

El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo según el bloque de constitucionalidad en la Argentina¹

por Maria Jose Lubertino²

I. INTRODUCCION

Hace más de dos décadas que se reformó la Constitución Nacional en la Argentina. Resulta llamativo que muchos de los argumentos perdidosos de aquel entonces, que algunos de los constituyentes fundamentalistas antiderechos esgrimieron otrora para tratar de poner una cláusula de protección de la vida desde la concepción con la pretensión de bloquear cualquier forma de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo y para prohibir los abortos legales previstos en el Código Penal desde 1921 fueran desempolvados para fundar una pretendida inconstitucionalidad del proyecto de ley de la Campaña por el derecho al aborto seguro, legal y gratuito en el 2018.

No sólo no existe ningún impedimento constitucional para que el Congreso despenalice y legalice el aborto, como lo reconoce la propia Corte de Suprema de Justicia en el caso “F.A.L” sino que la interpretación armónica y dinámica de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y especialmente la de los tratados de derechos humanos con esa jerarquía (el derecho a la autonomía, a la dignidad, a la igualdad, a la salud integral, a la integridad física y el derecho a no sufrir torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) en base a las decisiones de los órganos encargados de su protección recomiendan que debe hacerse.

En este artículo analizamos el debate del tema en la Constituyente Nacional y especialmente el resultado de la incorporación de los tratados con rango constitucional

¹ Publicado como: “El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo según el bloque de constitucionalidad en la Argentina”, en Aborto: La Marea Verde desde el Derecho. Artículo en obra colectiva de la Red de profesoras de la Facultad de Derecho de la UBA sobre derecho al aborto. Buenos Aires, Ediciones del Sur, 2019. Págs. 53 a 102.

² Abogada Feminista. Profesora Titular regular de Principios de Derecho Latinoamericano y Profesora Titular de Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional CBC UBA, Profesora regular adjunta de Derechos Humanos y Profesora regular adjunta de Derecho Civil, Facultad de de Derecho, UBA. Diputada Nacional mc, Legisladora mc, ex Presidenta del Instituto Nacional contra la Discriminación, la xenofobia y el racismo, ex Directora del Observatorio de la Discapacidad. Integrante de la Campaña Nacional por el derecho al aborto libre, seguro y gratuito desde su fundación y de la Red de Defensoras del Ambiente y el Buen Vivir.

y/o suprallegal, los criterios interpretativos y estándares de los organismos internacionales encargados de su aplicación y a la luz de otros diferentes documentos suscritos lo largo de estos años por los Estados del mundo y de nuestra región.

II. EL DEBATE CONSTITUYENTE EN 1994

Frecuentemente los grupos fundamentalistas arguyen que los tratados de derechos humanos suscritos por Argentina y elevados con rango constitucional en el artículo 75, inciso 22 son un obstáculo constitucional a la legalización del aborto. Especialmente se refieren a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y a la Convención de los Derechos del Niño. Esto es falso y muy por el contrario los comités de seguimiento de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención contra la Tortura, entre otros, vienen recomendando expresamente a nuestro país desde hace más de dos décadas que modifique su legislación penal contra el aborto.

El Pacto de San José de Costa Rica (CADH), en el artículo 3º inciso 1º, dice textualmente: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción”. Bidart Campos decía que este “en general” implica no siempre; no siempre estamos hablando desde el momento de la concepción. Esta redacción, que no es absoluta, tuvo en cuenta situaciones como la de la ley penal argentina, que desde 1921 contempla supuestos

de aborto no punibles, en caso de violación o cuando haya peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada³.

Así lo señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1981 en el caso "Baby Boy" que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país invocó al decidir en el caso "F.A.L.", en 2012, eliminando requisitos que la práctica había ido adicionando al supuesto de aborto legal en caso de violación y que no apuntaban a la seguridad de la mujer embarazada sino que sólo vulneraban sus derechos.

Cuando la Argentina aprueba la Convención de los Derechos del Niño, sancionando la ley 23.849, hace una "declaración interpretativa" y expresa que cuando en el artículo 1º, la Convención habla de los derechos de los/as niños/as desde el nacimiento hasta los 18 años, para el país el comienzo de la vida es desde la concepción. Los antiderechos pretenden decir que eso es una "reserva" al tratado en los términos del Derechos Internacional Público. Esto no solo no fue formulado así al ratificarse el tratado, sino que además cuando Argentina lo ratifica ya estaban vigentes las causales de aborto legal del Código Penal. Bidart Campos explicó extensamente la diferencia técnica entre ambas en sus obras jurídicas y en notas periodísticas reiteradas de esa época.

También el artículo 75 inciso 23 ("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 dentro de la lactancia") ha sido interpretado por los antiderechos como un obstáculo constitucional, al entender que consagra la protección del niño/a "desde el embarazo" y

³ En 1886 con la sanción del primer Código Penal se penalizan todos los casos de aborto sin excepción. Ya con la primera reforma del Código en 1903, se establece la primera salvedad: los casos de tentativa de interrupción del embarazo no son punibles.

Con la segunda reforma del Código en 1921 se establecen los casos en los que no se debe penar la interrupción del embarazo: cuando se practica con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer, cuando se interrumpe un embarazo fruto de una violación o de un atentado contra el pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

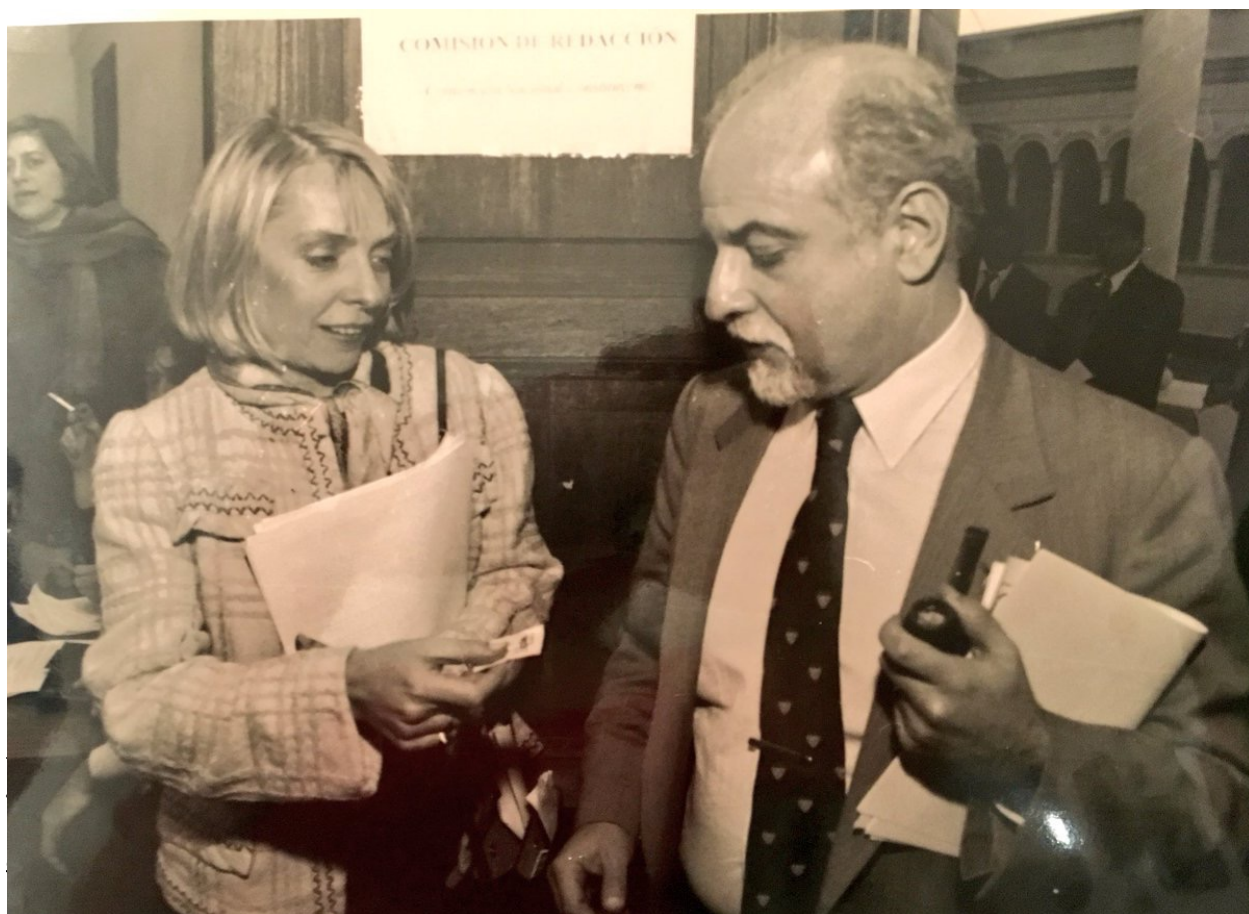
En 1968 entra en vigencia el Decreto Ley N° 17.567 del gobierno militar, el cual establece la no penalización si el peligro para la vida o la salud de la mujer es grave; o en cualquier caso de violación, siempre que éste estuviera judicializado, y con el consentimiento de un representante legal si la mujer fuera menor, idiota o demente. En 1973, en democracia, estas modificaciones fueron dejadas sin efecto a través de la sanción de la Ley N° 20.509.

En 1976 nuevamente en dictadura se aprueba el Decreto Ley N° 21.338 que vuelve a incorporar las modificaciones realizadas en el Decreto Ley N° 17.567 de 1968.

Recién en 1984, el gobierno democrático sanciona la Ley N° 23.077, que retrotrae el marco legal al Código Penal de 1921 donde se restablecen los casos de no punibilidad vigentes actualmente (interrupción legal del embarazo -ILE).

por lo tanto “la vida desde la concepción”. Esta interpretación sólo puede sostenerse si se hace una lectura de ese artículo completamente tergiversada y desconectada de los objetivos por los que la reforma del año 1994 incorporó dicho artículo. Aquella norma no tuvo por fin establecer el derecho a la vida desde la concepción. De hecho, la Convención Constituyente del año 1994 rechazó la inclusión de una norma semejante. El fin de este artículo es crear facultades constitucionales para fomentar la igualdad real de oportunidades y trato, yendo más allá del principio de igualdad formal reconocido desde 1853.

Recordamos la frase de Alfonsín a la comitiva del PJ que fue a anunciarlo de los agregados de último momento que ese bloque -mayoritario- tenía decidido imponer en la reforma constitucional, en 1994 : “Si insisten con esos artículos, nos retiramos de la Convención”. Uno era el de la incorporación explícita de una supuesta cláusula anti-aborto (“protección de la vida desde la concepción”), fogueada por el Convencional Constituyente Rodolfo Barra⁴.



María José Lubertino entrega preservativo al Convencional Rodolfo Barra en la puerta de la Constituyente Nacional como parte de la estrategia de las feministas de ir todos los miércoles a Santa Fe para evitar una cláusula antiderechos.

Al analizar las discusiones en la Convención Constituyente⁵ se observa que algunos de sus participantes intentaron incorporar una cláusula “antiaborto”, especialmente entendiendo que consagrar el derecho a la vida desde la concepción cumpliría este objetivo⁶, pero ello no prosperó. Muchos/as de las/os diputados/as constituyentes plantearon que el tema “aborto si o no” no estaba habilitado y no era tema de debate en

⁵ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1994. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Debate sobre el Art. 75, incisos 22, 23, primer párrafo*, y 24 de la Constitución Nacional. Atribuciones del Congreso. Tratados internacionales, con jerarquía constitucional y de integración. Promoción humana. Debate del dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos originados en la Comisión de Integración y Tratados Internacionales (Orden del Día n° 7). Sesión 3ª, Reunión 22ª, del 2/8/1994, paginas 2825/2926 y 2927/2944 y Sesión 3ª, Reunión 23ª del 3/8/1994, págs. 2947/3090. * El art. 75, inciso 23, primer párrafo, si bien fue debatido y sancionado en las reuniones precedentemente señaladas, corresponde en su redacción definitiva a lo aprobado en el debate sobre actualización y armonización de los actuales artículos 75 y 99 de la Constitución Nacional. Al respecto, véase: Sesión 3ª, Reunión 34ª, del 19/8/1994, págs. 4588/4632 y 4635/4669. Disponibles en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm> (consultados el 21 de agosto de 2018). Dice el **Convencional Peltier** del Partido Demócrata Cristiano de Mendoza: “Personalmente considero que el otorgamiento de jerarquía constitucional a los derechos humanos no consagra expresamente el derecho a la vida a partir de la concepción... Porque únicamente se lo menciona en el Pacto de San José de Costa Rica cuando en el artículo 4º, en lo que se refiere al derecho a la vida, expresa casi textualmente que “todas las personas tienen derecho a la vida y, en general, a partir de la concepción”. Según la interpretación de Bidart Campos y de otros constitucionalistas, la frase “y, en general”, significa que puede aceptarse otro criterio distinto. Quiere decir que en aquellos países donde exista legislación interna que hable del derecho a la vida a partir de la concepción, como en el caso de la Argentina, donde está establecido en el artículo 70 del Código Civil, se estaría defendiendo esa postura. En cambio, en los países donde no exista esa norma ni legal ni constitucionalmente, se estaría aceptando un postulado diferente. Con respecto a la reserva que ha efectuado la República Argentina en oportunidad de firmar la Convención de los Derechos del Niño, quiero señalar que la gran discusión que se plantea es si forma parte del tratado o no. (...) de la lectura y el análisis profundo de la Convención de Viena, en cuanto al derecho de los tratados, cuando habla de las reservas dice en el artículo 22 que todo Estado-parte puede retirar la reserva en el momento que crea conveniente, y este retiro no significará que los demás Estados signatarios tengan que aceptarlo o no. ¿Esto qué significa? Significa que es indudable que esta reserva materialmente no forma parte del tratado y, por lo tanto, aunque eleváramos a rango constitucional la Convención de los Derechos del Niño no estaríamos dándole esa jerarquía al principio de que el derecho a la vida es a partir de la concepción...”. Dice el **Convencional De Vedia**: “Se ha hecho mención al tema de las reservas y declaraciones en estos tratados. En el *Derecho de los Tratados* de Delpech y De la Guardia, se expresa: “La reserva consiste en alterar los términos de la Convención, de los que representa una forma de derogación parcial”. “En cambio...” — se dice más adelante— “...una declaración interpretativa tiene su origen en tratados bilaterales, en los que las reservas son difícilmente admisibles o, aún más, en tratados multilaterales que prohíben la formulación de reservas. Su objeto no es, como el de las reservas, excluir la aplicación de una disposición del tratado o modificar sus aspectos jurídicos, sino solamente atribuir una interpretación determinada en un campo de posibilidades varias de interpretación.” En relación con este tema, mi opinión es que la declaración e, inclusive, la reserva, no forman parte del tratado, porque ésta puede ser retirada en algún momento por el gobierno de turno, ...”

⁶ El proyecto del **Convencional Barra** proponía agregar al artículo 67 (actual 75) —como inciso nuevo—, lo siguiente: “El respeto por la vida, por la libertad, por la intimidad personal y familiar y por la integridad física y psíquica del ser humano, desde el momento de la concepción hasta el de su muerte natural, constituyen los principios liminares a la luz de los cuales se dictará e interpretará la legislación nacional.” El **Convencional Iturraspe** de Santa Fe pidió a la comisión respectiva que lo considere a los fines de su inserción. Sesión 3ª, Reunión 23ª del 3 de agosto de 1994.

dicha Convención⁷. Además, Carlos Auyero y Raúl Alfonsín explicaron que las declaraciones interpretativas no integran las “condiciones de vigencia” de los tratados⁸ y que en el artículo 75, inciso 23, sólo se había incluido un concepto que tiene que ver con la seguridad social⁹. Alfonsín dijo con toda claridad: “Se trata de una iniciativa que podría estar perfectamente vinculada a la legislación de un país que acepta el aborto como es Suecia y también podría estarlo a un país como Irlanda que lo prohíbe”.

III. LA CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución Nacional es suprema al autoelegirse a sí misma en tal y a su vez al equiparar a determinados instrumentos de Derechos Humanos a su jerarquía (art. 75, inc 22). Así determina que ese *bloque de constitucionalidad* es norma subordinante de los ordenamientos derivados de ella (nacional o provincial)¹⁰.

⁷ Dice la **Convencional Fernandez Meijide**: “...veo con creciente preocupación que se intenta instalar el tema del aborto o no aborto. En primer lugar, debo recordar que se trata de un tema no habilitado. Por lo tanto, creo que a los convencionales se nos está instando a cometer un acto ilegal, es decir, a que no seamos respetuosos de la ley. Esta ley fue sancionada por el Congreso y todos, al venir aquí, aceptamos —por supuesto— respetarla. En consecuencia, no veo por qué desde un sector se pretende que infrinjamus la ley. En segundo término, se pone un eje muy molesto para quienes creemos en la defensa de la vida, y no excepcionalmente —me parece que todos los que estamos aquí queremos la vida— al acusarnos, como lo han hecho anteriormente algunos señores convencionales, manifestando que quienes nos oponemos a discutir este tema en realidad estamos por la muerte. Creo que ese es un terrorismo verbal, igual al utilizado por monseñor Quarracino al decir que quienes nos oponíamos a esto éramos criminales. Entonces, respetuosamente pediría a todos que no se insista con instarnos a tomar caminos ilegales o ilegítimos; ilegítimos porque esta sociedad no ha discutido el tema y, en consecuencia, no sería legítimo que un solo sector, autoritariamente —y, repito, utilizando una especie de terrorismo verbal— nos quiera obligar al planteo de un debate que no estaba previsto. (*Applausos*)”. En el mismo sentido la **Convencional Elba Roulet** en una extensa intervención sobre las diferentes posturas sobre el comienzo de la vida a lo largo de la historia y el fundamentalismo de la Iglesia Católica en la materia. Sesión 3º, Reunion 23º del 3 de agosto de 1994.

⁸ De la Inserción del **Convencional Raul Alfonsin**: “Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional. En este sentido, cabe aclarar que la Conferencia de Viena no aceptó la propuesta de incorporar las declaraciones interpretativas a la definición de “reserva”. En palabras del delegado sueco Blix “...un enunciado interpretativo que no tiene por objeto modificar las obligaciones contraídas en virtud de un tratado no es una reserva” (Conferencia, I, DO, 34, párr. 18). Además, cabe aclarar que, no requiriendo las declaraciones interpretativas formuladas de mayorías especiales, y no existiendo ninguna mención en el texto que estamos sancionando, ellas pueden ser retiradas o modificadas por simple mayoría del Poder Legislativo”. Sesión 3º, Reunion 23º del 3 de agosto de 1994.

⁹ Por 131 votos por la afirmativa y 45 por la negativa, queda aprobado el inciso 23. El Frente Grande se abstuvo de votarlo, salvo Juan Pablo Cafiero que lo votó afirmativamente.

¹⁰ ESAÍN, José Alberto. **Competencias Ambientales. El sistema federal ambiental. Fuentes, Distribución y alcances de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales**. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

Los Instrumentos de Derechos Humanos jerarquizados constitucionalmente y otros tratados

Uno de los tópicos más importantes de la Reforma Constitucional de 1994 fue la jerarquización de varios de los más relevantes tratados de Derechos Humanos con rango constitucional -a los que luego se agregaron otros por vía legislativa, conforme el mecanismo previsto en el inc. 22 del artículo 75-, cuyos efectos inmediatos ya se han hechos sentir en la jurisprudencia de estos veintitrés años pero que tienen aún proyecciones futuras inimaginables.

Una pieza clave de nuestro derecho constitucional vigente es la comprensión y aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos “en las condiciones de su vigencia” en la interpretación de nuestra Corte Suprema como conforme a las pautas interpretativas y criterios de los organismos internacionales encargados de su aplicación en ámbito internacional¹¹.

Así, principios fundamentales de los Derechos Humanos como la universalidad, indivisibilidad e interdependencia (principio 9 de la Declaración de Viena sobre Derechos Humanos, 2003) son pauta interpretativa señera que resuelven tensiones y dilemas entre los derechos consagrados constitucionalmente en 1853, 1994 y o entre los propios tratados de derechos humanos.

¹¹ Si bien los oscuros motivos que llevaron a algún Constituyente a incluir la frase apuntaban a que se consideraran las reservas y declaraciones interpretativas formuladas al momento de la ratificación, como modo de bloquear el debate sobre la legalización del aborto, vía Convención de Derechos del Niño/a, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que no se refiere al modo en que tales tratados fueron ratificados, sino a la forma como rigen en el ámbito internacional, considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. Ver: *Ekmedjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros* del 7 de julio de 1992 - disponible en: http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/fallo_ekmedjian_miguel_a_c_sofovich_gerardo_y_ot_corte_suprema_de_justicia_de_la_nacion_1992.pdf. (primacía tratados, interpretación conforme Corte IDH) (consultado el 16 de marzo de 2018) y *Giroldi, Horacio David y otros/ recurso de casación* - causa n. 32/93, sentencia del 7 de abril de 1995 (“en las condiciones de su vigencia”). Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-giroldi-horacio-david-otro-recurso-casacion-causa-32-93-fa95000086-1995-04-07/123456789-680-0005-9ots-eupmocsollaf> (consultado el 29 de marzo de 2018).

En particular ha sido un cambio sustantivo que tanto en el sistema europeo¹² como en el interamericano sus respectivas Cortes regionales de Derechos Humanos en un desarrollo progresivo hayan elaborado la jurisprudencia del *control de convencionalidad*¹³ sobre los actos de los tres poderes de los Estados, que debe efectuarse en el ámbito doméstico y en el internacional para verificar si se han violado tratados sobre Derechos Humanos.

Debemos subrayar que la intervención de los organismos internacionales de los derechos humanos es subsidiaria por lo que la obligación primaria de los/as jueces/zas en todos los niveles de la Administración de Justicia¹⁴ es efectuar ellos mismos esta *revisión de convencionalidad* (control primario)¹⁵. Y esta tarea no solamente deben llevarla a cabo los/as jueces/zas sino también los Poderes Ejecutivos y a la par los propios

¹² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del Convenio europeo de derechos humanos, practica por sí mismo *control de convencionalidad*, incluso sobre constituciones locales, inaplicando las opuestas al Convenio. Algunas veces el control de convencionalidad se realiza para contrarrestar la acción de los Estados, y en otras, para atacar la omisión del legislador nacional, en ambos supuestos contra el Convenio. Por ejemplo sobre el control por convencionalidad de constituciones, los casos **Partie communiste unifié de Turquie**, del 20 de noviembre de 1998, y **Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres**, 28 de octubre de 1999, citado por SUDRE, Frédéric, **Droit européen et international des droits de l'homme**, 8a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2006, págs. 191-2

¹³ Desde años atrás existía el control de convencionalidad (aunque no se le llamase así) realizado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en el caso **La última tentación de Cristo**, por ejemplo, reputó violatoria del Pacto a una cláusula de la Constitución de Chile en materia de censura televisiva y exigió su reforma, cosa que finalmente ocurrió. En **Boyce c. Barbados**, la Corte entendió que también infringía el Pacto una regla constitucional de este país, que impedía el control judicial de las normas anteriores a la Constitución de 1996. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto *control de convencionalidad* para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. Ver: Corte IDH. Control de Convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf> (consultado el 4 de abril de 2018) .

¹⁴ Corte IDH. Caso **Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. En el mismo sentido: Caso **Liakat Ali Alibux Vs. Surinam**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de **personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311

¹⁵ El *control de convencionalidad* debe efectuarse conforme todos los tratados en materia de derechos humanos, no sólo la CADH según la Corte IDH. Caso **Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Debe considerarse no sólo el texto de los tratados sino también las opiniones consultivas del organismo encargado de su aplicación, según la Corte IDH. Conf. **Opinión Consultiva sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014

Legislativos¹⁶, que tienen el deber de no dictar preceptos o realizar actos violatorios de los Tratados.

IV. LA CUESTION EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS SUSCRITOS POR ARGENTINA

Todas las normas de derechos humanos en vigor en la Argentina, y en el ámbito universal e interamericano, consagran el derecho a la vida, a la salud y a la integridad de la mujer, su derecho a decidir el número de hijos/as, en igualdad con el varón, y también su derecho a la privacidad, para tomar libremente decisiones sobre su persona.

Estos derechos están claramente protegidos en los tratados y las declaraciones de derechos humanos que la Convención Constituyente de 1994 decidió que tuvieran rango constitucional¹⁷ y por otros tratados con rango supralegal .

Relevamos los tratados aplicables en defensa del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de la igualdad y la protección y promoción de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Incluimos aquí las declaraciones que son expresamente mencionadas en Constitución, a las que se les reconocen fuerza vinculante.

IV.1. *Instrumentos de Derechos Humanos*

Si bien durante muchos años se sostuvo que estos instrumentos eran “neutros” en relación a la legislación interna en materia de derecho al aborto, cada vez más frecuentemente los organismos encargados de su aplicación utilizan las normas que contienen

¹⁶ Corte IDH. Caso **Gelman Vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso **de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014; Caso **Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

¹⁷ La CSJN de Argentina ha dicho que “deben entenderse como formando un **bloque único de legalidad** cuyo objeto y fin es la protección de los derechos humanos fundamentales de los seres humanos” (caso **Arce, Jorge**. Fallos 320:2145, de 1997). Esto es los tratados entre si deben ser considerados un conjunto. Esto no hace más que recoger principios de Derecho internacional de los derechos humanos ya vigentes, pero resulta relevante en la medida en que son asumidos por la Corte. Criterio similar adoptan la mayoría de los países de la región.

para exigir cambios en la legislación interna, las políticas públicas y en las prácticas en materia de derechos sexuales y reproductivos, incluido en derechos al interrupción voluntaria del embarazo.

Enumeramos los instrumentos que amparan a las mujeres en su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo:

IV.1. a. Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹⁸.

IV.1.b Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)¹⁹.

IV.1.c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰.

IV.1.d. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)²¹.

¹⁸ Adoptada por la ONU (Resolución 217) el 10 de Diciembre de 1948. Las normas de los artículos 1 (libertad e igualdad), 2 (no discriminación), 3 (vida, libertad y seguridad personal), 5 (prohibición tortura), 7 (igualdad ante la ley), 8 (acceso a la Justicia), 12 (privacidad), 16 (derecho a la familia), 18 (libertad de conciencia), 19 (libertad de opinión),²⁵ (nivel de vida adecuado, salud, bienestar) y 28 (efectividad derechos) pueden esgrimirse en defensa del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de una interpretación armónica e integrada con el conjunto de normas constitucionales y convencionales.

¹⁹ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948. En relación a ella la Corte IDH ha dicho en su O.C. 10 de 1989, luego de aclarar que no es un tratado: “...no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era ...la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual,, ante lo que es hoy el sistema interamericano...” (párrafo 37) y “Para los estados miembros de la OEA, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta...Es decir, para estos estados...constituye...**una fuente de obligaciones internacionales**” (párrafo 45). Las normas de los artículos I (vida, libertad, seguridad e integridad personal), II (igualdad ante la ley), III (libertad religiosa y de culto), IV (libertad de opinión y pensamiento), V (privacidad), VI (derecho a la familia), VII (derecho a la maternidad), XI (salud y bienestar) y XXIX (deber de convivencia con los demás) pueden citarse en su defensa en el marco de una interpretación armónica e integrada.

²⁰ Adoptado por la ONU el 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Las normas de los artículos 2 (no discriminación), 3 (igualdad), 5 (no restricción de derechos humanos), 6 (derecho a la vida), 7 (integridad, prohibición tortura), 8 (prohibición trabajo forzoso), 9 (libertad y seguridad personales), 14 (igualdad en el acceso a la Justicia), 17 (privacidad, intimidad) , 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 19 (libertad de opinión), 23 (derecho a la familia) y 26 (igualdad ante la ley) son las que aún sin referencia expresa se citan en su defensa. Además cobra mayor fuerza con su Protocolo Facultativo, que también tiene rango constitucional.

²¹ Adoptado por la ONU el 16 de Diciembre de 1966. Las normas de los artículos 2 (no discriminación), 3 (igualdad de género), 5 (no restricción por vía reglamentaria o consuetudinaria), 10 (prohibición explotación de niñas y adolescentes) 11 (derecho a la familia) y 12 (salud) son las que se citan en defensa de los derechos de las mujeres en estos casos. Es fundamental el art. 2-1 que impone a los Estados “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Esta *cláusula de progresividad* se opone en forma correlativa a la adopción de medidas regresivas, está implícita en resto de los tratados en materia de derechos humanos y crea un nuevo *control de razonabilidad estricto*.

IV.1.e. Convención Americana sobre Derechos Humanos (PSJCR o CADH)²².

IV.1.f. Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW)²³.

IV.1.g. Convención de los Derechos del Niño/a (CDN)²⁴.

IV.1.h. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CT)²⁵.

IV.1.i. Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación racial (CDR)²⁶.

²² Adoptada en la Ciudad de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 17 de julio de 1978.. Las normas de los artículos 1 (proyecto de vida autónomo sin discriminación), 2 (obligación estatal de legislar para garantizar efectividad derechos), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 6 (prohibición trabajo forzoso), 7 (libertad personal) 8 (acceso a la justicia), 12 (libertad de conciencia y religión), 13 (libertad de pensamiento), 17 (derecho a la familia), 19 (derechos de las niñas y adolescentes), 24 (igualdad ante la ley), 25 (protección judicial), 26 (principio de progresividad) y 32 (límites derechos por los demás) son las que, aún sin referencia expresa al tema, se citan en su defensa en el marco de una interpretación armónica e integrada con el conjunto de textos constitucionales y convencionales.

²³ El 18 de diciembre de 1979 fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y el 3 de septiembre de 1981 entró en vigencia. Las normas de los artículos 1 (discriminación), 2 y 3 (obligación de los Estados: medidas adecuadas, derogación de normas y erradicación de prácticas discriminatorias), 4 (acciones afirmativas), 5 (eliminación estereotipos, protección de la maternidad, interés de los/as hijos/as), 12 (acceso a la salud, especialmente en relación al embarazo), 14 (no discriminación mujeres rurales), 16 (especialmente inc.e: derechos a decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos/as, intervalos y acceso a la información, educación y medios para ejercer esos derechos) son los que pueden invocarse en defensa de la legalización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

²⁴ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. Las normas de los artículos 12 (opinión y escucha de la niña en función de la edad y madurez), 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 16 (no injerencias arbitrarias), 19 (integridad física y psíquica), 23 (niñas con discapacidad), 24 (disfrute del más alto nivel de salud), 34 (protección frente al abuso y explotación sexual) y 39 (recuperación física y psicológica frente a abuso explotación o tortura) pueden citarse en defensa del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de niñas violadas.

²⁵ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984. Especialmente las normas de los artículos 1 (definición de tortura), 2 (no obediencia debida) y 10 (prohibición de tortura por arte del personal médico) pueden utilizarse en los casos de negación de interrupción legal del embarazo por parte de los profesionales en el sistema de salud pública o para justificar la necesidad de legislar la interrupción voluntaria del embarazo sin objeción de conciencia institucional.

²⁶ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965. La norma del artículo 5, inc. e) iv (derecho a la salud pública) puede ser invocada cuando haya discriminación en el acceso a la IVE de mujeres indígenas, afros o migrantes.

IV.1.j. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (CDPcD)²⁷.

IV.1.k. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²⁸.

IV.1.l. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹.

IV.1.m. Protocolo Facultativo de la CEDAW³⁰.

IV.1.n. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"³¹.

IV.1.ñ. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará)³².

²⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008. En Argentina fue aprobada en 2008 por Ley 26.378. Se le otorgó rango constitucional por ley 27044 del 2014. Cuenta con rango constitucional en nuestro país desde el 2014. Sus normas de los artículos 1 (igualdad y respeto), 2 (discriminación por motivos de discapacidad), 3 (principios), 4 (adopción de medidas), 5 (igualdad y no discriminación), 6 (mujeres), 7 (niñas), 13 (acceso a la justicia), 14 (libertad y seguridad personal), 15 (protección contra la tortura), 16 (protección contra la violencia y abuso), 17 (protección integridad personal), 21 (libertad de opinión y acceso a la información), 22 (respeto a la privacidad), 23 (derecho a una familia, a decidir número hijos/as, educación sexual y medios para ejercer esos derechos) y 25 (salud) pueden invocarse para defender el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres con discapacidad.

²⁸ Aprobado por la Asamblea de ONU el 19 de diciembre de 1966. Es el único Protocolo Facultativo con rango constitucional desde 1994. Dota de mayor eficacia al respectivo Pacto.

²⁹ Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008. Entró en vigor el 5 de mayo del 2013. Aunque aun no goza de jerarquía constitucional, la tiene suprallegal y dota de mayor eficacia y herramientas a uno de los pactos del Sistema Internacional de mayor pertinencia en la materia.

³⁰ Aprobado por la Asamblea de la ONU el 6 de octubre de 1999. Entró en vigor el 20 de diciembre del 2000. Aunque aun no goza de jerarquía constitucional, la tiene suprallegal. Dota de más herramientas la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

³¹ Adoptado por la Organización de los Estados Americanos en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999. En Argentina fue aprobado por Ley 24.658. Le da una fuerza contundente en la región al reconocimiento del derecho a la salud (artículo 10) y al de formar o no una familia (artículo 15) y los instrumentos para su defensa en el plano nacional e internacional, aunque aun no tenga jerarquía constitucional.

³² Adoptada en Belem do Pará el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la OEA. Con entrada en vigor el 5 de marzo de 1995. Aunque aun no goza de jerarquía constitucional, la tiene suprallegal. Obviamente la restricción o privación del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo puede ser encuadrada como violencia de género según este tratado (artículo 1, 2, inc. c, 3, 4 incs.a,b,c,d,e y i, 5, 6, 7, 8 y 9) y desde esta perspectiva invocada para lograr la legalización del aborto como para que se practiquen los abortos legales vigentes.

IV.1.o. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con discapacidad³³.

IV.1.p. Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia³⁴. Argentina la ha firmado³⁵ pero lamentable e incomprensiblemente aún no la ha ratificado³⁶.

IV.2. Interpretación de los tratados

IV.2.a. Fallos, recomendaciones, observaciones y opiniones consultivas de los organismos internacionales en materia de Derechos Humanos

Integran el Derecho internacional de los Derechos Humanos todas las observaciones, recomendaciones y fallos de los tribunales internacionales y organismos técnicos encargados de su aplicación. Así todas las recomendaciones, observaciones generales y las particulares (aún cuando hayan sido efectuadas a otros países³⁷, si los extremos del caso son asimilables) del Comité de Derechos Humanos (CDH)³⁸, del Comi-

³³ Adoptada en la Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999 por la Asamblea de la OEA. Entrada en vigor: 14 de septiembre de 2001. Aunque aun no goza de jerarquía constitucional, la tiene supralegal. Si bien es muy escueta y está muy superada por la Convención Internacional de la ONU en la materia, también puede ser invocada en caso de mujeres con discapacidad que quieran interrumpir su embarazo en los casos ya legales o para justificar especialmente la legalización en esta materia en el resto de las situaciones.

³⁴ Adoptada en La Antigua, Guatemala, el 5 de junio de 2013 en el Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de OEA. Entrada en vigor el 11 de noviembre de 2017.

³⁵ Firma Argentina: 6 de junio de 2013.

³⁶ Podría ser invocado en casos donde además se diera la doble discriminación a mujeres originarias, afros, migrantes, o por pertenencia a algún grupo nacional o étnico, especialmente las normas de los artículos 4 punto xii (denegación de derechos sociales), 10 (acceso a la justicia) y 11 (discriminación múltiple, agravante).

³⁷ La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “debe servir de guía” para interpretación de los preceptos convencionales (no se refería al caso en cuestión, sino a otro caso) CSJN, 12/9/1996 caso **Bramajo**, Fallos 319-1840; LL 1996-E-409; JA 1996-IV-439

³⁸ Aportan elementos en la materia bajo análisis las **Observaciones Generales Nº 16** sobre “Derecho a la intimidad” (artículo 17), **17** sobre “Derechos del niño” (artículo 24), **18** sobre “No discriminación”, **19** sobre “La familia” (artículo 23), **20** sobre la “Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (artículo 7), **22** sobre “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (artículo 18) y **35** sobre “Libertad y seguridad personales” (art. 3 DUDH y art. 9 del Pacto). En la **Observación General Nº 28** sobre “Igualdad de Derechos entre el hombre y la mujer” (2000) al interpretar el artículo 6.1 del Pacto, insta a los Estados a informar sobre cualquier medida adoptada por el Estado para ayudar a las mujeres a prevenir embarazos no deseados y asegurar que no tengan que someterse a abortos clandestinos que pongan en riesgo su vida (párr. 10) y en la **Nº 34** sobre “Libertad de opinión y libertad de expresión” (2011), sobre los artículos 18, 17, 19, 20, 25 y 27 del Pacto, reconoce expresamente el derecho de acceso a la información (art. 19 Pacto).

té de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)³⁹, del Comité CEDAW⁴⁰, las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴¹ y los fallos y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo en relación al PSJCR, sino también los de la Corte IDH, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁴² y el Tribunal Europeo de Derechos

³⁹ Ver para este tema las **Observaciones Generales N° 14**. “El derecho al disfrute de más alto nivel posible de salud” (art.12 PIDESC), **5** sobre “Personas con discapacidad”, **10** sobre “La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales” y **20** sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” (artículo 2, párrafo 2 PIDESC)

⁴⁰ Ver **Recomendación General N° 19** (11° período de sesiones, 1992), párrafos 7 a 9; **Recomendación General N° 24 sobre la mujer y la salud** (1999), párrs. 11 y 14. En sus **Recomendaciones Generales N° 24 y 33** advirtió sobre el vínculo entre el cumplimiento del derecho a la privacidad en materia de salud, el aborto, y la salud de las mujeres. Hay también elementos de utilidad en las **Recomendaciones Generales N°18** sobre “Las mujeres discapacitadas”, **21** sobre “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares” y **35** sobre “Violencia por razón de género” del 15 de junio de 2017 que actualiza la recomendación N°19.

Por ejemplo también: CEDAW, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a séptimo combinados del Senegal, julio 2015. Disponible en http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FP-PRiCAqhKb7yhskcAJS%2FU4wb%2BdlVicyG_05Ry5rnmddciitO60LGkYHsU3p08Y2nyjSl4rGRZb9RgNHfNnt6G6-Q7sY0NIZZYgGQAJDzqdMWlrw3ZUyqd0C%2FwolZpYg9W WqlUG6msEoKqK8rcwg%3D%3D

Ver también su Declaración sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: Revisión del CIPD Más allá del 2014 (2014).

⁴¹ CSJN 6/8/2013, **Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional- Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut** y Sentencia de grado, Cám. Nac. Cont. Adm Federal, sala 5°, **9/10/2007**, JA 2008-I-236 y 2008-III-154 c/nota de A. Guevara Palacios, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la luz de la sentencia Carranza Latrubesse”. Ver: CIDH. Informes “Estándares jurídicos vinculados a las igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación” (2011), “Acceso a la Información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos” (2011), “Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud” (2011), “Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos” (2010) y “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas” (2007)

⁴² El art. 14 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (2003), tras enumerar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres africanas señala, entre las obligaciones de los Estados parte: “*Protect the reproductive rights of women by authorizing medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the fetus*” (art. 14.2c). Protocol to the African Charter on Human and People’s Rights on the Rights of Women in Africa, Assembly of the African Union, Maputo, 2003. En este momento, el Protocolo cuenta con 36 Estados parte y otros 15 signatarios. Disponible en: <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/> (consultado el 9 de diciembre de 2018)

ZAMPAS y GHER sostienen que es el “único texto jurídicamente vinculante de derechos humanos que establece explícitamente el aborto como derecho humano y afirma que los derechos reproductivos de la mujer son derechos humanos”, en ZAMPAS, Christina - GHER, Jaime M.: “Abortion as a Human Right - International and Regional Standards”, *Human Rights Law Review*, 8(2), 2008, ps. 263-264, p. 250. y que “la región africana ha experimentado el pronunciamiento jurídicamente vinculante más significativo sobre los derechos humanos de la mujer con la ratificación del Protocolo sobre las Mujeres Africanas, que proporciona garantías textuales sobre los derechos reproductivos de la mujer y un procedimiento cuasi-jurisdiccional para hacer efectivos dichos derechos”, en p.293.

Humanos (TEDH)⁴³ en su aplicación e interpretación de los tratados de la órbita de las Naciones Unidas en lo que refiera a casos similares son pauta de interpretación y vinculantes para todos los países que han ratificado esos tratados universales. Por supuesto, también toda recomendación referente a derechos sexuales y reproductivos o derechos a la salud, igualdad, privacidad e integridad de las mujeres del resto de los organismos técnicos encargados de la aplicación de otros tratados (CDN, CDR, CDPcD, CT, CG) conforma también las “condiciones de vigencia” en la medida en que todos los derechos son indivisibles e interdependientes⁴⁴.

Asimismo se debe tener en cuenta para la interpretación de los tratados de derechos humanos las opiniones, informes y recomendaciones de los/as expertos/as independientes que se desempeñan como Relatores y han desplegado un trabajo creciente en temáticas de salud y derechos sexuales y reproductivos, especialmente de colectivos vulnerados⁴⁵

También pueden considerarse las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y los reportes del Alto Comisionado en Derechos Humanos

⁴³ Si bien este Tribunal a través de la “doctrina del margen de apreciación” de los Estados recoge la preocupación por incluir en la interpretación de las normas internacionales europeas la diversidad de las realidades jurídicas nacionales- una suerte de autolimitación judicial (*judicial self restraint*)-, la discrecionalidad del Estado siempre queda limitada por los conceptos de “proporcionalidad” y “justo equilibrio”. Ver: TEDH, Espacio para no fumadores en prisiones, caso **Aparicio Benito c. España**, 13 noviembre 2006. También: **Elefteriadis c. Roumanie**, no 38427/05, § 48, 25 janvier 2011, **Pavalache c. Roumanie**, no 38746/03, § 88, 18 octobre 2011 y **Marin Vasilescu c. Roumanie**, del 11 de junio de 2013. Es profusa la jurisprudencia del TEH en materia de “derecho al respeto de la vida privada y familiar” que puede utilizarse a partir de la técnica del efecto reflejo o “*protection par ricochet*” o “conexión gradual”, o “en cascada”.

⁴⁴ Así por ejemplo las Observaciones Generales del Comité de derechos del Niño N° 4 (salud) y 11 (sobre niños/as indígenas).Disponibles en <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (consultado el 6 de abril de 2018).

⁴⁵ Entre otros/as pueden utilizarse materiales del Experto independiente sobre la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, desde 1998; el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (luego Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas), desde 2001; el Representante especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, desde 2000; Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, desde 2002.

En especial el Informe provisional sobre El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, del **Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud**, A/66/254 de fecha 3 de Agosto de 2011, párr. 25. En él se dice que las leyes que penalizan el aborto “*atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva.*” (A/66/254, párr. 21). Hace un llamado a los Estados a “*despenalizar el aborto*” (Ibid., párr. 65(h)) y “*a considerar, como medida provisional, la posibilidad de que las autoridades competentes formulen políticas y protocolos que impongan una moratoria a la aplicación de las leyes penales relativas al aborto*” (Ibid. párr. 65(i)).

El **Relator Especial sobre la tortura** exhorta a “*los Estados a que velen por que las mujeres tengan acceso a la atención médica de emergencia, incluidos los cuidados posteriores al aborto, sin temor a sanciones penales o represalias*” A/HRC/22/53 (2013), párr. 90.

que aunque son órganos políticos y no técnicos -y por tanto sus declaraciones no son estricto sensu las “condiciones de su vigencia” del art.75, inc.22.-, como formadoras de opinión y en definitiva pauta interpretativa o fuente generadora de costumbre internacional⁴⁶.

Los órganos de derechos humanos brindan una orientación clara sobre cuándo se requiere despenalizar el aborto y han puesto énfasis en que el acceso al aborto es un asunto de derechos humanos. Asegurar el acceso a estos servicios, de conformidad con los estándares de derechos humanos, es parte de las obligaciones del Estado para eliminar la discriminación contra las mujeres y garantizar el derecho de éstas a la salud y otros derechos humanos fundamentales⁴⁷. Los órganos internacionales de derechos humanos han calificado las leyes que penalizan el aborto como discriminatorias y como un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a atención médica⁴⁸. Han recomendado que los Estados eliminen todas las disposiciones punitivas hacia las mujeres que se han sometido a abortos⁴⁹.

El **Comité CEDAW** ha solicitado a los Estados permitan el aborto en ciertos casos⁵⁰. *“Los Estados Parte deben legalizar el aborto al menos en casos de violación, in-*

⁴⁶ Así ha dicho el Alto Comisionado que los Estados deben organizar los servicios de salud para asegurar que el “ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud no impida que las mujeres obtengan acceso a los servicios de salud”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Prácticas para la adopción de un enfoque basado en los derechos humanos para eliminar la mortalidad y morbilidad materna evitables”. A/HRC/18/27 (2011), párr. 30.

El Alto Comisionado ha explicado que “independientemente de la legalidad del aborto, deben prestarse servicios posteriores a él, entre ellos, los de asesoramiento sobre métodos anticonceptivos para evitar embarazos no deseados”. A/HRC/18/27 (2011) , párr. 29 y que los Estados deben tomar medidas para asegurar el acceso de las mujeres a servicios de atención médica adecuados y “eliminar esos obstáculos que se oponen a la prestación de servicios de aborto y que obligan a las mujeres a recurrir a abortos en condiciones de riesgo, incluida la eliminación de los retrasos inaceptables en la prestación de atención médica” . A/HRC/18/27, párrs. 29-30.

⁴⁷Ver: Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. “Aborto”. SERIE DE INFORMACIÓN SOBRE SALUD Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Disponible en:https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB_SP.pdf (consultada el 9 de diciembre de 2018)

⁴⁸ “...la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria” (CEDAW. Recomendación General 24 (1999) sobre la mujer y la salud, párr. 11) y que “las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones” constituyen un obstáculo para el acceso de las mujeres a la atención de salud (Ibid, párr. 14)

⁴⁹ En las Observaciones Finales sobre Perú (CEDAW/C/PER/CO/7-8 (2014), párr. 36)y en la Declaración sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: Revisión del CIPD Más allá del 2014 (2014),

⁵⁰ CEDAW, Observaciones Finales sobre Perú, CEDAW/C/PER/CO/7-8 (2014), párr. 36

*cesto, amenazas contra la vida y/o la salud de la madre, o en casos de severa malformación fetal, así como también proporcionar a las mujeres el acceso a servicios posteriores al aborto que sean de calidad, especialmente en casos de complicaciones derivadas de un aborto en condiciones de riesgo. Los Estados Parte deben eliminar también las medidas punitivas para las mujeres que se someten a abortos*⁵¹.

El Comité CEDAW ha explicado que el marco legal para el acceso al aborto debe *“contemplar un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada, que la opinión de esta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que se tenga derecho a recurrirla”*⁵²

El CEDAW ha establecido que *“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”*⁵³

Por su parte la jurisprudencia del **Comité de Derechos Humanos** indica claramente que negar el acceso al aborto a las mujeres implica una violación a la privacidad⁵⁴ y, en ciertos casos, a ser libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes⁵⁵.

También ha solicitado a los Estados que entreguen información sobre el acceso a abortos sin riesgos para mujeres que han quedado embarazadas como resultado de una violación⁵⁶.

⁵¹ CEDAW. “Declaración sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: Revisión del CIPD Más allá del 2014” (2014). Ver su jurisprudencia en casos de riesgo para la vida la salud, violación o incesto: CEDAW, *L.C. v. Perú*, CEDAW/C/50/D/22/2009, párr. 8.15; CEDAW, Observaciones Finales sobre Sri Lanka, A/57/38 (2002), párr. 283; CEDAW, Observaciones Finales sobre Angola, CEDAW/C/AGO/CO/6 (2013), párr. 32(g). Aborto en casos de malformación fetal: CEDAW, Observaciones Finales sobre República Dominicana, CEDAW/C/DOM/CO/6-7 (2013), párr. 37(c).

⁵² *L.C. v. Perú*, CEDAW/C/50/D/22/2009, párr. 8.17 (haciendo referencia a *Tysiack vs. Polonia*, Corte Europea de Derechos Humanos).

⁵³ CEDAW. Recomendación General 24, párr. 11.

⁵⁴ CDH, “*K.L. v. Perú*”, CCPR/C/85/D/1153/2003, párr. 6.4; *V.D.A. v. Argentina*, CCPR/C/101/D/1608/2007, párr. 9.3.

⁵⁵ CDH . “*K.L. v. Perú*”, párr. 6.3; *V.D.A. v. Argentina*, párr. 9.2.

⁵⁶ CDH. Observación General N° 28, párr. 11

En lo que respecta a la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la vida o la salud de la mujer, la salud de la mujer ha sido entendida ampliamente para incluir la salud mental.⁵⁷

En otro caso, el Comité concluyó de manera similar que negar un aborto a una mujer, sabiendo que su bebé moriría poco después de nacer, le provocó sufrimiento mental, lo que constituye un trato cruel e inhumano⁵⁸.

En sus observaciones finales ha recomendado que los Estados revisen su legislación y despenalicen el aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación⁵⁹ o incesto⁶⁰. Además ha dicho que imponer “a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos”, no respeta el derecho de las mujeres a la privacidad⁶¹.

El **Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales** ha establecido que el derecho a la salud - que incluye la salud sexual y reproductiva – exige servicios de salud, incluidos los servicios de aborto legal, que estén disponibles y que sean accesibles, aceptables y de buena calidad⁶². Ha recomendado revisar la legislación y despenalizar los abortos en caso de incesto⁶³ y asegurar el acceso a servicios de aborto en casos de malformación fetal⁶⁴

⁵⁷ Así en el caso de una niña menor de edad con una discapacidad intelectual, que había quedado embarazada producto de la violación por parte de su tío, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el sufrimiento mental causado a la víctima al forzarla a continuar con un embarazo no deseado equivalía a un trato cruel e inhumano. CDH. “*V.D.A. v. Argentina*”, CCPR/C/101/D/1608/2007, párr. 9.2.

⁵⁸ “*K.L. v. Perú*”, CCPR/C/85/D/1153/2003, párr. 6.3.

⁵⁹ CDH. Observaciones Finales sobre Guatemala, CCPR/C/GTM/CO/3 (2012), párr. 20; Panamá, CCPR/C/PAN/CO/3 (2008), párr.9;

⁶⁰ CDH, Observaciones Finales sobre República Dominicana, CCPR/C/DOM/CO/5 (2012), párr. 15; Filipinas, CCPR/C/PHL/CO/4 (2012), párr.13;

⁶¹ CDH. Observación General 28 (2000) sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, párr. 20

⁶² CDESC. Observación General 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 8, 12.

⁶³ CDESC, Observaciones Finales sobre Costa Rica, E/C.12/CRI/CO/4, (2008), párr. 46; Chile, E/C.12/1/Add.105 (2004), párr. 53; Nepal, E/C.12/1/Add.66 (2001), párr. 55.

⁶⁴ CDESC, Observaciones Finales sobre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, E/C.12/GBR/CO/5 (2009), párr. 25.

El **Comité de los Derechos del Niño** ha recomendado que “los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal.”⁶⁵

En sus observaciones finales a Chad ha recomendado que los Estados revisen su legislación y despenalicen el aborto cuando el embarazo ponga en peligro la vida o la salud de un mujer⁶⁶ o cuando el embarazo es consecuencia de incesto⁶⁷ o existe una malformación fetal⁶⁸

Asimismo ha dicho que “los Estados deben estudiar la posibilidad de permitir que los niños accedan a someterse a determinados tratamientos e intervenciones médicos sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y aborto en condiciones de seguridad”⁶⁹. También ha solicitado que los Estados deben velar por “que no se prive a los adolescentes de ninguna información o servicios en materia de salud sexual y reproductiva como consecuencia de objeciones de conciencia de los proveedores”⁷⁰

El **Comité contra la Tortura**, en sus Conclusiones y Recomendaciones ha exhortado a los Estados a que “*eliminen la práctica de extraer confesiones a efectos de enjuiciamiento de las mujeres que buscan atención médica de emergencia como resultado de abortos clandestinos*”⁷¹. También en sus observaciones finales, ha recomendado que los Estados revisen su legislación y despenalicen el aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación⁷².

⁶⁵ CDN. Observación General 15 (2013) sobre el derecho de niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 70.

⁶⁶ CDN, Observaciones Finales sobre Chad, CRC/C/15/Add.107 (1999), párr. 30.

⁶⁷ CDN, Observaciones Finales sobre Chile, CRC/C/CHL/CO/3 (2007), párr. 56.

⁶⁸ CDN, Observaciones Finales sobre Costa Rica, CRC /C/CRI/CO/4 (2011), párr. 64(c)

⁶⁹ CDN. Observación General 15, párr. 31.

⁷⁰ CDN. Observación General 15, párr. 69.

⁷¹ CT. Observaciones Finales sobre Chile, CAT/C/CR/32/5 (2004), párr. 7(m)

⁷² CT, Observaciones Finales sobre Perú, CAT/C/PER/CO/4 (2006), párr. 23.

Por su parte el **Comité de los Derechos de las Personas con discapacidad** ha dado claridad en el sentido de asegurar el acceso a servicios de aborto en casos de malformación fetal y en paralelo eliminar cualquier discriminación contra de las personas con discapacidad⁷³

IV.2.b. Otros Documentos Internacionales (“soft law”)

Son instrumentos internacionales que, sin ser tratados y por lo tanto no siendo estrictamente vinculantes, son considerados costumbre del Derecho Internacional⁷⁴ y en función de ello también pauta interpretativa que ilumina todos los tratados vigentes⁷⁵. Así, además, a través de los años los Comités técnicos de Naciones Unidas, las Cortes y Tribunales de DDHH y la jurisprudencia nacional se van integrando estos documentos de gran consenso global como costumbre del Derechos internacional y o como pauta interpretativa de los tratados⁷⁶.

Son fundamentales las declaraciones y plataformas de acción aprobadas en las Cumbres de Río (“Eco’92”, 1992), la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Viena, 1993), la III Conferencia de Población de El Cairo (1994)⁷⁷, la Cumbre de Desarrollo Social de Copenhague (1995), la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995)⁷⁸, Habitat II (Estambul, 1996), Cumbre Alimentaria Mundial (Roma,

⁷³ CDPcD, Observaciones Finales sobre Austria, CRPD/C/AUT/CO/1 (2013), párrs. 14-15

⁷⁴ La costumbre internacional es descripta en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como “la práctica seguida por los sujetos internacionales que es generalmente aceptada por éstos como Derecho”.

⁷⁵ Máxime si se considera el criterio de “condiciones de su vigencia” adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina desde el caso **Giroldi**. La jurisprudencia de la Corte en Argentina ha sido pacífica en cuanto a la aplicación directa de las normas del derecho de gentes y en cuanto a ellas vinculan inmediatamente a los órganos internos, ya desde los autos **Delfino c/ Ferrando** del 26 de enero de 1867 al referirse a los “ principios de derecho internacional” y la “práctica de las naciones civilizadas” (Fallos 4:64).

⁷⁶ Según las jurisprudencias latinoamericanas en los diferentes países estos documentos son como mínimo pauta interpretativa aunque a veces llegan a ser considerados “integradores de Ley”, “filtros purificadores”, “diques de contención”, “orientadores”, entre otros, pudiendo para algunos, llegar a ser “vinculantes y perentorios” para el juez/la jueza.

⁷⁷ Especialmente ver: Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Programa de Acción (1994), párr. 8.25.

⁷⁸ Especialmente ver: Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Plataforma de Acción (1995), párr. 106(k).

1996), y las reuniones de seguimiento correspondientes, como El Cairo+5 en 1999⁷⁹, Cairo+10, Cairo+15 y Cairo+20 y Beijing +5, +10, +15 y +20⁸⁰.

En paralelo también hubo importantes de reuniones regionales en la órbita de CEPAL preparatorias o de seguimiento a estas cumbres donde también se debatieron estos temas: Mar del Plata 1995 (Pre Beijing), Santiago de Chile 2009 (Cairo+15),

Argentina en la década del noventa fue famosa por “poner entre corchetes” y hacer declaraciones interpretativas, en línea con el Vaticano cada vez que se hablaba de salud sexual y reproductiva o derechos sexuales y reproductivo, especialmente en los documentos regionales previos y en los globales de Cairo y Beijing. A partir del 2003 estas reservas se dejaron de lado al aprobar los documentos de seguimiento sin ninguna interpretación adicional, desde la Reunión de la Mesa Directiva ampliada del Comité Especial sobre Población y Desarrollo de Cepal en Santiago de Chile, del 10 y 11 de marzo de 2004⁸¹.

⁷⁹ Ver la Resolución S-21/2 de la Asamblea General, Acciones clave para la ulterior implementación del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, A/RES S-21/2 (1999), párr. 63(iii): *“en los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los sistemas de salud deben capacitar y equipar a quienes prestan servicios de salud y tomar otras medidas para asegurar que el aborto se realice en condiciones adecuadas y sea accesible. Se deben tomar medidas adicionales para salvaguardar la salud de la mujer.”*

⁸⁰ Allí las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y redes de mujeres de todo el mundo incorporamos sostenidamente los conceptos de salud sexual y reproductiva y derechos reproductivos y sexuales, diferenciándonos tanto de las políticas demográficas antinatalistas como corriendo lentamente los prejuicios y bloqueos de los fundamentalismos.

⁸¹ Allí Argentina asume los compromisos de: *“viii) Derechos reproductivos: revisar e implementar la legislación que garantice el ejercicio responsable de los derechos reproductivos y el acceso sin discriminación a los servicios de salud, incluida la salud sexual y reproductiva, e incorporar en los informes nacionales, incluido el informe ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, información sobre la promoción y respeto de los derechos reproductivos”;*

“ix) Salud sexual y reproductiva: incorporar en el marco de las reformas del sector salud políticas públicas que promuevan el ejercicio de los derechos reproductivos y aseguren la prestación de servicios integrales de salud sexual y reproductiva que procuren asegurar el acceso universal a la variedad más amplia posible de métodos de planificación familiar; procurar asegurar la expansión de la atención integral de salud sexual y reproductiva de calidad, en particular para los sectores más pobres, los pueblos indígenas y para los sectores excluidos en razón de su etnia, edad, o condición social”;

“xi) Mortalidad materna y neonatal: redoblar los esfuerzos para reducir la morbilidad y mortalidad maternas y neonatales, a través de los servicios básicos y la atención integral de la salud reproductiva, tomando en consideración la multiplicidad de factores causales que contribuyen a la mortalidad y morbilidad maternas, incluidas la falta de acceso a la planificación familiar y una adecuada atención obstétrica básica, y los aludidos en el párrafo 63 de las Medidas clave”; ...entre otros.

Avances importantes se registraron en la resolución final de la IX Conferencia Regional de la Mujer de CEPAL⁸², llamada Consenso de México y en el 30º Periodo de sesiones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en San Juan de Puerto Rico, donde se fijó la postura continental en vistas a la revisión de los objetivos de la Conferencia de El Cairo (1994), que se realizaría en septiembre del 2004 en New York (El Cairo+10)⁸³. Habían pasado diez años, pero Argentina se sumó desde entonces sin reservas a los consensos latinoamericanos para reafirmar el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo –conocido como El Cairo + 10-, que considera el derecho a la salud sexual y reproductiva como un asunto de ciudadanía.

IV.2.c. Observaciones y recomendaciones a la Argentina

Las expresas indicaciones a nuestro país en la materia son muchas, reiteradas y de larga data por parte de los más variados órganos de derechos humanos. Así, entre otras:

-Observaciones finales del CEDAW a la Argentina, 12/8/1997: ***“revisar la legislación referida al aborto, así como también incrementar los esfuerzos para reducir la mortalidad y morbilidad femenina”***⁸⁴

-Observaciones finales del CDH a la Argentina, 2000. : ***“Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite.***

⁸² 10, 11 y 12 de junio del 2004. En el acto inaugural de la IX Conferencia, la brasilera Carmen Barroso, directora para el hemisferio occidental de la IPPF, al rendir homenaje a las "pioneras" del feminismo, elogió los avances logrados desde la I Conferencia de la Mujer, y nombró expresamente como prioritarios en *"la agenda feminista, el derecho al aborto seguro y el reconocimiento social y legal del lesbianismo"*, aludiendo al reconocimiento de los derechos a la salud sexual y reproductiva y a la perspectiva de género.

⁸³ “Tuvieron que pasar diez años, pero finalmente la Argentina firmó sin reservas el consenso latinoamericano que reafirma el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo –conocido como El Cairo + 10, que afirma el derecho a la salud sexual y reproductiva como un asunto de ciudadanía. Que Estados Unidos también haya sumado su firma fue una sorpresa que se festejó como un triunfo”. Ver: Página 12 del 9 de julio de 2004 “Romper el bloque”. Disponible en:<https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-1322-2004-07-09.html> (consultado el 21 de agosto de 2018). La delegación argentina a dichos eventos estuvo encabezada por Juliana Di Tullio de la Cancillería y Graciela Grosso Vice ministra de Salud, por el Gobierno Argentino e integrada por muchas de las activistas que seríamos fundadoras de la Campaña por el derecho al aborto legal seguro y gratuito, en representación de la sociedad civil.

⁸⁴ La negrita es nuestra

El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado.

El Comité recomienda además que se reexaminen periódicamente las leyes y las políticas en materia de planificación familiar. La mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención”.⁸⁵

En el año 2000, el mismo Comité al interpretar el artículo 6.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, instó a los Estados a informar sobre cualquier medida adoptada por el Estado para ayudar a las mujeres a prevenir embarazos no deseados y asegurar que no tengan que someterse a abortos clandestinos que pongan en riesgo su vida⁸⁶

-Recomendaciones finales del CEDAW a la Argentina, 2004:

Después de interrogar a

Argentina en 2002 y 2004 por elevadas tasas de aborto y mortalidad y de reitera su preocupación vuelve a recomendar: *“El Comité insta al Estado Parte a que vele por asegurar que en el momento actual se garantice a las mujeres y las adolescentes el acceso a los servicios de salud, en particular de salud reproductiva y sexual. Exhorta al Estado Parte a asegurar que en todas las escuelas se imparta educación en materia de salud sexual y reproductiva. Asimismo insta al Estado Parte a que tome todas las medidas necesarias para reducir la elevada tasa de mortalidad materna”* (parr. 381).

-Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2013⁸⁷: Sostiene que la penalización del aborto impacta negativamente en el acceso a los abortos legales.

⁸⁵ CDH. Observaciones finales a la Argentina, 03/11/2000 (CCPR/CO/70/ARG), párr. 14. El resaltado es nuestro.

⁸⁶ CDH. Observación General N° 28 sobre “La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)”. Parr. 10.

⁸⁷ “Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de Febrero de 2013.

-Recomendaciones finales del Comité CEDAW a Argentina, 2010⁸⁸: Al referirse al derecho a la salud dice: *“El Comité, si bien aprecia la creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, de ámbito nacional, y la publicación, en el marco de ese programa, de la “Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles” destinada a clarificar algunos aspectos del artículo 86 del Código Penal, observa que el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva sigue constituyendo un grave problema para las mujeres argentinas. El Comité expresa además su preocupación por la elevada tasa de embarazos entre las adolescentes y la elevada tasa de mortalidad materna, que en una tercera parte tiene como causa el aborto ilegal”.*

“El Comité insta al Estado parte a que asegure el acceso de las mujeres y las adolescentes a los servicios de salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva, y a que vele por que se imparta educación sobre la salud sexual y reproductiva en todas las escuelas a todos los niveles, según corresponda. El Comité insta también al Estado parte a que adopte todas las medidas necesarias para reducir aún más la elevada tasa de mortalidad materna. El Comité insta además al Estado parte a que revise la legislación vigente que penaliza el aborto, que tiene graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres. El Estado parte debe asegurarse de que la “Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles”, se aplique en todo el país de manera uniforme de modo que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir el embarazo”⁸⁹.

-Recomendaciones del CDN a la Argentina, 2010⁹⁰: Entre otras cuestiones **se recomienda al Estado que:**

“c) Realice un estudio de los factores determinantes del elevado porcentaje y las tasas estables de mortalidad materna y neonatal, y trate urgentemente de eliminarlos;

⁸⁸ CEDAW/C/ARG/CO/6, 16 de agosto de 2010, párr. 37 y 38

⁸⁹ CEDAW//C/ARG/CO/6, 16 de agosto de 2010. Párrs. 37 y 38.

⁹⁰ Examen del **Comité de Derechos del Niño/a** del 21 de junio de 2010, sobre informes presentados por **Argentina**.

d) **Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que 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;**

e) **Enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal.** “

-Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2016⁹¹. Además de expresar su preocupación por la falta de implementación de abortos legales, el Comité remite directamente al caso de “Belén”, y exhorta al Estado a “*revisar el caso a la luz de los estándares internacionales en la materia, con miras a su inmediata liberación*”⁹².

-Recomendaciones finales del CEDAW, 2016⁹³. En su última evaluación a Argentina, el pasado noviembre de 2016, se refirió a las maternidades forzadas de las niñas, que generalmente, son el resultado de abusos sexuales por parte de varones de la familia o cercanos en particular e instó al Estado argentino a asegurar el acceso al aborto legal y servicios pos aborto en condiciones seguras. En Educación, el Comité recomienda al gobierno **cumplir la Ley de Educación Sexual Integral e introducir esta enseñanza en el curriculum regular, entrenar a docentes** para brindar esta enseñanza en todo el ciclo educativo y promover comportamientos sexuales responsables que prevengan del embarazo en la adolescencia y las infecciones de transmisión sexual. En Salud, el informe reitera la recomendación anterior sobre disminuir la mortalidad materna garantizando el acceso a servicios de salud apropiados, la atención de emergencia obstétrica y otros factores que impactan en la misma. También **recomienda que se implemente en todo el país la Interrupción Legal del Embarazo en base al Protocolo aprobado**

⁹¹ CDH/ARG. Quinta Evaluación Periódica del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina. CCPR/C/ARG/CO/5, 15 de julio de 2016.

⁹² ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, Párrafo 11 CCPR/C/ARG/CO/5

⁹³ Comité CEDAW, Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/7, 18 de noviembre de 2016. Párrafo 33.c.

por el Ministerio de Salud de la Nación en cumplimiento del Fallo de la CSJN de 2012 y exhorta a que se garantice el acceso al aborto legal y seguro a las mujeres en casos de violación o riesgo para la salud o la vida, así como la atención post aborto. A su vez, pide que el estado controle la justificación de los profesionales con la objeción de conciencia. Por último, **exhorta a acelerar la adopción de una ley para ampliar el acceso a la interrupción del embarazo no solo en casos de violación o riesgo para la salud o la vida.**

IV.2.d. Casos y fallos internacionales relevantes

-Caso “*LMR c. Argentina*”⁹⁴

En abril de 2011 el Comité de Derechos Humanos condenó a Argentina en el caso de “LMR” por la injerencia ilegítima de la justicia en la vida de la niña con discapacidad violada de Guernica, que judicializó su derecho al aborto, expulsándola del sistema de salud público hacia el circuito clandestino para interrumpir su embarazo, poniendo en riesgo su vida y su salud. El Comité encontró una violación por parte del Estado a los derechos de la mujer a ser libre de trato cruel, inhumano y degradante y tortura, a la privacidad y al acceso a la justicia. Finalmente el Estado Nacional reconoció su responsabilidad internacional. En 2014 tuvo lugar un acto de desagravio y en 2015 LMR fue indemnizada⁹⁵. Sin embargo, las condiciones que generaron que este caso llegara hasta conocimiento del Comité de Derechos Humanos aún no se han modificado⁹⁶.

⁹⁴ Comité de Derechos Humanos, “L.M.R. vs Argentina”, CCPR/C/101/D/1608/2007.

⁹⁵ Ver: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-261711-2014-12-11.html> y <https://insgenar.wordpress.com/2014/12/11/pedido-de-perdon-a-lmr/>

⁹⁶ Ver Informe de Argentina al Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Las Mujeres (CEDAW), 2016. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_-CEDAW_NGO_ARG_25467_S.pdf

- Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia⁹⁷

En este fallo la Corte Constitucional de Colombia analiza pormenorizadamente el juego de los tratados internacionales y del sistema interamericanos en materia de derechos humanos en relación a la inconstitucionalidad de la prohibición de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo y la legislación penal en materia de aborto. Sus conclusiones pueden aplicarse al caso argentino dada la identidad de los tratados que integran ambos bloques de constitucionalidad.

Resalta la Corte Colombiana que: *“Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”*.

“El fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida”⁹⁸.

Después de recalcar que la Convención sobre los Derechos del Niño *“no con-
signa expresamente que el nasciturus sea una persona humana”* analiza que *“El Sis-
tema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece
de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en*

⁹⁷ Bogotá, 10 de mayo de 2006. En la Acción pública de inconstitucionalidad de ROA LÓPEZ, Mónica del Pilar y otros contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm> (consultada el 9 de diciembre de 2018). Comentada en CIDH. Informe “Estándares jurídicos vinculados a las igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación” (2011).

⁹⁸ *“Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”*.
“La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres”.

el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “en general” utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción”.

Extensamente analiza los derechos sexuales y reproductivos, en relación con el derecho a la intimidad, el derecho a la educación y a la autodeterminación reproductiva en el marco de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención de Belem do Pará y el Estatuto de Roma, en la comprensión de la necesidad de una interpretación armónica⁹⁹.

“La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en cier-

⁹⁹ De todo ello concluye: *“De las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio”.*

tos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”¹⁰⁰.

“La criminalización del aborto viola el derecho a la no discriminación de las mujeres al menos por tres razones: Primero, porque se penaliza ciertos procedimientos médicos que sólo se aplican a las mujeres, lo que les impide acceder a servicios de salud en igualdad de condiciones. Segundo, porque se discrimina a las mujeres de bajos ingresos quienes de acuerdo con estadísticas son las que con mayor frecuencia se han visto abocadas a practicarse clandestinamente un aborto en condiciones sépticas inferiores a diferencia de las mujeres de ingresos superiores que pueden costear un servicio igualmente clandestino pero de mejor calidad sanitaria y técnica. Tercero, porque la población más vulnerable y discriminada a causa de la ilegalidad del aborto es la de mujeres jóvenes y niñas”(…)“las normas demandadas violan el principio constitucional de la dignidad de la mujer en la medida en que, a través de una amenaza penal, se le impone llevar a cabo una gestión no deseada, y con ello, se cosifica e identifica como vientre desligado de la conciencia”

IV.2.e. La CSJN en la recepción de la interpretación de los tratados

¹⁰⁰ *“Las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros”.*

“En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección. Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible”.

“...si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.”

“La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos...”.

-Caso “T.S”¹⁰¹. En este caso la Corte trató el eufemísticamente llamado “adelantamiento del parto” en el caso de un feto anacefálico, autorizándolo en protección del derecho a la salud de la mujer embarazada¹⁰².

-Caso “F.A.L”¹⁰³. Con el fin de terminar con la práctica de judicializar, entorpecer y/o demorar el derecho al acceso a la interrupción legal del embarazo, la CSJN estableció el alcance de los permisos y reafirmó el derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos en todas las circunstancias permitidas por la ley, cuando su vida o su salud están en peligro o cuando el embarazo es producto de una violación sexual, sin importar la capacidad intelectual o psico-social de la mujer. La Corte convocó a los poderes judiciales de todas las jurisdicciones a que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos legales. Y finalmente, exhortó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para remover todas las barreras que limitan el acceso a los servicios médicos y estableció diversas pautas que los protocolos deben contemplar¹⁰⁴.

Sin embargo a la fecha, sólo diez de las 24 jurisdicciones poseen protocolos de atención de los “abortos no punibles” o “interrupción legal del embarazo” (ILE) que ad-

¹⁰¹ CSJN. “**T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires S/ Amparo**”. Buenos Aires, Enero, 11 de 2001. Magistrados: Eduardo Moliné O’Connor, Julio S. Nazareno (disidencia), Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Guillermo A. F. López, Antonio Boggiano, Gustavo A. Bossert (por su voto)

¹⁰² Dijo la CSJN: “*No cabe suponer que la preservación de la vida imponga la postergación artificiosa del nacimiento, para prolongar la única supervivencia que le es relativamente asegurada: la intrauterina. Aún esa postergación de ser factible- llegaría inevitablemente a un fin, pues terminado el ciclo natural, el niño debe ser expulsado del útero materno, proceso irreversible de la subsistencia de la especie humana*”. “*Que, en esas condiciones, coexiste la frágil e incierta vida intrauterina del nasciturus, con el sufrimiento psicológico de su madre y de su familia entera, que ve progresivamente deteriorada su convivencia en función de un acontecimiento dramático, que se extiende y agrava si dar margen par ala elaboración del duelo (ver informe psicológico de fs. 12/14, valorado con las limitaciones que se expresar en la sentencia recurrida)*”.

¹⁰³ CSJN. **F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva**. del 13 de Marzo de 2012. F. 259. XLVI. Magistrados: RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).Id SAIJ: FA12000021. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--medida-autosatisfactiva-fa12000021-2012-03-13/123456789-120-0002-1ots-eupmocsollaf>(consultado el 21 de agosto de 2018).

¹⁰⁴ Ver Informe ONGs Sociedad civil a CEDAW, 2016. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_CEDAW_NGO_ARG_25467_S.pdf e Informe del Estado argentino, 1/11/2016. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_CEDAW_STA_ARG_25761_S.pdf

hieren al protocolo nacional o se corresponden, en buena medida, con los lineamientos fijados por el tribunal¹⁰⁵. Otras seis dictaron protocolos que incluyen requisitos que dificultan, en vez de facilitar, el acceso de mujeres a servicios de aborto seguro y a los cuales tiene derecho acceder¹⁰⁶, y por último, ocho jurisdicciones no han dictado protocolo alguno¹⁰⁷

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto surge con claridad que no existe en el bloque de constitucionalidad ningún óbice a la legalización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en su más amplia expresión. Que si bien el valor vida humana es objeto de protección, éste no es un valor absoluto y que debe distinguírse del derecho a la vida que sólo es imaginable en la medida en que hay persona a quien poder atribuirlo.

Que ha habido una evolución lenta pero consistente tanto por parte de los organismos internacionales como de nuestra Corte Suprema y de otros altos tribunales de la región en el sentido de interpretar los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de manera dinámica y armónica, cada vez con una mayor perspectiva de género.

Así, el avance del “soft law” en la materia impulsado por el movimiento global de mujeres y la creciente incorporación de los derechos de las mujeres -especialmente en orden a la no discriminación, el respeto a su salud física y psíquica, su privacidad y su proyecto de vida- en la interpretación de los órganos de tratados han llevado a sostener la necesidad de modificar las legislaciones exigiendo la despenalización en todos los casos, la legalización en muchos y la garantía del acceso a la información y los servicios de calidad pre y post aborto sin discriminación y sin obstáculos.

¹⁰⁵ Chaco, Chubut, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe -aunque hubo amparos para tratar de que no se aplicara-, Salta y Tierra del Fuego.

¹⁰⁶ Ciudad de Buenos Aires - judicializada su inconstitucionalidad el TSJ de CABA falló en contra del sentido del fallo de la CSJN- , Córdoba, La Pampa, Neuquén, Río Negro y Provincia de Buenos Aires.

¹⁰⁷ Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán

No hay barreras jurídicas constitucionales que el Congreso pueda esgrimir. Por el contrario, hay una deuda pendiente con la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres que debe ser saldada a la brevedad.