



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

**Análisis de las regulaciones penales del aborto en Estados Unidos,
Francia, España, Uruguay, Chile y Argentina desde el año 2008 hasta el
año 2019**

Tesista: Abog. Mariana Hellin Directora: Ph. D. Eleonora Lamm

Mendoza, Julio de 2020



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**Análisis de las regulaciones penales del aborto en Estados Unidos,
Francia, España, Uruguay, Chile y Argentina desde el año 2008 hasta el
año 2019**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: Abog. Mariana Hellin Directora: Ph. D. Eleonora Lamm

Mendoza, Julio de 2020

Índice

1)	Introducción.....	5
1.	Análisis preliminar	5
2.	Delimitación de los casos objeto de estudio.....	6
3.	Organización política de los Estados seleccionados	8
4.	Algunas aclaraciones conceptuales	10
5.	Marco General.....	12
6.	Recorrido de la regulación del Aborto en los países seleccionados.....	20
2)	Estados Unidos	21
1.	El comienzo de la despenalización del aborto	21
1.1.	Roe vs. Wade.....	21
1.2.	Doe vs. Bolton.....	27
1.3.	Baby Boy.....	29
2.	Reacciones y barreras.....	30
2.1	Financiamiento estatal.....	30
2.2	Otras barreras	32
3.	Modificaciones al estándar de <i>Roe</i> . Doctrina de la Cláusula Indebida	33
4.	Conclusiones Provisorias	45
3)	Francia	47
1.	Antecedentes	47
2.	La Ley Veil.....	51
3.	Financiamiento Estatal y otros avances	54
4.	Ampliación del plazo de despenalización	55
5.	Supresión de la exigencia de estado de angustia, gratuidad y más	56

6.	Conclusiones provisorias.....	59
4)	España.....	61
1.	Antecedentes	61
2.	Recuperación democrática. Ley Orgánica 9/85	62
3.	Intento fallido de incorporar una cuarta causal	67
4.	Ley orgánica 2/2010.....	69
5.	Recurso de inconstitucionalidad.....	75
6.	La reforma fallida de Ruiz Gallardón	76
7.	Ley Orgánica 11/2015	78
8.	Conclusiones preliminares	81
5)	Breve introducción a los países Latinoamericanos	83
6)	Uruguay	85
1.	Antecedentes	85
2.3	Código Penal de 1934	85
2.4	Ley 9.763.....	86
2.	Transición.....	88
2.1	Proyecto "Lamas-Vaillant" de 1985.....	89
2.2	Proyecto "Sanseviero" de 1993	89
2.3	Proyecto de la Comisión de Bioética de la Cámara de Diputados	90
2.4	Proyecto de Ley 1998.....	91
2.5	Proyecto 2002-2004	92
2.6	Ley de "Salud Sexual y Reproductiva" y veto presidencial.....	93
3.	Ley 2012.....	95
4.	Consulta popular sobre la convocatoria a referéndum para anular la ley	98
5.	Fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.....	99
6.	Conclusiones preliminares	100

7)	Chile	103
1.	Antecedentes	104
2.	Dictadura militar de 1973/1990.....	105
3.	Transición democrática	107
3.1.	El poder legislativo.....	107
3.2.	El Poder Ejecutivo.....	112
4.	Despenalización parcial.....	114
5.	Conclusiones provisorias.....	119
8)	Argentina	121
1.	Regulación normativa	122
2.	Fallo F.A.L.	124
3.	Argumentos constitucionales y convencionales que respaldan la adopción de un modelo mixto. 127	
3.1.	Artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional.	128
3.2.	Artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)	129
3.3.	Convención de Derechos del Niño (CDN).....	130
3.4.	Otros pronunciamientos	131
4.	Regulación Nacional: despenalización y legalización	133
9)	Conclusiones finales	139
10)	Bibliografía.....	145

1) Introducción

1. Análisis preliminar

Este trabajo se propone recorrer distintas legislaciones y sus modificatorias en los últimos diez años, a fin de analizar cuál ha sido el lugar que se le ha otorgado al derecho penal respecto de la interrupción voluntaria del embarazo.

Por honestidad intelectual debo comenzar diciendo que la inquietud de este rumbo de investigación se manifestó claramente cuando tuve la posibilidad de integrar la Comisión Redactora de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito de Argentina, en la elaboración del proyecto de ley presentado el 28 de mayo de 2019. Ese lugar me llevó a rastrear los recorridos, tensiones, técnicas legislativas, avances, intentos de retrocesos, en diferentes países del mundo.

Es desde allí que entiendo que esos movimientos están ligados fuertemente a las condiciones políticas, en sentido amplio, de los Estados. Es decir, el modo de abordaje del aborto va a estar necesariamente condicionado por la organización política de un país -centralizado, federal, confederativo- pero también por la coyuntura del gobierno y las mayorías que detentan los lugares de decisión.

Además de eso, la amplitud del proceso político se ve reflejada también en el paradigma de abordaje del aborto y las consecuencias que ello implica. Una matriz fuertemente liberal adoptará regulaciones bien distintas de las que se dicten en países que cuenten con mayor presencia estatal, sean de signo conservador o progresista.

2. Delimitación de los casos objeto de estudio

Ante la necesidad de delimitar el objeto de estudio fue necesario seleccionar un período acotado y un grupo de países determinado.

En cuanto al tramo temporal, la elección de la última década responde a los cambios normativos fuertes -en el sentido de la retracción del derecho penal- que se produjeron en Chile y Uruguay. Por otro lado, en los países europeos elegidos, esos fueron años de numerosos intentos de modificación de la normativa que está vigente desde las décadas de los setenta y ochenta, sin que se haya conseguido una marcada restricción en el plano legislativo ni jurisprudencial.

En Estados Unidos el recorrido es más sinuoso y los intentos de restricción del acceso al aborto han ido avanzando tanto en las normativas locales como -en gran medida- en la jurisprudencia federal. Si bien no se han revertido estándares centrales, la amenaza creo que es mayor que en los países de Europa.

Por lo demás, en Argentina, si bien no se ha logrado aún la consolidación normativa de una restricción al poder punitivo del Estado en materia de aborto -ni su deseable correlato, la legalización- sí ha habido fuertes avances en otros sentidos.

En primer lugar, como se verá, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció un hito fundamental en la interpretación de las causales en las que el aborto ya es legal. En segundo lugar, a nivel social, el debate ha logrado niveles de visibilización y movilización que no habían ocurrido en nuestro país. En este sentido se ha dicho que “es claro que las dificultades para nombrar el aborto se han relajado cuando se las compara con los discursos de una década atrás.”¹

Por otro lado, los países seleccionados responden a distintas razones. En el caso de Chile y Uruguay, por compartir región con nuestro país y, en consecuencia, tradiciones culturales, políticas y jurídicas. De ningún modo estas coincidencias llevan a una identificación, sino que,

¹ Ramón Michel, Agustina y Bergallo, Paola (compiladoras). “La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, EUDEBA, 2018.

como se verá, otra vez el modo de organizar el poder, por un lado, y las coyunturas de la historia reciente, por otro, se reflejarán en el abordaje alcanzado.

Luego, creo indispensable bucear en el camino trazado por los países europeos, que, con matices y tiempos diferenciados, iniciaron cuatro o cinco décadas atrás la senda de la liberalización del aborto.

En este sentido dice Ruth Rubio- Marín que “[D]esde los años sesenta, la legislación europea sobre aborto ha seguido un patrón común y gradual hacia la liberalización. Cada vez son más los países europeos que se han apartado del modelo de indicaciones legales (que permiten o cuando menos no condenan penalmente a las mujeres que abortan para proteger su vida y su salud, en caso de malformaciones fetales, cuando el embarazo es producto de una violación o cuando carecen de recursos para afrontar la maternidad) y han adoptado el modelo de plazos, mediante el cual las mujeres pueden decidir libremente durante cierto tiempo, si continuar o no con sus embarazos, con o sin período obligatorio de reflexión y un procedimiento de orientación previo bien para asegurar que la decisión que toma la mujer sea una decisión informada, bien para disuadirla de abortar.”²

Dentro los países europeos seleccioné a España, ya que también es cercana en tradiciones y lengua. Por lo demás, por cercanía geográfica, ha sido fuertemente influida por el proceso vivido en Francia, con el cual han compartido estrategias tanto los sectores que buscan mantener la liberalización alcanzada como también los que intentan revertirla.

Estados Unidos es insoslayable como referencia mundial, no sólo por su peso político general, sino además porque las discusiones que los feminismos han dado allí y en Europa Occidental, irremediamente se han instalado luego en América del Sur.

² Rubio Marín Ruth. “Transferencia jurídica sobre mujeres y fetos: un viaje desde el constitucionalismo del aborto alemán al portugués”, en Ramón Michel, Agustina y Bergallo, Paola (compiladoras), “La reproducción en cuestión...”, Ob. Cit..

De esta manera, es necesario conocer ese recorrido para luego ver cómo ha impactado en la agenda de los feminismos latinoamericanos. Ha sucedido con la regulación -o no- del trabajo sexual, con el sufragismo, con los derechos sexuales y reproductivos, con el aborto.

Dos necesarias aclaraciones en este punto.

En primer lugar, las razones por las que esas discusiones tardaron en llegar a Latinoamérica excederían notablemente el objeto de este estudio, pero es insoslayable mencionar las largas etapas dictatoriales que atravesaban nuestro continente por esos años y cómo, recuperada la democracia, el aborto era parte de una agenda que -para la mayoría- debía esperar.

En segundo lugar, ese impacto no niega ni borra las huellas de otras genealogías, más cercanas en distancia y tradición que también han nutrido y nutren nuestros saberes y pensamientos.

Aclarado esto, como se dijo es ineludible analizar la influencia de los países seleccionados en los tópicos desde los cuales se discuten las políticas de salud sexual, reproductiva y no reproductiva.

En particular en materia de interrupción del embarazo, los fallos de la Corte norteamericana *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Bolton*, fueron un punto de partida en la discusión jurídica -claramente no el único- y siguen siendo referencia constante en ese análisis.

Anticipé que es sabido que los países escogidos tienen organizaciones políticas diferentes, lo que incide en los modos en que se dan sus procesos normativos. Sin embargo, entiendo que es posible encontrar puntos de contacto, fundamentalmente en los argumentos y las discusiones que se instalaron en torno a una idea central: la despenalización del aborto.

3. Organización política de los Estados seleccionados

Partiendo de que el objeto de estudio del trabajo es la regulación del aborto en cada Estado, es de fundamental importancia detenerse en su organización política, para analizar cómo

ella condiciona los procesos político-legislativos para adoptar las distintas normativas y su vigencia territorial.

En tal sentido, es necesario dilucidar en cada caso si la decisión respecto a la materia puede ser tomada e implementada en forma centralizada, o si, por el contrario, ello depende de la voluntad dispersa de diversos niveles gubernativos, sea en lo relativo a establecer el régimen legal aplicable, como también a asegurar y posibilitar su efectiva ejecución.

En efecto, se hace necesario remarcar el gran impacto que tiene el sistema político que cada Estado Nacional adopta en sus Cartas Magnas sobre la distribución de competencias entre el nivel federal y los niveles locales de gobierno.

Sin intención de profundizar demasiado este aspecto propio del derecho constitucional, en tanto no es material fundamental de esta tesis, cabe esquematizar los sistemas de distribución de competencias agrupándolos en confederales, federales y unitarios.

En los primeros -confederación y federación- se produce una descentralización territorial del poder político, generándose así distintos niveles de decisión, exigiendo ello establecer un reparto de cuáles competencias quedarán en el marco de las atribuciones decisorias de cada nivel estadual

En el primero, entidades soberanas se unen en un Estado Nacional, al que delegan muy escasas funciones (fundamentalmente la política y la defensa exterior), conservando la gran mayoría de sus atribuciones. En este modelo es de resaltar que el nivel nacional no ostenta imperio directo sobre los/as ciudadanos/as de los Estados locales, quienes se reservan el derecho de secesión de la unión y de ratificación de las decisiones del nivel superior. Podría resumirse diciendo que sólo se encuentran subordinados/as en las escasas atribuciones delegadas y a los términos de la Constitución Nacional.³

En los Estados Federales, el nivel de descentralización del poder es menor que en el caso anterior. El orden federal tiene una gran cantidad de atribuciones y, fundamentalmente, su

³ Ekmekdjian, Miguel Ángel; Tratado de Derecho Constitucional; ed. Abeledo Perrot, 2016, tomo I, pág. 155.

ejercicio resulta directamente operativo sobre todas las personas que habitan la Nación, encontrándose los gobiernos locales obligados a su acatamiento.⁴

En contraposición a dichos modelos, se encuentran los sistemas unitarios, en los que el poder decisorio se mantiene concentrado en un solo nivel de gobierno central y cuyos efectos se proyectan a todo el territorio. Los niveles de descentralización que pueden presentar se refieren al ejercicio de funciones administrativas, así como a la implementación o ejecución de las políticas que se deciden centralmente⁵.

Enmarcando en estas categorías los sistemas de organización y distribución del poder adoptados por cada uno de los Estados elegidos, se puede establecer que Estados Unidos sigue un modelo confederal, Argentina y España se enrojan en modelos federales, en tanto Uruguay, Chile y Francia responden a sistemas unitarios.

Como señalé, en cada uno de los casos el modelo seguido no ha sido adoptado en forma pura, sino con las particularidades y variaciones propias de los procesos históricos, necesidades e idiosincrasia de cada Nación.

4. Algunas aclaraciones conceptuales

Resulta importante comenzar por distinguir conceptualmente algunos términos.

Cuando hablamos de despenalización, referimos a la retracción del derecho penal de su regulación, lo cual puede hacerse de diferentes modos:

A través de un sistema escalonado o de plazos, en el cual el reproche penal se retira - dogmáticamente puede suceder de diferentes modos - si el embarazo se produce en un período determinado. Este plazo va a ir variando con las diferentes legislaciones.

⁴ Rosatti, Horacio; Tratado De Derecho Constitucional. Ed Rubinzal-Culzoni, 2011, tomo II, p. 541 y ss.

⁵ Badeni, Gregorio; Tratado De Derecho Constitucional. Ed. La Ley, 2004, tomo I pág. 234.

Otro modo de retracción del derecho penal es a través de un sistema de causales. Esto sucede cuando se prevén supuestos en los que, si se dan determinadas condiciones, el aborto no será perseguido penalmente o no será penalizado. Es el caso de Argentina, Chile, Colombia.

Finalmente, la regulación hoy más frecuente es la que combina los dos modelos anteriores. De este modo se elimina el castigo del aborto practicado por la mujer embarazada o por una tercera persona con su consentimiento, durante un período temprano de la gestación. Pasado ese primer tramo, el Estado dispondrá el reproche penal si al momento de interrumpir el embarazo no se hubieran dado ciertas situaciones. Es la situación de Francia, España, Uruguay, Suecia, Alemania, Holanda, Portugal, entre muchos otros⁶. Recientemente se ha sumado Corea del Sur a esta corriente⁷.

Por otro lado, la legalización implica establecer la normativa y diseñar las políticas públicas que garanticen que la práctica sea accesible, en términos igualitarios, a todas las mujeres y personas gestantes que la soliciten.

Se trata de una intervención positiva del Estado que no sólo evita regular desde el derecho penal, con el corrimiento propio de la despenalización, sino que asume el compromiso de dictar la legislación necesaria para asegurar su ejercicio.

⁶ Las leyes de aborto del mundo. Center for Reproductive Rights. Disponible en <https://reproductiverights.org/worldabortionlaws>

⁷ “Declarado inconstitucional el veto al aborto en Corea del Sur”. El país. Macarena Vidal Lly, 11 de abril de 2019, https://elpais.com/sociedad/2019/04/11/actualidad/1554974099_479351.html

5. Marco General

Las leyes que regulan el aborto inducido alrededor del mundo son muy variadas y responden a la política adoptada por un Estado en un momento determinado. No es casual que los grandes cambios de signo político del gobierno que dirige un país impacten o intenten impactar en las políticas públicas -sanitaria, educativa, criminal- relativas a los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos.

Sistemáticamente, la llegada de gobiernos conservadores al poder ha implicado la revisión de derechos conquistados en la materia. Por su parte, cuando la conducción política de los Estados es llevada adelante por esquemas liberales o progresistas, la agenda estatal incluye la recuperación de derechos y el avance en la conquista de otros nuevos.

El aborto es siempre protagonista central de unas y otras agendas, las que buscan restringirlo y las que tienden a lograr legislaciones más protectorias de derechos, sea desde esquemas liberales con menor participación estatal, sea desde formatos con mayores niveles de intervención de los Estados.

En muchos países la legislación del aborto ha ido flexibilizándose; en otros, se ha ido ampliando su acceso. Ello responde a criterios de agenda política estatal antes señalado, pero también a otros factores. Uno de ellos es sin duda la expansión del movimiento de mujeres y el movimiento feminista a nivel mundial y regional, su visibilización e instalación y su crecimiento a nivel de incidencia política en las distintas esferas estatales.

Otro factor responde a que “las organizaciones globales, internacionales y regionales, han continuado con su llamado de atención sobre la importancia de que los servicios de aborto seguro sean ampliamente accesibles en los lugares en donde son legales, y sobre la reducción de la prevalencia del aborto inseguro y su impacto en la mortalidad y morbilidad maternas. La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo llevada a cabo en 1994, que constituyó un hito en la historia de la población y el desarrollo, junto con un informe del año 1999 que evalúa su seguimiento, instaron a los gobiernos y organizaciones a fortalecer su compromiso con la salud de las mujeres; tratar el aborto inseguro como un asunto de salud pública primordial; garantizar que

los servicios de aborto seguro, en los casos en que son legales, sean accesibles a todas las mujeres que los necesiten; prestar servicios de alta calidad para el tratamiento de las complicaciones post-aborto; y garantizar que los servicios de consejería, educación y anticoncepción estén disponibles.”⁸ Además, mejorar la salud de las mujeres durante el embarazo, fue uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio que fijó Naciones Unidas en el año 2000.⁹

Como veremos, a nivel global, una parte del *soft law* ha mantenido su línea de avance y ampliación de derechos sexuales y reproductivos -en lo que a este trabajo implica, la recomendación de atención del aborto como un problema de salud pública y liberalización de legislaciones sobre aborto- y otra parte al menos ha impedido los retrocesos por los que bregan algunos sectores.

En este apartado se considerarán sólo las declaraciones, conclusiones y recomendaciones globales y regionales, para tratar a su turno las que específicamente se dirigen a Argentina.

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994, ONU) en el párrafo 8.25 declaró que: “En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los

⁸ Guttmacher Institute. Aborto a nivel mundial. Una década de progreso desigual. Singh S et al., *Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress*, New York: Guttmacher Institute, 2009. Disponible en <https://www.guttmacher.org/es/report/aborto-nivel-mundial-una-decada-de-progreso-desigual>. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio destacan que la reducción en la mortalidad materna no puede lograrse sino es abordada de manera exitosa la cuestión del aborto inseguro. De hecho, la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que aproximadamente una de cada ocho muertes maternas ocurre como consecuencia de un aborto inseguro, y que mueren siete mujeres por hora en los países en desarrollo debido a las complicaciones derivadas del aborto inseguro.

⁹ Organización Mundial de la Salud. Objetivo de Desarrollo del Milenio n° 5 “Mejorar la Salud Materna”, Disponible en [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/millennium-development-goals-\(mdgs\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/millennium-development-goals-(mdgs))

embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos.”¹⁰.

De esta manera, si bien se subrayaba la condición de último recurso del aborto y se ponía el eje en la planificación familiar -modalidad vigente en la década del 90- también se lo asumió como un problema de salud pública y de ningún modo los Estados refirieron que no fuera posible flexibilizar su regulación.

Al año siguiente se celebró en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995, ONU), donde se aprobó la Declaración de Beijing y una Plataforma de Acción en la que participaron delegaciones oficiales de 184 países miembros de Naciones Unidas.¹¹

El Párrafo 97 de las conclusiones señaló que “...El aborto en condiciones peligrosas pone en peligro la vida de un gran número de mujeres y representa un grave problema de salud pública, puesto que son las mujeres más pobres y jóvenes las que corren más riesgos. La mayoría de las muertes, problemas de salud y lesiones se pueden evitar...”.

Entre las acciones a tomar, comprometió a los gobiernos a “Reconocer y afrontar las consecuencias que tienen para la salud los abortos peligrosos, por ser una cuestión de gran importancia para la salud pública, tal como se acordó en el párrafo 8.25 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo” y por tanto instó a

¹⁰ Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Capítulo VIII, Salud, Morbilidad y Mortalidad. Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

¹¹ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing+5. ONU Mujeres, 1995. Disponible en https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755

“...considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales.”¹²

En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible y fijó 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). El ODS número 3 -referido a Salud y Bienestar- fija entre sus metas para el año 2030 “garantizar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los de planificación de la familia, información y educación, y la integración de la salud reproductiva en las estrategias y los programas nacionales” (meta 3.7).¹³

Aquí se advierte que, fruto de la evidente presión de algunos Estados, si bien se adoptó nuevamente como eje la planificación familiar y se omitió un pronunciamiento en favor de la despenalización del aborto, no se logró plasmar un retroceso claro en el pronunciamiento ni una declaración en contra de la flexibilización normativa.

A nivel regional, en agosto de 2013 se llevó a cabo la Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe conocida como Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo¹⁴, con el objetivo de examinar los progresos del Programa de Acción de El Cairo en América Latina y el Caribe e identificar las medidas fundamentales para reforzar su implementación. Entre las decisiones prioritarias a adoptar se definieron las siguientes:

Respecto a los derechos, necesidades, responsabilidades y demandas de niños, niñas, adolescentes y jóvenes se acordó “Dar prioridad a prevenir el embarazo en la adolescencia y eliminar el aborto inseguro, mediante la educación integral para la sexualidad, y el acceso oportuno y confidencial a la información, asesoramiento, tecnologías y servicios de calidad, incluida la anticoncepción oral de emergencia sin receta y los condones femeninos y masculinos.”¹⁵

¹² Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing+5. ONU Mujeres, 1995, párrafo “j”. Disponible en https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755.

¹³ Objetivos de Desarrollo Sostenible. ONU. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>

¹⁴ Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21835/4/S20131037_es.pdf

¹⁵ Consenso de Montevideo, ya citado, apartado 14.

En cuanto al acceso universal a los servicios de salud sexual y salud reproductiva se acordó “eliminar las causas prevenibles de morbilidad y mortalidad materna, incorporando en el conjunto de prestaciones integrales de los servicios de salud sexual salud reproductiva medidas para prevenir y evitar el aborto inseguro, que incluyan la educación en salud sexual y salud reproductiva, el acceso a métodos anticonceptivos modernos y eficaces y el asesoramiento y atención integral frente al embarazo no deseado y no aceptado y, asimismo, la atención integral después del aborto, cuando se requiera, sobre la base de la estrategia de reducción de riesgo y daños.”¹⁶

También se pactó el compromiso de “Asegurar, en los casos en que el aborto es legal o está despenalizado en la legislación nacional, la existencia de servicios de aborto seguros y de calidad para las mujeres que cursan embarazos no deseados y no aceptados e instar a los demás Estados a considerar la posibilidad de modificar las leyes, normativas, estrategias y políticas públicas sobre la interrupción voluntaria del embarazo para salvaguardar la vida y la salud de mujeres y adolescentes, mejorando su calidad de vida y disminuyendo el número de abortos”.¹⁷

Finalmente se acordó “asegurar el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo, específicamente a atención obstétrica humanizada, calificada, institucional y de calidad, y a servicios óptimos de salud de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, así como a servicios que integren la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley y garantizar el acceso universal a técnicas de fertilización asistida.”¹⁸

Por su parte, de las recomendaciones realizadas por los distintos Comités Internacionales, en tanto intérpretes de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y encargados de revisar su cumplimiento, a nivel regional y local destaco los que siguen.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 28 sobre Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (2000) hizo un llamado a los Estados Parte, para que, al presentar informes sobre el derecho a la vida deberían aportar “datos respecto de las tasas de

¹⁶ Consenso de Montevideo, ya citado, apartado 40.

¹⁷ Consenso de Montevideo, ya citado apartado 42.

¹⁸ Consenso de Montevideo, ya citado apartado 43.

natalidad y el número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo o el parto” como también “información sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida...”¹⁹

Por su parte, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra La Mujer –CEDAW- ha considerado que las normas que criminalizan el aborto constituyen disposiciones discriminatorias, ya que sólo afectan a las mujeres. Por ello ha recomendado a los Estados Parte adoptar las medidas necesarias para promover y garantizar el acceso a servicios de salud reproductiva a las mujeres que soliciten una interrupción del embarazo.

Ya en su Recomendación General N° 24 expresó: “La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios” y resaltó en el apartado 14 que “El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.”²⁰

Finalmente, estableció la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo tendientes a velar por el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres y recomendó “dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo

¹⁹Comité de Derechos Humanos. Organización de Naciones Unidas, 29 de marzo 2000 Observación General N° 28. Disponible en http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/818/Inf_NU_ObservacionIgualdadDerechos_2000.pdf?sequence=1

²⁰ Comité CEDAW, Recomendación General N° 24, 02 de febrero de 1999, apartados 11 y 14. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”.²¹

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -DESC- en la Observación General N° 14 ha señalado que “[P]ara suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever ... políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. ... El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”.²²

El Comité DESC ha dicho recientemente en torno en su Observación General n° 22 que “La realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, requiere la derogación o la modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva. Es necesario eliminar todos los obstáculos al acceso de las mujeres a servicios, bienes, educación e información integrales en materia de salud sexual y reproductiva... La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los

²¹ Comité CEDAW, Recomendación General N° 24, ya citada, apartado 17.

²² Comité DESC, Observación General N° 14, 22° período de sesiones Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, apartado 21. Disponible en <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcc492,0.html>

proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva”.²³

El Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la salud, Anand Grover, dijo que “Las leyes que penalizan el aborto atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer [...] Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud [...] perpetúa[n] la discriminación y genera[n] nuevas formas de estigmatización.”²⁴

Como última reseña que da cuenta de la dirección adoptada por los distintos organismos internacionales, se resalta lo señalado por la Relatoría Especial sobre Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes ha señalado que “[E]l Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto y las prohibiciones absolutas con respecto al mismo conculcan la prohibición de la tortura y los malos tratos.”²⁵

Con este marco global, corresponde entonces comenzar el análisis de las legislaciones particularmente escogidas.

²³ Comité DESC, Observación General N° 22, 2016, apartado 28. Disponible en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Comit%C3%A9%20DESC%20Observaci%C3%B3n%20General%2022%20sobre%20el%20derecho%20a%20la%20salud%20sexual%20y%20reproductiva.pdf>

²⁴ OMS, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, 2012, p. 17, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77079/9789243548432_spa.pdf?sequence=1

²⁵ Relatoría Especial sobre Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas del 1 de febrero 2013, apartado 50. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53_sp.pdf

6. Recorrido de la regulación del Aborto en los países seleccionados

En muchos casos no es posible situar un momento estricto en el que iniciaron los procesos, sino más bien se buscará identificar algunos de los factores que fueron incidiendo en las decisiones.

Por lo tanto, si bien la temporalidad no es rígida ni absoluta, el recorrido empezará por el examen de la normativa y jurisprudencia de Estados Unidos, marcando como primer eslabón el fallo *Roe vs. Wade* de 1973. A continuación, analizaré el camino seguido por las legislaciones francesa y española, para llegar finalmente a América Latina a examinar el recorrido que vienen haciendo en materia de regulación del aborto Uruguay, Chile y Argentina.

2) Estados Unidos

1. El comienzo de la despenalización del aborto

1.1. Roe vs. Wade

Un hito fundamental en el estudio de las regulaciones en materia de aborto es, sin duda, la sentencia conocida como *Roe vs. Wade*²⁶ de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos del 22 de enero de 1973.²⁷

Explica Monique Lions que “las legislaciones locales son las que han regido la materia con enfoques diversos, en algunos casos muy diferentes unos de otros.... A partir de 1966, un amplio movimiento de opinión empezó a manifestarse en favor de una liberalización de estas legislaciones, bajo la influencia del cuerpo médico y de varios sectores de las iglesias reformadas.”²⁸

²⁶ 410 U.S. 113 (1973).

²⁷ No pueden soslayarse como antecedentes las decisiones adoptadas por la Corte Suprema en 1965 en “Griswold vs. Connecticut” (381 U.S. 479, 1965) y en “Eisenstadt vs. Baird” en 1972 (405 US 438, 1972), en las cuales, para defender la legalidad de la anticoncepción, se brindaron argumentos acerca de la intimidad y la libertad reproductiva, en el primer caso para matrimonios, en el segundo para personas individuales.

²⁸ Lions, Monique, “La evolución de la legislación francesa sobre el aborto y la ley de 17 de enero de 1975 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo”, p.370.

Por ejemplo, en 1968, el gobernador de California, Ronald Reagan, admitió el aborto terapéutico²⁹. En New York, para 1970, se aceptó el aborto en el primer trimestre de gestación. La norma fue derogada por ley y el gobernador Nelson Rockefeller -también republicano- la vetó.

Dice Ian Shapiro que “este *statu quo ante* había sido muy variado, yendo desde Estados liberales como Nueva York, que habían permitido el aborto, hasta Estados como Texas, que tenía prohibiciones absolutas, pasando por diversos regímenes regulativos intermedios.”³⁰

También se habían dictado fallos en algunos distritos reconociendo derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, reseñados -críticamente- por Catharine MacKinnon.³¹

En 1970, las abogadas Linda Coffe y Sarah Weddington, presentaron una demanda en Texas en representación de una mujer (“Jane Roe”) solicitando se declarara la inconstitucionalidad de las leyes estatales que prohibían procurar o intentar un aborto y solicitaron que judicialmente se impidiera al fiscal de distrito aplicar esas normas. La única excepción prevista a la ilegalidad era para casos en que, por recomendación médica, se entendía necesario para salvar la vida de la mujer.³²

La accionante afirmaba que deseaba terminar su embarazo mediante un aborto realizado por un médico competente, en condiciones clínicas seguras. Además, sostenía que no pudo tener un aborto legal en Texas porque su vida no parecía estar amenazada por la continuidad

²⁹ California Therapeutic Abortion Act. Ver su contenido en https://lao.ca.gov/ballot/1999/990671_INT.html#:~:text=In%201967%2C%20the%20California%20Legislature,mental%20health%20of%20the%20mother.

³⁰ Shapiro, Ian. “El Derecho Constitucional Del Aborto En Los Estados Unidos: Una Introducción”, 2008, p.441. Disponible en <file:///C:/Users/helli/Downloads/el-derecho-constitucional-del-aborto-en-los-estados-unidos-una-introduccion.pdf>

³¹ MacKinnon, Catharine. “Hacia una teoría feminista del Estado”, p.337. La autora sostiene que estos fallos dictados en nombre del feminismo se han apoyado en el derecho a controlar el propio cuerpo, sin género. Afirma que es un error porque el cuerpo de la mujer no es suyo “la mujer no ha controlado su significado ni su destino”. Cuestiona que todos los defensores del aborto lo han hecho en términos neutros en cuanto al género.

³² Los Arts. 1191-1194 y 1196 del Código Penal del Estado tipificaban como delito "requerir un aborto" o intentar uno, excepto cuando era intentado por un médico con el propósito de salvar la vida de la madre. Ver *Roe v. Wade*, fallo citado, apartado I, párrafo 1.

de su embarazo y que no podía viajar a otra jurisdicción para garantizar un aborto legal en condiciones seguras.

El fiscal de distrito del Condado de Dallas, Texas, Henry Wade, representaba al Estado de Texas, que se oponía al aborto.

Frente a esto, el Tribunal de Distrito dictaminó, por un lado, que era justificado declarar la violación de los derechos de la peticionaria; sin embargo, por otro lado, rechazó la concesión de la orden judicial para que no se aplicara la ley. La decisión fue impugnada por ambas partes, lo que motivó la intervención de la Corte Suprema estadounidense.

El Máximo Tribunal, con el voto de siete miembros contra dos³³, admitió el aborto de la reclamante, estableciendo un paradigma que combinaba plazos de libertad para la decisión, con restricciones graduales, hasta llegar a la prohibición en la última etapa de la gestación -salvo en caso de riesgo para la vida o la salud de la gestante-.³⁴

En este sentido argumentó que “...no estamos de acuerdo en que, al adoptar una teoría de la vida, Texas pueda anular los derechos de la mujer embarazada que están en juego. Sin embargo, reiteramos que el Estado tiene un interés importante y legítimo en la preservación y protección de la salud de la mujer embarazada, ya sea que sea residente del Estado o no residente que busque consulta y tratamiento médico allí, y que aún tenga otro interés importante y legítimo en proteger la potencialidad de la vida humana. Estos intereses son separados y distintos. Cada uno crece en sustancialidad a medida que la mujer se acerca al término y, en un punto durante el embarazo, cada uno se vuelve `convinciente’”.³⁵

En esa interpretación, decidió que la mujer, amparada en el derecho a la privacidad — protegido por la Decimocuarta Enmienda— podía elegir si continuaba o no con el embarazo y que

³³ Votaron a favor los jueces William Douglas, Potter Stewart, Warren Burger, Lewis Powell, William Brennan, Thurgood Marshall y Harry Blackmun; en contra, los jueces William Rehnquist y Byron White.

³⁴ Se tomó para el análisis del fallo la traducción disponible en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Roe%20v%20Wade.pdf>

³⁵ Roe vs. Wade, fallo citado. Voto del juez Blackmun, apartado X, párrafo 1

esa privacidad era un derecho fundamental bajo la protección de la Constitución de EE.UU., por lo que ningún Estado podía legislar en su contra.

Dejó así -para el primer trimestre de gestación- todo el poder de decisión en el médico tratante quien, según su juicio profesional y en consulta con la mujer, era libre de determinar, sin la regulación del Estado, si el embarazo debía terminar.³⁶

Luego, en este permiso escalonado, el Tribunal entendió que en el segundo semestre de gestación correspondía limitar tal libertad individual y admitir el aborto con restricciones, en razón de las dificultades técnicas y de los riesgos que presentaba la intervención. De ahí que podrían dictarse reglas de orden sanitario, como, por ejemplo, la obligación de que se realizara la intervención en un centro médico reconocido.

Refirió que “...un Estado puede afirmar adecuadamente intereses importantes para salvaguardar la salud, mantener estándares médicos y proteger la vida potencial. En algún momento del embarazo, estos intereses respectivos se vuelven suficientemente convincentes para mantener la regulación de los factores que rigen la decisión del aborto. Por lo tanto, no se puede decir que sea absoluto el derecho a la privacidad involucrado”.³⁷

Finalmente dispuso que los Estados pueden limitar la práctica del aborto en las últimas diez semanas de embarazo, debido a que a esa altura de la gestación el feto es viable.

Resaltó que “[c]on respecto al interés importante y legítimo del Estado en la vida potencial, el punto ‘convinciente’ es la viabilidad. Esto es así porque, al parecer, el feto tiene la capacidad de una vida significativa fuera del útero de la madre. La regulación estatal que protege la vida fetal después de la viabilidad tiene, por lo tanto, justificaciones lógicas y biológicas. Si el Estado está interesado en proteger la vida fetal después de la viabilidad, puede ir tan lejos como

³⁶ “Este derecho de privacidad, ya sea fundado en el concepto de libertad personal de la Decimocuarta Enmienda y restricciones a la acción estatal, como lo consideramos o, como lo determinó el Tribunal de Distrito, en la reserva de derechos de la Novena Enmienda para las personas, es suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer de cancelar o no su embarazo. El perjuicio que el Estado impondría a la mujer embarazada al negar esta elección por completo es evidente. El daño específico y directo médicamente diagnosticable incluso en el embarazo temprano puede estar involucrado”. Roe v. Wade, fallo citado. Voto del juez Blackmun, apartado VIII, párrafo 2.

³⁷ Roe v. Wade, fallo citado. Voto del juez Blackmun, apartado VIII, párrafo 3

para proscribir el aborto durante ese período, excepto cuando sea necesario para preservar la vida o la salud de la madre.”³⁸

En síntesis, delineando estos tres segmentos, se limitó el campo de acción de los Estados en materia legislativa, acotando su posibilidad de intervención a establecer reglamentaciones en el segundo tramo de la gestación y hasta fijar la prohibición de abortar en la última etapa. Como consecuencia de ello, resultaron inconstitucionales las legislaciones restrictivas de la mayor parte de los Estados.³⁹

Se advierte pues que el Tribunal eligió el argumento de la privacidad como eje central de su resolución, a diferencia -como se verá- de legislaciones europeas, en las que el acento estaba puesto en la salud pública. Si bien los resultados pueden de algún modo asimilarse -ambos llegan a la permisión- los motivos que sostienen una decisión y otra son absolutamente diferentes y sus flancos de fragilidad también.

El hecho de que la Corte haya apoyado el núcleo de su decisión en el derecho a la privacidad ha generado críticas y elogios.

Entre las valoraciones positivas se destaca la importancia del resultado alcanzado y su impacto en la vida de millones de mujeres. Pero además se pone en valor la centralidad asignada a la privacidad de la mujer como titular de ese derecho, sin licuar su autonomía en la pertenencia a la familia o el derecho a la planificación familiar. Es decir, se trata de un reconocimiento a la mujer en tanto persona autónoma, sujeta política de sus decisiones.

³⁸ Roe v. Wade, fallo citado. Voto del juez Blackmun, apartado X, párrafo 3

³⁹ Una ley penal sobre el aborto del tipo de la que actualmente tiene Texas, que únicamente exceptúa de la criminalidad a los procedimientos para salvar la vida de la madre, independientemente de la etapa del embarazo y sin reconocimiento de los otros intereses involucrados, es violatorio de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. (a) Dentro de la etapa anterior a aproximadamente el final del primer trimestre, la decisión del aborto y su efecto debe dejarse al juicio médico del médico tratante de la mujer embarazada. (b) En la etapa posterior a aproximadamente el final del primer trimestre, el Estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si así lo desea, regular el procedimiento de aborto de manera razonablemente relacionada con la salud materna. (c) En la etapa subsiguiente a la viabilidad, el Estado al promover su interés en la potencialidad de la vida humana puede, si así lo desea, regular, e incluso proscribir, el aborto excepto cuando sea necesario, según el apropiado juicio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre. Roe v. Wade, fallo citado. Voto del juez Blackmun, apartado XI, párrafo 1

Como vimos, a nivel de pronunciamiento de los organismos internacionales ha costado muchísimo abandonar el abordaje de los derechos sexuales y reproductivos fuera de la categoría de la planificación familiar y como parte de la autonomía de las personas. En ese sentido el aporte de *Roe* tiene gran relevancia.

Sin embargo, uno de los cuestionamientos responde a que ese enfoque, reflejo de un claro posicionamiento liberal, desresponsabiliza al Estado de garantizar que se lleve adelante la práctica médica que autoriza. El conflicto queda en la esfera privada de la mujer sin que encuentre un interlocutor público a quien exigir su resolución. Esto se vería confirmado rápidamente, al sustraerse la atención de abortos de la cobertura social.

En este sentido dijo Catherine MacKinnon que “a las mujeres se les concede el derecho al aborto como privilegio privado, no como derecho público.”⁴⁰

Además, critica la autora que este postulado confirma la separación que se hace en la vida de las mujeres de sus ámbitos públicos y privados, afirmando la idea de que en lo privado los individuos autónomos actúan libremente y en pie de igualdad, sin distinción de géneros. Concluye que si en *Roe*, en lugar de reafirmar la libertad se hubiese garantizado la intervención estatal “habría dado a la mujer una elección que no tiene en privado, habría contradicho la supremacía de la estructura masculina en lo privado.”⁴¹

También el fallo fue criticado por Ruth Bader Ginsburg, quien dos décadas después de su dictado integraría la Corte Suprema. Entendía que el Tribunal de *Roe* “debería haberse ´concentrado de un modo más preciso en la dimensión de la igualdad de la mujer de dicho problema´, permitiéndole sostener que ´el trato desventajoso a una mujer por razón de su embarazo y por razón de su capacidad de elegir en materia de reproducción es un caso paradigmático de discriminación por razón de sexo´”⁴².

⁴⁰ MacKinnon, Catharine. “Hacia una teoría feminista del Estado”, 1989. Ediciones Cátedra S.A., 1995, p.342.

⁴¹ MacKinnon, Catharine. “Hacia una teoría feminista del Estado”, 1989. Ediciones Cátedra S.A., 1995, p. 342/343

⁴² Ginsburg Ruth, 9 de marzo de 1993: “Speaking in Judicial Voice”, Madison Lecture, New York University Law School, citada por Shapiro, Ian. Ob, cit. p. 455/456.

1.2.Doe vs. Bolton

El mismo 22 de enero de 1973 que fallaba en Roe, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos dictó otro fallo histórico en la materia: *Doe vs. Bolton*.⁴³

“Mary Doe” era una mujer de 22 años, que ya había tenido tres hijos a quienes no había podido criar y estaba embarazada de ocho semanas. Solicitó se le practicara un aborto, alegando también que su continuación afectaría su salud mental. El pedido fue denegado.

El 16 de abril de 1970, interpuso una acción federal en el Distrito Norte de Georgia - junto a otras 23 personas (médicos matriculados en Georgia, enfermeras, clérigos y trabajadores sociales) y dos corporaciones sin fines de lucro del lugar, que luchaban por la reforma de la legislación. Los demandantes buscaron que se declarara que las leyes de aborto del Estado eran inconstitucionales.

La ley local vigente⁴⁴ prohibía el aborto excepto cuando era realizado por un médico de Georgia debidamente autorizado y éste evaluara, según su mejor juicio clínico, que el embarazo pondría en peligro la vida de la mujer embarazada o perjudicaba su salud; tampoco era castigado si el feto probablemente padecía un defecto grave o si el embarazo era producto de una violación.

Además de fijar esas causales, se exigía que la paciente fuera residente de Georgia, que el aborto se realizara en un hospital acreditado por la Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales, que el procedimiento fuera aprobado por un comité de aborto del personal del hospital y que la opinión del médico que lo realizaba fuera confirmada por otros dos médicos.

Interpuesta la acción, el Tribunal de Distrito declaró que la limitación a las tres situaciones especificadas era una violación de la privacidad y la libertad personal, pero sostuvo que el interés del Estado en la protección de la salud y la potencial existencia humana

⁴³ 410 U.S. 179, 1973. Se tomó para el análisis del fallo la traducción realizada por el Dr. Gustavo Arballo. Disponible en <http://www.saberderecho.com/2018/03/roe-v-wade-y-doe-v-bolton-fallos.html>

⁴⁴ Código Penal de Georgia, 26-1202 (a y b).

independiente justificaban la regulación. Los reclamantes apelaron solicitando una tutela más amplia.

La Corte sostuvo, remitiendo a *Roe*, que el derecho constitucional de una mujer a un aborto no es absoluto y que el requisito de que la decisión del médico de realizar un aborto deba descansar sobre “su mejor juicio clínico” no era inconstitucionalmente vago.⁴⁵

Sin embargo, resolvió que las tres condiciones de procedimiento violaban la Decimocuarta Enmienda.⁴⁶

Puntualizó que el requisito de que el aborto se realizara en un hospital acreditado por la Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales no era válido, ya que el Estado no había demostrado que solo los hospitales (y mucho menos aquellos con esa acreditación) satisficieran su interés en proteger plenamente a la paciente.

Además, señaló que la injerencia de un comité hospitalario era un procedimiento no aplicable en cuestiones de derecho penal estatal a otras situaciones quirúrgicas y resultaba indebidamente restrictiva de los derechos de la paciente.

Por último, dispuso que la aprobación requerida por dos médicos practicantes tampoco tenía una conexión racional con las necesidades de la paciente e infringía indebidamente el derecho de su médico a ejercer.

Agregó que “el requisito de residencia en Georgia viola la Cláusula de Privilegios e Inmunidades al negar la protección a las personas que ingresan a Georgia para recibir servicios médicos allí.”⁴⁷

⁴⁵ Doe v. Bolton, fallo citado. Párrafo n° 3

⁴⁶ Doe v. Bolton, fallo citado. Párrafo n° 4, apartados a, b y c.

⁴⁷ Doe v. Bolton, fallo citado. Párrafo n° 5

1.3.Baby Boy

Otro antecedente jurídico trascendente fue el dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como *Baby Boy* de 1981.⁴⁸

El 19 de enero de 1977, Christian White y Gary Potter interpusieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición contra Estados Unidos y el Estado de Massachusetts, alegando que habían violado el derecho a la vida al revocar una condena por homicidio a un médico que había realizado un aborto.

La condena fue revocada después de que la Corte Suprema de EE.UU. decidiera en *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton*, e hiciera inoperantes las leyes estatales que imponían sanciones penales por la realización de abortos. Los demandantes alegaron violaciones de los derechos a la vida, la igualdad, los derechos de los niños y el derecho a la salud protegidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Sintéticamente la Comisión sostuvo que no había violación al artículo 1 de la Declaración -derecho a la vida-. Para ello razonó que los trabajos preparatorios de la Declaración revelaron que una serie de Estados se opusieron a la protección de la vida desde el momento de la concepción y que, por lo tanto, el derecho invocado no puede ser leído como parte de la garantía general del derecho a la vida previsto en la Declaración.⁴⁹

Por lo demás, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho a la vida, en general, desde la concepción, entendieron que no correspondía analizar el punto ya que Estados Unidos no la ha ratificado.

⁴⁸Comisión IDH. “Baby Boy”. Resolución N° 23/81. Caso 2141. Estados Unidos De América.6 de marzo de 1981.

⁴⁹ Comisión IDH. “Baby Boy” citado, párrafos 19 a 30 y Conclusiones 1 a 5.

2. Reacciones y barreras

2.1 Financiamiento estatal

En 1976, en el fallo *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*⁵⁰ la Corte Suprema denegó a los Estados la facultad para conceder a los maridos poder de veto sobre la decisión de sus esposas de abortar y también sostuvo que a los padres de niñas solteras no se les podía conceder un veto absoluto sobre los abortos.⁵¹

Este era parte del contexto legal y jurisprudencial del aborto en Estados Unidos. Sin embargo, las reacciones -que ya existían fuertemente- empezaron a actuar.

Como se verá, la resistencia a la habilitación del aborto no sólo se encaminaría a revertir lo resuelto en *Roe*, sino que la estrategia además consistió -y consiste- en la constante creación de barreras tanto para acceder a la práctica como para prestarla.

Uno de los primeros obstáculos fue la limitación al financiamiento público del aborto. La Enmienda Hyde, aprobada por el Congreso en 1976, excluyó al aborto de los servicios integrales de atención médica brindados a personas de bajos ingresos por el gobierno federal a través de Medicaid -seguro de salud estatal-. De este modo, un gran sector de la población se veía materialmente impedido de acceder a un aborto, salvo que se tratara de casos de violación o incesto, o cuando la vida de la mujer embarazada estuviera físicamente en peligro.⁵²

⁵⁰ 428 U.S. 52, 1976

⁵¹ Gerberd Fried Marlene, "From Abortion to reproductive Freedom: Trasforming a Movement". South End Press, Boston, 1990, p.46

⁵² Título XIX de la Ley de Seguridad Social.

Según la Unión Americana de Libertades Civiles “la mayoría de los Estados han seguido el liderazgo del gobierno federal al restringir los fondos públicos para el aborto.”⁵³.

Como destaca Shapiro, a pesar del desarrollo y profundización del derecho constitucional de la mujer al aborto desarrollado por la Corte Suprema, el Tribunal también comenzó a limitar este derecho.⁵⁴

En 1981 en el fallo *Harris vs. McRae*⁵⁵ la Corte sostuvo la constitucionalidad de la enmienda Hyde al entender que los Estados que participaban en Medicaid y no recibían el reembolso federal por su aplicación, no estaban obligados a financiar abortos médicamente necesarios. De esa manera se ampliaba la decisión adoptada en 1977 en *Maher vs. Roe* en la que había afirmado que los Estados no tenían una obligación constitucional de pagar por abortos no terapéuticos.⁵⁶

Catharine MacKinnon dice que con *Harris vs. McRae* se permitía al gobierno apoyar una decisión, pero no la otra; esto es, se permitía financiar los embarazos que siguieran adelante pero no su interrupción. Sostiene que “al afirmar que la intimidad de la decisión quedaba, no obstante, intacta desde el punto de vista constitucional, el Tribunal señalaba que ‘aunque el gobierno no podrá poner obstáculos en el camino que siga una mujer en el ejercicio de su libertad de elección, no tiene tampoco que eliminar los que no haya creado’.”⁵⁷

Como se explica en el informe del Instituto Guttmacher “Regulación dirigida de proveedores de aborto”, en los años inmediatamente posteriores a *Roe*, varios Estados restringieron el acceso al aborto recurriendo a distintas estrategias. Una de ellas fue la que aquí se analiza de limitar el financiamiento público.⁵⁸

⁵³ ACLU, “Financiamiento público para el aborto. Mapa de EEUU que ilustra las restricciones actuales de financiación pública. Véase <https://www.aclu.org/other/public-funding-abortion?redirect=public-funding-abortion>

⁵⁴ Shapiro, Ian. “El Derecho Constitucional...”. Ob. Cit, p.443.

⁵⁵ 448 US 297, 1980

⁵⁶ 432 US 464, 1977

⁵⁷ MacKinnon, Catharine. “Hacia una teoría feminista del Estado”, Op. Cit. p.333.

⁵⁸ Instituto Guttmacher. Regulación dirigida de proveedores de aborto. Disponible en <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/targeted-regulation-abortion-providers#>. Los esfuerzos por utilizar

Esta restricción se mantiene en la actualidad y genera una evidente barrera para muchas personas en la posibilidad de obtener la prestación.

2.2 Otras barreras

Se fueron imponiendo además regulaciones estrictas para las clínicas en las que se practicaban los abortos, sin ninguna relación con la prestación del servicio (exigencias sobre determinado ancho de los pasillos, lugares de estacionamiento, etc.). Estas siguen siendo una estrategia de obstaculización que las organizaciones autodenominadas “pro vida” logran muchas veces establecer normativamente, especialmente en gestiones republicanas.

En cuanto a los obstáculos fácticos que se han ido colocando, no puede soslayarse que durante los años ochenta, militantes católicos partidarios de Operación Rescate⁵⁹ se encadenaban en clínicas donde se realizaban para que no pudieran practicarse, rompían la aparatología, hacían guardia en la puerta de los centros para interceptar a las mujeres y persuadirlas de que no abortaran gritando sus “consejos de calle”. Con un claro respaldo económico detrás, lograron el

la regulación clínica para limitar el acceso al aborto, en lugar de hacer que su provisión sea más segura resurgieron en la década de 1990 y han ganado fuerza desde 2010. Sin embargo, en junio de 2016, la Corte Suprema de los Estados Unidos eliminó algunas de las restricciones más onerosas que había sido promulgado en Texas, allanando el camino para desafiar las regulaciones excesivamente onerosas de otros estados que apuntan a proveedores de aborto. Si bien todas las reglamentaciones sobre el aborto se aplican a las clínicas de aborto, algunas van tan lejos como para solicitarlo en los consultorios médicos donde se realizan abortos o incluso en sitios donde solo se administra el aborto con medicamentos. La mayoría de los requisitos aplican los estándares estatales para los centros quirúrgicos ambulatorios a las clínicas de aborto, a pesar de que los centros quirúrgicos tienden a proporcionar procedimientos más invasivos y riesgosos y usan niveles más altos de sedación. Estas normas a menudo incluyen requisitos para la planta física, como el tamaño de la habitación y el ancho del corredor, más allá de lo necesario para garantizar la seguridad del paciente en caso de emergencia. Sin embargo, los estándares estatales varían, con los estándares más onerosos en estados como Michigan y Pennsylvania. También requieren a menudo que las instalaciones mantengan relaciones con los hospitales, disposiciones que no agregan nada a las protecciones existentes para los pacientes, mientras que otorgan a los hospitales un poder de veto efectivo sobre si puede existir un proveedor de abortos. Varios estados exigen que los médicos que realizan abortos tengan relaciones con los hospitales locales, requisitos que hacen poco para mejorar la atención al paciente pero que establecen estándares que pueden ser imposibles de cumplir para los proveedores.

⁵⁹ Singer, Peter, “Ética práctica”. Akal, Madrid, 2009: Operación rescate era una organización norteamericana que basaba su accionar en el mandato bíblico que sostiene “libra a los que son conducidos a la muerte, y a los que llevan a la ejecución, sálvalos”. Respaldan su accionar en la idea de desobediencia civil, p.361/362

cierre de clínicas y su apropiación para convertirlas en sus sedes, como verdaderos bunkers anti aborto.

Como acciones extremas de la cruzada, pusieron bombas en las clínicas y llegaron a asesinar a médicos y a mujeres que iban a abortar. El 31 de mayo de 2009, en el tercer ataque sufrido, mataron al Dr. George Tiller director de una clínica de Wichita. El homicida admitió que su forma de pensar cambió viendo el Club 700 y que así conoció a Cristo. Esa convicción lo llevó al homicidio.⁶⁰

En síntesis, a nivel de altos órganos jurisdiccionales se sostenía la posibilidad de no penalizar el aborto; sin embargo, las barreras se iban instalando en el acceso concreto y efectivo a la práctica en los distintos Estados.

3. Modificaciones al estándar de *Roe*. Doctrina de la Cláusula Indebida

Quienes buscan la criminalización del aborto, no han renunciado en absoluto a la batalla legal, sino que han seguido y siguen buscando revertir lo resuelto en *Roe*.

Una estrategia fundamental en ese sentido ha sido ir modificando la composición de la Corte, integrando cada vacante con jueces y juezas más conservadores/as que permitan regresar de esa línea jurisprudencial. Los grandes aliados son los presidentes republicanos y el poder económico y de lobby de los grupos religiosos (especialmente católicos y evangélicos).

El primer cambio en la composición de la Corte fue durante la gestión Reagan, con la incorporación de la primera mujer que accedía a ese cargo, la conservadora Sandra Day O'Connor. Durante ese gobierno ingresaron también a la Corte los jueces Anthony Kennedy y Antonin Scalia.

Luego, durante su campaña presidencial, George Bush tuvo un fuerte apoyo de los sectores provida. Esa cuenta política hizo que cambiara su posición histórica y se pronunciara en

⁶⁰ Resulta sumamente interesante el abordaje que se hace de esta etapa en el film documental “Reversing Roe”. El respaldo documental del trabajo aporta confiabilidad y seriedad a la investigación allí realizada.

contra del aborto, subrayando la necesidad de revertir el fallo Roe. Bush designó en la Corte a Clarence Thomas.

Como analiza Ian Shapiro, en 1989, gran parte del razonamiento de Roe quedó comprometido en *Webster vs. Reproductive Health Services*⁶¹ en el que se respaldaba una ley de Missouri⁶² que exigía que, antes de que un médico realizase un aborto a una mujer que presumía llevaba veinte o más semanas de gestación, debía determinar si el feto era viable. Además de eso, en la resolución se cuestionaba el sistema escalonado en trimestres que había quedado fijado en *Roe* afirmando que el Estado podía tener interés en la protección de la vida potencial antes de la viabilidad.⁶³

Por otro lado, el fallo expresó que la decisión del gobierno de favorecer el parto sobre el aborto mediante la asignación de fondos públicos no violaba *Roe* y que el Estado podía implementar ese juicio de valor asignando recursos -como empleados, médicos y hospitales- para alentar el parto sobre el aborto. Entendieron que esa decisión no colocaba ningún obstáculo gubernamental en el camino de una mujer que elegía interrumpir su embarazo y que la limitación aparecía solo en la medida en que se eligiera solicitar la práctica a un médico de un hospital público.⁶⁴

En *Hodgson vs. Minnesota*⁶⁵, anticipando lo que sucedería dos años después, Sandra Day O'Connor votó que sólo cuando la regulación estatal imponía una “carga indebida” sobre la capacidad de una mujer para tomar la decisión de abortar, se afectaba la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso.

⁶¹ 492 U.S. 490,1989

⁶² § 188.215

⁶³ Shapiro, Ian. “El Derecho Constitucional...”, Ob. Cit. p.444.

⁶⁴ 492 U.S. 490,1989, párrafo 2.

⁶⁵ 497 U.S. 417, 1990. La ley impugnada exigía que, en caso de mujeres menores de 18 años, debía notificarse a los dos padres 48 horas antes de la práctica. El Tribunal entendió que era suficiente con la notificación a uno de los padres, pero que el período de espera era constitucional.

En efecto, ese fue el paso previo a *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*⁶⁶ en el que la Corte mantuvo el reconocimiento constitucional del derecho de la mujer a elegir abortar antes de la viabilidad fetal y a realizarlo sin interferencias indebidas por parte del Estado, respetando la intimidad como derecho derivado de la Décimo Cuarta Enmienda.⁶⁷ Ningún Estado podía legislar de modo contrario. Después de ese momento, los Estados tenían el poder para restringir los abortos, siempre que la ley dictada previera excepciones para los embarazos que hicieran peligrar la vida o la salud de la mujer.

De esta manera, *Casey* reafirmó el holding de *Roe* en cuanto a la constitucionalidad del derecho a abortar, sólo que separándolo del esquema de trimestres y vinculándolo en cambio a las ideas de viabilidad y cargas indebidas.⁶⁸

Las lecturas del fallo son variadas y, tal vez pueda decirse que no satisfizo los intereses de ninguna de las partes. Quienes esperaban que fuera el fin de la vigencia del estándar de *Roe*, fueron decepcionados; quienes querían mantener incólume el fallo, vieron que con la plasmación del criterio de “cláusula indebida” se habilitaba la interposición de requisitos al acceso efectivo que terminarían haciéndolo ilusorio en muchos casos.

En 1993 asumió la presidencia el demócrata Bill Clinton y designó en la Corte a otra mujer -Ruth Bader Ginsburg- y también a Stephen Breyer. De ese modo el fallo *Roe* quedaba blindado.

66 505 U.S. 833, 1992

⁶⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, fallo citado. Voto conjunto de la jueza O'Connor y los jueces Kennedy y Souter, apartado I. Antes de la viabilidad, los intereses del estado no son lo suficientemente fuertes como para sustentar una prohibición del aborto o la imposición de un obstáculo sustancial al derecho de la mujer de efectivamente elegir el procedimiento.

⁶⁸ La ley de Control del Aborto de Pennsylvania de 1989 requería que, salvo en emergencias médicas: (a) una mujer esperara 24 horas entre el consentimiento y la realización de un aborto; (b) la mujer recibiera obligatoriamente la información sobre el aborto dispuesta por el estado y se le ofreciera material informativo preparado por el estado sobre el desarrollo del feto; (c) una mujer casada informara al marido de su decisión de realizarse un aborto; y (d) el aborto, en el caso de menores, estuviese supeditado a la existencia de consentimiento de uno de los padres o de un tutor, entregado en persona en la clínica, o de una dispensa judicial. Sólo la disposición que estipulaba la notificación al marido fue considerada una carga excesiva y, por lo tanto, inconstitucional. Se consideró que todas las demás disposiciones no constituían una carga excesiva. Ver https://www.plannedparenthood.org/uploads/filer_public/e1/5f/e15f73db-4479-439c-a7fd-095db587ba34/importantesfallosdelacortesupreme_04-07_translated_05-07.pdf.

Sin embargo, al amparo de *Casey* los grupos “pro vida” lograron que en los Estados se siguieran agregando restricciones para el funcionamiento de las clínicas, logrando el cierre de muchos de los centros. A ello se le sumaban las constantes amenazas y ejercicios de violencia contra los médicos que intervenían.

En ese contexto, con *Roe* a salvo -esto es, sin la posibilidad de dictar legislaciones prohibitivas indebidas para la etapa temprana del embarazo- agregaron otra estrategia a las restricciones cotidianas y apuntaron a evitar los abortos que se producían en el segundo trimestre de gestación. Para ello se valieron de un concepto con gran impacto social: el aborto por nacimiento parcial.⁶⁹

Analiza Shapiro que a partir de *Casey* el debate dejó de centrarse en la existencia o no de vida en el feto y en qué momento corresponde dar comienzo a su protección jurídica, para pasar a analizar cuál es el concepto de carga indebida, esto es, cuándo se establece una exigencia que la mujer no debe soportar al decidir interrumpir su embarazo.

Sostiene el autor que Dworkin cruza aquí la variable de la igualdad, por la cual, lo que para algunas mujeres puede no ser una condición excesiva, puede serlo para otras; esto es, no puede analizarse el concepto de “carga indebida” sin transversalizarlo por un examen de igualdad.

Aún más, analizando concretamente el período de reflexión impuesto por muchas normas, expresa que si una restricción que no hace al aborto imposible en la práctica para ninguna mujer, no obstante, lo hace lo suficientemente más caro o dificultoso de modo que disuadiría a algunas mujeres de practicarse un aborto, no tendría que superar el test de la carga indebida.”⁷⁰

Siguiendo con el sinuoso camino jurisprudencial, en el año 2000 la Corte Suprema resolvió en *Stenberg vs. Carhart*⁷¹ por cinco votos contra cuatro que una ley de Nebraska⁷² que

⁶⁹ Shapiro, Ian. “El Derecho Constitucional...”. Ob. Cit, Explica que la Ley de Nebraska lo prohibió aduciendo que se trataba de «extraer intencionalmente de la vagina un niño vivo no nacido, o una porción sustancial del mismo, con el propósito de realizar un procedimiento que los [abortistas] saben que matará al [...] niño y de hecho [...]», p. 449

⁷⁰ Shapiro Ian. “El Derecho Constitucional...”. Ob. Cit, p.459

⁷¹ 530 U.S. 914, 2000

⁷² Neb. Rev. Stat. Ann. § 28–328

admitía el procedimiento de dilatación y evacuación (*D&E*, el llamado nacimiento parcial) cuando estaba en juego la vida de la gestante, pero no su salud, era inconstitucional porque imponía una carga indebida sobre el derecho a las mujeres a abortar.⁷³

Ya durante la presidencia del republicano George W. Bush, se logró que ambas Cámaras del Congreso sancionaran una ley federal de prohibición del aborto por nacimiento parcial, que fue firmada por el presidente el 5 de noviembre de 2003.⁷⁴ Se discutió su constitucionalidad hasta que en 2007 a la Corte de Estados Unidos en el caso *Gonzáles vs. Carhart*.⁷⁵

Para ese entonces, en 2005, la jueza Sandra Day O'Connor había renunciado y el Presidente del Tribunal, el conservador William Rehnquist, había fallecido. En esos lugares, Bush designó, respectivamente a los jueces Samuel Alito y John Glover Roberts.

Con esa composición, la Corte revirtió en *Gonzáles*⁷⁶ su criterio de *Stenberg*⁷⁷ y declaró constitucional la prohibición del aborto por nacimiento parcial, sin contener una excepción a los casos en que existiera riesgo para la salud de la gestante.

En 2013, en Texas, en el marco de la permisión de barreras a la que dio lugar *Casey*, hubo un intento de sancionar el Proyecto de ley SB5, que perseguía prohibir el aborto desde la vigésima semana de gestación e imponer normas muy estrictas para las clínicas donde se practicaba la interrupción del embarazo, lo que llevaría a cerrar la gran mayoría de clínicas del Estado.

⁷³ Planned Parenthood. Importantes fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en materia de salud y derechos reproductivos (1965–2007). Disponible en https://www.plannedparenthood.org/uploads/filer_public/e1/5f/e15f73db-4479-439c-a7fd-095db587ba34/importantesfallosdelacortesupreme_04-07_translated_05-07.pdf

⁷⁴ 18 US C. §1531

⁷⁵ 550 U.S. 124, 2007

⁷⁶ 530 U.S. 914 (2000)

⁷⁷ 550 U.S. 124 (2007)

En la sesión de tratamiento, la senadora demócrata Wendy Davis habló durante casi once horas seguidas -de pie, sin tomar agua, alimentarse, ni ir al baño- a fin de que se hiciera la medianoche y el proyecto perdiera vigencia, porque la mayoría republicana permitía aprobarlo. El edificio estaba completamente lleno de militantes *pro choice* y fue seguido virtualmente en todo el mundo⁷⁸. El *filibusters* de Davis fue interrumpido minutos antes de la medianoche, pero los gritos del público impidieron retomar la sesión y se logró el objetivo: el proyecto no pudo votarse.

Sin embargo, la semana siguiente se reeditó el planteo, bajo el nombre de HB2 (Proyecto 2)⁷⁹. En esa ocasión no pudo seguirse la misma estrategia, el edificio y las calles estaban llenas de militantes que buscaban impedir la votación de la ley y también de sectores religiosos que perseguían la sanción. El proyecto se aprobó y Texas dictó una ley sumamente restrictiva del acceso a la interrupción del embarazo.

En esa misma línea y siempre con apoyo en *Casey*, diversos Estados fueron dictando normas limitativas. Según datos del Instituto Guttmacher “entre el 1 de enero de 2011 y el 1 de julio de 2019, los estados promulgaron 483 nuevas restricciones de aborto, y estas representan casi el 40% de todas las restricciones de aborto promulgadas por los estados en las décadas posteriores a *Roe v. Wade*.”⁸⁰

Señala entre las restricciones estatales más comunes “los requisitos de notificación o consentimiento de los padres para menores, limitaciones en la financiación pública, asesoramiento obligatorio diseñado para disuadir a las personas de obtener un aborto, períodos de espera obligatorios antes del aborto y regulaciones innecesarias y excesivamente onerosas.”⁸¹

A ellas pueden agregarse la prohibición de realizar la práctica luego de las veinte semanas de gestación, obligación de hacer entre dos y cuatro visitas al médico y en todos los casos

⁷⁸ “El discurso de 11 horas que dio lugar a una estrella”, BBC Mundo, Redacción. 28 de junio de 2013. Disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/06/130627_filibuster_wendy_davis_en_texas_bd

⁷⁹ Véase su contenido en “What is HB2?”, Texas Policy Evaluation Project, julio 2014. Disponible en https://liberalarts.utexas.edu/txpep/_files/pdf/HB2%20Fact%20Sheet-7July14.pdf

⁸⁰ Guttmacher Institute, “Datos estatales sobre el aborto”, marzo de 2020. Disponible en <https://www.guttmacher.org/fact-sheet/state-facts-about-abortion-alabama>. En 1996, EEUU tenía 452 clínicas de aborto ; en 2005, ese número había disminuido a 381 y para 2014, se redujo a 272.

⁸¹ Guttmacher Institute, “Datos estatales sobre el aborto”, ya citado.

al mismo profesional, obligación de que se practique una ecografía, se exhiba y se hagan escuchar los latidos 24 antes de realizar el aborto⁸², privilegios de admisión para médicos/as en hospitales cercanos, requisitos propios de centros ambulatorios quirúrgicos, incluso en clínicas en las que sólo se llevan a cabo abortos con medicamentos, etc.⁸³

En 2016 la Corte Federal, aún durante la administración de Barack Obama, debió resolver respecto de la constitucionalidad del HB2 de Texas en *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*.⁸⁴

El Tribunal, integrado por tres mujeres,⁸⁵ declaró inconstitucional la norma por entender que imponía a las mujeres restricciones indebidas. Es decir, haciendo uso de la doctrina *Casey*, anuló la vigencia de dos restricciones que habían impedido el funcionamiento de clínicas. El primero, el de los privilegios de admisión de los médicos de la clínica en algún hospital ubicado a no más de treinta millas. El segundo, que las clínicas debían cumplir con las exigencias aplicables a un centro ambulatorio quirúrgico. Ambos requisitos habían sido impuestos con el anunciado fin de proteger la salud de las mujeres. Sin embargo, la Corte entendió que tales exigencias no superaban el test de la carga indebida (*undue burden*) al derecho de la mujer de obtener un aborto antes de la viabilidad del feto.

Esto es, la reglamentación se entendió inconstitucional, por un lado, porque su propósito o su efecto, se convirtió en un obstáculo sustancial para el acceso; por otro, porque las reglamentaciones no produjeron beneficios médicos suficientes para justificar el obstáculo impuesto. Se ha dicho que “al balancear ambos elementos, poco o ningún beneficio médico por un lado, y una reducción dramática de las clínicas disponibles por otro, resultaba evidente que la

⁸² Lamm, Eleonora. “La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres”. *Derecho de Familia / Número: 2007-2016. (Revista (serie))*, julio 2012, p.25/53

⁸³ ACLU, “Conoce tus derechos: el aborto en Texas”. Disponible en https://www.aclutx.org/sites/default/files/field_documents/abortionkyr_sp.pdf

⁸⁴ 579 US ___ (2016)

⁸⁵ A Ruth Bader Ginsburg se sumaron durante la presidencia de Barack Obama Sonia Sotomayor y Elena Kagan.

reglamentación constituía un obstáculo sustancial en cuanto al ejercicio del derecho constitucional a terminar un embarazo antes de la viabilidad del feto.”⁸⁶

El voto de la jueza Ginsburg resaltó que muchos procedimientos médicos, incluido el parto, son mucho más peligrosos para los pacientes, pero no están sujetos a los requisitos de privilegios de admisión en el hospital quirúrgico ambulatorio o en el hospital. Cuando un Estado limita severamente el acceso a procedimientos seguros y legales, las mujeres en circunstancias desagradables pueden recurrir a practicantes deshonestos sin licencia, a falta de algo mejor, con un gran riesgo para su salud y seguridad.⁸⁷

Luego del fallo, durante el debate final para las elecciones presidenciales de Estados Unidos, se mostraron claras las posiciones de quienes participaban. Hillary Clinton aseguró que defendería la vigencia de *Roe vs. Wade* y que el problema que existía era que las mujeres tenían obstáculos cotidianos para acceder al aborto. Donald Trump aseguró que nombraría jueces pro vida y dijo que si sucedía lo que proponía Clinton, iban a matar bebés de nueve meses de gestación hasta el día antes de nacer.

En enero de 2017, luego de ganar las elecciones con un amplio y determinante apoyo evangelista, Donald Trump asumió la presidencia.

El 23 de enero de ese año Trump, reestableció la llamada Política de la Ciudad de México, también conocida como la "Regla de mordaza global"⁸⁸ con el nombre oficial de "Protección de la vida en la asistencia sanitaria global".⁸⁹

Esta política iniciada por Ronald Reagan y sostenida por los distintos gobiernos republicanos, establece que cualquier organización no gubernamental extranjera que acceda a

⁸⁶ Farinacci Fernós, Jorge. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, p.765. Disponible en http://revistajuridica.uprrp.edu/wp-content/uploads/2017/07/15.-Jurisprudencia-del-Tribunal-Supremo-de-los-Estados-Unidos_86-REV-JUR-UPR-754FINAL.pdf

⁸⁷ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, fallo citado. Voto concurrente de la jueza Ruth Ginsburg, segundo párrafo.

⁸⁸ Crisis in care. Year two impact of Trump's global gag rule. International Woman's Health Coalition. Disponible en https://31u5ac2nrwj6247cya153vw9-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/06/IWHC_GGR_Report_2019-WEB_single_pg-2.pdf

⁸⁹ "Memorandum presidencial sobre la política de la Ciudad de México", emitido el: 23 de enero de 2017. Disponible en <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-regarding-mexico-city-policy/>

fondos de salud globales de EE. UU. debe certificar que no participará en ciertas actividades relacionadas con el aborto, no sólo la prestación directa de servicios de aborto, sino incluso información y asesoramiento.⁹⁰

Esto es, las organizaciones no estadounidenses que reciben fondos de salud global de EE. UU. no pueden usar su propio dinero para mencionar el aborto como parte de sus programas de asesoramiento o educación. Si se les consulta sobre el aborto, no pueden informar a dónde acudir para obtener el procedimiento, ni siquiera en los casos en los que llevar un embarazo a término pudiera poner en riesgo la salud de la mujer.

Aún más, no solo se aplica a las organizaciones que trabajan con los fondos de salud global de los EE. UU., sino también a lo que hacen con sus propios fondos gubernamentales no estadounidenses.

Es decir, la Ley Mordaza obliga a elegir entre brindar una atención integral de salud reproductiva y recibir financiamiento de EEUU, lo que genera un alto impacto en los países que recibían esos fondos.⁹¹

Un año después, en 2018, Amnistía Internacional⁹² y el Centro para la Salud y la Equidad de Género (CHANGE)⁹³ pidieron al presidente Trump que rescindiera la política y que el Congreso aprobara la Ley HER Global.

⁹⁰ Mansur Özer Yusuf, “Mexico City Policy and US Abortion Law Controversy”. Disponible en https://www.academia.edu/24240866/Mexico_City_Policy_and_US_Abortion_Law_Controversy. En 1984 Ronald Reagan, anunció la medida durante una conferencia de Naciones Unidas en la capital mexicana, por eso se le conoce como la Política de Ciudad de México.

⁹¹ “No podremos ni informar”: cómo afecta a América Latina la prohibición de Donald Trump de que Estados Unidos financie el asesoramiento sobre el aborto en el extranjero, BBC Mundo, Leire Ventas, 25 de enero de 2017. Disponible en [bbc.com/mundo/noticias-america-latina-38734536](https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-38734536)

⁹² Margaret Huang, directora ejecutiva de Amnistía Internacional de EE. UU., dijo que “la regla de mordaza global no hace nada para salvar vidas... En todo caso, pone más vidas en riesgo al obligar a las mujeres a buscar alternativas peligrosas al aborto seguro, y niega la atención y educación que salvan vidas”. Ver <https://www.amnestyusa.org/press-releases/one-year-after-trump-reinstated-it-global-gag-rule-must-go/>

⁹³ Guttmacher Institute. “Prohibiciones estatales sobre el aborto”. Disponible en <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/state-policies-later-abortions>

Además, como informa el Instituto Guttmacher, hacia adentro de Estados Unidos, las restricciones siguen siendo cada vez mayores. En 2017, había 1.587 establecimientos que ofrecían servicios de aborto en los Estados Unidos, lo que representa una disminución del 5% de los 1.671 establecimientos en 2014. El 16% de los establecimientos en 2017 eran clínicas de aborto (es decir, clínicas donde más de la mitad de todas las visitas de pacientes fueron para aborto), el 35% eran clínicas no especializadas, el 33% eran hospitales y el 16% eran consultorios médicos privados. El 60% de todos los abortos se realizaron en clínicas de aborto, el 35% en clínicas no especializadas, el 3% en hospitales y el 1% en consultorios médicos.⁹⁴

De esta manera, sin haberse revertido en su totalidad lo resuelto en *Roe vs. Wade* y con los condicionamientos e interpretaciones fijados en *Casey* y el resto de la jurisprudencia analizada, la táctica política de los grupos conservadores y religiosos funciona como una suerte de guerra de guerrillas, en el marco de un plan mayor que es prohibir la realización de abortos a nivel federal. Con esa prohibición, que sería tarea de la Corte, habría margen legal para las regulaciones locales obstructivas.

Así, Estado por Estado, se intenta sancionar legislaciones que restrinjan la prestación del servicio, desafiando el estándar *Roe* para limitar el aborto en las primeras etapas del embarazo, llegando incluso a proponer penalidades severísimas.

Frente a esto, distintas organizaciones defensoras de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres litigan y judicializan esos intentos, sabiendo que el resultado puede ser -por lo menos- incierto, en la actual composición de la Corte integrada desde la administración Trump por Neil Gorsuch y Brett Kavanaugh, este último cuestionado por organizaciones defensoras de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres⁹⁵.

Ante cada ley estatal restrictiva, la respuesta ha sido en general el bloqueo judicial en Tribunales inferiores. Claramente esa victoria dura muy poco, ya que el sector contrario a la

⁹⁴ Jones Rachel, Witwer Elizabeth y Jerman Jenna, "Incidencia de aborto y disponibilidad del servicio en los Estados Unidos", 2017. Disponible en <https://www.guttmacher.org/report/abortion-incidence-service-availability-us-2017>

⁹⁵ Planned Parenthood: los comentarios de Kavanaugh "alarmantes", 21 de agosto de 2018. Disponible en <https://www.plannedparenthoodaction.org/pressroom/planned-parenthood-response-to-kavanaughs-comments-on-chief-justice-roberts-and-roe-v-wade>

práctica continúa el camino judicial, con el fin último de llegar a la Corte Federal, buscando que la mayoría conservadora limite el acceso al aborto.

Es lo que está sucediendo, por ejemplo, en Alabama⁹⁶, donde se aprobó una ley que proponía penas de hasta 99 años de prisión para médicos que practicaran abortos. Se litigó para detener su validez y un juez federal, bloqueó su vigencia a través de una restricción temporal⁹⁷ y luego declaró su inconstitucionalidad.⁹⁸

Es también lo que ocurrió en Louisiana. Allí, en 2014 se sancionó la Ley 620, que establecía restricciones⁹⁹ similares a las impuestas en Texas y que fueron revocadas por la Corte Federal en *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*.

En septiembre de 2018, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito¹⁰⁰, desoyendo el precedente federal, aceptó su vigencia y modificó así la decisión del Tribunal de distrito inferior.¹⁰¹

El caso fue llevado a la Corte Suprema por el Center for Reproductive Rights (Centro para los derechos reproductivos, CRR), intentando bloquear una ley que implicaría el cierre de dos de las últimas tres clínicas de aborto del lugar.

En julio de 2019, en un fallo dividido de cinco votos contra cuatro (con la esperada disidencia del juez Kavanaugh) la Corte hizo lugar a la medida de urgencia de suspender la vigencia de la ley que debió haber empezado a regir desde el 8 de febrero pasado.¹⁰²

⁹⁶ AL HB 314

⁹⁷ District Court Of The United States For The Middle District Of Alabama, Northern Division. Case 2:19-cv-00365-MHT-SMD Document 68, 29/10/19

⁹⁸ District Court Of The United States For The Middle District Of Alabama, Northern Division. Case 2:19-Cv-00365-Mht-Jta. Document 83, 30/03/20

⁹⁹ Prohíbe a médicos/as brindar atención para el aborto a menos que tengan privilegios de admisión en un hospital dentro de las 30 millas de la clínica donde se realiza la práctica.

¹⁰⁰ US Court of Appeals For de Fifth Circuit. Case: 17-30397 Document: 00514657826, 26/09/2018. Disponible en <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/17/17-30397-CV0.pdf>

¹⁰¹ US District Court Middle District Court Louisiana. Case 3:14-cv-00525-JWD-RLB Document 274, 26/04/17. Disponible en <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/2017-04-26%20-274-%20LA%20Admit%20Findings%20of%20Fact%20and%20Conclusions%20of%20Law.pdf>

¹⁰² 586 U. S. ____ (2019)

El caso está caratulado como *June Medical Services v. Russo* y en octubre de 2019 se trató el fondo.¹⁰³

En marzo de 2020 se escucharon los argumentos orales de las partes. La actora planteó que nada ha cambiado desde 2016 para que se modifique la línea de decisión del Tribunal y que, aún más, ha crecido el consenso médico en cuanto a que limitaciones como las pretendidas no son beneficiosas para los derechos de las mujeres.

Se presentaron veintisiete Amicus Curiae ante la Corte por parte de cientos de organizaciones y personas individuales que representan voces en medicina, derecho, políticas públicas, junto con personas que han abortado y han sufrido las barreras impuestas por leyes como la que se busca impugnar.

El 29 de junio de 2020, el Tribunal -con distinta integración- confirmó su decisión de *Whole Woman's Health* y revocó la ley de Louisiana que habría dejado en funcionamiento una sola clínica de aborto en ese Estado.¹⁰⁴

La Ley 620 establecía la exigencia de que los médicos que brindan atención en abortos tuvieran privilegios de admisión en un hospital dentro de 30 millas. La Corte entendió que la norma era inconstitucional porque constituía una carga indebida, al implicar mayores obstáculos que beneficios para las usuarias del servicio.

El juez conservador Roberts, integró la mayoría y se evitó así una enorme regresión en materia de derechos humanos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

¹⁰³ Ficha del caso disponible en <https://beta.reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/02/June-Medical-Services-v.-Russo-Media-Backgrounder-Feb-2020.pdf>

¹⁰⁴ 591 U. S., 2020

4. Conclusiones Provisorias

Cuando se habla de aborto las discusiones tienen una tensión constante, sin posibilidades de tregua, y los diversos actores en juego van buscando formas innovadoras de convertir en políticas públicas las posiciones que defienden.

En el caso de Estados Unidos, esta amenaza sobre el estándar *Roe* se explica no sólo por esas tensiones, sino también por otros factores.

En primer lugar, por la organización política del país, la única vía que se ha adoptado para fijar una política pública de salud común para todos los Estados, ha sido a través de los fallos de la Corte Suprema de Justicia. De esa manera, cinco jueces/zas que alcancen la mayoría tomarán decisiones sanitarias obligatorias para millones de personas. Ese será el escenario de amenaza constante hasta tanto, eventualmente, se apruebe una ley federal que garantice el derecho al aborto en todo el país.

Sumado a ello, como quedó claro en este recorrido, en la elección de sus integrantes opera fuertemente su posicionamiento en esta materia. De esta manera, según cuál sea la gestión gobernante será la opinión del juez o jueza a designar, sumando labilidad a la situación.

En tercer lugar, es el propio estándar amenazado el que contiene su debilidad. Es que en *Roe* se plasmó un corrimiento del Estado y una privatización del conflicto que dejó a las personas abortantes en soledad. El mensaje liberal que comunica que se trata de un problema entre la mujer y el/la médico/a desresponsabiliza al Estado y permite restricciones como las que se han producido.

El derecho a interrumpir una gestación es sin duda un problema de privacidad, pero no sólo eso. Es un asunto de autonomía, pero tampoco es toda la explicación.

Es esencialmente una situación por la que atraviesan millones de mujeres y personas gestantes que requiere un abordaje estatal sanitario y estable. Si el Estado se aparta en nombre de la libertad de las mujeres, se corre el riesgo de que la mirada sanitaria sea reemplazada por la criminal y se pierde, indefectiblemente, toda estabilidad para el acceso.

Entiendo, en definitiva, que las mismas variables de organización política que permitieron *Roe* son también las que lo amenazan.

3) Francia

1. Antecedentes

En Francia el aborto inducido fue legalizado en 1975.

Antes de eso, desde 1920, era considerado delito en cualquier circunstancia.¹⁰⁵ Unos años más tardes, advertida la falta de eficacia desde el punto de vista penal, pasó al plano correccional.

En 1939 la legislación francesa volvió a reprimir con severidad al aborto y su tentativa; se castigaba a la mujer y al ejecutor. Por otra parte, admitía el aborto terapéutico, pero limitándolo a los casos donde estuviera en riesgo la vida de la mujer, situación que era analizada por dos médicos -diferentes del médico de cabecera- y sin requerir la opinión de la gestante.

Durante la Segunda Guerra Mundial a quien cometiera o consintiera este delito se le castigaba con pena de muerte. Recuerda la periodista feminista Angeline Montoya -en su cronología del aborto en Francia- que en 1943 Marie-Louise Giraud, una mujer que practicaba abortos clandestinos, fue decapitada.¹⁰⁶

Terminada la guerra, la pena de muerte para castigar la práctica del aborto fue abolida así como los tribunales especiales que se crearon para hacer frente al juzgamiento.

¹⁰⁵ Lions, Monique. “La evolución ...”, Ob. Cit, p. 361/362. “La ley de 31 de julio de 1920, relativa a la ‘represión de la provocación al aborto y a la propaganda anticonceptiva’, vino a reforzar la gran severidad de la legislación anterior, al erigir en delitos y sancionar con una pena de cárcel de seis meses hasta tres años y multas rigurosas, no solamente el hecho de incitar al aborto, sino el de ‘revelar procedimientos propios para prevenir el embarazo’”. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3497/19.pdf>

¹⁰⁶ Montoya, Angeline. “Francia conmemora los 40 años de la despenalización del aborto”. Disponible en <https://comunicarigualdad.com.ar/francia-conmemora-los-40-anos-de-la-despenalizacion-del-aborto/>

Era un contexto en el que estaban instalados diversos debates y reclamos feministas, teniendo gran notoriedad la lucha de las mujeres sufragistas. Como un dato revelador, en ese tiempo, en 1949, Simone de Beauvoir escribió el Segundo Sexo que fue sin dudas de enorme influencia para el feminismo ilustrado de la época, instalando desde el campo teórico fuertes posicionamientos y visibilidades que tallarían en la mirada de muchas mujeres y, por tanto, en las agendas gubernamentales.

Señala Lions que, en Europa del Este, a partir de 1955, la República Democrática Alemana, Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia, Rumania, Yugoslavia y Finlandia sancionaron legislaciones que liberalizaban el aborto en determinadas condiciones, contemplando por ejemplo la edad de la gestante, la posibilidad de transmisión de enfermedades, el número de hijos/as, etc.¹⁰⁷

En Europa Occidental los tiempos fueron disímiles, pero en líneas generales seguían una tendencia direccionada en el sentido de la flexibilización de sus normas penales.

Para 1967, con motivo de haberse legalizado el aborto en el Reino Unido, muchas mujeres de diversos lugares de Europa Occidental empezaron a viajar hacia ese país para abortar en condiciones legales.

Como otro dato de contexto, cabe recordar que sólo dos años antes en Estados Unidos, la Corte despenalizó y admitió la constitucionalidad de la anticoncepción en *Griswold vs. Connecticut*.

En definitiva, la distancia y las diferencias políticas no impidieron que los reclamos fueran impregnando las distintas agendas. No será ésta la única analogía a destacar.

No es entonces casualidad que en Francia comenzara a tomar fuerza un reclamo de salud reproductiva, que quedó plasmado en la legalización de la contracepción del 28 de diciembre de 1967, al aprobarse la llamada Ley Neuwirth¹⁰⁸, por el nombre del diputado impulsor. Vino a derogarse la prohibición absoluta de utilización de métodos anticonceptivos vigente en Francia y se autorizó la fabricación e importación de anticonceptivos, aunque con venta exclusiva en

¹⁰⁷ Lions, Monique. “La evolución,,,”. Ob. Cit, p.365

¹⁰⁸ Ley n ° 67-1176, Ley relativa a la regulación de los nacimientos . Disponible en www.legifrance.gouv.fr.

farmacias con receta médica. Para el caso de personas menores de edad, se requería autorización de sus representantes y se prohibía además cualquier publicidad comercial o propaganda antinatalista.¹⁰⁹

Sin embargo, recién en 1972 la ley de anticoncepción entró en vigencia. La resistencia y presión de sectores religiosos y conservadores había impedido su puesta en marcha. Por ejemplo, el 25 de julio de 1968, el Papa Pablo VI publicó la encíclica *Humanae Vitae*, que reafirmaba la hostilidad de la Iglesia Católica hacia los métodos anticonceptivos.

Hacia 1970 el médico Jérôme Lejeune creó la asociación "*Dejadlos vivir*" y se llevaron a cabo numerosas acciones y campañas contra el aborto.

En ese contexto, se produjo un hecho político que hizo pie en estos precedentes de tensiones y discusiones y catalizó la modificación de la ley en materia de interrupción del embarazo.

Ya ocurrido el Mayo Francés y en pleno auge de lo que se ha denominado “la tercera ola feminista”, el 5 de abril de 1971 se publicó en el *Nouvel Observateur* N° 334 el *Manifiesto de las 343* redactado por Simone de Beauvoir y firmado por trescientas cuarenta y tres mujeres que declaraban haber abortado (entre ellas, la propia Simone de Beauvoir, Catherine Deneuve, la escritora Marguerite Duras, la periodista Jeanne Moreau del *Nouvel Observateur*).

El texto denunciaba el aborto clandestino y la falta de acceso a métodos de contracepción, asumía el aborto en primera persona y exigía la liberalización de la práctica.

De hecho, si se lee el contenido del manifiesto, se advierte que el texto apunta a la exigencia de aborto libre y no de aborto legal.

Expresamente decían que “el debate sobre el aborto que tiene lugar actualmente, ignora a sus principales interesadas, las mujeres. Establecer si la Ley debe ser liberalizada;

¹⁰⁹ El 4 de diciembre de 1974 se sancionó la Ley N° 74-1026 que liberalizó la anticoncepción y amplió las disposiciones de la Ley de 1967, en particular, el reembolso de la anticoncepción por parte de la Seguridad Social y la abolición de la autorización parental para menores (www.legifrance.gouv.fr)

determinar en qué casos el aborto puede ser autorizado, o el problema del aborto terapéutico, todos estos temas son sin ningún interés para nosotras. Está temática no nos concierne en nada.”¹¹⁰

“El aborto terapéutico exige una ‘buena razón’ para obtener el ‘permiso’ de abortar. Esto significa que debemos merecer el derecho de no tener niños. Al igual que antes seguimos siendo desposeídas de nuestro derecho a dar la vida o no. Obligar a una mujer a ser madre seguiría siendo un principio legítimo. Establecer algunas excepciones a esta regla no haría más que reforzar esta legislación. Esta nueva Ley, por muy liberal que está sea, continuaría ocupándose de nuestro cuerpo. Ahora bien, el uso de nuestro cuerpo no debe ser reglamentado en absoluto. Nunca aceptaremos excepciones; restos de lo que los otros seres humanos disfrutaban desde su nacimiento: la libertad de hacer uso de su cuerpo a su antojo.”¹¹¹

Es decir, fue una publicación radical que, incluso, repudiaba la existencia de una ley regulatoria del aborto. Un anticipo de la discusión que muchos años más tarde llegaría esta región: aborto libre versus aborto legal. En efecto, el reclamo de las 343 era que el Estado se apartara para dejar a la mujer en libertad y en pleno uso de su autonomía, ejerciendo su derecho sobre el propio cuerpo.

Como refiere la periodista Bárbara Pistoia, en julio 1971 la abogada Gisèle Halimi creó la asociación “Choisir la Cause des femmes”¹¹² ('Elegir la causa de las mujeres'), que se convirtió en una actora central en la lucha por la despenalización del aborto¹¹³.

Fue el Manifiesto de las 343 el que facilitó en febrero de 1973 la publicación del Manifiesto de 331 médicos que declararon haber practicado abortos, considerarse solidariamente responsables de ello y estar a favor de su liberalización.

¹¹⁰ El Manifiesto de las 343. Traducción transcrita en La izquierda Diario, Edición del Día, viernes 13 de febrero de 2015. Disponible en www.laizquierdadiario.com/Las-343-sinverguenzas

¹¹¹ El Manifiesto de las 343. Traducción citada

¹¹² Véase en <http://www.choisirlacausedesfemmes.org/anglais.html>

¹¹³ Mujeres pariendo una ley. Polvo, Bárbara Pistoia, 13 de junio de 2018. Disponible en <http://www.polvo.com.ar/2018/06/aborto-legal-2/>

Relata Lions que, el día siguiente, otros 200 ginecólogos asumían haber realizado abortos, sólo que, a diferencia de sus colegas anteriores, bregaban por un aborto reglado en condiciones y no por el aborto libre, sujeto únicamente a la decisión de la mujer, por el que luchaban “los 331”. En sentido opuesto, otros médicos publicaban en el Diario Le Monde su pedido de que no se modificara la legislación vigente desde 1920.¹¹⁴

Sigue describiendo Lions el clima social de esa época diciendo que “el contraste ya era violento entre esta legislación caduca y la realidad social. En efecto, la ley había dejado de ser respetada en el país (según estimación del Instituto Nacional de Estudios Demográficos, INED, a partir de 1971 el número anual de abortos clandestinos era de 250 000 para 865 000 nacimientos) y no era aplicada en rigor por los tribunales (numerosas absoluciones). Por su parte, la opinión pública, dividida entre las tendencias opuestas de los "déjenlos vivir" ("Laissez-les vivre") y los "Escoger" ("choisir"), a la vez desconcertada, sensibilizada e incierta, esperaba alguna iniciativa de los gobernantes para poner orden en esta gran confusión que favorecía la expresión altisonante de los partidarios de una y otra tendencia, en un clima apasionado e hipertenso, sin que lograra elaborarse un principio de solución razonable al difícil problema del aborto clandestino.”¹¹⁵

Con estos antecedentes y en este contexto, en el año 1974 se sancionó la Ley Veil, que despenalizó el aborto en Francia.

Como se ve, paradójicamente o no, el reclamo radical de aborto libre -entre otros factores- habilitó la plasmación del aborto legal.

2. La Ley Veil

Respecto de la sanción y discusión de la Ley Veil, relata Angeline Montoya que el 26 de noviembre de 1974, frente a 481 varones y solamente 9 mujeres, la ministra de salud del

¹¹⁴ Profesor Lejeune, Jérôme y Doctor Lafont Henri, Le Monde, núm. 1285; conf. Lions, Monique, Ob. Cit, p. 377/378

¹¹⁵ Lions, Monique, Ob. Cit,p.379.

gobierno de Valéry Giscard d'Estaing, Simone Veil defendió el proyecto de Ley. Su estrategia fue abordar el reclamo de aborto, describiéndolo como el último recurso para situaciones sin salida y se posicionó fuertemente en el argumento de que se trataba de un asunto de salud pública.

Lejos del discurso de los feminismos radicales, plasmados en el Manifiesto de las 343, el eje de la discusión no se centró en el derecho de las mujeres a decidir sobre su cuerpo, un discurso que, según Montoya, ni la Asamblea Nacional ni gran parte de la sociedad estaban dispuestas a oír.

Dijo Veil el 26 de noviembre ante la Asamblea Nacional: “Lo digo con toda convicción: el aborto debe seguir siendo una excepción, el último recurso frente a una situación sin salida. ¿Cómo tolerarlo sin que pierda su carácter excepcional, sin que la sociedad parezca incentivarlo? Primero quisiera compartir con ustedes mi convicción de mujer –me disculpo por hacerlo frente a una Asamblea compuesta casi exclusivamente por hombres–: ninguna mujer recurre alegremente al aborto. Basta con oírlas.”¹¹⁶.

Cuenta Montoya que la ministra -deportada a Auschwitz a los 16 años- fue amenazada de muerte, delante de su casa pintaron cruces esvásticas y hubo comparaciones de la práctica del aborto con prácticas nazis.¹¹⁷

Este tipo de discursos y prácticas amenazantes fueron y siguen siendo una constante en los distintos lugares del mundo en los que se discute la regulación del aborto. Son parte de un intento de resistencia a la sanción de leyes, de lograr su derogación o restricción, o bien de impedir su práctica una vez que están vigentes. Integran el recorrido que se vive en distintos países al discutir el avance de derechos sexuales y reproductivos.

La Ley Veil finalmente se aprobó el 29 de noviembre de 1974 con 284 votos a favor, 189 en contra y varias abstenciones.

¹¹⁶ Discurso disponible en <https://www.eternacadencia.com.ar/blog/libreria/lecturas/item/el-impactante-discurso-de-simone-veil-a-favor-del-aborto-en-la-francia-de-1974.html>

¹¹⁷ Un diputado de su partido comparó el aborto con el método de “los médicos nazis que practicaban la tortura y la vivisección humana” y hablaba de embriones “tirados a los hornos crematorios”. Montoya, Angeline. “Francia conmemora....”, artículo ya citado.

Después de un arduo recorrido legislativo, en diciembre de 1974, un grupo de diputados que se oponía a la ley sometió el proyecto aprobado al examen del Consejo Constitucional solicitando su anulación por inconstitucional.¹¹⁸

Sin embargo, el 15 de enero de 1975 Consejo resolvió que “las disposiciones de la ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, remitidas al Consejo Constitucional, no son contrarias a la Constitución.”¹¹⁹

Finalmente, superados todos los obstáculos, fue promulgada al día siguiente.

De esa manera en Francia se despenalizó la práctica del aborto inducido en caso de “situación de angustia” (*détresse*)¹²⁰ de las mujeres, siempre que fuera practicado dentro de un plazo de 10 semanas de embarazo (12 semanas de amenorrea), quedando su vigencia “a prueba” por el término de cinco años.

La forma jurídica adoptada fue, en primer lugar, suspender por ese tiempo la penalización prevista por el Código Penal¹²¹ y regular la práctica en el Código de Salud Pública.

Durante ese lapso, el aborto voluntario estaba permitido si se daba la condición de angustia en la mujer, si era practicado por un médico y se realizaba en un hospital público o uno privado autorizado al efecto. No estaba previsto el reembolso por parte de la Seguridad Social, como forma pretendida de disuadir que los abortos se solicitaran.

Se establecía también la obligación del médico interviniente de brindar información respecto a los riesgos de la práctica y la posibilidad de acceder a ayudas económicas para continuar

¹¹⁸ Decisión n ° 74-54 DC del 15 de enero de 1975. Remisión de 60 Diputados. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975-saisine-par-60-deputes>

¹¹⁹ Consejo Constitucional de Francia. Decisión n ° 74-54 DC del 15 de enero de 1975. Publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 1975. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>

¹²⁰ Otras versiones lo traducen como “desamparo”.

¹²¹ Ley Veil. Ley N° 75-17, Art.2

con el embarazo o dar en adopción al niño nacido. Si los médicos no brindaban esta información podían ser sancionados.¹²²

Preveía sin término la posibilidad de interrumpir un embarazo cuando existía un grave riesgo para la vida de la mujer -situación que debía ser constatada por dos médicos- o si había una alta probabilidad de que el feto sufriera una afección grave que se supiera incurable en el momento del diagnóstico.

El 31 de diciembre de 1979, cumplidos los cinco años de prueba, quedó sancionada de manera definitiva la Ley de despenalización del aborto.¹²³ Durante la discusión respecto de mantener su vigencia, hubo una fuerte oposición de algunos sectores con el argumento de que la Ley Veil trivializaba o banalizaba el aborto. Este discurso se repitió años después en Francia al flexibilizarse la legislación, pero además se escucharía replicado, como tantos otros argumentos, a lo largo de los debates dados en todo el mundo.

3. Financiamiento Estatal y otros avances

En 1982, el sistema de seguridad francés se hizo cargo de la cobertura de gastos relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo “no terapéutico”, estableciendo la asunción por parte del Estado de la cobertura de la práctica.¹²⁴

Se alcanzaba así otra de las reivindicaciones feministas en materia de aborto, su gratuidad. Mientras Estados Unidos consolidaba en *Harris vs. McRae* la constitucionalidad de que el aborto no tuviera financiamiento estatal, Francia afirmaba la política contraria. Se trata, creo, de un reflejo palmario de los efectos que genera la presencia o la ausencia del Estado en cada caso.

¹²² Título II, Sección I, redacción dada al Art. L 162-3

¹²³ Ley N ° 79-1204, conocida como Ley Pelletier (legifrance.gouv.fr)

¹²⁴ Ley N ° 82-1172, conocida como Ley Roudy (legifrance.gouv.fr)

Para fin de ese año, la Ley Veil tuvo un respaldo jurídico fundamental. El 21 de diciembre, el Consejo de Estado dictó la Decisión N° 111417 mediante la cual dispuso que la norma no era contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, esto es, la Convención Europea de Derechos Humanos.¹²⁵

Como otro de los avances que se reseña en esta etapa, relata Montoya que, luego de haberse producido ataques reiterados de comandos “provida” en hospitales, en 1993 se tipificó el delito de obstrucción a la interrupción voluntaria del embarazo.

Efectivamente se dictó el Art. 37 dentro de la Ley 93-121 y se estableció una sanción para quienes buscaran prevenir o intentar evitar una interrupción voluntaria de embarazo, ya fuera impidiendo el acceso o la libre circulación en los establecimientos prestadores, ya fuera amenazando o ejerciendo cualquier acto de intimidación contra el personal médico y no médico que trabajara allí o contra las mujeres que llegaran a una interrupción voluntaria del embarazo.¹²⁶

De esta manera, es interesante analizar el cambio de lugar que adopta del Derecho Penal. Esto es, se sustrae de la punición de la práctica del aborto para poner el foco en la sanción de quienes lo impiden. Con la sanción de estos tipos penales el Derecho Penal -que en alguna medida asume que no disuade a las mujeres de abortar- busca sin embargo disuadir de su incumplimiento a quienes tienen la obligación de garantizarlo o, al menos, de no impedirlo.

4. Ampliación del plazo de despenalización

El 4 de julio de 2001 se aprobó la Ley propiciada por la socialista Martine Aubry y el plazo de permisión para interrumpir el embarazo pasó de 10 a 12 semanas de embarazo (de 12 a

¹²⁵ Decisión del Consejo de Estado N° 111417, viernes 21 de diciembre de 1990. La “Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement” y la “Association des médecins pour le respect de la vie”, solicitaban se prohibiera la comercialización de Mifepristona. El Consejo de Estado dijo que su uso estaba reglado por la Ley Veil y su ratificación de 1979. Agregó que, por lo tanto, no había ninguna disposición que violara estos textos, sino que, por el contrario, recuerda las condiciones establecidas, en este ámbito, por el legislador para que se pueda llevar a cabo un aborto.

¹²⁶ Ley 93-121, conocida como “Ley Neiertz”, Art. 37 (legifrance.gouv.fr)

14 semanas de amenorrea), manteniendo sin embargo la obligación de que se tratara de una mujer en situación de angustia como exigencia subjetiva.¹²⁷

Se eliminó la consulta previa obligatoria para mujeres adultas y se permitió la práctica en menores de edad, sin necesidad de contar con el consentimiento de su representante legal.¹²⁸

Por otro lado, se obligaba a quienes objetaran conciencia para la práctica, a realizar una derivación a médicos/as dispuestos/as a efectuar la intervención.

Es decir, se trató de una ley que no sólo ampliaba los márgenes de despenalización del aborto, sino que también contenía herramientas de legalización, expresando los modos de acceder a la práctica y evitar la interposición de obstáculos o barreras.

5. Supresión de la exigencia de estado de angustia, gratuidad y más

En la década siguiente, el 17 de enero de 2013, a través de la iniciativa de Marisol Touraine, Ministra de Asuntos Sociales, Salud y Derechos de la Mujer, el Estado Francés asumió como política sanitaria la necesidad de reforzar el acceso a la práctica del aborto.

Así, se dispuso la gratuidad del aborto para todas las mujeres, independientemente del método -instrumental o medicamentoso- elegido.¹²⁹

¹²⁷ Ley 2001-588. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000222631&dateTexte=&categorieLien=id>

¹²⁸ Concretamente se dispuso que “Si la mujer menor no emancipada desea guardar el secreto, el médico debe esforzarse, en interés de esta última, para obtener su consentimiento para que la (s) titular (es) de la autoridad parental o, si es necesario, el representante legal es consultado o debe verificar que este paso se haya tomado durante la entrevista mencionada en el artículo L. 2212-4. Si el menor no quiere dar este paso o si no se obtiene el consentimiento, la interrupción voluntaria del embarazo y los procedimientos médicos y el tratamiento asociados con este se pueden realizar a solicitud de la persona interesada, presentada bajo las condiciones previstas en el primer párrafo. En este caso, el menor es acompañado en su enfoque por el adulto de su elección”.

¹²⁹ Véase la página web oficial del Estado francés: <https://ivg.gouv.fr/ivg-un-droit-garanti-par-la-loi.html>

Además de ello, se actualizó el valor de la práctica, ya que algunos centros hospitalarios dejaron de llevarla a cabo porque no resultar económicamente rentable. Por esta razón y para que no se viera afectado el acceso, el Estado aumentó el valor de pago de la práctica un 50%, acompañado de la decisión de gratuidad mencionada.

La gratuidad mencionada fue extendida en 2017 en lo que se llamó el Plan Nacional de Acción en favor del Aborto, por el cual se eximía de pago también a los estudios complementarios a la práctica (análisis, ecografías, etc). Además, se buscaba hacer accesible la interrupción del embarazo a mujeres migrantes y de escasos recursos en general, que no contaran con otra cobertura social que la estatal.¹³⁰

Por otro lado, como otra eliminación sustancial de barreras, en 2014, en el marco de la sanción de la Ley para la Igualdad Real de Hombres y Mujeres,¹³¹ se suprimió la exigencia de que una mujer que quisiera abortar, debiera estar atravesando una situación de desamparo o angustia (*détresse*).

La derogación radicó en asumir que se trataba de una condición restrictiva del acceso, con mayor valor simbólico que real. Esto es, por la falta de efectividad final, respondía más que a una política sanitaria ni criminal de reducir el número de abortos, a la decisión comunicativa de abordar el aborto como una situación de extrema necesidad y angustia, antes que como el reflejo del ejercicio de la autonomía reproductiva de una mujer.

¹³⁰ Ver información accesible elaborada por la Dirección de Traducciones de la Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina, “Interrupción voluntaria del embarazo (IVG, por sus siglas en francés) Francia”. Traducción N° 11.770, del 17 de mayo de 2018. Disponible en <https://www.senado.gob.ar/upload/26812.pdf>. También hay información disponible sobre la ampliación de la gratuidad en <https://mariestopes.org.mx/aborto-universal-y-gratuito-en-francia-para-abril/>.

¹³¹ Ley n° 2014-873 del 4 de agosto de 2014 para la igualdad real entre mujeres y hombres. “Las autoridades estatales y locales, así como sus establecimientos públicos, implementan una política de igualdad entre mujeres y hombres de acuerdo con un enfoque integrado. Aseguran la evaluación de todas sus acciones. La política de igualdad entre mujeres y hombres incluye en particular: ... 4 ° Acciones destinadas a garantizar que las mujeres tengan control sobre su sexualidad, en particular mediante el acceso a la anticoncepción y la interrupción voluntaria del embarazo...”

En la mirada de Angeline Montoya, esta decisión estuvo impregnada por la amenaza de retroceder en la legislación sobre aborto que sucedía en España con el proyecto de Ley Gallardón. La sociedad francesa se hizo eco de ello, con manifestaciones a favor y en contra.¹³²

En ese contexto Francia decidió, no sólo resistir el embate, sino aún profundizar la protección del derecho al aborto ante el avance conservador, eliminando la exigencia de la condición de “angustia” para acceder legalmente a la interrupción del embarazo. La decisión fue apoyada y resistida en las calles, en este último caso con el recurrente argumento de la “banalización” del aborto.

Otra modificación consistió en ampliar el tipo penal del delito de obstrucción del aborto, extendiéndolo a las conductas de quienes impidan a las mujeres no sólo acceder a la práctica sino también a obtener información -a “preguntar”- sobre el aborto.¹³³

Esta decisión, como la difusión de información científica respecto a la interrupción del embarazo, fue una respuesta necesaria ante la proliferación de sitios con apariencia de neutralidad y cientificidad, pero administrados por organizaciones autodenominadas pro vida, que difundían información sin respaldo científico para disuadir a quienes consulten sobre el acceso al aborto.¹³⁴

De este modo, una vez más, el Estado francés ha ido respondiendo con políticas integrales que van desde el acceso a la información a la eliminación de barreras económicas; desde la liberalización de la ley -al eliminar la exigencia de acreditar un determinado estado de ánimo en el primer trimestre del embarazo- al agravamiento de la norma penal para quien obstruya el acceso tanto a información certera como a la intervención requerida.

¹³² Dice Montoya: “De hecho, la propuesta de Ley española ha convencido a algunas políticas de apoyar la modificación de la Ley francesa: “Hasta hace unas semanas, no habría entendido la necesidad de esta enmienda”, explicó en la televisión Roselyne Bachelot, ex ministra de Salud bajo el Gobierno del derechista Nicolas Sarkozy, y firmante de un texto para pedir a España que retire su proyecto de Ley”. <https://comunicarigualdad.com.ar/francia-protege-el-derecho-al-aborto-ante-el-avance-conservador/>

¹³³ Art. 25 de la Ley 2014-873, modificatoria del Art. L2223-2 del Código de Salud Pública.

¹³⁴ En ese sentido se destaca la página web oficial del gobierno francés ivg.gouv.fr; la línea de información oficial 0800081111, así como la campaña de difusión “IVG, mi cuerpo, mi elección, mi derecho”. Además de la posibilidad de consulta directa a la página web, esta información surge del informe traducido por el Senado de la Nación Argentina “Interrupción voluntaria del embarazo...” ya citado.

Como otro gesto político fuerte demostrativo del respaldo gubernamental a la política adoptada, más aún frente a los embates y amenazas que se producían, el 26 de noviembre de 2014 -en ocasión de recordarse los 40 años de que iniciaba el tratamiento de la Ley Veil- la Asamblea Nacional votó, una resolución destinada a “reafirmar la importancia el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo para todas las mujeres en Francia, en Europa y en el mundo y recuerda que el derecho universal de las mujeres a disponer libremente de sus cuerpos es una condición esencial para la construcción de una igualdad real entre mujeres y hombres y de una sociedad progresista.”¹³⁵

Finalmente, el 26 de enero de 2016, a través de la Ley para Modernizar el Sistema de Salud se eliminó el período mínimo de reflexión de una semana, se permitió a las parteras practicar abortos inducidos -no terapéuticos- y se habilitó a centros de salud para realizar abortos instrumentales.¹³⁶

6. Conclusiones provisorias

El abordaje del aborto en Francia ha tenido una presencia constante del Estado, garantizando no sólo la no regresión, sino un marcado avance en el efectivo acceso a la práctica.

El desarrollo normativo ha tenido un fuerte cariz sanitario, lo cual tiene gran impacto en la política criminal. Es que el conjunto de disposiciones que se fueron adoptando, da cuenta de que el proceso legislativo fue reduciendo terreno al Derecho Penal en tanto disuasor o sancionador

¹³⁵ Resolución n° 2360, aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de noviembre de 2014. En los puntos siguientes también afirma el papel principal de la prevención y la educación en sexualidad, dirigido a los jóvenes y la necesidad de garantizar el acceso de las mujeres a información de calidad, anticoncepción adecuada y aborto seguro y legal; finalmente espera que Francia continúe su compromiso, a nivel europeo e internacional, a favor del acceso universal a la planificación familiar. Disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0433.asp>.

¹³⁶ Véase en este punto la página oficial ivg.gouv.fr, como también el informe traducido por el Senado de la Nación Argentina “Interrupción voluntaria del embarazo...” ya citado.

de la interrupción voluntaria del embarazo, para reubicar la respuesta punitiva y dirigirla hacia quienes buscan entorpecer el ejercicio de un derecho.

La presencia estatal, lejos de afectar la autonomía de las mujeres, ha permitido su ejercicio. En lugar de replegarse como un mero espectador que deja librado el resultado a la fuerza de cada oponente, el Estado francés ha tomado parte por la adopción de políticas públicas de salud que hagan posible la interrupción segura del embarazo.

4) España

1. Antecedentes

Durante la vigencia de la Segunda República (1931/1939), la legislación española abandonó las regulaciones de prohibición del aborto y sancionó una normativa permisiva.

Comenzó en Cataluña con el dictado del Decreto de Interrupción Artificial del Embarazo, aprobado el 25 de diciembre de 1936 que permitía el aborto sin invocación de causales durante el primer trimestre de gestación.¹³⁷

Se ha dicho que, durante la Guerra Civil, se aplicó en las comunidades no ocupadas por el franquismo; sin embargo, no hay muchos datos sobre esta expansión. Lo cierto es que el freno llegó al ser derrotada la República en 1939 y establecerse el régimen franquista.

En efecto, con la victoria de Francisco Franco esa normativa se derogó, se tipificó el delito de aborto y se castigó la difusión de productos anticonceptivos. Incurría en el delito tanto la mujer que consentía o practicaba su aborto, como quien la ayudaba a ejecutarlo. La única atenuante prevista era la del aborto “honoris causa”; en esos casos se disminuía la pena si se buscaba ocultar la deshonra de la mujer y su familia¹³⁸.

¹³⁷ Historia del aborto en España: el Decreto de la Generalitat de Cataluña, 1936, El Mirador, Juan Gervás, Madrid, 3 de enero de 2016. Se aclara que el trabajo es parte de un texto de Pedro Gervás (“El aborto en España. Primera legislación. El Decreto de Interrupción Artificial del Embarazo de la Generalitat de Cataluña, 1936”), de noviembre de 2015, para la maestría de “Métiers de l’enseignement, de l’éducation et de la formation” (MEEF), Seminario “Historia del pensamiento feminista en España”, con la profesora Mercedes Yusta Rodrigo, Universidad Paris. Disponible en <https://www.actasanitaria.com/historia-del-aborto-en-espana-el-decreto-de-la-generalitat-de-cataluna-1936>

¹³⁸ Carmona Martínez, Virginia. “Estudio Legal y Jurisprudencial sobre la Evolución de la Regulación del Aborto en España”. Universidad de Almería. El aborto por deshonra estaba regulado de la siguiente manera: “La madre que para ocultar su deshonra matare a su hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito”. Disponible en

Una vez más, la historia confirma que la coyuntura política será determinante en las regulaciones sobre aborto. Durante el franquismo, no hubo posibilidad de flexibilización de la normativa. Las mujeres abortaban en la clandestinidad o, quienes podían sostenerlo, viajaban a otros países europeos en los que se había legalizado la práctica.

Con el regreso de la democracia, luego de treinta y seis años de dictadura, la sociedad española pudo comenzar a morigerar la penalización.

2. Recuperación democrática. Ley Orgánica 9/85

Con la victoria del Partido Socialista en las elecciones de 1982, Felipe González fue electo Presidente del Gobierno de España, cargo que ejerció por catorce años.

En ese contexto, el 6 de octubre de 1983, la Cámara de Diputados aprobó una Ley Orgánica que modificaba el artículo 417 bis del Código Penal, la que fue ratificada en el Senado el 30 de noviembre de 1985.¹³⁹

El art. 417 bis, en esa redacción, establecía que el aborto no era punible si se practicaba por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurriera alguna de las tres causales previstas:

- que fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada;
- que el embarazo fuera producto de una violación -debiendo practicarse dentro de las primeras doce semanas de gestación y con obligación de denunciar el hecho-;
- cuando fuera probable que el feto naciera con graves “taras” físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practicara dentro de las primeras veintidós semanas de

http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3528/2551_TFG%20%20COMPLETO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹³⁹ El artículo 417 bis del Código Penal introducido en el Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio y cuya vigencia fue mantenida por el Código Penal de 1995.

gestación y que el pronóstico desfavorable surgiera de un dictamen de dos médicos especialistas distintos del que fuera a llevar adelante la práctica.

El aborto practicado fuera de esas causales preveía una sanción de seis meses a un año de cárcel o multa de seis a veinticuatro meses.

Contra el texto de la Ley, José María Ruiz Gallardón, iniciando su cruzada antiabortista, presentó un recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de España. El recurso fue resuelto el 11 de abril de 1985.¹⁴⁰

Los recurrentes solicitaban se declarara la inconstitucionalidad del referido proyecto en su totalidad o, en subsidio, la inconstitucionalidad parcial de las causales de violación y malformaciones fetales graves.

Sintéticamente los argumentos centrales de sus agravios eran los siguientes¹⁴¹:

- Violación del artículo 15 de la Constitución Española al declarar que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”. El análisis era que en el concepto de “todos” se incluía la protección de los concebidos y no nacidos. En tal razonamiento, sostuvieron que el respeto a la vida humana precisaba de normas penales, debiendo tipificarse las conductas que atentaran contra ella.

- Afectación del artículo 1 de la Constitución al proclamar el Estado social. Entendían que esa concepción del Estado -protectora de derechos fundamentales- era incompatible con la decisión legislativa de “suprimir” la vida de los no nacidos.

- Violación del deber de los padres a tratar a sus hijos por igual, sin distinguir entre nacidos y no nacidos. Al fundar la inconstitucionalidad de las indicaciones valoraron también la afectación de esta norma por distinguir entre el origen de la concepción de los hijos.

¹⁴⁰ STC N° 53/1985

¹⁴¹ STC N° 53/1985. Ver relación de la causa realizada por el Tribunal en el título Antecedentes, apartados 1 y 2.

- Vulneración del artículo 10.2 de la Constitución, al estipular que las normas relativas a los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos y Tratados Internacionales sobre esas materias ratificados por España. Entendieron los recurrentes que, bajo este análisis, todos -incluidos los concebidos no nacidos- tenían derecho a que se protegiera su vida.

- Al analizar las indicaciones previstas en la norma impugnada, sostuvieron que la causal terapéutica era inconstitucional por no exigir la inexistencia de otro medio para preservar la salud de la madre, por no fijar el requisito de un examen pericial judicializado y por no tener en cuenta el consentimiento del padre. Además, para el hipotético caso de que estuviera en juego la vida de la mujer, entendieron que el derecho ya aportaba la herramienta del estado de necesidad, sin que hiciera falta la legislación atacada.

- Cuestionaron la constitucionalidad del llamado “aborto ético” porque hacía prevalecer el derecho al honor sobre el derecho a la vida y porque no debía desprotegerse a uno de los hijos con independencia de su filiación.

- A la causal de “graves taras fetales” le cuestionaron que es deber del Estado adoptar políticas de previsión y tratamiento de las discapacidades.

- Finalmente alegaron la infracción del principio de seguridad jurídica por entender que se utilizaban términos difusos como “grave” o “probabilidad”, criticaron que se no preveía la objeción de conciencia y que no había referencias al grado de cobertura estatal de la intervención.

El Abogado del Estado contestó uno a uno todos los agravios.¹⁴² Fundamentalmente sostuvo que la Ley se limitaba a despenalizar ciertos supuestos de aborto con carácter excepcional, manteniendo la penalización en los demás casos, lo que suponía que la vida en gestación seguía considerándose un bien jurídico protegible. Sostuvo que los recurrentes querían que la única forma de protección fuera el Derecho Penal, cuando éste debía ser la última ratio.

¹⁴² STC Nº 53/1985. Ver relación de la causa realizada por el Tribunal en el título Antecedentes, apartado 3.

Agregó que el tema en decisión no tenía como eje un análisis constitucional, sino de política criminal y, por lo tanto, no era jurídicamente debatible. Expresó que “si la necesidad de penar el aborto, como única y no última ratio, representa una cuestión metajurídica, la pregunta de si la Constitución impone precisamente este deber constituye una cuestión jurídica. Lo que hay que plantearse no es si es necesaria una norma penal, sino si la Constitución, en este caso, la impone. La respuesta es negativa.”¹⁴³

Refirió también que la interpretación de la palabra “todos” dentro del art. 15 de la Constitución, hacía referencia a la titularidad de un derecho a la vida, que sólo pertenecía a las personas, es decir, a aquellos a quienes el Derecho reconocía como sujetos aptos para ostentar titularidades jurídicas.¹⁴⁴

Contestó en cada una de las indicaciones la innecesariedad del consentimiento dado por el “padre” para la práctica y desarrolló la doctrina de no exigibilidad de otra conducta.

Con una mayoría conformada por siete votos contra seis, el Tribunal decidió, en los primeros once fundamentos del voto preopinante, la constitucionalidad de la normativa cuestionada.¹⁴⁵

En el *holding* del fallo, se razonó que el Art. 417 bis del Código Penal no contrariaba el Art. 15 de la Constitución Española.

Partió de analizar que el derecho a la vida es el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos y que requiere no sólo la no interferencia del Estado sino también su protección activa.

Dijo que “la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.”¹⁴⁶ Sin embargo, razonó que ello no lo

¹⁴³ STC N° 53/1985, 3.A

¹⁴⁴ STC N° 53/1985, 3.A

¹⁴⁵ STC N° 53/1985, Fundamentos Jurídicos n° 1 a 11.

¹⁴⁶ STC N° 53/1985, FJ n° 5.

convierte en titular del derecho a la vida previsto por esa norma. No está de ese modo incluido en el “todos” a los que la norma otorga la titularidad de ese derecho.

Por lo demás, dijo que el legislador podía renunciar a la sanción penal de una conducta sin perjuicio de que, en su caso, siguiera subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos.

Luego, en numerosos *obiter dicta*, fue refutando los argumentos de los recurrentes y sosteniendo la validez constitucional de la normativa.

Mayoritariamente estos argumentos -con matices y por sus razones- fueron compartidos en los votos individuales de los jueces disidentes.

El Fundamento Jurídico n° 12, en cambio, fue el que generó la división del Tribunal. Allí el voto mayoritario entendió que correspondía analizar si la redacción del artículo 417 bis del Código Penal garantizaba suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto “de forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer.”¹⁴⁷

En busca de esa garantía entendió que, para el caso del aborto terapéutico, debía agregarse la exigencia de un dictamen previo por parte de un médico especialista que meritara el peligro para la vida o la salud de la mujer. Por su parte, en los casos del aborto terapéutico y embriopático, el legislador debía prever que la comprobación del supuesto de hecho y el aborto, se llevaran a cabo en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto.

La disidencia vio en este fundamento final una intromisión en la esfera legislativa y un exceso de la función jurisdiccional del Tribunal, limitado a analizar la constitucionalidad de la norma en crisis -en la que todos coincidieron-.¹⁴⁸

¹⁴⁷ STC N° 53/1985, Fundamento Jurídico n° 12

¹⁴⁸ STC N° 53/1985, Votos disidentes de los jueces Jerónimo Arozamena Sierra, Francisco Tomás y Valiente, Ángel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco Vallejo y Francisco Rubio Llorente

Coincidió con el análisis de Carmen Salinero Alonso al decir que “la STC 53/1985 no convenció a nadie. Ni a los recurrentes que vieron cómo su interpretación de ‘todos tienen derecho a la vida’ no fue atendida, lo que llevó a que se admitieran los tres supuestos despenalizadores del aborto impugnados. Ni a aquellos otros que esperaban una sentencia más valiente.”¹⁴⁹

Pero, además, el voto mayoritario centró la atención en el estatus jurídico del nasciturus, abordando de manera excesivamente tangencial los derechos en juego de la mujer.

En este sentido dice Patricia Laurenzo que este enfoque en el que la mujer aparece en un plano secundario es deudor del modelo de indicaciones que solo atiende a sus intereses de forma excepcional y previamente tasada.¹⁵⁰

Lo cierto es que, con este resultado jurisprudencial, se agregaron al proyecto las exigencias fijadas por la mayoría del Tribunal y se aprobó finalmente la Ley Orgánica 9/1985, de reforma del Código Penal, fijando supuestos de despenalización y manteniendo tipificados los delitos de aborto en los artículos 144 a 146 de ese cuerpo legal.

3. Intento fallido de incorporar una cuarta causal

Sostiene Patricia González Prado que, si bien el sistema de causales “funcionó mayormente garantizando el acceso, las barreras vinieron de la mano de recorridos institucionales excesivamente burocráticos, asimetrías territoriales entre una y otra Comunidad Autónoma, y la imposibilidad para acceder al aborto en centros públicos por objeción de conciencia y consecuente tercerización de la práctica. No obstante, en el Estado Español los feminismos no han desarrollado

¹⁴⁹ Salinero Alonso, Carmen. “El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna- respuesta a una incertidumbre”. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-31.pdf>.

¹⁵⁰ Laurenzo Copello, Patricia. Dogmática y política criminal del aborto. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

un activismo jurídico estratégico en la línea colombiana, mexicana, o argentina. Las estrategias han tensionado con mayor éxito transformaciones legislativas.”¹⁵¹

Como reflejo de esa estrategia legislativa, en 1995, durante el último Gobierno de Felipe González se presentó un proyecto de Ley Orgánica¹⁵² que intentaba ampliar el espectro de despenalización vigente, al introducir una cláusula general de necesidad. Ello implicaba que, después de un período de asesoramiento y reflexión obligatorios, la decisión de abortar o no quedaba en la persona gestante.

En la Exposición de Motivos se planteaba que “la opción por el asesoramiento como medio de tutela comporta... la renuncia a someter los motivos de la mujer a la ulterior valoración de un tercero y, por consiguiente, la renuncia a utilizar sanciones cuando esos motivos no parezcan correctos. En efecto, el asesoramiento debe estimular, no intimidar; debe propiciar el entendimiento, no la confusión; debe contribuir a reforzar el sentido de responsabilidad de la mujer en vez de reprimirlo.”¹⁵³

Esta cláusula implicaba, de fondo, no ya una cuarta causal, sino una modificación del sistema de causales a uno mixto, en el que, luego de recibir asesoramiento y transcurrir un período de espera, la gestante podía decidir interrumpir el embarazo durante las primeras doce semanas de gestación. Para ello bastaba con que ese embarazo significara para ella un conflicto grave personal, familiar o social, sin tener que acreditar la presencia de las otras causales.

¹⁵¹ González Prado Patricia. “Jurisprudencia comparada sobre aborto: cuando los feminismos impregnan el derecho”. CEFD Número 42 (2020) | ISSN: 1138-9877 | DOI: 10.7203/CEFD.42.16026

¹⁵² BOCG, Serie A, núm. 125-1, 25 de julio de 1995. Proyecto De Ley 121/000 109, Orgánica Sobre Regulación De La Interrupción Voluntaria Del Embarazo. La Exposición de Motivos del proyecto decía que “tanto desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos de la mujer como desde la tutela de la vida en formación, dicha regulación parece hoy insatisfactoria: ni los derechos de la mujer quedan debidamente amparados si se establece una suerte de “*numerus clausus*” de situaciones de no exigibilidad (intentando limitar lo que, de suyo, no es susceptible de limitación), ni la tutela de la vida embrionaria, abandonada al albur del discutible efecto intimidante de la amenaza penal, resulta satisfactoria..... hay numerosas situaciones, distintas de las legalmente previstas, en las que el alumbramiento de un hijo supone para la mujer inconvenientes tan graves que exigirle que lo haga por medio de la coacción que la amenaza penal representa resulta impropio de un orden jurídico democrático”.

¹⁵³ BOCG, Serie A, núm. 125-1, 25 de julio de 1995. Proyecto De Ley 121/000 109, Orgánica Sobre Regulación De La Interrupción Voluntaria Del Embarazo, Exposición de Motivos.

Cumplido ese término mantenían su vigencia las causales, con la novedad de que la interrupción voluntaria del embarazo por razones “*éticas*” ampliaba su aplicabilidad a embarazos que fueran consecuencia de cualquier delito contra la libertad sexual -no sólo la violación- e, incluso, de reproducción asistida no consentida.

Además de despenalizar -y tomando nota de lo resuelto por el TC en la Sentencia 53/1985- el proyecto preveía notas de legalización al regular los centros en los que podía llevarse a cabo la práctica, los espacios de asesoramiento, la regulación de la objeción de conciencia y los límites a su ejercicio. Finalmente se aclaraba que las interrupciones voluntarias del embarazo previstas en las causales preexistentes -esto es, no las que respondieran a la cláusula de necesidad- constituían una prestación del Sistema Nacional de Salud.¹⁵⁴

Este intento quedó varado como consecuencia del cambio político producido tras las elecciones de marzo, en las que se impuso en la presidencia José María Aznar, representante del Partido Popular (1996/2004).

Habría que esperar unos años más para lograr la despenalización.

4. Ley orgánica 2/2010

Si bien la Ley Orgánica 9/85, con la instalación del sistema de indicaciones, significó un avance en la protección de los derechos de las mujeres y personas gestantes, a veinticinco años de su entrada en vigencia, España había quedado retrasada en su regulación. Es que, comparativamente, la mayoría de las legislaciones europeas ya había agregado a las causales, un sistema de plazos -variable en cada Estado- durante el cual era posible acceder a una interrupción del embarazo sin necesidad de que la gestante acreditara estar comprendida en alguna situación particular.

¹⁵⁴ BOCG, Serie A, núm. 125-1, 25 de julio de 1995. Proyecto De Ley 121/000 109, Orgánica Sobre Regulación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo

Sostiene Carmen Salinero¹⁵⁵ que los límites que el sistema de causales entonces vigente no podía sortear eran:

- La inseguridad jurídica, derivada del margen de interpretación de la redacción dada a los supuestos de indicaciones, que afectaba tanto a las mujeres como a los/as profesionales que emitían los dictámenes previos y a quienes llevaban a cabo las intervenciones.
- La inequidad territorial en el acceso al aborto debido a la falta de centros, públicos o privados, en las distintas Comunidades Autónomas, a lo que se sumaban las diversas políticas autonómicas en lo relativo a su financiación pública.
- Las carencias en la preservación de la protección de datos de las mujeres que se sometían a una interrupción voluntaria de su embarazo (IVE).
- La ausencia de regulación de la objeción de conciencia de profesionales, que en ocasiones daba lugar a su invocación por trabajadores/as del área sanitaria que no intervenían en la práctica del aborto.
- La constatación de que la inmensa mayoría de los abortos se practicaban en centro privados.
- Las restricciones de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo por parte de mujeres menores de edad.

Así, en el marco de un gobierno socialista¹⁵⁶ y con el ineludible antecedente de la sanción de la Ley Orgánica N° 3/2007 Para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres¹⁵⁷ -al afirmar, entre otros, el derecho a la autonomía de la mujer en todos los ámbitos de su vida- comenzó el proceso de sanción de la LO 2/2010.

El pleno del Senado aprobó el Proyecto de ley el 24 de febrero de 2010 por 132 votos a favor, 126 en contra y una abstención. La nueva ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la

¹⁵⁵ Salinero Alonso Carmen. “El aborto no punible...” Ob. Cit, p.15/16.

¹⁵⁶ José Luis Rodríguez Zapatero, 2004/2011.

¹⁵⁷ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

Interrupción Voluntaria del Embarazo se publicó en Boletín Oficial el 4 de marzo de 2010, entró en vigencia el 5 de julio de ese año y la mantiene en la actualidad.¹⁵⁸

Para su redacción se convocó a un Comité de Personas Expertas¹⁵⁹ que, en marzo de 2009, hizo una propuesta en la que se partía de una reseña de los datos del aborto en España. Luego de analizar el marco legal internacional, se proponía al gobierno español adoptar una nueva regulación del aborto, basada en el respeto de los derechos humanos de las mujeres.¹⁶⁰

Criticaba fuertemente un sistema exclusivamente de causales por entender que la decisión quedaba en manos de un tercero, expropiando de ella a la mujer.

La propuesta fue aceptada y plasmada en el texto de la nueva ley, logrando entonces abordar el tema del aborto en una Ley general de Salud Sexual y Reproductiva, reduciendo el esquema punitivo exclusivamente al ámbito del aborto no consentido o que exceda los casos permitidos.

Se introdujo para ello un sistema mixto en el que se combinó una modalidad de plazos complementado por dos indicaciones, la terapéutica y la embriopática, para los casos de interrupciones de embarazos justificadas, pero que no puedan llevarse a cabo dentro del plazo inicial establecido.

¹⁵⁸ BOE, núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

¹⁵⁹ Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en España y Propuesta de Regulación.

¹⁶⁰ Informe del Comité de Personas Expertas sobre la situación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en España y Propuesta de Regulación, p.29: “La IVE en España está regulada en nuestra legislación no desde la perspectiva del respeto a los derechos sexuales y reproductivos, intimidad y privacidad de las mujeres, sino, por el contrario, como una conducta prohibida con carácter general salvo en tres supuestos excepcionales. Ello contrasta fuertemente con el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que, como se exponía en el punto anterior, ha ido cobrando fuerza en el derecho internacional, sobre todo tras las distintas Conferencias Internacionales sobre la mujer celebradas desde 1975”. En la página 36 expresa que el modelo del plazo no es incompatible con el deber del Estado de establecer un sistema legal para la protección efectiva de la vida embrionaria y fetal. Sólo se trata de articular esa tutela de manera diferente para dar cabida a un conjunto de derechos fundamentales, comúnmente formulados como “el debido respeto al derecho de decidir de las mujeres”, que en el modelo puro de indicaciones resulta profundamente relegado.

Se eliminó la referencia expresa a la causal criminológica o ética, esto es, cuando el embarazo proviene de una violación, supuesto que en su caso debe realizarse en las primeras catorce semanas o reunir las condiciones de afectación a la salud.

La Ley parte de fijar como requisitos comunes para todos los supuestos de aborto:

- Que sea practicado por un médico especialista o bajo su dirección.
- Que se lleve a cabo en un centro sanitario acreditado, sea público o privado.
- Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, de su representante legal. Este consentimiento no es necesario cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la mujer y no puede obtenerse su autorización. En este caso, corresponde consultar a los familiares o personas vinculadas de hecho.

Luego de estas exigencias generales, se estableció el plazo de las primeras catorce semanas de gestación, en el que la mujer puede abortar sin necesidad de alegar ni menos acreditar causa alguna que “justifique” su decisión.

Cumplido ese plazo, el aborto queda permitido hasta la vigesimosegunda semana de gestación en caso de que exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada o riesgo de graves anomalías en el feto. En el primer supuesto debe mediar dictamen de un médico especialista distinto a aquél que a realice la intervención. En el segundo caso, el dictamen debe ser emitido por dos especialistas distintos del que vaya a realizar o dirigir la interrupción.

Del mismo modo se permitió la interrupción del embarazo de manera excepcional y sin límite de tiempo de gestación, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, dictaminadas por un médico especialista o cuando se advierta en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y eso sea confirmado por un comité clínico multidisciplinar.

Al momento de requerir la interrupción se prevé la entrega obligatoria a la mujer de un sobre cerrado con información sobre aborto, como también respecto de ayudas públicas disponibles, derechos laborales vinculados al embarazo y la maternidad, prestaciones para el cuidado de hijos, beneficios fiscales y centros de asesoramiento sobre anticoncepción y sexo

seguro. Debe quedar constancia de la entrega de dicha información ya que la interrupción del embarazo no podrá llevarse a cabo hasta que transcurran, al menos, tres días desde su recepción.

En lo relativo a la regulación punitiva, esta ley modificó el Art. 145 del Código Penal e introdujo el Art. 145 Bis.

De esta manera, la figura básica de penalización del aborto -Art. 144 CP- castiga con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación a quien produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento o habiendo obtenido su anuencia mediante violencia, amenaza o engaño. Como explica Lorenzo, hay aquí un mayor disvalor de resultado que justifica un reproche punitivo más severo.¹⁶¹

A quien lo practique con consentimiento de la mujer, y siempre que no se trae de uno de los casos permitidos por la Ley, se le impondrá pena de uno a tres años prisión e inhabilitación. Respecto de la mujer que produzca su aborto o consienta que otra persona lo cause, se eliminó la previsión de pena privativa de libertad y se estableció un castigo con multa. Las penas se agravan si la conducta se lleva a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

Asimismo, se introdujo un nuevo artículo 145 bis, que sanciona con multa e inhabilitación a quienes interrumpen el embarazo dentro de los casos contemplados por la ley, pero sin cumplir los requisitos exigidos (lugar habilitado, entrega de información, tiempo de reflexión, etc), excluyendo a la mujer de esa penalización.

Se mantuvo el Art. 146 que castiga el aborto ocasionado por imprudencia grave, que exime de pena a la mujer en ese supuesto.

Se adoptó así la recomendación del Comité de Personas Expertas que sugería eliminar o al menos atenuar las penas a imponerse a la mujer que aborta, renunciando completamente a la imposición de penas privativas de la libertad.¹⁶²

¹⁶¹ Lorenzo Copello, Patricia. “. Dogmática y política criminal...”. Ob. Cit.

¹⁶² Informe del Comité de Personas Expertas, ya citado, p. 46/47.

Sostiene Salinero que la solución político criminal por la que decante una legislación será consecuencia de la premisa de la que se parta.¹⁶³

Si se considera que en el aborto confluye una serie de intereses contrapuestos -vida del no nacido *versus* derechos de la mujer- el modelo a seguir ha de ser necesariamente el de las indicaciones, que operarán dogmáticamente como causas que justificarían la interrupción del embarazo. Se parte de una defensa de la vida del *nasciturus* y de una prohibición general de la interrupción voluntaria del embarazo, que tan solo cede cuando un tercero constate que concurre alguna de las indicaciones recogidas legalmente. La voluntad de la mujer será un requisito necesario, pero no suficiente para la legalidad del aborto.

En cambio, en un sistema de plazos, el interés preponderante en el período inicial no es la vida del no nacido ni la continuación del embarazo, sino el derecho de la mujer a decidir sobre su salud sexual y reproductiva.

En efecto, en un modelo mixto como el que se analiza, durante las primeras semanas de embarazo no hay ningún conflicto de intereses entre los derechos del *nasciturus* y los de la gestante que deban tramitarse en el ámbito penal. La interrupción voluntaria del embarazo en este tiempo no es algo que “interese” al Derecho penal y, por ello, sostiene la autora, no estaríamos antes causas que justifican la conducta, sino ante verdaderas causas de atipicidad.

El conflicto de intereses penalmente relevante surge cuando se cumple el primer trimestre de gestación, que dependerá de cada legislación. A partir de entonces el legislador, no solo considera que la vida del no nacido entra en pugna con los derechos de la gestante, sino que, solo podría claudicar si existiese alguna causa que así lo justificara.

Como señala Patricia Laurenzo Copello, la Ley Orgánica 2/2010 adopta una política criminal basada en la legalidad del aborto y no en la mera exclusión de pena y parte de asumir que ha sido ineficiente la penalización como modo de reducir el número de abortos.¹⁶⁴

¹⁶³ Salinero Alonso Carmen. “El aborto no punible...” Ob. Cit, p.16/17.

¹⁶⁴ Laurenzo Copello, Patricia, “Dogmática y política criminal...”, Ob. Cit.

Para concluir, estimo que sería deseable que esta visión fuertemente desincriminadora se completara con la eliminación de la figura típica lesiones al feto -dolosas e incluso negligentes- y con la eximición expresa de pena para la tentativa de aborto. Mantener estos tipos penales, por leve que sea su sanción, no respeta el principio de última ratio y mínima intervención del Derecho Penal.

5. Recurso de inconstitucionalidad

El 1 de junio de 2010, setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular, presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley Orgánica 2/2010.¹⁶⁵

Solicitaron además la suspensión de la entrada en vigor de la ley hasta tanto se dictara sentencia. Este último pedido fue rechazado, pero el TC todavía no se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión.¹⁶⁶

Aunque resulte paradójico, el pedido central es la aplicación de la Sentencia N° 53/1985 del Tribunal Constitucional. Es decir, buscan la vigencia del estándar fijado en la sentencia que sostiene la constitucionalidad del sistema de indicaciones, la que se dictó porque los mismos sectores alegaban que esa regulación violaba normativa fundamental.

Sostiene Salinero que la resolución a la que arribe el Tribunal necesariamente tendrá que partir de la STC 53/1985, que declaró constitucional el sistema de causales, pero que, en

¹⁶⁵ Recurso de Inconstitucionalidad n° 4523/2010 promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, contra los artículos 5.1.e), 8 *in limine*, y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15.a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2, párrafo primero, y disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, citado por Salinero Alonso Carmen, “El aborto no punible...” Ob. Cit, p.31

¹⁶⁶ Auto del Tribunal Constitucional. 90/2010, de 14 de julio de 2010.

ningún caso, podrá obviar el desarrollo y progresión de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, internacional y constitucionalmente reconocidos.¹⁶⁷

6. La reforma fallida de Ruiz Gallardón

En noviembre de 2011, el Partido Popular se impuso en las elecciones, designando como presidente a Mariano Rajoy. Su Ministro de Justicia, Alberto Ruíz-Gallardón, volvió al ruedo con su lucha histórica y sostenida de modificar la legislación de aborto. Esta vez lo hizo a través del impulso del Anteproyecto de una Ley Orgánica de Protección de la Vida del Concebido y Derechos de la Mujer Embarazada (APLO).¹⁶⁸

El Anteproyecto, que fue aprobado en diciembre de 2013 por el Consejo de Ministros, expresamente preveía la derogación de la LO 2/2010, de tres años de vigencia.

De ese modo, y al volver a regular el aborto desde el Código Penal, se buscaba retornar al paradigma de un sistema de indicaciones puros: el aborto era un delito que sólo se permitía en muy extremas situaciones que debían ser acreditadas ante la mirada de un tercero.

En efecto, se eliminaba el plazo de catorce semanas de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), para pasar a un sistema de indicaciones más restrictivo que el de 1985.

En ese sentido, aumentaba las exigencias de acreditación de grave peligro para la salud en los casos de aborto terapéutico, eliminaba la indicación embriopática como causal autónoma y exigía dos informes para demostrar que las patologías fetales incompatibles con la vida generaban un grave peligro para la salud psíquica de la gestante. El aborto terapéutico podía practicarse luego de la vigésima segunda semana de gestación sólo si la patología fetal había sido diagnosticada con

¹⁶⁷ Salinero Alonso Carmen, “El aborto no punible...” Ob. Cit, p. 1

¹⁶⁸ Texto completo disponible en <https://www.unav.edu/documents/58292/004aaf94-5e5a-4a14-84a2-4ae8574b387a>

posterioridad o si existía riesgo vital de la mujer que no pudiera evitarse por otros medios. Se exigían distintas instancias de informes, asesoramientos, reflexiones.

La eliminación de la causal de malformaciones fetales, respondía -según sus mentores- a la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad en 2006. Sostenían que este nuevo marco internacional llevaba a suprimir esa indicación que afectaba el derecho a nacer diferente.

Señala Lorenzo Coppello, en primer lugar, que la Convención no refiere en ningún momento al “derecho a nacer diferente” invocado. Además, explica que la Convención está dirigida a asumir un paradigma de derechos humanos para abordar situaciones que involucren a personas con discapacidad, sin hacer ninguna mención a embriones o fetos con anomalías graves ni imponer la obligación a los Estados Parte de eliminar una causal como la que fijaba la LO 2/2010.¹⁶⁹

El APLO incluía la figura penal de la inducción a la mujer a practicarse o consentir la práctica, aunque mantuvo la no punibilidad de la gestante en todos los casos.

Reinstalaba además la indicación para los casos en que el embarazo fuera producto de un delito sexual.

La reacción contra el Anteproyecto fue muy grande y se dio tanto en el ámbito científico y académico como en el activismo de organizaciones de mujeres. La resistencia se hizo sentir en todo el país con movilizaciones, juntada de firmas que se entregaron en el Congreso y hasta la organización del Tren de la Libertad, una marcha desde distintos puntos de España que confluyó en Madrid para manifestarse por el rechazo a la ley.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Lorenzo Copello, Patricia., “Desandando el camino. La contrarreforma del aborto”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-09, 2014, p. 12. Señala además la autora con preocupación que no se trata sólo de una modificación en la regulación de la IVE, sino “la desaparición de un ámbito razonable de autonomía reproductiva para las mujeres; la reducción de la educación afectivo-sexual a un problema de salud y no de derechos; la visión estereotipada que se ofrece de las embarazadas que deciden abortar como víctimas de una sociedad que las abandona en su vocación inquebrantable de ser madres; la privación de capacidad de decisión a las adolescentes embarazadas...”

¹⁷⁰ Véase una reseña de lo sucedido en “Manifestación en Madrid y Asamblea por la Libertad”, domingo 2 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.eltrendelalibertad.com/2014/02/manifestacion-en-madrid-y-asamblea-por.html>

Incluso la Ministra de Derechos de las Mujeres de Francia, Najat Vallaud-Belkacem, manifestó su "honda preocupación" por el retroceso que implicaba la ley a través de una carta enviada al Gobierno español. Afirmó además que la amenaza a los derechos de las mujeres no concierne solo a España.¹⁷¹

Este gesto político y el temor de que una oleada contrarreformista buscara desandar los avances en materia de aborto, debe leerse de manera conjunta con la ya citada resolución francesa, dictada en noviembre de ese mismo año, destinada a reafirmar el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo para todas las mujeres en Francia, en Europa y en el mundo.

La falta de consenso del APLO generó que Rajoy lo retirara y Ruiz Gallardón renunciara a su cargo.

Sin embargo, del intento fallido se rescató la necesidad de que los representantes legales de las adolescentes de 16 y 17 años presten su consentimiento expreso para la IVE. Así nace la Ley Orgánica 11/2015.

7. Ley Orgánica 11/2015

Explica Salinero Alonso que, con anterioridad a la vigencia de la LO 2/2010, la normativa civil indicaba que, en los casos de personas menores de edad no emancipadas, no podía exigirse el consentimiento por representación para actos relativos a derechos de la personalidad que, por sus condiciones de madurez, el/la adolescente pueda realizar por sí mismo/a.¹⁷²

¹⁷¹ El Gobierno francés se queja por carta al español por el "retroceso" en el aborto, El País, 22 de diciembre de 2013. Nota disponible en https://elpais.com/sociedad/2013/12/22/actualidad/1387741338_929646.html

¹⁷² Salinero Alonso Carmen. "El aborto no punible..." Ob. Cit, p. 29

Sin embargo, a esa regla general se establecieron excepciones entre las que se encontraba la interrupción voluntaria del embarazo.¹⁷³

Explica la autora que eso llevó a problemas de interpretación ya que algunos entendían que no se modificaba el régimen general, pero la doctrina mayoritaria interpretó que se establecía una excepción expresa. De ello derivaba que, si una persona menor de dieciocho años requería practicarse un aborto, debía exigirse la intervención de sus representantes legales.

Para superar la polémica, la LO 2/2010 estableció que en caso de mujeres de 16 y 17 años, correspondía a ellas exclusivamente el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo. Dispuso que “al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer”, salvo cuando ella alegara fundadamente que eso le provocaría un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o de que se produzca una situación de desarraigo o desamparo.¹⁷⁴

Ante esta decisión se levantaron voces en contra, las que quedaron plasmadas en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en 2010 -pendiente de resolver- y en el fallido proyecto Gallardón.

Retirada la Ley Gallardón, los esfuerzos se centraron en restringir el acceso al aborto a niñas y adolescentes, lo que se logró con la Ley Orgánica 11/2015 “Para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo”.¹⁷⁵

¹⁷³ Ley 41/2002 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica., BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002 Referencia: BOE-A-2002-22188. En su Art. 9 regula los Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. En el inciso 4 prevé que cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años (siempre que no tengan capacidad modificada judicialmente o no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención) no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, el inciso 5 estableció que para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

¹⁷⁴ LO 2/2010, Art. 13, apartado Cuarto.

¹⁷⁵ LO 11/2015, el 21 de septiembre de 2015. BOE Núm. 227, 22 de septiembre de 2015 Sec. I. Pág. 83586

Más allá de su nombre, en su Exposición de Motivos deja clara su finalidad de que las adolescentes estén acompañadas por sus representantes legales en el proceso de decisión sobre el aborto para que estos puedan cumplir con su deber de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral... y, en particular, a educar al menor y procurarle una formación integral”.¹⁷⁶

Esto es, el foco no está puesto en el cuidado de las niñas, sino en las personas adultas y su derecho de controlar el acceso a información que entienden patrimonio exclusivo del entorno familiar.

De esta manera, se exige el consentimiento del representante legal, previendo para el caso de conflicto, la solución judicial. Al margen de lo aleatoria que puede ser la respuesta judicial, lo que es seguro es que el tiempo que insume ese camino agrega incertidumbre al acceso a la práctica.

Señala Lorenzo que “ninguna embarazada menor de edad podrá decidir de forma autónoma sobre la continuación o no de la gestación –salvo, obviamente, las mujeres emancipadas– ni siquiera cuando su vida o salud corran peligro o haya sido víctima de una agresión o abuso sexual.”¹⁷⁷

Asimismo, como resalta Gloria González Agudelo “es paradójico que una mujer joven de 16 y 17 años a quien no se le considera suficientemente madura para decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo, sin embargo, sea considerada madura para proseguir el embarazo y desarrollar el cuidado necesario para ella y el feto durante el mismo y finalmente para ser madre sin quererlo o dar el hijo en adopción, decisión que, contrariamente a todos los argumentos expresados para impedir la decisión autónoma de interrupción voluntaria del

¹⁷⁶ LO 11/2015, Exposición de Motivos, Apartado I.

¹⁷⁷ Lorenzo Copello, Patricia, “Desandando el camino...”, Ob. Cit, p.31.

embarazo, sí puede tomar por sí misma, sin necesidad de representación, en función de su madurez.”¹⁷⁸

8. Conclusiones preliminares

Como se ve, en España el gradual camino a la despenalización del aborto también ha ido -como el sistema francés- de la mano de un Estado que interviene a través de instituciones sanitarias.

La posibilidad de sostener un sistema de regulación del aborto a través de leyes de salud sexual y reproductiva, reduciendo al Derecho Penal a una intervención mínima es un modelo a seguir, al menos en países donde la organización política lo permita.

Sin embargo, y si bien los retrocesos han sido focales – como en la posibilidad de las adolescentes de prestar su consentimiento libremente- los vaivenes siguen siendo una amenaza.

El cambio de coyuntura partidaria o la decisión del Tribunal Constitucional -pendiente hace diez años- podrían implicar retrocesos graves.

¹⁷⁸ González Agudelo, Gloria, “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-15, 2016

5) Breve introducción a los países Latinoamericanos

En América Latina, el debate sobre el aborto tardaría un poco más en lograr una consolidación que permitiera pensar o lograr modificaciones normativas.

Las realidades políticas han sido diferentes a las de Estados Unidos y Europa. La década del 70, tan profusa en avances normativos en el Norte global, estaría en este Sur cruzada por dictaduras militares que impedían no sólo ésta, si no todas las discusiones que implicaran desafiar los pensamientos hegemónicos, conservadores y católicos. Cabe pensar, por ejemplo, que mientras España salía de su noche más larga, Argentina entraba en ella.

La recuperación democrática de los años 80 -que demoraría hasta la década siguiente en Chile- vio todas las discusiones atravesadas por un reacomodamiento a ese estado de libertad que, sin embargo, seguía sintiéndose amenazado. No era sencillo, de un día para el otro, asimilar la libertad.

Una vez que los debates comenzaron a fluir, aparecieron también las estrategias diferentes: ¿Consolidar la lograda democracia antes de generar nuevas divisiones?, ¿avanzar escalonadamente en una agenda de derechos sexuales y reproductivos, para luego, con esa conquista, pasar al difícil tema del aborto?, ¿plantear el aborto desde el principio como un tema de salud pública, inescindible de la protección de otros derechos?, ¿qué legislación de aborto reclamar?

Creo que, al menos en Argentina, los procesos fueron dándose en esa sucesión y, atreviéndome a una tal vez injusta simplificación, podría asignarle a cada una de esas consignas, una década.

En los 80 la consolidación de la democracia, en los 90 la agenda de derechos sexuales y reproductivos sin instalación masiva del aborto como tema de debate, en los 2000 comienza a instalarse de modo más generalizado la discusión sobre interrupción de embarazo, en la última década el interrogante de, cuando consigamos la ley, qué ley queremos/podemos conseguir.

Con esta sencilla pincelada, comienza el abordaje de los tres países sudamericanos seleccionados.

6) Uruguay

1. Antecedentes

2.3 Código Penal de 1934

En 1934, durante el gobierno de facto de Gabriel Terra, hubo en Uruguay un brevísimo espacio de despenalización del aborto, que volvería a ser castigado criminalmente hasta hace menos de diez años.

Ese año, nueve décadas atrás, se sancionaba el Código Penal redactado por José Irureta Goyena que incluyó, tácitamente, la permisión de la interrupción del embarazo en hospitales públicos.

Explica el juez Gervasio Guillot que el Código sólo penalizaba el aborto practicado sin consentimiento de la mujer. La omisión de sanción para el aborto provocado o consentido sumado a una causal de legitimidad de la autoelección consensual prevista en el mismo Código, lo convertía en legítimo. Es decir, como no estaba prohibido y existía el permiso normativo de autoelección, estaba permitido.¹⁷⁹

Rápidamente, en 1935, el presidente prohibió por decreto la práctica en instituciones públicas, cuando no fuera por peligro para la vida o la salud de las mujeres que en ellos se asistieran.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Entrevista al juez Gervasio Guillot. Disponible en http://www.chasque.net/frontpage/comision/dossieraborto/cap6_9c.htm

¹⁸⁰ Sapriza, Graciela. “La Decisión Política”. Disponible en http://www.chasque.net/frontpage/comision/dossieraborto/cap6_9a.htm

Los fundamentos de esa decisión estaban plasmados en los considerandos de la norma -de sólo dos artículos- y respondían a que “las indicaciones de orden eugenésico y profiláctico para la interrupción del embarazo no están aun perfectamente fundadas y establecidas” y aclaraba que “la ausencia de una sanción penal no debe ser confundida con una tácita autorización para realizar actos que la moral social, las leyes biológicas y un concepto integral de la vida demuestran contrarios a los intereses del individuo y la sociedad.”¹⁸¹

En enero de 1938, por Ley n° 9.763¹⁸², el Congreso tipificó el delito de aborto, lo que la historiadora feminista Graciela Sapriza analiza como un triunfo católico¹⁸³.

2.4 Ley 9.763

Esta breve ley modificó los artículos pertinentes del Código Penal y castigó, obviamente, el aborto practicado sin consentimiento de la mujer.

Sancionaba además con tres a nueve meses de prisión a la mujer que causare su aborto o lo consintiera y con pena de seis a veinticuatro meses de prisión a quien colaborara en el aborto de una mujer con su consentimiento, por actos de “participación principal o secundaria”. La pena se agravaba si como consecuencia de la práctica sobrevenía una lesión grave, gravísima o la muerte de la gestante.

También regulaba como agravantes que se cometiera con violencia o fraude; que se ejercitara sobre la mujer menor de dieciocho años o “privada de razón o de sentido” y que se practicara por el marido o mediando alguna de las circunstancias previstas en el inciso 14 del

¹⁸¹ Transcripción por Graciela Sapriza en: Johnson Niki; López Gómez, Alejandra; Sapriza, Graciela; Castro, Alicia y Arribeltz Gualberto. “(Des)Penalización del Aborto en Uruguay. Prácticas, Actores y Discursos. Abordaje Interdisciplinario sobre una realidad compleja”. Universidad de la República, 2010, p. 38/39

¹⁸² Centro de Información Oficial. Normativa y avisos legales de Uruguay. Sitio web: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/9763-1938>.

¹⁸³ Sapriza, Graciela. La Decisión Política, Ob. Cit, p.4.

artículo 47 (abuso de autoridad, o de las relaciones domésticas o de la cohabitación, o con violación de los deberes inherentes al estado, cargo, oficio o profesión).

Estableció un sistema de atenuantes en determinados supuestos:

- Para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo. Se aclaraba que el móvil del honor no amparaba al miembro de la familia que fuera autor del embarazo.
- Si el embarazo era producto de una violación
- Por razones de angustia económica
- Por causas graves de salud o riesgo para la vida de la gestante.

En todos estos casos el juez podía disminuir la pena a aplicar o bien, si quien lo hacía contaba con el consentimiento de la mujer, eximir de pena. Tanto las morigeraciones como las posibilidades de exención de pena exigían que el aborto fuese realizado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción, salvo en la causal terapéutica.

Si bien al analizarse en detalle se advierte que, para la época, el margen de permisión no era bajo, no deja de llamar la atención la reducción de castigo a terceros que intervenían sobre el cuerpo de la mujer, contra su voluntad, para priorizar razones morales o económicas no compartidas por la gestante.

La norma preveía también aspectos procedimentales y hasta el deber del médico que interviniera en un aborto o en sus complicaciones de dar cuenta del hecho, dentro de las cuarenta y ocho horas, sin revelación de nombres, al Ministerio de Salud Pública. Ningún médico podía ser procesado judicialmente sin que se requiriera al Ministerio de Salud ese informe.

Se ha dicho que los decretos posteriores a la norma, que fueron regulando el ejercicio de la práctica “constituyen una secuencia de normas que pueden interpretarse como ‘un diálogo’ entre la praxis social y la tendencia reguladora de disciplinamiento y medicalización del aborto”, ya que especifica el papel de los médicos en los abortos dentro de plazo y causas y la voluntad de la mujer estipulados como atenuantes y eximentes a la ley. El análisis de los actos de gobierno

inmediatamente posteriores a la promulgación de la ley permite pensar que el aborto voluntario constituye “un hecho adjetivo, siendo su preocupación central la regulación de la práctica.”¹⁸⁴

2. Transición

La Ley 9763 mantuvo vigencia hasta el año 2012. Sin perjuicio de ello, desde la vuelta de la democracia, hubo en el camino intentos de regulación, con diferente grado de avance, según surge del Informe Nacional sobre Uruguay para la Investigación sobre "El Tratamiento Legal Del Aborto en América Latina y El Caribe."¹⁸⁵

Como se verá, el activismo feminista, asociado con un sector de la corporación médica, una parte del arco político y actores que fueron sumándose, no dejaron que el aborto quedara sin más en la penalización.

Sonia Correa y Mario Pecheny atribuyen también el sostenimiento de la lucha por la despenalización a los fuertes sesgos laicos de la cultura política uruguaya¹⁸⁶.

Seguiré en este recorrido al autor y la autora citados/as, como también al Informe sobre Uruguay, antes referido elaborado por la abogada Graciela Dufau y al trabajo de análisis político del proceso de despenalización coordinado por Lilián Abracinskas y Alejandra López Gómez.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Baltar da Rocha, Maria Isabel; Rostagnol Susana; Gutiérrez, María Alicia. Aborto y Parlamento: un estudio sobre Brasil, Uruguay y Argentina. Rev. bras. estud. popul. vol.26 no.2 San Paulo Julio/Dic. 2009, p. 224/225. Disponible en https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982009000200005

¹⁸⁵ Investigación sobre "El Tratamiento Legal Del Aborto en América Latina y El Caribe". Informe Nacional de Uruguay, elaborado por Graciela Dufau. Disponible en <http://www.derechos.org.ar/cladem/aborto/uru.html>

¹⁸⁶ Correa, Sonia y Pecheny Mario. Abortus Interruptus. Política y reforma legal del aborto en Uruguay. MYSU, Montevideo, 2016, p. 29/31.

¹⁸⁷ Abracinskas, Lilian y López Gómez, Alejandra (Coord.). Aborto en debate. Dilemas y desafíos del Uruguay democrático. Proceso político y social 2001-2004. MYSU, Montevideo, 2007.

2.1 Proyecto "Lamas-Vaillant" de 1985

Este intento, presentado por los diputados del Partido Colorado Daniel Lamas y Víctor Vaillant, se limitaba a buscar reimplantar el sistema del Código Penal de 1934 proponiendo la simple derogación de la ley N° 9.763. No se logró su tratamiento en el Congreso.

En efecto, se ha dicho críticamente que de este proyecto que fue fruto de un impulso, quizás bien intencionado, pero no meditado, en el cual no se sopesaron los antecedentes nacionales o internacionales existentes.¹⁸⁸

2.2 Proyecto "Sanseviero" de 1993

Entiendo que aquí aparecen las pinceladas más sustentables de lo que sería luego la ley de despenalización. Estaba firmado por Diputados Nacionales de todo el arco político, lo que ya marca una diferencia con el intento anterior.

Relata Dufau en el Informe citado, que el diputado del Frente Amplio, Rafael Sanseviero y la diputada Carmen Beramendi, propusieron a un grupo de activistas feministas redactar conjuntamente un proyecto de ley de despenalización y legalización del aborto. Se buscaron consensos para su presentación que fue acompañada por Organizaciones de Mujeres, corporaciones profesionales, jueces, etc.¹⁸⁹

El proyecto establecía un sistema mixto que preveía que toda mujer podía interrumpir su embarazo durante las primeras doce semanas de gravidez, bastando que alegara circunstancias

¹⁸⁸ Investigación sobre "El Tratamiento Legal ...", Ob. Cit, p.7.

¹⁸⁹ Relata Dufau que se sumaron el Espacio Feminista; la Asociación de Sexología del Uruguay; la de Psicología; la Cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Medicina; la Cátedra de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho; el Colegio de Abogados; Médicos forenses; el Fiscal Letrado Nacional; Ministros de Tribunales de Apelaciones; etc.

derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción; situaciones de penuria económica; sociales; familiares o etarias, que a su criterio le impidieran continuar con el embarazo en curso.

Cumplido ese término y hasta la vigésimo cuarta semana de gestación, se fijaban dos causales, una terapéutica y otra embriopática.

A partir de las veinticuatro semanas, sólo podía interrumpirse para salvar la vida de la gestante.

Se regulaba el consentimiento de mujeres menores de edad y con discapacidad, se definía al aborto en todos los casos como una práctica de salud realizada por tocoginecólogos, que los centros sanitarios debían garantizar y se regulaba la objeción de conciencia individual.

También se ocupaba el proyecto de la regulación penal del aborto estableciendo penas altas para los casos de aborto sin consentimiento de la mujer y notablemente menores si contaban con el consentimiento de la gestante. Ella quedaba exenta de castigo.

2.3 Proyecto de la Comisión de Bioética de la Cámara de Diputados

En el año 1994, el Proyecto pasó a estudio de la Comisión de Bioética de la Cámara de Diputados, donde se citó en forma sucesiva a representantes de distintos sectores sociales, religiosos, profesionales, a efectos de escuchar sus opiniones. De allí surgió aprobado por mayoría el texto de un proyecto que, sin embargo, nunca fue tratado por el pleno de la Cámara de Diputados.

Comparativamente con el proyecto anterior, el paso por la comisión fijó la obligación de que la mujer que solicitaba abortar antes de la semana doce, cumpliera con períodos de reflexión y recibiera información sobre adopción y programas de apoyo a la maternidad. El plazo podía extenderse si, a criterio médico, la edad o condición fisiológica de la mujer hubiera dificultado el conocimiento de su gravidez en los tiempos usuales.

Entre las semanas 12 y 20, la interrupción sólo podía ser realizada cuando el embarazo implicara un grave riesgo para la salud de la mujer, o cuando se verificara un proceso patológico, que provocara evidentes malformaciones o anomalías en el feto. Afortunadamente se retiró la referencia expresa al VIH del intento anterior.

A partir de las veinte semanas no estaba permitida la interrupción del embarazo, salvo que a criterio del médico tratante fuere estrictamente indispensable para salvar la vida de la mujer.

La regulación penal era muy similar a la del proyecto anterior, sólo que se previó castigo para la mujer si el aborto se practicaba luego de las veinte semanas de gestación. Es decir que la modificación de fondo se tradujo en un anticipo de la barrera punitiva, al acotar la permisión que antes estaba prevista hasta la semana veinticuatro.

2.4 Proyecto de Ley 1998

El Frente Amplio presentó el proyecto Sanseviero de 1993 con algunas modificaciones, pero no tuvo éxito.

Refiere Susana Rostagnol que el proceso de las conferencias de Naciones Unidas – especialmente El Cairo de 1994 y Beijing de 1995- había puesto el tema de los derechos sexuales y reproductivos en las agendas y eso motivo el intento de reedición de la discusión.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Rostagnol, Susana. “Interrupción voluntaria del embarazo: una ley siempre en disputa”, p.165, en “Alterio, Ana Micaela y Verástegui, Alejandra Martínez. Coordinadoras. Feminismos y derecho: un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos”. 1ª Ed.digital, enero de 2020. Disponible en https://diariofemenino.com.ar/df/wp-content/uploads/2020/03/Libro-FEMINISMOS_DIGITAL_0-1.pdf

2.5 Proyecto 2002-2004

Como contexto de este nuevo intento, explican Baltar da Rocha, Rostagnol y Gutiérrez que, desde 2001, un aumento en las muertes de gestantes por complicaciones post-aborto llevó a parte de la comunidad médica -reunida en un espacio denominado “Iniciativas Sanitarias”- a la búsqueda de alternativas que permitieran disminuir la mortalidad.”¹⁹¹

Ello, junto a una creciente presión social, hizo que las legisladoras, con el apoyo coordinado de las organizaciones de mujeres, lograran reflatar los contenidos del Proyecto de 1993 y se incluyeran en una Ley de Defensa de la Salud Reproductiva.

Fue aprobado en diciembre de 2002 por la Cámara de Diputados y rechazado en el Senado en 2004. En el proyecto no sólo se legislaba sobre aborto, sino también sobre educación sexual y acceso a métodos anticonceptivos.

Siguen diciendo las autoras que “la preocupación de los médicos convertida en acción tuvo tres consecuencias en los años siguientes: la primera, situó a los médicos como un actor clave en las demandas por la legalización del aborto; en segundo lugar, permitió que se desarrollaran políticas públicas que atendieran el aborto inseguro, tensando la ley vigente; finalmente, y como consecuencia de lo anterior, habilitó hablar del aborto en los ámbitos cotidianos”.¹⁹²

De manera coincidente lo analizan Pecheny y Correa y agregan que, debido a esas movilizaciones, unos meses después de la derrota legislativa, desde el Ministerio de Salud se adoptó un Protocolo de abordaje de abortos. Explican que el modelo de reducción de riesgos y daños impulsado desde el sector profesional “es exhibido como una alternativa factible de encarar

¹⁹¹ Baltar da Rocha, Maria Isabel; et al. “Aborto y Parlamento ...”. Ob Cit., p.225/226.

¹⁹² Baltar da Rocha, Maria Isabel; et al. “Aborto y Parlamento...”. Ob Cit., p.226.

el aborto desde un lugar no punitivo, aun en contextos hostiles a la liberalización por vía legal y al pleno reconocimiento de los derechos de las mujeres.”¹⁹³

2.6 Ley de "Salud Sexual y Reproductiva" y veto presidencial

En octubre de 2007 la cámara de Senadores trató un nuevo proyecto de despenalización del aborto.

El interesante proceso para llegar al Parlamento nuevamente es seguido por Rocha, Rostagnol y Gutiérrez. Ellas explican que se había hecho evidente la ineficacia de la penalización del aborto en tanto política criminal y también en tanto política sanitaria.

Relatan que la situación tuvo su pico en 2007 debido al procesamiento sin prisión de una mujer, como resultado de la denuncia de un médico. Eso “motivó que un grupo denominado ‘ciudadanas y ciudadanos’ llevara adelante una campaña de autoinculpación del delito de aborto que en un mes contó con 9000 firmas incluyendo varios ministros”. En consecuencia, la corporación médica realizó una declaración estableciendo que el secreto médico no era una opción, sino una obligación para los médicos y el equipo de salud, garantizando en adelante la confidencialidad en la práctica del aborto.¹⁹⁴

A esta altura del trabajo me resulta insoslayable advertir el paralelo entre el Manifiesto de las 343 seguido por el Manifiesto de los 331 médicos, tres décadas atrás en Francia. Sin duda que estos dos actores, en juego coordinado, resultan de una gran potencia en la estrategia de liberalización del aborto.

¹⁹³ Correa, Sonia y Pecheny Mario. *Abortus Interruptus. Política y reforma legal del aborto en Uruguay*. MYSU, Montevideo, 2016, p. 41

¹⁹⁴ Baltar da Rocha, Maria Isabel; et al. “Aborto y Parlamento ...”. *Ob Cit.*, p.227. En su artículo “Interrupción Voluntaria del Embarazo...” ya citado, Rostagnol menciona a este grupo autoconvocado con el nombre de “Nosotras y Nosotros También”, p. 168.

Siguiendo con el proceso de la Ley, luego de estos sucesos, en noviembre de 2007 el Senado aprobó la ley de la Defensa a la Salud Sexual y Reproductiva que contenía entre sus capítulos la despenalización y legalización del aborto. Luego la aprobó Diputados con modificaciones por lo que volvió al Senado, donde se completó la sanción el 11 de noviembre de 2008.

El 14 de noviembre siguiente, el Presidente (y médico) Tabaré Vázquez vetó los capítulos referidos a la interrupción del embarazo. La Asamblea General no logró la mayoría especial requerida para levantar el veto y se mantuvo la penalización.¹⁹⁵

El resto del contenido fue promulgado como Ley N° 18426 de Defensa al Derecho de Salud Sexual y Reproductiva.¹⁹⁶

Como explica Lilián Abracinskas, esa ley reconoce que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, obliga al Estado a respetar y garantizar condiciones para su ejercicio, pero no modifica las condiciones legales de la práctica del aborto voluntario.¹⁹⁷

La ley 18426 fue reglamentada por el Ministerio de Salud Pública incorporando en enero de 2011 los servicios de salud sexual y reproductiva al Sistema Nacional Integrado de Salud. En la lógica de reducción de riesgos y daños adoptada, todas las instituciones públicas y privadas afiliadas al Sistema debían brindar métodos anticonceptivos y asesoramiento pre y post-aborto, pero el aborto seguía prohibido.

¹⁹⁵ “Según la normativa, el veto presidencial puede rechazarse con el voto de tres quintos de la Asamblea General (diputados y senadores juntos). Dado que esa mayoría especial es inalcanzable, el veto queda firme”. Correa y Pecheny, “Abortus Interruptus...”. Ob. Cit, p.47.

¹⁹⁶ Texto disponible en <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8469896.htm>

¹⁹⁷ Abracinskas Lilian. “Uruguay y el proceso por la legalización del aborto”. Disponible en <https://sxpolitics.org/es/recomendamos-11/1908>

3. Ley 2012

Finalmente, el 17 de octubre de 2012, luego de casi un año de trámite, durante el gobierno de José Mujica, el Parlamento uruguayo aprobó la ley 18.987 de despenalización del aborto.¹⁹⁸

La Ley comienza aclarando que el Estado garantiza el derecho a la procreación responsable, reconoce valor a la maternidad, tutela la vida humana y respeta los derechos sexuales y reproductivos. En ese marco resalta que la interrupción voluntaria del embarazo no constituye un modo de control de natalidad.

La norma regula la despenalización del aborto siempre que se realice durante las primeras doce semanas de gestación y se cumplan ciertos requisitos:

- Dar a conocer en la primera consulta médica las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción; situaciones de penuria económica; sociales; familiares o etarias, que a su criterio le impidieran continuar con el embarazo en curso.
- Realizar una consulta con un equipo interdisciplinario integrado por profesionales de la ginecología, de la salud mental y de trabajo social, que deberá realizarse de manera conjunta el mismo día o al día siguiente del pedido. Allí se brindará información sobre aborto y sobre adopción.
 - Esperar un período de reflexión mínimo de cinco días.
 - Ratificar la voluntad de interrumpir el embarazo mediante consentimiento informado.

Fuera de ese plazo de las primeras doce semanas, la práctica puede llevarse a cabo y no se exigen los requisitos mencionados, en tres casos:

¹⁹⁸ Texto disponible en <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9839851.htm>

- cuando el embarazo es resultado de una violación, en cuyo caso deberá acompañar denuncia judicial y no exceder el plazo de catorce semanas de gestación;
- cuando existan malformaciones en el feto incompatibles con la vida extrauterina, al identificarse la anomalía;
- cuando existe riesgo grave para la salud de la mujer.

En este último supuesto no se fija un plazo límite, pero se realiza un agregado, por lo menos, polémico: establece que se tratará de salvar la vida del feto o el embrión sin poner en riesgo la vida o la salud de la mujer.

Pues bien, si la mujer así lo ha solicitado debería intentarse salvar la vida del feto sin que para ello sea necesaria la aclaración expresa; ahora, ¿qué pasaría si el riesgo de continuar el embarazo fuera psíquico y por ello la mujer solicitó el aborto? ¿cómo se tramitaría esa situación? Creo que ese agregado, que puede haber sido producto de negociaciones parlamentarias, trae más problemas que soluciones en el marco de abortos terapéuticos.

Continuando con el contenido de la ley, estipula que las interrupciones de embarazo permitidas son consideradas un acto médico sin valor comercial que deberá ser cumplido por todas las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud.¹⁹⁹

Explican Sonia Correa y Mario Pecheny que “no es posible brindar servicios legales de aborto por fuera del SNIS, lo que impide su oferta por organizaciones no gubernamentales (como sucede por ejemplo en el Distrito Federal de México, donde asociaciones con clínicas privadas realizan abortos dentro de la ley, ampliando la cobertura).”²⁰⁰

La ley habilita la objeción de ideario para las instituciones que ya la tuvieran, debiendo acordar con el Ministerio de Salud Pública la forma en que sus usuarias accederán a tales procedimientos. Regula también la objeción de conciencia individual, con la particularidad de que no es exigencia que sea previa, sino que puede “manifestarse o revocarse en forma expresa, en

¹⁹⁹ Reglamentado mediante decreto N° 428/012 del 8/1/2013

²⁰⁰ Correa, Sonia y Pecheny Mario. *Abortus Interruptus*. Ob. Cit.

cualquier momento, bastando para ello la comunicación a las autoridades de la institución en la que se desempeña”. La limita para el caso de riesgo grave para la salud de la mujer²⁰¹.

Pueden acceder a los servicios de aborto las ciudadanas uruguayas y las mujeres extranjeras si tienen residencia legal mayor a un año en el país

En cuanto a la normativa penal, fuera de los casos permitidos, el aborto sigue regulado en las disposiciones de los Arts. 325 a 328 del Código Penal uruguayo según la redacción que en 1938 le dio la Ley 9367.

Es probable que la decisión transaccional haya sido no avanzar en la parte penal de la reforma para lograr el objetivo de despenalización del aborto en las primeras etapas de gestación y su legalización.

Sin perjuicio de eso, es llamativo ver cómo conviven en la actual regulación paradigmas totalmente diferentes, debido a los más de setenta años que los separan. Esto se hace evidente en la subsistencia de las atenuantes por abortos practicados sin consentimiento de la mujer, para salvar el honor de la familia o eliminar el fruto de la violación; como también en las agravantes por abortos practicados a menores de edad o personas con discapacidad.

Muchas veces lo mejor es enemigo de lo posible y esto es lo que parece haber sucedido en Uruguay. Así lo manifiestan incluso referentas que fueron protagonistas del proceso de reforma.²⁰² En efecto, en Uruguay el feminismo ha adoptado estrategias claramente legislativas, antes que, por ejemplo, judiciales; de manera que conocen muy bien ese recorrido y saben que la consecución de una ley implica necesarias transacciones y concesiones.

Pero ese conocimiento de la arena legislativa hace que hayan visto con preocupación que en diciembre de 2014 comenzara el trámite en comisiones del Congreso de una reforma del Código Penal que podría amenazar la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

²⁰¹ Ley 18987, art. 11

²⁰² Abracinskas, Lilian en Correa Sonia et al “Abortus Interruptus...” ya citado, p.15.

Explican que, en realidad, el proyecto ya venía siendo tratado y corría en paralelo a los debates sobre aborto. Sin embargo, señalan que “ese largo proceso de debate legislativo sobre IVE no se refleja en el texto que elabora la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación y Administración. El texto aprobado en comisión el 3 de diciembre de 2014 informa, en un pie de página, que en relación con el aborto el texto conserva las definiciones de 1938” pero renombrando el capítulo referente al aborto como relativo a la “defensa de la vida pre-natal.”²⁰³

Relatan que el proyecto de Código Penal es regresivo en diferentes áreas, lo que motivó que tres organizaciones sociales solicitaran una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marzo de 2015. En el informe elaborado, la Comisión sugirió al Estado uruguayo generar instancias de participación para el proceso de reforma y se puso a disposición para facilitar el material disponible en materia de normativa regional en relación a justicia de género y de otros asuntos involucrados.²⁰⁴

4. Consulta popular sobre la convocatoria a referéndum para anular la ley

En noviembre de 2012 se inició un intento de referéndum para que la ley perdiera eficacia. Dicen Pecheny y Correa que, al no contar con el veto presidencial, los sectores contrarios a la despenalización intentaron esta estrategia.

Explican que, según la normativa uruguaya, antes de lanzar un referendo, se requiere que en un pre-referendo participe al menos el 25 por ciento del electorado para legitimar su realización. Sin embargo, a esa instancia previa realizada en 2013, sólo concurrió el 8,8% del padrón y fracasó.²⁰⁵

²⁰³ Correa Sonia et al. “Abortus Interruptus...” ya citado, p.55/56.

²⁰⁴ Informe sobre el 154° Período de Sesiones Comisión IDH. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/037A.asp>

²⁰⁵ Correa Sonia et al. “Abortus Interruptus...” ya citado, p.25.

5. Fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

La Ley 18987 fue reglamentada por el Decreto presidencial n° 375 del 22 de noviembre de 2012.

En 2013 un grupo de médicos/as ginecólogos/as solicitó la nulidad de algunos de sus artículos por entender que se restringía el ejercicio de su derecho a objetar conciencia. Esta situación había sucedido en España tres años antes y se vería replicada en Chile unos años después, sólo que en estos casos activada por legisladores/as que perdieron la votación en el Parlamento.

Los/as profesionales reclamaron, entre muchas otras cosas, que, contrariamente a las disposiciones de la ley, se recortaba el derecho a la objeción, limitándolo al ejercicio directo de la práctica, reduciéndolo al personal médico y al equipo técnico que interviene directamente y prohibiendo que el asesoramiento incluyera convicciones personales.²⁰⁶

Además, expresaron que el decreto ampliaba el criterio del aborto terapéutico fijado por la ley, ya que al definir “grave riesgo para la salud” refería a toda circunstancia que, a criterio del equipo técnico, pusiera en riesgo la salud bio-psico-social de la mujer. La inclusión del concepto integral de salud y la falta de referencia a la gravedad del riesgo a evaluar sustentaron el agravio.

En 2015 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo hizo lugar parcialmente a la acción, aunque, a decir verdad, sólo rechazó dos agravios: el que limitaba el uso de la objeción de conciencia para el personal de salud ajeno a la ginecología (simplemente por falta de legitimación activa, porque quienes demandaban eran todos/as ginecólogos/as) y el que entendía que se limitaba el derecho a la objeción al exigir que el acto se hiciera por escrito. El resto de las barreras quedaron legitimadas.²⁰⁷

²⁰⁶ TCA, "Alonso, Justo y Otros Con Poder Ejecutivo. Acción de nulidad" (Ficha No. 430/13). Fallo N° 586, Montevideo, 11/8/2015. Resultandos del fallo, apartado I

²⁰⁷ TCA, "Alonso, Justo ..." ya citado.

6. Conclusiones preliminares

Como se pudo observar, aunque la ley conseguida tenga déficits y barreras innecesarias, aunque subsista por fuera de los casos permitidos una regulación penal desfasada de los paradigmas actuales, Uruguay hoy está a la vanguardia de América del Sur en la legislación sobre Interrupción del Embarazo.

Una vez más, no hay azar en eso.

En primer lugar, como señalan Pecheny y Correa “el sistema de salud de Uruguay sigue una larga tradición de salud pública, con una presencia central del Estado, aun en un contexto regional y global en que prevalece la lógica de la fragmentación y privatización”.²⁰⁸

Por otro lado, la fuerte tradición política laica y liberal es parte del contexto que lo explica. Como se vio a lo largo de este capítulo, apenas recuperada la democracia se presentaron diferentes proyectos de ley y desde la década del 90 tuvieron tratamiento en el Parlamento. Eso no garantizó el éxito, pero institucional y socialmente el tema estaba en discusión.

Desde 2004 y hasta marzo de 2020 el gobierno estuvo en manos del Frente Amplio, una coalición progresista forjada a lo largo de años, que vino a romper el bipartidismo blanco/colorado histórico.

El hecho de que un presidente de esa fuerza haya vetado la posibilidad de legalizar el aborto en 2008, no revierte la afirmación de que esa coyuntura política fue la que permitió finalmente la regulación. Quiero decir, el ejemplo aislado de Tabaré Vázquez -por más fuerte que haya sido el impacto de su decisión- no niega que la llegada y permanencia del Frente Amplio facilitó la sanción de la ley.

²⁰⁸ Correa Sonia et al. “Abortus Interruptus...” ya citado, p.37.

La reciente victoria de Luis Lacalle Pou, representante del conservador Partido Nacional, deberá constituir al menos una luz de alerta. Si bien ha referido que no buscará la derogación de la Ley, habrá que poner atención en la agenda “pro vida” y las políticas públicas de desestímulo del aborto a las que ha hecho mención.²⁰⁹

Como siempre, como en todo el mundo, para bien o para mal, el aborto nunca es un tema cerrado.

²⁰⁹ “Uruguay: el presidente Lacalle anunció una agenda ‘provida’ para restringir el aborto legal”, Nodal, 5 de mayo de 2020. Disponible en <https://www.nodal.am/2020/05/uruguay-el-presidente-lacalle-anuncio-que-tiene-una-agenda-provida-para-restringir-el-aborto-legal/>

7) Chile

De los países que forman parte de este estudio, Chile es el que ha tenido el cambio normativo más reciente. Sin embargo, ha sido para salir de una de las posiciones más regresiva en materia de legislaciones sobre aborto en todo el mundo.

Una vez más, no es posible transitar por el devenir de sus leyes sin comprender los procesos políticos que atravesó el país.

Diecisiete años de dictadura pinochetista no pueden ser inocuos -tampoco- a nivel normativo. Sumado a ello, la restauración democrática ha transitado por discursos hegemónicos generalmente moderados donde el reclamo ha ido por la recuperación del aborto terapéutico. Como táctica política o por convicción, el norte no ha sido la adopción de algún sistema mixto, sino que los objetivos han sido mucho menos ambiciosos.

La investigadora Fernanda Marín Rey atribuye estos posicionamientos al carácter fuertemente religioso (especialmente católico) de la élite política chilena y a la impregnación de la defensa de la familia como discurso arraigado.²¹⁰

Creo que la lucha por la despenalización del aborto fue bisagra en la organización y masividad de los movimientos sociales que terminaron por hacer absoluta eclosión en los reclamos y estallidos de fines de 2019.

En sentido similar reflexiona Nicole Forstenzer al decir que el “mayo feminista” del 2018, que culminó en una marcha multitudinaria para el 8 de marzo 2019 en Santiago y otras ciudades de Chile, parece indicar hoy una finalización del periodo anterior de “silencio” de la post-

²¹⁰ Marín Rey Fernanda. Aborto en Chile: La (No) Discusión De Derechos. Tesis para optar al grado de Magíster en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización. Universidad De Chile. Facultad De Ciencias Sociales Escuela De Postgrado. Programa De Magíster en Cs. Sociales con mención en Sociología de la Modernización.

dictadura y la manifestación de una nueva fase de activismo feminista con voz y resonancia en Chile.²¹¹

1. Antecedentes²¹²

El aborto estaba castigado en el Código Penal de 1874, sin ninguna excepción. Se sancionaba la conducta de quien maliciosamente causara un aborto, distinguiendo tres supuestos: si se había realizado con violencia en la persona de la mujer; si no la había ejercido, pero había actuado sin el consentimiento de la gestante y si obraba con su consentimiento. Preveía también la figura del aborto preterintencional. Todas estas conductas recibían pena agravada si el autor era un “facultativo” que, abusando de su oficio, causaba el aborto o cooperaba a hacerlo.

Finalmente reprimía también con pena de presidio menor en su grado máximo a la mujer que causare su aborto o consintiera que otra persona lo hiciera, atenuando la sanción si lo hacía por ocultar su deshonra.

En 1931 se dictó el Código Sanitario que vino a contemplar, en términos restrictivos y poco claros, la causal terapéutica.

Dentro del título III, que regulaba “El ejercicio de la medicina y profesiones similares” y a continuación de los artículos que regían la actividad de las *matronas*, decía el Art. 226 que “sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer” y exigía la opinión documentada de tres médicos. Si no era posible este recaudo por urgencia o falta de facultativos debía documentarse lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente.

²¹¹ Forstenzer, Nicole. Feminismos en el Chile Post- Dictadura: Hegemonías y marginalidades. Revista Punto Género N° 11. Junio de 2019 ISSN 0719-0417, p.34/50

²¹² Tanto la normativa vigente analizada en este capítulo como los proyectos de ley que no lograron ser sancionados han sido consultados directamente como fuente primaria y se encuentran disponibles en <https://www.camara.cl/legislacion/>

La presencia de tres médicos era extremadamente rigurosa, pero la exigencia de dos testigos (independientemente de que el médico mantuviera la reserva de la documentación) sería en paradigmas actuales -además de inútil- una violación insostenible al derecho a la intimidad de la gestante.

Esta regulación se mantuvo a lo largo de más de tres décadas. Recién en enero de 1968 durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva, del Partido Demócrata Cristiano²¹³, se publicó la *reforma del Código Sanitario*.

Según las reseñas, esta norma que rigió durante veinte años en Chile, regulaba el aborto terapéutico de una manera más flexible, con la opinión documentada de dos médicos cirujanos, en lugar de tres.²¹⁴

2. Dictadura militar de 1973/1990

Derrocado Salvador Allende el 11 de septiembre de 1973, asumió el mando del país la junta militar encabezada por Augusto Pinochet.

Durante su gobierno, en 1989, se dictó la Ley 18826 de un solo artículo, que tenía un renglón de extensión. Sin rodeos decía “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”²¹⁵

Simplemente eso. Once palabras que cancelaron durante casi treinta años las posibilidades de todas las mujeres del país de acceder al aborto en algún supuesto.

²¹³ https://www.bcn.cl/historiapolitica/hitos_periodo/detalle_periodo.html?per=1925-1973

²¹⁴ Una de las referencias a las que hago mención está disponible en <http://3causales.gob.cl/historia/>. Sin embargo, en este caso no fue posible acceder a la norma original por encontrarla en todas las publicaciones actualizada con la reforma pinochetista.

²¹⁵ Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30202>

Después de casi sesenta años de un sistema de indicaciones notablemente condicionado y prácticamente terminando su paso por el poder²¹⁶, el pinochetismo prohibió todos los abortos.

Un paso previo, que al día de hoy sostiene Chile, fue la inclusión de la protección a la vida “del que no ha nacido” en su Constitución Nacional.

Analizando el acta de sesiones de la “Comisión Ortúzar”, designada por el gobierno militar para preparar un proyecto de reforma constitucional, se advierte que la discusión del derecho a la vida comenzó con el abordaje de cómo regular la pena de muerte. Fue en medio de ese debate que ingresó el tema de la protección de la vida prenatal.²¹⁷

Es sumamente interesante analizar los carriles discursivos de cinco varones, de la academia y la política, respecto del aborto. Discurrían entre la posición católica más ferviente - que defendía como parte de la moral natural al no nacido, la indisolubilidad del matrimonio y la familia como célula social- y la posición secular que se aferraba a la libertad de pensamiento y el pluralismo. Desde quien decía que la “madre” debía tener al “hijo” aunque fuera “anormal”, aunque fuera producto de una violación o aunque de allí derivara su muerte, hasta quien entendía que se trataba de posiciones religiosas que no podían imponerse a toda la sociedad y que equivaldrían a plasmar en la Constitución que el aborto era un pecado. En medio de ello, se leen reflexiones personales sobre el modo de actuar en caso de que una mujer de su familia se encontrara en esa posición y reflexiones jurídico-políticas sobre la forma de redacción preferible y consensuada.

El texto que finalmente resultó aprobado del Artículo 19 de la Constitución de 1980 establece: “La Constitución asegura a todas las personas:

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

²¹⁶ Puede verse el proceso de retorno a la democracia en <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-96594.html>

²¹⁷ Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 87ª celebrada en jueves 14 de noviembre de 1974. Disponible en <http://actas.minsepres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=110>

La ley protege la vida del que está por nacer”.

Es decir, se protege la vida del “no nacido” pero, como analizó recientemente el Tribunal Constitucional, de ello no necesariamente se desprende que esa protección tenga que ser por medios penales; es decir, constitucionalmente no quedó fijada una prohibición expresa al derecho al aborto como pretendían algunos miembros de la Comisión.²¹⁸

La relevancia jurídica de esta discusión es enorme a la hora de analizar la constitucionalidad de la despenalización del aborto en Chile.

3. Transición democrática

3.1.El poder legislativo

Con la vuelta de la democracia en 1990 comenzaron los intentos de modificar el régimen de penalización absoluta del aborto fijado por el pinochetismo.

Señala Fernanda Marín Rey que “durante los años noventa, los esfuerzos de los partidos políticos se centraron en recuperar la democracia y no se reparó expresamente en la pérdida de este derecho. Junto con ello, el movimiento de mujeres perdió fuerza y el nuevo gobierno se enfocó más que nada en crear nuevas instituciones para dar paso a la transición a la democracia. Si bien en 1991 se ingresó un proyecto para revertir la situación, este fue archivado y no fue hasta la década de los 2000 -es decir 12 años después de ese primer intento- que las iniciativas por despenalizar el aborto se hicieron más frecuentes.”²¹⁹

²¹⁸ TC Chile, rol N° 3729-2017, 28/8/2017

²¹⁹ Marín Rey Fernanda. “Aborto en Chile...”. Ob. Cit, p.11/12.

Cuenta Fernández Rey que desde el inicio de la transición democrática se presentaron diecisiete proyectos de ley para despenalizar -con diversa amplitud- el aborto.²²⁰ Todos ellos están disponibles y fueron analizados en este trabajo como fuente primaria.²²¹

El primero fue el Proyecto 499/01 que buscaba restablecer el aborto terapéutico en un único artículo que decía “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médico-cirujanos”.

A lo escueto y poco claro del texto -que era prácticamente una reedición de la norma de 1931- se suma una Exposición de Motivos realmente llamativa, no sólo a la luz de paradigmas actuales sino también de los ejes por los que transitaba la discusión en ese momento en otros países de América Latina. En efecto, el foco estaba puesto en las consecuencias que tiene para la familia en general y los hijos en particular, la muerte de la “madre” a causa de un aborto.

El proyecto se archivó en 1997. Los siguientes intentos tuvieron que esperar hasta el siglo XXI.

Así, en 2003 se presentó el Proyecto 3197 -idéntico al de 1991- y fue archivado en 2006. A doce años de la presentación anterior, es todavía más sorprendente que se haya mantenido esa formulación y esa línea argumental en la Exposición de Motivos.

En 2006 ingresó por el Senado un nuevo intento, el Proyecto 4751, esencialmente diferente a los dos anteriores. En primer lugar, incluía las causales de peligro para la vida o grave deterioro para la salud de la mujer (aunque seguía diciendo madre), las malformaciones fetales incompatibles con la vida y cuando el embarazo proviniera de una violación.

Pero además de ello, la fundamentación del proyecto hacía eje en la autonomía de las mujeres, sus derechos sexuales y reproductivos entendidos como derechos humanos, el deber

²²⁰ Todos los proyectos están disponibles en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey>

²²¹ Disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

estatal asumido internacionalmente de adoptar políticas públicas respetuosas de esos derechos, etc. También se archivó.

En 2007 se presentó por Diputados una nueva propuesta de despenalización por causales -N° 4845_11- encarando la reforma principalmente desde el Código Penal y sumando a la norma penalizadora una excepción sumamente restrictiva: cuando existiera riesgo para la vida de la mujer o grave deterioro de su salud, lo que debía ser constatado por tres médicos.

Lo interesante de este proyecto fue que justificó constitucionalmente la posibilidad de despenalización, acudiendo a la discusión de la Comisión Ortúzar. Así, a pesar de que la Constitución Política contempla la protección de la vida “del que está por nacer”, se resaltó que el constituyente plasmó “la necesidad de entregar al legislador la regulación de situaciones particulares de despenalización del aborto. De esta forma, la protección de la vida del que está por nacer establecida en la Constitución reconoce excepciones y el legislador tiene el mandato expreso del constituyente de regular esas situaciones”.²²²

En 2009 ingresó el Proyecto n° 6420-11, un escueto intento de volver a la exacta regulación de 1968. Tuvo la misma suerte que los anteriores.

En mayo de ese año ingresó por el Senado el Proyecto 6522-11 que, si bien no prosperó, tuvo instancias de discusión dentro de la Cámara.

La norma propuesta seguía siendo la misma, sólo que la fundamentación se hacía en protección del derecho a la vida. Refería que en nombre de ese derecho se buscaba condenar las muertes provocadas por agentes del Estado durante la dictadura y que esa protección incluía el derecho a la dignidad y a vivir una vida libre de violencia. Sin perjuicio de ello, la argumentación seguía solventando un programa de indicaciones muy ajustado, afirmando que “la inviolabilidad del derecho a la vida, incluyendo la del que se presume nacerá es el antecedente que habilita el repudio penal de la interrupción injustificada del embarazo”.²²³

²²² Proyecto de Ley que Protege La Vida De La Mujer Ante Interrupciones de Embarazo en Casos que Indica, N° 4845-11. Exposición de Motivos, apartado 2, “Historia Legislativa”.

²²³ Proyecto de Ley 6522-11, Exposición de Motivos, apartado 4.

Mucho más innovador fue el tercer proyecto de ese año, el N° 6591-11 presentado por los senadores Guido Girardi y Carlos Ominami. Se proponía la despenalización en los casos en que estuviera en riesgo la vida -no la salud- de la gestante, en casos de malformaciones fetales graves y si el embarazo era producto de violación, supuesto en el que no podía excederse un plazo de doce semanas de gestación.

Por un lado, se tomaron en cuenta legislaciones comparadas, se buscó quitar del debate elementos religiosos y se asumió al Derecho Penal como última ratio para intervenir en esta situación; sin embargo, se omitió la indicación por razones de salud y se fijó un plazo para la causal criminológica que no había sido impuesto en intentos anteriores, con una polémica fundamentación.²²⁴

En 2010, los mismos senadores presentaron un nuevo proyecto de ley, el N° 6845-07. Su fundamentación planteó el derecho a decidir de las mujeres, el derecho a su integridad física y psíquica, la libertad de conciencia; hizo referencias a la injusticia social que conlleva la penalización y a la necesidad de adoptar políticas públicas. Cuestionó a la derecha cristiana diciendo que “no puede adaptarse a estos cambios porque la clase dirigente se apoya en la familia nuclear heterosexual no como una institución ‘moral’ sino como una unidad económica central para el capitalismo”.²²⁵

Ahora bien, luego de toda esa fundamentación, inexplicablemente, se limitaba a disponer la derogación lisa y llana de todos los artículos del Código Penal relativos a aborto y retomar el viejo postulado de 1968 de que sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo, con la opinión documentada de dos médicos cirujanos. Corrió la suerte de todos los ensayos de la recuperación democrática.

²²⁴ Proyecto de Ley 6591-11, Exposición de Motivos, último apartado: “Creemos en suma que si la madre ha dejado transcurrir este plazo aun cuando se trate de un embarazo fruto de un delito de violación, no le es admisible invocar la causal para practicarse un aborto impune por cuanto ha tolerado el avance de su embarazo más allá de 12 semanas consintiendo en él en cierto modo máxime si para aquella época, gestacionalmente, ya ha desarrollado un feto que, con las cualidades propias de todo ser humano merece la protección penal asignada al delito de aborto”.

²²⁵ Proyecto de Ley 6591-11, Exposición de Motivos, apartado 3

Sobre el fin del mismo año se presentó el Proyecto 7373-07 con fundamentación similar a la de 1991 y mala técnica legislativa, limitando a los casos de riesgo para la vida de la gestante.

Posteriormente ingresó el Proyecto 7391-07 presentado por el senador y ex Presidente Ricardo Lagos y el senador Girardi. Era una réplica del presentado el año anterior por este último y Ominami.

En 2011 se presentó el Proyecto 7965-11, que limitaba la permisión para los casos de riesgo vital, excluyendo expresamente la causal salud por considerarla demasiado amplia. Así, desde un análisis que intentaba causar el “mal menor”, la propuesta era salvar al menos una de las dos vidas en juego.

En el año 2013, ingresó al Parlamento el Proyecto 8862-11, presentado, entre otros, por la senadora Isabel Allende. Si bien por supuesto seguía siendo una propuesta de indicaciones, se advierte un salto de paradigma en la fundamentación, la que se hacía cargo de las cifras documentadas del aborto, la ineficacia del sistema penal y la existencia de otros derechos en juego -además de la vida prenatal- como la vida y la salud de la mujer, la libertad de conciencia y la dignidad.

Proponía la derogación del art. 119 del Código Sanitario y regulaba detalladamente en el Código Penal las causales permitidas: peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer; malformaciones fetales y violación -hasta la semana doceava de gestación- incluyendo en el concepto los supuestos de técnicas de reproducción asistida no consentidas-. En todos los casos se preveía que la práctica fuera llevada a cabo por un médico y documentada por otro.

Establecía que todo profesional que no hubiese objetado conciencia debía realizar el aborto, bajo apercibimiento de ser sancionado en caso de negativa injustificada.

En mayo de ese año, la organización Miles²²⁶ presentó su proyecto, que llevaba el número 8925-11. Con una amplia argumentación respaldada en datos epidemiológicos y desde un

²²⁶ Véase la página web de la organización en <https://mileschile.cl/nosotros/>

paradigma de derechos humanos, realizó una formulación muy similar, en líneas generales, a la propuesta de Allende. La causal embriopática estaba más detallada y tenía el plazo límite de veintidós semanas de embarazo; por su parte, la causal criminológica incluía también inseminación o gestaciones producto de técnicas de reproducción contra o sin el consentimiento de la gestante. Consideraba al aborto una práctica médica y no regulaba la objeción de conciencia.

Ese mismo año y el siguiente, Girardi presentó los Proyectos N° 9021 y 9418, idénticos a sus intentos anteriores.

Como última reseña de estos proyectos que fracasaron en su intento de ser aprobados, se encuentra el que llevaba el N° 9480, presentado en agosto de 2014. Fue un planteo novedoso porque no regulaba causales, sino que sostenía que buscaba despojar del carácter criminal la interrupción del embarazo por parte de la madre y del profesional de la salud que la asiste, dejando la sanción penal para los casos de intervención no consentida de terceros. De esa manera, derogando las partes pertinentes de la norma penal, desincriminaba a quien causara el aborto con consentimiento de la gestante y a la mujer que lo provocara o consintiera, en este caso, hasta la doceava semana de gestación.

Hasta acá entonces el camino legislativo de las propuestas realizadas. Todas con un resultado negativo, pero con un innegable avance en cuanto a las formulaciones y las propuestas de legislación.

3.2.El Poder Ejecutivo

Mientras tanto, a nivel del poder Ejecutivo, la posición iba cambiando. Durante los primeros años del gobierno de la Concertación, los presidentes Patricio Aylwin y Eduardo Frei, mantenían la línea contraria a la despenalización de su partido, la Democracia Cristiana.²²⁷

²²⁷ Puede verse el posicionamiento del Partido en <https://sites.google.com/a/pdc.cl/pdc/transparencia/marco-normativo/declaracion-de-principios>. Vale destacar que ese posicionamiento fue cediendo en algunos/as de sus

La posición cambió a un apoyo cada vez más explícito a la permisión del aborto en tres causales durante las presidencias de Ricardo Lagos -que integraba la Concertación por el Partido por la Democracia- y Michelle Bachelet, por el Socialismo.

El apoyo de Bachelet a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres no era sólo declamatorio, sino que, durante su primera gestión presidencial, con la limitación normativa de la prohibición absoluta del aborto, se adoptaron políticas públicas en materia de acceso a anticoncepción, incluso anticoncepción hormonal de emergencia.²²⁸ Se ignoraba de ese modo la decisión del Tribunal Constitucional de prohibir su distribución en el año 2008.²²⁹

Otra decisión relevante fue la adoptada para contrarrestar el deber de denunciar que el Código Procesal Penal imponía a los profesionales de la salud que notaran en una persona señales de haberse practicado un aborto. El Ministerio de Salud dictó en 2009 una Ordenanza que, enmarcada en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, establecía que no correspondía extraer confesión a mujeres que requerían atención médica post aborto.²³⁰

El posicionamiento cambió radicalmente con la derrota en las elecciones de la Concertación y la llegada al poder, por primera vez, de Sebastián Piñera, quien afirmó que, de aprobarse un proyecto de ley de despenalización, la vetaría.²³¹

integrantes, al punto de que la reforma legislativa fue posible también por el apoyo de algunos votos en el parlamento de representantes de la Democracia Cristiana.

²²⁸ Véase el recorrido que surgía de la página oficial en el siguiente enlace, ya que en la página oficial actual el contenido no está disponible: <https://web.archive.org/web/20160912065636/http://3causales.gob.cl/historia/>

²²⁹ TC Chile, rol N° 740-2008, 18/4/2008. Ver también un análisis crítico de este fallo elaborado por Gil Domínguez, Andrés. “El debate constitucional sobre la "píldora del día después" en una sentencia del Tribunal Constitucional de Chile”. Publicado en: Sup. Const- 2008 (julio), 52 • LA LEY 2008-D, 306. Cita Online: AR/DOC/1347/2008.

²³⁰ Ordenanza A 15/1675, 24 de abril de 2009. Disponible en http://icmer.org/documentos/salud_y_derechos_sex_y_rep/instruct_minsal_confidenc_y_aborto.pdf

²³¹ Sobre las declaraciones de Sebastián Piñera, véase por ejemplo: “Presidente Piñera utilizará veto presidencial en caso que se apruebe el aborto terapéutico”, Biobiochile.cl, Jonathan Flores, 9 de septiembre de 2011, disponible en <https://www.biobiochile.cl/noticias/2011/09/09/presidente-pinera-utilizara-veto-presidencial-en-caso-que-seapruebe-el-aborto-terapeutico.shtml>; “Piñera dispuesto a vetar proyectos sobre aborto terapéutico”, El Mostrador 9 septiembre, 2011, disponible en <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/09/09/pinera-dispuesto-a-vetar-proyectos-sobre-aborto-terapeutico/>, entre muchas otras.

Sin embargo, la línea del Ejecutivo se revertiría con la nueva llegada al poder de Michelle Bachelet en 2014, al presentar desde allí el proyecto que se convertiría en Ley.

4. Despenalización parcial

Finalmente, llegó el ciclo en que los tres poderes estatuidos del gobierno chileno avanzaron por la despenalización parcial del aborto.

Así, la presidenta Michelle Bachelet el 31 de enero de 2015 envió al Congreso el Proyecto de Ley N°9895-11 para dejar de perseguir penalmente el aborto en tres causales: terapéutica, embriopática y criminológica.

El mensaje de presentación hacía foco en la dignidad de las mujeres, en los compromisos internacionales, en la necesidad de dar respuestas desde la salud pública, en la vigencia de derechos humanos de las mujeres.

El proyecto original tuvo modificaciones. Algunas positivas, fundamentalmente de técnica legislativa; otras restrictivas. El proceso de aprobación duró más de dos años. En ese tiempo, diversos organismos plantearon la necesidad de flexibilizar la normativa del aborto en Chile.

En 2015 Amnistía Internacional elaboró un informe en el que, entre otras cosas, demostraba la ineficacia de penalizar el aborto tanto como política criminal cuanto como política sanitaria. Sostenía que “los diferentes actores del sistema de salud y de justicia tienden a tratar el aborto como un acto que no debiese estar penalizado. No obstante, de esto no se puede concluir que legislar para despenalizar el aborto sea innecesario: esta práctica actual del sistema de justicia podría cambiar en cualquier momento”.²³²

²³² Informe elaborado por Amnistía Internacional: “Chile no protege a las mujeres. La criminalización del aborto viola los DDHH”. Disponible en https://amnistia.cl/wp-content/uploads/2015/08/informe_chile-no-protege-a-las-mujeres.pdf

El Informe da cuenta también de los pronunciamientos de los diversos organismos internacionales instando, recomendando y exhortando al Estado chileno a abandonar el régimen de penalización absoluta que sostenía.²³³

El Instituto Guttmacher también elaboró un informe sobre el estado de situación del aborto en Chile.²³⁴

Relata Lorena Etcheberry que, aprobado en ambas Cámaras, el 3 de agosto de 2017 se envió el proyecto de ley al Tribunal Constitucional (TC) con el objetivo de comprobar si estaba en contradicción con la Constitución actual del país. Esta iniciativa fue impulsada por políticos/as de Chile Vamos, partido desde el que ganaría las elecciones Sebastián Piñera para asumir nuevamente la presidencia en 2018.²³⁵

El Tribunal, en ejercicio del control preventivo de constitucionalidad, declaró que el texto del proyecto era conforme a la Constitución Política de 1980, salvo en tres puntos relacionados con la objeción de conciencia que se tratarán al analizar ese tramo de la ley vigente²³⁶.

Así, el 14 de septiembre de 2017 la presidenta Bachelet promulgó la Ley 21.030 en La Moneda.²³⁷

²³³ Se mencionaban las siguientes: Observaciones Finales sobre el Sexto Informe Periódico de Chile. Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 111º periodo de sesiones. 7 al 25 julio 2014; Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité CEDAW en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). CEDAW/C/CHL/CO/5-6. 12 noviembre 2012; Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, 55º periodo de sesiones, 1-19 Junio 2015. E/C.12/CHL/CO/4, 19 Junio 2015; Observaciones finales – Chile. Comité de Derechos del Niño, Naciones Unidas, 44º periodo de sesiones, 26 de enero al 2 de febrero 2007. CRC/C/CHL/CO/3, 23 abril 2007. La salud de los adolescentes

²³⁴ Prada Elena, “Aborto inducido en Chile”, enero de 2016, disponible en <https://www.guttmacher.org/es/report/aborto-inducido-en-chile>

²³⁵ Etcheberry Rojas, Lorena Denisse. Los discursos de saber/poder en torno al aborto y el proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en Chile. Revista Punto Género N.º 10. Diciembre de 2018 ISSN 0719-0417 / 1 - 20

²³⁶ TC Chile, rol N° 3729-2017, 28/8/2017

²³⁷ Ver promulgación y publicación en la página de la Biblioteca Nacional de Chile. Disponible en https://oig.cepal.org/sites/default/files/ley_21030-despenalizacion_del_aborto-2017.pdf

La ley modifica el Código Sanitario y el Código Penal; de esa manera, además de despenalizar el aborto en las tres causales, aporta herramientas de legalización de la práctica.

Respecto del primero, modifica el restrictivo Art. 119, autorizando la interrupción de un embarazo, llevado a cabo por voluntad de la mujer y por un médico cirujano, si se cumple alguna de las siguientes causales:

1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. Se exige el diagnóstico de un médico.

2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal. Esta última exigencia de letalidad no constaba en el proyecto original. En este caso se requieren dos diagnósticos médicos.

3) El embarazo sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. La verificación de la causal y del tiempo de embarazo queda a cargo de un equipo de salud. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. En este caso, la propuesta del Ejecutivo extendía el plazo hasta las 18 semanas de gestación, pero fue reducido durante el tratamiento.

En relación a esta última causal, quien dirige el centro sanitario deberá dar intervención al Ministerio Público para que investigue el delito sexual. Se establece que la mujer podrá no participar del proceso penal y que deberá garantizarse la confidencialidad de la relación médico-paciente. Resulta a mi juicio criticable esta exigencia -que no constaba en la redacción original- de privar a la mujer de la decisión dar o no inicio al proceso penal. Especialmente -pero no sólo- en el caso de mujeres mayores de 18 años, implica un tutelaje inadmisibles.

La ley establece, además, como criterio transversal a todas las causales, el modo en que debe prestarse el consentimiento y se regula las condiciones para personas con discapacidad.

Respecto de niñas menores de 14 años, además de su voluntad, se requiere la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. En caso de conflicto, el equipo de salud debe acompañar para solicitar autorización judicial,

la que debe resolverse verbalmente en un plazo máximo de 48 horas. Para ello deberá contar con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud y oír a la niña.

Si el médico estima que requerir autorización a la representación legal podría generar a la niña un riesgo grave (el criterio de gravedad no estaba en el original) de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva.

Para el caso de adolescentes entre 14 y 18 años, se deberá informar al representante legal que ella indique. Si se evaluara un riesgo como el mencionado anteriormente, se informará en su lugar a otra persona adulta que ella señale. Además, quien dirija el hospital informará a la justicia de familia para que adopte medidas.

En cuanto a la regulación penal, mantiene la sanción para la mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, disminuyendo la pena si lo hiciera por ocultar su deshonra.

Se prevé también que el prestador brinde información veraz a las mujeres, la que debe incluir programas de apoyo económico y adopción (esto último fue agregado durante el trámite).

Finalmente, la redacción parlamentaria aprobada regulaba también la objeción de conciencia tanto del/la médico/a requerido/a como del “resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.”²³⁸ Este fue uno de los puntos que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional en su sentencia del 28 de agosto de 2017 por no contemplar al resto de trabajadores/as del equipo médico, motivo por el que ordenó la eliminación del término “profesional”.²³⁹

²³⁸ Decreto 9895-11, Art. 1, numeral 3, inciso 1.

²³⁹ TC Chile, rol N° 3729-2017, 28/8/2017, Apartado centésimo vigesimocuarto.

La objeción debe ser escrita, previa, dada a conocer a quien dirige el hospital y no podrá ejercerse si la atención es impostergable en caso de riesgo para la vida. En ese caso, inmediatamente debe asignarse otro/a profesional o, en caso de no ser posible, derivarla.

También preveía la ley votada que no podía invocarse OC si era inminente el plazo de vencimiento fijado para invocar la causal criminológica. El Tribunal eliminó esta limitación.²⁴⁰

Establecía también que la OC es personal y en ningún caso podrá ser institucional. El Tribunal lisa y llanamente eliminó la frase “en ningún caso” por entenderla contraria a la Constitución, permitiendo por tanto omitir el cumplimiento de la práctica a instituciones con un ideario contrario a la práctica.²⁴¹

El fallo ha recibido críticas por entender que asumió funciones propias del Poder Legislativo²⁴², pero también ha sido celebrado y lamentado al confirmar, en una amplísima fundamentación, la constitucionalidad de la ley de las tres causales.²⁴³

Finalmente, el 29 de junio de 2018 se dictó el decreto reglamentando el ejercicio de la objeción de conciencia tanto personal como institucional.²⁴⁴

²⁴⁰ TC Chile, rol N° 3729-2017, 28/8/2017, Apartado centésimo trigésimo octavo, punto 3.

²⁴¹ TC Chile, rol N° 3729-2017, 28/8/2017, Apartado centésimo trigésimo octavo, punto 2.

²⁴² Paredes, Felipe. Aborto, deferencia y activismo judicial: Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3729-2007, de 28 de agosto de 2017

²⁴³ “Fallo del Tribunal Constitucional sobre interrupción del embarazo en tres causales: senadores discrepan sobre los argumentos”, 21 de agosto de 2017, página web del Senado de la República de Chile. Disponible en https://www.senado.cl/senado/site/artic/20170821/pags/20170821175529.html#vtxt_cuerpo_T0

²⁴⁴ Diario Oficial de la República de Chile. Num.42.187, 23 de octubre de 2018.

5. Conclusiones provisionarias

Después de décadas de legislaciones muy restrictivas o lisa y llanamente prohibitivas, Chile ha avanzado hacia un sistema de tres causales en las cuales el aborto está permitido.

Su matriz política y religiosa explican en gran medida esa demora en llegar al lugar en el que se encontraba ya la mayoría de los países de la región. Como parte de ello, la larga dictadura pinochetista generó no sólo la prohibición normativa, sino también la instalación de la imposibilidad de su modificación.

Sin embargo, la transición y consolidación democráticas han permitido que el aborto saliera de la clandestinidad y también del silencio, para pasar a ser parte de los temas de discusión social y de agenda estatal.

La coyuntura política actual probablemente impedirá avanzar hacia sistemas de mayor liberalización. Sin embargo, los niveles de movilización y conciencia social, así como el crecimiento del movimiento feminista, tal vez aceleren los procesos y no haya que esperar tanto como para dar este primer paso.

8) Argentina

La enorme cantidad de estudios existentes en Argentina en materia de aborto, incrementada notablemente en los últimos años, condiciona la posibilidad de ofrecer una mirada novedosa.

Por ese motivo, pero entendiendo a su vez insoslayable realizar alguna mención sobre la regulación de mi país- sobrevolaré los antecedentes y la situación actual para pasar a analizar el sistema vigente en el marco del desarrollo que han tenido los demás países seleccionados.

Realizaré luego un análisis sobre las posibilidades de flexibilizar el encuadre normativo desde dos vertientes constitucionales.

La primera, más explorada, reseñará los argumentos por los cuales se sostiene que la adopción de un sistema mixto que regule con plazos y causales la interrupción de la gestación, es enteramente sostenible en nuestro esquema constitucional.

Da cuenta de ello no sólo el articulado de la Carta Magna sino también su interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los organismos internacionales.

La segunda vertiente busca explorar la posibilidad de que el tratamiento del aborto deje de ser estrictamente desde el Derecho Penal, sin perder por ello su carácter nacional.

Para ello será necesario situar el examen en el marco de un Estado federal como el argentino, en el que las atribuciones referidas a las políticas sanitarias resultan concurrentes en el ejercicio por parte de las provincias y la Nación.

La intención es pensar el modo en que, además de modificarse el abordaje criminal, pueda dictarse válidamente una regulación sanitaria que, por comprometer derechos fundamentales, pueda aplicarse uniformemente en todo el país.

1. Regulación normativa

En esta parte del enfoque, resulta interesante el detallado recorrido realizado por Alejandro Osio, cuyo camino seguiré.²⁴⁵

La primera vez que se reguló el aborto en Argentina fue en el Código Penal sancionado en 1921, con vigencia desde el año 1922.

Como es sabido, con una técnica legislativa que sólo puede explicarse en un análisis situado, se castigaba -y castiga- a quien practique un aborto con o sin consentimiento de la mujer, con diferentes grados de sanción, las cuales también se agravan si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer (Art. 85 CP).

Si el tercero que lo provoca o coopera a causarlo es profesional de la salud y lo realiza abusando de su ciencia o arte, sufrirá además la pena de inhabilitación (Art. 86, primera parte).

La misma pena que para el autor del aborto consentido se prevé actualmente para la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro lo cause (art. 88 CP). Su tentativa no es punible.

La ley penal de fondo prevé en su Art. 86, segunda parte, que la práctica consumada no será punible cuando sea realizada por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer, en tres causales:

- Si se ha hecho con la finalidad de evitar un peligro para la vida de la gestante que no puede evitarse por otros medios.
- Si tiene por fin de evitar un peligro para la salud de la mujer que no puede ser evitado de otro modo.

²⁴⁵ Osio Alejandro Javier. “Atipicidad Del Aborto En Los Casos Del Art. 86, Inc. 2º Del Código Penal, como conclusión necesaria desde una dogmática acotante del poder punitivo”. Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. La Pampa, 2010.

- Si el embarazo proviene de una *violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Reseña Osio que, mediante la ley 17.567 del 12 de enero de 1968 se reformó el Código Penal, pero esa modificación fue suspendida por la ley 20.509 (del 27 de mayo de 1973). Sin embargo, durante la última dictadura militar, la Ley 21.338 del 25 de junio de 1976 restableció la redacción fijada por Ley 17.567.

Esa modificación implicó agregar en la causal terapéutica la exigencia de que el peligro para la vida o la salud fuera “grave”.

Por otro lado, clarificaba el alcance de la indicación criminológica en los siguientes términos “Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.²⁴⁶

Sin embargo, esta reforma fue dejada sin efecto a la vuelta de la democracia por medio de la Ley 23.077, del 27 de agosto de 1984, que restauró la redacción dada al Art. 86 CP por la Ley 11.179.

Así, por un lado, se eliminó la exigencia de gravedad del peligro para la vida o la salud, volviendo por tanto a una regulación más amplia del permiso; pero, por otro lado, se retornó a la oscura redacción del inciso 2. Su alcance fue finalmente clarificado por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “F, A.L.” de marzo de 2012.²⁴⁷

²⁴⁶ Osio, Alejandro Javier. “Atipicidad Del Aborto...” Ob. Cit, p.10

²⁴⁷ CSJN, F., A. L. s/medida autosatisfactiva, 13/03/2012. Fallos: 335:197

2. Fallo F.A.L.

En esta ocasión, la Corte tuvo que resolver el alcance del Art. 86, segunda parte, inciso 2 del CP, toda vez que había quienes entendían que, para que el aborto no fuera perseguido penalmente el embarazo debía ser consecuencia de una violación y la mujer tener una discapacidad mental.

En lo relativo a este punto, el Tribunal dejó aclarado que todo embarazo interrumpido producto de una violación escapa de la persecución penal.

Para ello se valió de numerosos argumentos:

- Consideró aplicables los principios de igualdad, prohibición de toda discriminación, legalidad y *pro homine*. De ellos derivó la conclusión de que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados con la misma jerarquía, no sólo no impiden la interpretación amplia, sino que además llevan a adoptarla.²⁴⁸

Se ha dicho en este sentido que “la Corte aclara que el derecho internacional de los derechos humanos no puede ser utilizado como argumento convincente para sostener la interpretación restrictiva de los supuestos de abortos no punibles; antes bien, es un argumento para la tesis de la interpretación amplia del art. 86, inc. 2. Agregamos, más aún y en clave de proyecciones de los argumentos de la sentencia, que el derecho internacional de los derechos humanos permite la despenalización de otros tipos de aborto.”²⁴⁹

- Entendió que era una desproporción exigir a una mujer víctima de abuso sexual continuar un embarazo originado en esa situación. Una decisión así no podría ser impuesta por el derecho por ser contraria al principio de dignidad.²⁵⁰

²⁴⁸ CSJN, F., A. L. Citado, Considerandos 15 a 17.

²⁴⁹ Kutnowsky, Mario y Ronconi, Liliana. “Aborto no punible en caso de violación: una aclaración esperada. La tesis de la interpretación amplia a partir del fallo “F. A. L.”” Publicado en: SJA 23/05/2012 , 43 • JA 2012-II , 318. Cita Online: AR/DOC/7862/2012, apartado V, c).

²⁵⁰ CSJN, F., A. L. Citado, Considerandos 4 y 16

Recuerda Andrés Gil Domínguez que la Corte “postula que el principio de dignidad proscribire que las personas sean tratadas de manera utilitaria y que esto interdicta una exégesis de la norma penal que solo contemple —como un supuesto de aborto no punible— el practicado respecto de un embarazo que es producto de una violación a una incapaz mental; la pretensión de exigir de llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra los derechos fundamentales de la mujer, resulta a todas luces desproporcionada y contraria al principio de dignidad postulado, el cual impide exigirle a las personas que realicen —en beneficio de otras o de un bien colectivo— sacrificios de envergadura imposible de commensurar.”²⁵¹

- Aclaró que la ley penal no exige ni la denuncia, ni la prueba de la violación, tampoco su determinación judicial para acceder a la interrupción del embarazo producto de una violación. Dejó claro que basta con la declaración jurada de la víctima ante el profesional tratante afirmando que el acto ilícito es causa del embarazo.²⁵²

Se trata de un análisis que recuerda al de las “cargas indebidas” de la jurisprudencia estadounidense. La iniciación de un proceso penal por violación sería una exigencia que no traería beneficios a la mujer y que, por el contrario, se traduciría en una barrera injustificada.

Aún más, en caso de que se interponga éste u otro obstáculo, ha dicho la Corte que ello implicaría un acto de violencia institucional que puede traer aparejada responsabilidad penal o de otra índole para quienes las exigen.

Sostienen en este punto Kutnowsky y Ronconi que “si bien la Corte habla de que *puede* existir responsabilidad de los funcionarios que de alguna u otra manera impidan o demoren el acceso al aborto, sostenemos que esto debería interpretarse como un *debe*, esto es, quien impida el acceso al aborto en casos no punibles deberá ser denunciado en sede penal y sometido a proceso conforme lo establezca la legislación pertinente.”²⁵³

²⁵¹ Gil Domínguez, Andrés. “La CSJN establece que el aborto voluntario no punible es constitucional y convencional”. Publicado en: LA LEY 21/03/2012 , 1 • LA LEY 2012-B , 259 • DPyC 2012 (abril) , 60 • DFyP 2012 (mayo) , 307. Cita Online: AR/DOC/1195/2012, apartado IV, 11.

²⁵² CSJN, F., A. L. Citado, Considerandos 21 y 27.

²⁵³ Kutnowsky, Mario y Ronconi, Liliana. “Aborto no punible...” ya citado; apartado VI, b)

- Hizo expresa mención a la objeción de conciencia como derecho del personal sanitario, siempre que no se traduzca en otra barrera, para lo cual exhortó a su reglamentación.
- Resaltó el deber de desmontar los obstáculos de acceso al aborto, que surgían tanto de la práctica de los sistemas de salud como de la intervención indebida de los tribunales. Por lo tanto, exhortó a las autoridades provinciales a implementar -con el más alto rango normativo- protocolos de acceso al aborto legal, y a los poderes judiciales a abstenerse a judicializar los casos de ILE.²⁵⁴

En relación a estos dos puntos, Soledad Deza tiene una postura crítica y de alarma, al entender que los protocolos y su regulación de la objeción de conciencia pueden convertirse en una nueva traba para el acceso.²⁵⁵

Sin embargo, la autora reconoce que “el fallo F.A.L sacó del closet de la ilegalidad a los abortos permitidos por la ley para llevarlos al campo de la salud y la asistencia sanitaria, poniéndolos además, en términos de relación médico-paciente. En esa línea la CSJN dejó de hablar del aborto como delito y habló del aborto como derecho de las mujeres. Y también habló del aborto como obligación a ser garantizada por el Estado y habló de aborto ligado a responsabilidad de profesionales de la salud”.²⁵⁶

Siguiendo con el análisis del fallo, se destaca que más allá de enmarcar el alcance de la indicación criminológica, como caso de aborto no castigado, la Corte dejó una serie de *obiter dicta* de los cuales se desprende la posibilidad constitucional de regular el aborto en Argentina con un sistema combinado de plazos e indicaciones.

²⁵⁴ CSJN, F., A. L. Citado, Considerandos 22 a 25.

²⁵⁵ Deza, Soledad, “Gobierno del cuerpo de las mujeres: protocolos de aborto y objeción de conciencia”. *Perspectivas Bioéticas de FLACSO*. Vol. 37–38, 2015, p.81: Detrás de esta postura liberal que ve a los dispositivos normativos como una verdadera “Meca” de la efectividad de los derechos y que ha vuelto los Protocolos un “Fetichismo Objeto”, está la pugna de dos fuerzas opuestas en el campo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: por una parte, los sectores conservadores que pretenden hegemonizar sus concepciones morales y confluyen –identificados principalmente con pertenencia a la religión católica- para obliterar cualquier avance en materia de sexualidad y diversidad; y por otra parte, los sectores políticos y sociales que pugnan por apuntalar la ampliación de derechos y el reconocimiento de identidades y demandas marginadas históricamente de las Agendas Políticas

²⁵⁶ Deza, Soledad, “Gobierno del cuerpo....” ya citado, p.91

En este sentido, al observar el análisis convencional realizado Andrés Gil Domínguez concluye que “la despenalización del aborto voluntario en general (y en particular en los casos de embarazo producto de una violación) es compatible con los mandatos emergentes de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y de la interpretación que de éstos han realizado sus órganos de aplicación. Lo expuesto se refuerza recordando que dichos organismos (a los cuales se suma el Comité para la Eliminación de Discriminación de la Mujer) han interpelado al Estado argentino por mantener dentro de su legislación interna la penalización del aborto.”²⁵⁷

Algunos de los argumentos desarrollados en FAL y la reseña de nuevos pronunciamientos será el contenido del siguiente título.

3. Argumentos constitucionales y convencionales que respaldan la adopción de un modelo mixto.

En este título se reseñarán sintéticamente las respuestas a los conocidos argumentos que suelen repetirse como cuestionamientos a la constitucionalidad de una nueva ley de aborto en Argentina.

Para ello es importante realizar el análisis de la normativa en juego, pero también valorar la interpretación que han hecho de esas normas los organismos creados para ello.

²⁵⁷ Gil Domínguez, Andrés. “La CSJN...” ya citado, apartado I, 6.

3.1. Artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional.

Uno de los argumentos utilizados para invocar la inconstitucionalidad de una ley de despenalización del aborto, es el contenido del Art. 75, inciso 23 de la Constitución Nacional que dispone que es atribución del Congreso “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

La CSJN, como último intérprete de la Constitución, dijo en el fallo “FAL” citado que esa norma refiere a la posibilidad del Congreso de dictar normas de seguridad social, pero de ningún modo condiciona ni ordena un marco punitivo. Se trata entonces del mandato de adoptar políticas públicas dirigidas a una mujer embarazada que decide continuar el embarazo, pero bajo ningún concepto impide modificar la legislación en materia de aborto.

Refiere Gil Domínguez que este razonamiento cobra fuerza “si se tiene en cuenta que en la Convención Constituyente de 1994, si bien se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, no quedó plasmada ninguna voluntad que pretendiera definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente”.²⁵⁸

En definitiva, sostuvo el Tribunal que no existe contradicción entre reconocer el derecho al aborto y establecer medidas para la protección de la mujer embarazada tal como se establece en el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional.²⁵⁹

²⁵⁸ Gil Domínguez, Andrés. “La CSJN...” ya citado, apartado I, 5.

²⁵⁹ CSJN, F., A. L. Citado, Considerando 9.

3.2. Artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

La CADH tiene jerarquía constitucional en virtud de las disposiciones del Art. 75.22 de la Constitución Nacional, que los incorpora en ese rango “en las condiciones de su vigencia”.

Esto, por aplicación del precedente “Gioldi”²⁶⁰ significa que los instrumentos internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos.

En esta inteligencia debe interpretarse el contenido del Art. 4.1 de la Convención cuando reconoce que “[t]oda 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... Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Como explicó la CSJN en “FAL”, cuando se celebró la Convención la mayoría de los países de la región permitía el aborto en distintos grados. Por ese motivo, se incluyó la expresión “en general”, para hacer compatible esa protección con los regímenes jurídicos vigentes de los países que permitían el aborto.²⁶¹

Por otro lado, para continuar la interpretación del artículo 4.1 recordó la CSJN que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Baby Boy vs. Estados Unidos”, sostuvo que la legislación estadounidense, que permite el aborto a demanda de la mujer en el primer trimestre, es compatible con la CADH y con la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Finalmente, completando el análisis interpretativo, hay que recordar que la Corte IDH, en “Artavia Murillo vs. Costa Rica” sostuvo que el derecho a la vida no es absoluto. Para ello

²⁶⁰ CSJN, Recurso De Hecho “Gioldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, causa N° 32/93. Fallos, 318:514, cons. 11

²⁶¹ CSJN, F., A. L. Citado, Considerando 10.

afirmó que "es posible concluir de las palabras 'en general' que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general".²⁶²

Por otro lado, interpretando el Art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte IDH, recurriendo a los trabajos preparatorios del Tratado, dijo que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas, en los términos del artículo 4 de la CADH²⁶³.

3.3. Convención de Derechos del Niño (CDN)

Otro argumento utilizado para acusar de inconstitucional una regulación de la interrupción del embarazo es que el Art.1 de la CDN dispone: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

El artículo 2 de ley 23.849 mediante la cual Argentina aprobó la Convención, establece que el artículo 1 de la Convención "debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad".

La CSJN en FAL delimitó su alcance al decir que el art. 2 de la ley 23.849, no constituye una reserva que, en los términos del art. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la norma internacional rige en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, pues, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva

²⁶² Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Serie C No. 257. Sentencia del 28/11/2012, párrafo 264.

²⁶³ Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros..." ya citado, párrafo 244.

con relación a la aplicación del art. 21 de la Convención, respecto del art. 1, se limitó a plasmar una declaración interpretativa.²⁶⁴

Por otro lado, como se dijo, las normas convencionales deben interpretarse en el sentido que fijan los órganos constituidos al efecto.

En ese sentido, el Comité de Derechos del Niño, además de las recomendaciones generales que se analizaron en la introducción del trabajo, recomendó al Estado Argentino que se adopten “medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando porque la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas.”²⁶⁵

Aún más, en el marco del debate por despenalización del aborto, el 6 de junio de 2018, el Comité llamó al Estado argentino a asegurar el acceso a servicios de aborto seguro y atención postaborto para niñas y adolescentes, garantizando que sus opiniones siempre se escuchen y se tengan debidamente en cuenta como parte del proceso de toma de decisiones.²⁶⁶

En síntesis, si el órgano de interpretación de la Convención de Derechos del Niño advirtiera una contradicción entre la regulación del aborto y la declaración interpretativa formulada por Ley 23849, nunca habría instado al Estado a garantizar el acceso a la práctica de niñas por cuyos derechos debe velar.

3.4.Otros pronunciamientos

De la interpretación sistemática de las normas constitucionales y convencionales y las pautas hermenéuticas descriptas, surge claro que hay espacio jurídico para la despenalización del

²⁶⁴ CSJN, F., A. L. Citado, Considerando 13.

²⁶⁵ Comité de Derechos del Niño. Observaciones finales sobre Argentina, 2010, punto 59, inciso “d”.

²⁶⁶ Comité de Derechos del Niño. Observaciones Finales sobre Argentina, 2018, punto b.

aborto en Argentina. En el mismo sentido deben leerse los pronunciamientos realizados por otros organismos.

Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en las Observaciones Finales realizadas al Estado Argentino, destacó su satisfacción por la decisión adoptada en FAL y expresó su inquietud por la falta de uniformidad en su aplicación. Manifestó también su preocupación por los altos índices de abortos clandestinos que han resultado en mortalidad materna, así como por los embarazos de adolescentes.²⁶⁷

Finalmente, recomendó al Estado “revisar su legislación sobre el aborto, incluyendo su legislación criminal, en particular mediante la introducción de excepciones adicionales a la prohibición del aborto, inclusive cuando el embarazo es producto de una violación sexual, sin importar la capacidad intelectual o psicosocial de la mujer.”²⁶⁸

También se pronunció en esa línea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) cuando recomendó al Estado argentino acelerar la aprobación del proyecto de ley relativo a la interrupción voluntaria del embarazo aumentando el acceso legal al aborto, no solo en los casos de violación y de riesgo para la vida o la salud de la mujer, sino también en otras circunstancias.²⁶⁹

Por último, en el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifestó su preocupación por los altos números de aborto peligrosos y lamentó, expresamente, que no se haya aprobado la despenalización del aborto.²⁷⁰

En esa línea recomendó: adoptar medidas efectivas para la implementación en todas las Provincias de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (2012) sobre aborto legal; garantizar el acceso a los medicamentos que permiten una interrupción del embarazo seguro, como el

²⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, 117º período de sesiones, 20 de junio a 15 de julio de 2016, párrafo 11.

²⁶⁸ Comité de Derechos Humanos. “Observaciones finales ...” ya citado, párrafo 12.

²⁶⁹ Comité CEDAW. Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/7, 18 de noviembre de 2016. Párrafo 33.d.

²⁷⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12 de octubre de 2018 Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina, párrafo 55.

misoprostol y la mifepristona; establecer el marco legal y servicios necesarios para garantizar el acceso al aborto en los casos previstos en la ley vigente y tomar todas las medidas necesarias para liberalizar las condiciones para el aborto legal y en todo caso nunca criminalizar a las mujeres que recurren al aborto.²⁷¹

4. Regulación Nacional: despenalización y legalización

De esta manera, saldada la discusión respecto de la constitucionalidad y convencionalidad de una ley de interrupción voluntaria del embarazo, queda la reflexión final.

Como se ha visto a lo largo del recorrido y sucede también en nuestro país, la existencia del marco legal y jurisprudencial no va de la mano de su cumplimiento uniforme. Mucho menos en un país federal, con la extensión y pluriculturalidad del nuestro.

Es que se trata de un nuevo argumento por el que no es suficiente la mera despenalización del aborto, lo cual es de competencia nacional indiscutida (Arts. 75, inc.12 y 126, CN).

Se requieren entonces herramientas legalizadoras que garanticen el acceso a la práctica, pero sin que eso pueda quedar en manos de la voluntad de cada provincia.

Para ello, entiendo que es esencial comprender y regular que, encontrándose en juego el efectivo ejercicio de derechos fundamentales, la potestad de legislar no queda reservada a las provincias como facultad no delegada, sino que concurre con el interés del Estado Nacional de lograr la vigencia general de la norma.

En efecto, conforme el art. 1 de la Constitución Argentina, nuestro país adopta la forma federal de gobierno. Pero cuando vamos a sus fuentes, así como si analizamos su dinámica

²⁷¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observaciones finales ...” ya citado, párrafo 56, apartados a, b, c y f.

histórica, bien podemos afirmar que se trata de un sistema semi federal o mixto, en el que se combinan niveles de centralización y descentralización del poder.

En este sentido sostiene Sagües que Alberdi buscaba en su proyecto de Constitución alcanzar un modelo que “abrace y concilie las libertades de las Provincias y las prerrogativas de toda la Nación.”²⁷²

Para entender el sistema de reparto de nuestra Constitución, debemos determinar qué tipo de competencias prevé y qué principios de distribución establece.

En nuestro sistema constitucional el principio de distribución de competencias es que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal...” (art. 121 C.N.).

Las competencias, en un análisis simple, se clasifican en exclusivas (de Nación o Provincias), prohibidas, compartidas y concurrentes.

Las exclusivas resultan de ejercicio privativo de cada uno de los niveles de gobierno. Como complemento, las prohibidas son aquellas expresamente vedadas a uno de los niveles. En lo que hace al tema en estudio es necesario precisar que el dictado de los códigos de fondo (Civil y Penal) son atribución exclusiva del orden Nacional (art. 75 inc. 12 C.N.) y vedada a las Provincias (art. 126).

Las facultades concurrentes son aquellas que ambos niveles de Gobierno pueden ejercer indistintamente, debiendo entonces establecerse diversas formas de coordinación entre ellos.

En tanto las compartidas son aquellas que requieren el ejercicio conjunto de ambos niveles gubernamentales, no pudiendo ninguno de ellos ejercerlas por sí solo.

²⁷² Sagües, Nestor; Manual de Derecho Constitucional; Ed. Astrea; 2012, pág. 189.

En lo que hace a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, resulta necesario precisar cuáles son los derechos individuales y competencias estatales involucradas para determinar a qué nivel de gobierno ha atribuido el régimen constitucional la capacidad decisoria sobre la materia.

La regulación referida al comienzo de la vida, a la esfera de la autonomía personal, así como a la adquisición de derechos, son materia que regula el Código Civil y Comercial; al igual que la regulación criminal del aborto es propia del Código Penal. Ambas, como dije, son decisiones atribuidas en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la Nación y expresamente vedadas a las Provincias, que se encuentran por tanto subordinadas a la decisión federal (art. 126 C.N.).

En cambio, la regulación y resguardo del derecho a la salud, como lo ha sostenido la C.S.J.N, resulta materia concurrente a Provincias y Nación.²⁷³

Por último, debemos decir que el ejercicio de todas las anteriores competencias se encuentra subordinada al acatamiento de la Constitución Nacional, siendo su último y final intérprete la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ello adquiere especial relevancia si consideramos que los derechos individuales en juego se encuentran consagrados en la Carta Magna y -con su mismo status- en los Tratados de Derechos Humanos incorporados en el art. 75 inc. 22. Así resultan parte del “bloque de constitucionalidad” y, por tanto, invocables por cualquier habitante de la Nación frente a todos los niveles de gobierno.

Aplicando las pautas anteriores a la regulación del aborto, encontramos que resulta privativo al Gobierno Federal, y específicamente al Congreso, establecer el momento de inicio de

²⁷³ C.S.J.N. en “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c. Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 27/10/2015. “En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos: 331:2135). 14) Que como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que la materia sobre la que versa el caso es una de aquellas que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial puedan ejercerse conjunta y simultáneamente, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno, siempre que ambas actúen respetando las limitaciones que la Ley Fundamental les impone (Fallos: 307:360; y el dictamen del señor Procurador General, en el acápite X).”

la vida, la adquisición incremental de derechos por el embrión, el reconocimiento del derecho a elegir la realización de una IVE en cuanto emana del principio de autonomía de la mujer o persona gestante, así como el alcance positivo de ese derecho en tanto existencia o no de los deberes de prestación, por parte todos los niveles de gobierno, para su efectivo ejercicio.

En igual sentido es atribución exclusiva nacional decidir la política criminal respecto la IVE, a través del Código Penal.

Ahora, en cuanto la política sanitaria, resulta una atribución concurrente entre Nación y Provincias, especialmente en cuanto estas últimas regulan y resultan prestatarias del servicio de salud en cada localidad. Es aquí donde pueden surgir conflictos respecto a la operatividad para el ejercicio de los derechos.

Estos conflictos suelen manifestarse fundamentalmente mediante dos situaciones: la omisión del dictado de las normas locales complementarias para garantizar la operatividad de los derechos reconocidos por el nivel federal; o el dictado de normas que establecen obstáculos sustanciales que dificultan indebidamente el ejercicio de tales derechos.²⁷⁴

Es precisamente a este tipo de prácticas por parte de las Provincias, a las que hizo referencia la CSJN en “FAL”, especialmente en la exhortación contenida a los gobiernos locales en sus considerandos 29 a 31.²⁷⁵

²⁷⁴ Precisamente en base a este concepto de “obstáculos sustanciales” o “cargas indebidas”, es que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en fallo reciente al que hice referencia en el capítulo correspondiente, resolvió la inconstitucionalidad de una Ley local en el caso “June Medical Services LLC et al. v. Stephen Russo, Secretario Interino, Departamento de Salud y Hospitales de Louisiana” (SCOTUS No. 18-1323 / No. 18-1460).

²⁷⁵ CSJN en “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva...” ya citado. “29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con

En esta inteligencia podemos concluir que el Congreso de la Nación tiene atribuciones suficientes no sólo para despenalizar el aborto, sino también para establecer estándares mínimos que garanticen su efectividad y operatividad en forma igualitaria en todo el territorio de la Nación, evitando así que del dictado de normas locales puedan resultar exigencias que dificulten u obstaculicen indebidamente el acceso a la interrupción del embarazo.

recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.

9) Conclusiones finales

Del recorrido realizado se advierte que el modo en el que se regula el aborto en un Estado está ligado a su estructura organizacional, a sus matrices socioculturales y también a las diversas coyunturas políticas por las que atraviesa.

Precisamente por estas razones, no puede trazarse una línea unidireccional seguida por todas las legislaciones estudiadas. Estarán en definitiva condicionadas por esos y otros factores.

Sin embargo, puede afirmarse que, en la última década, en esos países no hubo retrocesos en materia de la regulación del aborto e incluso, en algunos, hubo grandes avances.

En Estados Unidos, el sistema que permite la interrupción voluntaria del embarazo presenta cierta fragilidad, que está asociada a diversos motivos. Su estructura confederativa lleva a que la forma de reglamentación sea a través de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, de cuya conformación dependerá que se aseguren o se pongan en riesgo los estándares alcanzados. Además, el propio paradigma impuesto desde 1973 con *Roe vs. Wade* es el que contiene parte del problema. Allí quedó plasmado un abordaje liberal en el cual el aborto se delimita como un tema a resolver entre la mujer y su médico, en el que el Estado no debe intervenir.

Sin perjuicio de ello, los diversos Estados locales interceden, muchas veces, fijando restricciones para el acceso a la práctica. La licitud o no de esas barreras quedará otra vez en el terreno judicial hasta llegar finalmente al tratamiento por parte del Máximo Tribunal, quien decidirá si se consideran o no cláusulas que obstruyan el derecho a acceder a la práctica.

En el último tiempo, aún integrada por dos jueces conservadores designados por el presidente Donald Trump, la Corte no ha regresado del estándar fijado en *Casey*. Sin embargo, la falta de una política sanitaria federal, impide mantener estabilidad a los criterios alcanzados.

En relación a los países europeos elegidos, Francia aparece con un escenario bien afianzado.

Al asumir el aborto como un tema de salud pública, el Estado tiene un protagonismo constante en la consolidación de la legislación vigente y aún en el ensanchamiento del margen de acceso al aborto legal.

Frente a amenazas tanto locales como regionales, la respuesta estatal ha sido el blindaje de la normativa conseguida y su avance en la eliminación de barreras como, por ejemplo, la ampliación de la gratuidad de la práctica o la supresión de la exigencia del estado de angustia de la mujer que requiere la intervención.

Desde la sanción de la Ley Veil se ha producido un fortalecimiento del abordaje sanitario y un desplazamiento del Derecho Penal, no sólo al ampliar los períodos de despenalización de la práctica sino también al dirigir la criminalización hacia quienes obstruyan tanto el acceso al aborto en sí, como a la obtención de información previa.

En España, se advierte que las coyunturas políticas han impactado en la legislación del aborto. La ampliación de los permisos se ha producido durante gobiernos más progresistas, mientras que los retrocesos han llegado o, al menos, se han intentado, durante las gestiones más conservadoras del Partido Popular.

En la última década, se dio un enorme salto pasando de un sistema de indicaciones a un modelo combinado. Ese desarrollo ha ido de la mano de una importante presencia estatal, interviniendo a través de políticas sanitarias y restando terreno al abordaje penal.

Los intentos por revertir esa dirección no han podido plasmarse. Si bien se restringió el acceso de adolescentes a la práctica en los casos legales, el objetivo mayor no ha sido cumplido. Sigue pendiente, sin embargo, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que lleva diez años de retraso y podría ser sumamente nocivo si cuestionara la constitucionalidad de la LO 2/2010.

En Uruguay, en el tramo estudiado, se logró también la instauración de una legislación mixta que permite el aborto en las primeras doce semanas de gestación y extiende ese plazo en ciertas causales.

Si bien con exigencias que pueden ser dilatorias -período de reflexión obligatorio, intervención de un equipo interdisciplinario- u obstructivas -plazo de 14 semanas en la causal violación- se trata de una normativa de vanguardia para la región.

La tradición política laica y liberal de Uruguay, ligada a un compromiso con la adopción de políticas de salud pública explican que se haya logrado. También aquí colaboró la coyuntura política, ya que por más de quince años la conducción nacional estuvo a cargo de una coalición de centro izquierda como el Frente Amplio. Sus miembros, mayoritariamente, comparten políticas progresistas en derechos sexuales y reproductivos en general y en aborto en particular.

Aunque algunas condiciones de acceso hayan sido recortadas por la intervención del Poder Judicial y a pesar del fuerte giro a la derecha de la actual gestión presidencial, la ley mantiene su vigencia.

Chile ha pasado recientemente de ser uno de los sistemas más restrictivos del mundo a tener un régimen de tres causales por el que luchó décadas, especialmente desde la vuelta de la democracia.

La salida de la prohibición absoluta del aborto y de su silenciamiento, ha ido también de la mano de situaciones coyunturales del país. Sin embargo, han influido también tanto factores externos -como la presión de organismos internacionales- como internos, encarnados en el despertar de un feminismo que adoptó, al menos por ahora, la reivindicación inicial de un sistema de indicaciones.

Hace sólo tres años el Tribunal Constitucional aceptó algunas de las limitaciones relacionadas con la Objeción de Conciencia, pero se convalidó la constitucionalidad de la normativa conseguida, lo que se traduce en un fuerte respaldo al modelo adoptado.

Sin embargo, como en Uruguay, el hecho de que la conducción política actual se encuentre en manos de sectores conservadores y declaradamente “pro vida”, no deja de prender luces de alerta sobre la posibilidad de que el sistema de despenalización parcial sufra algún tipo de retroceso.

Por otro lado, y más allá de estas coyunturas estatales y regionales, en todos los casos hay una amenaza organizada, sistemática y solvente -política y financieramente- representada por sectores religiosos que estructuran una fuerte resistencia contra la legalización del aborto e, incluso, contra la posibilidad de acceder a él en los casos que ya son legales.

Se trata de actores que articulan discursos similares a nivel mundial y que, en el último tiempo, han secularizado sus argumentos para lograr un apoyo social que se traduzca en la modificación de las normativas despenalizadoras. Son los mismos sectores que impidieron el avance normativo en Argentina en 2018.

Surge del panorama analizado en los Estados estudiados, que Argentina ha quedado a contramano de los progresos logrados en el terreno legislativo. Así, hasta tanto pueda darse nuevamente la discusión de un proyecto de ley en el Congreso, la agenda del tema pasará por hacer efectivas las causales vigentes en toda su amplitud y en todo el país.

No es menor en este punto la adopción con carácter de resolución ministerial del Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo.²⁷⁶ Sin embargo, no es suficiente.

Mientras las mujeres y personas con capacidad de gestar deban seguir invocando y acreditando buenas razones que serán valoradas por terceros, seguirán minorizadas en esta relación desigual de poder que se disputa en sus cuerpos.

El objetivo no se cumple con sólo desincriminar el aborto. Ese corrimiento estatal de la punición es un paso que, si no se complementa con políticas públicas de acceso, lleva indefectiblemente a la privatización del problema, dejándolo en manos de quien busca abortar, esto es, la parte más débil de la relación.

Así y todo, aún conseguida la legalización de la práctica, su vigencia formal no implica su cumplimiento material.

Para ello, será esencial comprender que, encontrándose en juego el efectivo ejercicio de derechos fundamentales, la potestad de legislar no queda reservada a las provincias como facultad no delegada, sino que concurre con el interés del Estado Nacional de lograr la vigencia general de la norma.

²⁷⁶ Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo. Disponible en <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001792cnt-protocolo-ILE-2019-2edicion.pdf>

Los desafíos en materia de aborto siguen. En Argentina, desde el mismo casillero normativo de hace un siglo atrás.

10) Bibliografía

- **ABRACINSKAS, Lilian y LÓPEZ GÓMEZ, Alejandra.** Coord. Aborto en debate. Dilemas y desafíos del Uruguay democrático. Proceso político y social 2001-2004. MYSU, Montevideo, 2007.
- **ABRACINSKAS, Lilian.** Uruguay y el proceso por la legalización del aborto. Disponible en <https://sxpolitics.org/es/recomendamos-11/1908>
- **ALTERIO, Ana Micaela y VERÁSTEGUI, Alejandra Martínez.** Coordinadoras. Feminismos y derecho: un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos. 1ª Ed.digital, enero de 2020. Disponible en https://diariofemenino.com.ar/df/wp-content/uploads/2020/03/Libro-FEMINISMOS_DIGITAL_0-1.pdf
- **AMNISTÍA INTERNACIONAL.** Aportes de Amnistía Internacional al Debate sobre la despenalización del Aborto. Disponible en <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2018/05/Aportes-de-Amnist%C3%ADa-Internacional-al-debate-sobre-la-despenalizaci%C3%B3n-del-aborto-ONLINE.pdf>
- **AMNISTÍA INTERNACIONAL.** “Chile no protege a las mujeres. La criminalización del aborto viola los DDHH”. Disponible en https://amnistia.cl/wp-content/uploads/2015/08/informe_chile-no-protege-a-las-mujeres.pdf
- **AMNISTÍA INTERNACIONAL.** Políticas del Cuerpo. Manual General sobre la Criminalización de la Sexualidad y la Reproducción. Disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/POL4077632018SPANISH.PDF>
- **BADENI, Gregorio.** Tratado de Derecho Constitucional. Ed. La Ley, 2004
- **BALTAR DA ROCHA, María Isabel; ROSTAGNOL Susana; GUTIÉRREZ, María Alicia.** Aborto y Parlamento: un estudio sobre Brasil, Uruguay y Argentina. Rev. bras. estud. popul. vol.26 no.2 San Paulo Julio/Dic. 2009, p. 224/225. Disponible en https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982009000200005
- **BERGALLO, Paola (compiladora).** Aborto y Justicia Reproductiva. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- **BIRGIN, Haydée (Compiladora).** Las trampas del poder punitivo. El género en el derecho penal. vBuenos Aires, Biblos, 2000.

- **BODELON, Encarna.** El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres. Dossier Feminismo. Dpto. Filosofía del Derecho Universidad Autónoma de Barcelona, p.25.

- **BUSDYGAN, Daniel,** Coordinador. Aborto, aspectos normativos, jurídicos y discursivos. 1ª Ed. CABA, Biblos, 2018.

- **BUSDYGAN, Daniel.** Sobre la despenalización del aborto. 1ª Ed. La Plata, EDULP, 2013.

- **BUTLER, Judith.** Cuerpos aliados y lucha política. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Paidós, 2019.

- **CARMONA MARTÍNEZ, Virginia.** Estudio Legal y Jurisprudencial sobre la Evolución de la Regulación del Aborto en España. Universidad de Almería. Disponible en http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3528/2551_TFG%20%20COMPLETO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- **CEPAL (2018):** Observatorio de igualdad de género para América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/mortalidad-materna>

- **COMITÉ DE PERSONAS EXPERTAS.** Informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación. España, marzo de 2009, disponible en <http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/INFORMECOMITE050309.pdf>

- **CORREA, Sonia y PECHENY Mario.** Abortus Interruptus. Política y reforma legal del aborto en Uruguay. MYSU, Montevideo, 2016.

- **DEZA, Soledad:** Gobierno del cuerpo de las mujeres: protocolos de aborto y objeción de conciencia. Perspectivas Bioéticas de FLACSO. Vol. 37–38, 2015

- **DEZA, Soledad:** Violación de secreto médico y denuncia de aborto". FLACSO. Perspectivas Bioéticas, Programa de Bioética, no. 34.

- **DEZA, Soledad:** “Trama y drama del derecho a abortar de niñas en Argentina. A 30 años de la CDN”. Herrera Marisa et al Dir. Ed. Ediar. Bs As., 2019

- **DEZA, Soledad:** El feto y el activismo judicial conservador: la muerte del mortinato. En prensa para RDF diciembre 2019.

- **DEZA, Soledad:** Aborto legal: derecho, deberes y delito. La Ley. Tomo 2020-A- AÑO LXXXIV No 36. 2019.

- **ETCHEBERRY ROJAS, Lorena Denisse.** Los discursos de saber/poder en torno al aborto y el proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en Chile. Revista Punto Género N.º 10. Diciembre de 2018 ISSN 0719-0417

- **EKMEKDJIAN, Miguel Ángel.** Tratado de Derecho Constitucional; Ed. Abeledo Perrot, 2016.

- **FARINACCI FERNÓS, Jorge.** Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Disponible en http://revistajuridica.uprrp.edu/wp-content/uploads/2017/07/15.-Jurisprudencia-del-Tribunal-Supremo-de-los-Estados-Unidos_86-REV-JUR-UPR-754FINAL.pdf

- **FORSTENZER, Nicole.** Feminismos en el Chile Post- Dictadura: Hegemonías y marginalidades. Revista Punto Género N° 11. Junio de 2019 ISSN 0719-0417

- **GERBER FRIED, Marlene.** From Abortion to reproductive Reproductive Freedom. Boston, South End Press, 1990.

- **GIL DOMÍNGUEZ, Andrés.** La CSJN establece que el aborto voluntario no punible es constitucional y convencional. LA LEY 21/03/2012, 1 • LA LEY 2012-B , 259 • DPyC 2012 (abril), 60 • DFyP 2012 (mayo).

- **GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria.** Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016.

- **GONZÁLEZ PRADO, Patricia.** Jurisprudencia comparada sobre aborto. Cuando los feminismos impregnan el derecho. CEFD Número 42 (2020) | ISSN: 1138-9877 | DOI: 10.7203/CEFD.42.16026

- **GUTTMACHER INSTITUTE.** Aborto a nivel mundial. Una década de progreso desigual. Singh S et al., Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress, New York: Guttmacher Institute, 2009. Disponible en <https://www.guttmacher.org/es/report/aborto-nivel-mundial-una-decada-de-progreso-desigual>

- **HEIM, Daniela,** Mujeres y acceso a la justicia. Ed. Didot.

- **JOHNSON Niki; LÓPEZ GÓMEZ, Alejandra; SAPRIZA, Graciela; CASTRO, Alicia y ARRIBELTZ Gualberto.** (Des)Penalización del Aborto en Uruguay. Prácticas, Actores y Discursos. Abordaje Interdisciplinario sobre una realidad compleja. Universidad de la República, 2010

- **KUTNOWSKY, Mario y RONCONI, Liliana.** Aborto no punible en caso de violación: una aclaración esperada. La tesis de la interpretación amplia a partir del fallo "F. A. L." SJA 23/05/2012, 43 • JA 2012-II , 318.
- **LAMM, Eleonora:** “Aborto: ¿Cuánta más evidencia se necesita para definitivamente abordarlo como una problemática de salud pública y derechos humanos?”. En "Bioética y Género". España. Civitas Aranzadi Thomson Reuters. 2012.
- **LAMM, Eleonora.** La imposición legal de una ecografía como requisito del consentimiento informado de la mujer en materia de aborto. Otra restricción al aborto; otra violación a los derechos de las mujeres. Derecho de Familia / Número: 2007-2016. (Revista (serie)), julio 2012.
- **LARRAURI, Elena.** Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, B de F, 2008.
- **LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana (Coordinadoras).** Género, violencia y derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto, 2008.
- **LAURENZO, Patricia.** Dogmática y Política Criminal del Aborto. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- **LAURENZO, Patricia.** Desandando el camino. La contrarreforma del aborto. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-09, 2014,
- **LIONS, Monique,** La evolución de la legislación francesa sobre el aborto y la ley de 17 de enero de 1975 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3497/19.pdf>
- **MACKINNON, Catharine.** Hacia una teoría feminista del Estado. 1989
- **MARÍN REY Fernanda.** Aborto en Chile: La (No) Discusión De Derechos. Tesis para optar al grado de Magíster en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización. Universidad De Chile. Facultad De Ciencias Sociales Escuela De Postgrado. Programa De Magíster en Cs. Sociales con mención en Sociología de la Modernización.
- **MONTOYA Angeline,** Francia conmemora los 40 años de la despenalización del aborto. Nota del 27 de noviembre de 2014, disponible en <http://comunicarigualdad.com.ar/francia-conmemora-los-40-anos-de-la-despenalizacion-del-aborto/?fbclid=IwAR3LNDthztNBZUXPJpXuvYGk204W7MhzF8UcsTMN0lIC2JKXFKF5bhutGho>

- **OSIO, Alejandro.** Atipicidad del aborto en los casos del art. 86 inc. 2º del código penal. Como conclusión necesaria desde una dogmática acotante del poder punitivo. Tesis presentada para obtener el título de Magíster en Ciencias Penales, Maestría en Ciencias Penales, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa.
- **PAREDES, Felipe.** Aborto, deferencia y activismo judicial: Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3729-2007, de 28 de agosto de 2017
- **PINTO, Mónica,** El fallo de la Corte Suprema Argentina sobre el aborto, en DPyC 2012 (mayo), La Ley, p. 3.
- **PRADA, Elena.** Aborto inducido en Chile, enero de 2016, disponible en <https://www.guttmacher.org/es/report/aborto-inducido-en-chile>
- **RAMÓN Michel, Agustina y BERGALLO, Paola (compiladoras),** La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, EUDEBA, 2018.
- **Red de Profesoras. Facultad de Derecho UBA.** Aborto: la marea verde desde el derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Sur, 2019.
- **ROSATTI, Horacio.** Tratado De Derecho Constitucional. Ed Rubinzal- Culzoni, 2011
- **SAGÜES, Nestor.** Manual de Derecho Constitucional; Ed. Astrea; 2012
- **SALINERO ALONSO, Carmen.** El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna- respuesta a una incertidumbre. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-31.pdf>.
- **SAPRIZA, Graciela.** La Decisión Política. Disponible en http://www.chasque.net/frontpage/comision/dossieraborto/cap6_9a.htm
- **SAURA ESTAPÀ, Jaume.** El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de derechos humanos. Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num29/articulos/estandar-juridico-internacional-sobre-interrupcion-voluntaria-embarazo-reflexiones-perspectiva-derechos-humanos>.
- **SHAPIRO, Ian.** El Derecho Constitucional del Aborto en los Estados Unidos: Una Introducción. Disponible en <file:///C:/Users/helli/Downloads/el-derecho-constitucional-del-aborto-en-los-estados-unidos-una-introduccion.pdf>
- **SINGER, Peter.** Ética práctica. Akal, Madrid, 2009

- **TRIBE, Laurence.** El Aborto: guerra de absolutos. México DF, INACIPE, 2012.

- **VAGGIONE, Juan Marco,** Comp. El activismo religioso conservador en América Latina. Disponible en https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/1837/V3_Activismo_Religioso_Vaggione_2010.pdf?sequence=2

- **VAGGIONE, Juan Marco.** Sexualidad, Religión y Política en América Latina. Trabajo preparado para los Diálogos Regionales Río de Janeiro, Agosto 2009. Disponible en https://laicismo.org/data/docs/archivo_923.pdf

- **WHO (OMS).** Safe abortion. Technical & Policy Guidance for health systems. Disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/173586/WHO_RHR_15.04_eng.pdf;jsessionid=29C1CFD0AB9731960132761646E95991?sequence=1