia –muerte, mutilación, azotes, tacha de infamia, pérdida de derechos, expulsión, multa, trabajos forzados, entre muchas otras– al día de hoy la que decididamente predomina es la pena privativa de libertad. Esta última no sólo es tolerada en organizaciones sociales occidentales hoy, sino que de hecho se encuentra regulada dentro de las opciones del ejercicio punitivo estatal. Sin embargo, no deja de ser una restricción violenta de los derechos.

En una democracia constitucional, el Derecho Penal sólo debe ser utilizado cuando aparezca como un medio idóneo, necesario y proporcionado para la protección de los bienes jurídicos que se consideran valiosos y se intentan resguardar. Para cumplir con tal objetivo, es necesario analizar la factibilidad de la tutela penal.

Para la teoría retributiva de la pena, la culpabilidad del autor del acto tiene que ser compensada mediante la imposición de un mal (la pena) con la finalidad de alcanzar el ideal de justicia y restablecer el orden quebrado por el delito. Más allá de si se está de acuerdo o no, desde esta perspectiva, la penalización del aborto no encuentra sustento alguno. Basta con comparar las cifras de abortos con las de procesos por aborto para cuestionar si la decisión de criminalizar el aborto consentido es realmente eficaz. Por otro lado, existe una tendencia innegable, que es la falta de condena moral colectiva y esto se ha visto claramente en la aceptación social existente respecto de la despenalización del aborto voluntario en el marco del debate en Argentina en el 2018⁴.

Para la teoría de la prevención general, el fundamento de la penalización de una conducta se encuentra en los efectos intimidatorios que ejerce sobre el grupo social. El Estado debe sancionar a aquella persona que delinque para reforzar la coacción sobre la sociedad. La fase disuasiva se continúa en la fase de ejecución de la pena: sólo si las penas se cumplen la función intimidatoria realmente surte efectos.

⁴ *La opinión pública y el aborto ámbito nacional*, Encuesta llevada a cabo por Synopsis consultores con fecha 14 de marzo de 2018, disponible en https://drive.google.com/drive/folders/1HC0CZv6fDCqeVphU1ui47rkW5gO_s4_B, compulsada el 18-12-2019.

Evidentemente no existe tal disuasión en el caso de la penalización del aborto voluntario. Este tipo penal dice proteger la vida, sin embargo, es inútil a tales fines: el resultado de la amenaza penal es que en Argentina se realizan entre 460.000 y 600.000 abortos por año⁵ y lo cierto es que ninguna mujer que desea abortar se ve fácticamente impedida de hacerlo y no todos los casos tienen alguna consecuencia penal.

Para la teoría de la prevención especial, el fin de la pena es la resocialización del individuo que delinquiró. Parece imposible argumentar que quien se practica un aborto sea una persona inadaptada socialmente.

Tampoco es función del Derecho Penal –porque no es función del Derecho en general– la de imponer coactivamente criterios morales mediante normas jurídicas en un Estado de Derecho constitucional. En efecto, la función que debe cumplir el Derecho Penal es mínima y subsidiaria.

Desde la perspectiva de un Derecho Penal garantista, el uso de las normas penales para los supuestos de aborto voluntario no se justifica por los costos que conlleva. Además, la existencia de una pena no reduce ni elimina la reacción social. Aun en el caso de que, tras ponderar la colisión entre el derecho a la vida a partir de la concepción y los derechos de la persona gestante, se concluyera que prevalece el primero sobre los segundos, el uso de la vía penal es inútil y desproporcionado.

En el caso del aborto voluntario, la utilización de la penalización se erige como un obstáculo al cambio social indispensable para lograr una alternativa más eficiente. El fracaso de la protección penal como vía para proteger la vida intrauterina se combina con la discriminación por motivos sociales, raciales y económicos de las personas de escasos recursos, migrantes, o pertenecientes a un grupo racial minoritario. Sobre todo en América Latina, donde la legalidad del sistema penal se legitima en la persecución de los sectores sociales más vulnerables.

Por otro lado, la prohibición penal de abortar no sólo se limita a prohibir, sino que además obliga a una opción de vida: la maternidad, que es impuesta a las personas con capacidad biológica de gestar.

⁵ CARBAJAL, Mariana, *El aborto en debate (aportes para una discusión)*, Paidós, Buenos Aires, 2009, p. 34.

despojándolas de uno de los derechos más propios, más íntimos, cual es el de elegir el propio proyecto de vida. Con la penalización del aborto se castiga el acto de abortar y el acto de elegir no querer gestar y maternar.

4. El problema de reconocer derechos por la vía de excepción

La criminalización del aborto voluntario como regla y su despenalización por causales o indicaciones implica una regulación del aborto que reconoce el derecho a abortar como excepcional. Esta alternativa de reconocer derechos por la vía de la excepción tiene limitaciones⁶ que se traducen en el desconocimiento de los derechos en prácticamente cualquier supuesto y que sustentan la inconstitucionalidad del régimen.

En un primer nivel el régimen de indicaciones ostenta una limitación estructural que se deriva directamente del reconocimiento de derechos por vía de la excepción a una norma de criminalización. Esto, porque es difícil garantizar una oferta extendida de profesionales de la salud mientras permanezca latente la posibilidad de la denuncia penal por un supuesto delito de aborto, incluso cuando cumplieron con todas las exigencias legales aplicables.

Esta dificultad puede implicar además restricciones para proveer la información y la prescripción médica de los insumos, y hasta puede funcionar disuadiendo a posibles acompañantes de la persona gestante en caso de cualquier complicación.

En síntesis, cuando el derecho al aborto se regula mediante un mecanismo de causales, la posibilidad de que los profesionales intervinientes sean denunciados penalmente por la supuesta comisión de un aborto ilegal y de que sufran el daño civil consiguiente es imposible de evitar. Y éstos no son supuestos imaginarios. Basta con revisar los últimos resonantes casos de abortos legales en Argentina en este año para advertir que la realidad es abrumadora⁷.

⁶ BERGALLO, Paola, *Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales*, en BERGALLO, Paola; JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y VAGGIONE, Juan Marco (comps.), *El aborto en América Latina, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2018.

⁷ El conocido caso "Lucía", una niña de 11 años embarazada como fruto de

A las limitaciones estructurales descriptas, se suman otras limitaciones más concretas o específicas y dependen de contextos socioculturales.

Estos déficits, como los llama Bergallo⁸, se agrupan en déficits de regulación, de información y de desjudicialización.

El primer grupo tiene que ver con la ausencia de una regulación marco que se erija como norma para todos los supuestos de abortos permitidos. En otros casos, el fenómeno es el inverso y el problema se presenta ante la excesiva regulación o polución normativa con contenidos superpuestos o contradictorios. En cualquier caso, se traduce en un obstáculo para quien pretende ejercer su derecho a abortar. En nuestro país, la exhortación que hizo la CSJN⁹ a las autoridades nacionales y provinciales para que dicten protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles ha terminado teniendo un efecto no deseado, cual es que en algunos servicios de salud la inexistencia del mentado protocolo o la falta de adhesión al protocolo nacional se ha utilizado como razón para denegar la prestación sanitaria. Por otra parte, el carácter restrictivo de algunos protocolos opera como un obstáculo más que las mujeres deben superar para interrumpir sanitariamente embarazos forzados o riesgos¹⁰.

Con relación a los déficits de información, se destacan los límites en la disponibilidad y acceso a la información oficial y adecuada sobre aborto legal, ya sea con relación a las normas jurídicas vigentes, a los supuestos contemplados en la norma, a estadísticas oficiales sobre abortos requeridos y practicados o bien información referida a cuestiones técnicas provistas por el propio sistema de salud o sus profesionales ante un caso concreto. También aquí la realidad es contundente. En

una violación (<https://www.lagaceta.com.ar/nota/805188/actualidad/paso-paso-caso-lucia.html>); el caso de Jujuy que involucró a una niña de 12 años también violada (<https://www.perfil.com/noticias/sociedad/gustavo-bouhid-ministro-salud-jujuy-informo-que-haran-cesarea-nina-violada-salvar-feto.phtml>), compulsados el 18-12-2019.

⁸ BERGALLO, ob. cit.

⁹ CSJN, 13-3-2012, "F., A. L. s/Medida autosatisfactiva", Fallos: 335:197.

¹⁰ DEZA, Soledad, *Gobierno del cuerpo de las mujeres: protocolos de aborto y objeción de conciencia*, en *Perspectivas bioéticas*, N° 37-38 (20), disponible en <http://ojs-bioetica.flacso.org.ar/index.php/pb/article/view/120>, compulsado el 18-12-2019.

el Monitoreo Social sobre anticoncepción e interrupción legal del embarazo en Tucumán¹¹ se evidenció que sólo el 20% de las personas encuestadas conocía que podía acceder a un aborto en caso de estar en peligro su salud y el 38% en caso de “violación”; el 82% no vio en un servicio de salud información gráfica sobre interrupción legal del embarazo; el 91% respondió que no recibió nunca información sobre aborto en una consulta de salud; el 73% no creía que la consulta de aborto estuviera protegida por derechos y sólo el 40% consideraba que este tipo de atención sanitaria no podía serle negada. Por su parte, el Monitoreo Social sobre anticoncepción e interrupción legal del embarazo en Santiago del Estero¹² da cuenta de lo siguiente: sólo el 20% de las personas encuestadas conocía que puede acceder a un aborto en caso de estar en peligro su salud; el 48% sabía que podía acceder a un aborto en caso de “violación”; el 73% no vio en un servicio de salud información gráfica sobre abortos permitidos por ley; finalmente, el 80% respondió que no recibió nunca información sobre aborto en una consulta de salud.

Los déficits llamados de desjudicialización ponen en evidencia la dificultad de hacer funcionar el sistema de causales en la práctica sin la intervención del Poder Judicial. Ya sea como consecuencia de una demanda de autorización judicial de aborto o de una denuncia por aborto –ambos supuestos cuando se trata de alguno de los casos permitidos por la ley– las fiscalías de instrucción y los tribunales terminan siendo las sedes donde se ventila una cuestión que debería limitarse a un asunto entre profesional de la salud y su paciente. También se han dado supuestos en los que se cuestiona la constitucionalidad de protocolos para la atención de abortos legales, y de la vereda del frente, supuestos en los que se requiere a los tribunales ordenen la implementación de los protocolos. La Provincia de Tucumán es el ejemplo

¹¹ DEZA, Soledad, *Monitoreo Social sobre anticoncepción e interrupción legal del embarazo en Tucumán*, en <http://mujeresxmujeres.org.ar/wordpress/wp-content/uploads/2017/03/Monitorio-Social-sobre-Anticoncepci%C3%B3n-e-Interrupci%C3%B3n-legal-del-embarazo-Tucum%C3%A1n.pdf>, compulsado el 18-12-2019.

¹² DEZA, Soledad, *Monitoreo social sobre anticoncepción e interrupción legal del embarazo en Santiago del Estero*, en <https://drive.google.com/file/d/1oylpEaE960k8TpUuxvuIHCrwEjKvK-sT/view>, compulsado el 18-12-2019.

más claro de esto, en tanto ambas pretensiones han sido llevadas a juicio en el fuero en lo contencioso administrativo¹³.

Todas estas limitaciones muestran que en la práctica las personas con capacidad biológica para gestar no pueden acceder a los abortos a los que tienen derecho. Y esto vulnera todos y cada uno de los instrumentos nacionales e internacionales que se tienen en cuenta a la hora de regular un sistema que contenga excepciones a la regla de criminalización del aborto. Estos argumentos, entre otros, abonan la teoría de inconstitucionalidad del régimen en tanto se ha vuelto ineficaz para cumplir con el fin de protección de la vida intrauterina y que además termina por vaciar de contenido los derechos a la vida, a la salud, a la autonomía, a la integridad física y sexual y a la igualdad en los que suele fundarse el régimen de causales o indicaciones.

5. Algunas consideraciones finales

La prevención de embarazos no deseados es la única estrategia posible en una democracia constitucional para evitar abortos y es todo lo que se puede hacer para proteger la vida intrauterina.

La penalización es ineficiente. El tipo penal de aborto en el Código Penal tiene como bien jurídico protegido la vida, pero ha sido inútil a tales fines. No desalienta a ninguna de las personas que ha tomado la decisión de interrumpir un embarazo ni protege a nadie. Las mujeres, incluso bajo amenaza penal, recurren al aborto, como lo muestra la estimación de abortos realizados. Genera mortalidad y morbilidad materna. La herramienta penal, como lo marca la Constitución, debe usarse sólo cuando es eficaz y de modo proporcionado. De lo contrario, se está usando la legislación penal para emitir mensajes morales y sin reparar en los efectos negativos en la vida y derechos de las personas.

¹³ Entre otros: "Elías de Pérez, Silvia c/Provincia de Tucumán y otro s/Amparo", expte. 160/13, que tramita por ante la sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán; "Fundación Nutrir c/Provincia de Tucumán s/Amparo", expte. 305/15, acumulado al anterior; "Villavicencio, María Teresita c/Provincia de Tucumán s/Amparo", expte. 79/19, que tramita por ante la sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán.

Por lo tanto, insistir en la penalización de la práctica del aborto sería una decisión irresponsable en términos de garantía de derechos y de atención de la salud pública, que contribuye a mantener oculta una realidad. La despenalización del aborto reduce la mortalidad y la morbilidad materna.

La penalización afecta el principio y derecho constitucional a la igualdad por cuanto se dirige solamente a las mujeres, adolescentes y niñas y personas con capacidad biológica para gestar. Sólo ellas enfrentan el castigo penal en caso de abortos que no se consideran incluidos en las causales. Es solamente a estas personas a quienes el tipo penal les impone un proyecto de vida.

Asimismo, la clandestinidad afecta la vida, libertad y salud sobre todo de personas con menos recursos socioeconómicos. La Constitución, desde 1994, establece de manera explícita el compromiso por la igualdad real entre varones y mujeres. En ese sentido, y vinculado a razones de justicia social, la modificación del régimen de causales por uno mixto redundaría en mayor accesibilidad del sistema durante las primeras semanas del embarazo favoreciendo en particular a las mujeres de menores recursos socioeconómicos, quienes sufren las consecuencias de la inseguridad producto de la clandestinidad a las que las empuja la actual legislación.

Las restricciones penales para decidir sobre la sexualidad y la reproducción afectan la autonomía. ¿Quién está en mejores condiciones vitales, morales y legales para decidir acerca de un embarazo si no es cada persona? ¿Con qué autoridad podría el Estado imponer un embarazo forzado o amenazar penalmente a una persona gestante para que lo continuase?

Finalmente, el sistema de despenalización por causales se traduce en la práctica en un obstáculo para acceder a los abortos a los que se tiene derecho. La limitación de tipo estructural y todas las derivadas de ella –de regulación, de información y de desjudicialización– transforman el derecho a abortar contemplado en la norma en una ilusión. Nuevamente en esos casos son las personas de los sectores más vulnerables quienes son mayormente afectadas, aquellas que se encuentran con un Estado que no informa, que se resiste a reconocer su derecho, que les exige autorización judicial y las empuja a mendigarla

en los tribunales, que amenaza con denunciarlas a ellas o a sus médicos, que responde con excusas como la falta de una norma o simplemente alega que la misma existe pero que es confusa y contradictoria. Un Estado que les concede derechos por la vía de excepción manteniendo la penalización como regla, es un Estado que sólo se acuerda de ellas para aplicar la sanción y casi nunca para reconocerles el derecho.