

# El aborto no punible es una cuestión de derechos humanos y de clases de humanas

Soledad Deza

*Abogada. Directora del Centro de Estudios de Género de la Universidad San Pablo T de Tucumán.*

**Resumen:** El acceso al aborto no punible es un derecho humano de las mujeres. Interpela directamente los mandatos culturales de maternidad que se arraigan en la sociedad. Por lo mismo, despierta opiniones encontradas que deben ceder ante el consenso moral que precede a la legalidad.

**Palabras claves:** aborto, derecho a la vida, derecho a la salud, libertad reproductiva, objeción de conciencia.

**Abstract:** Access to legal abortion is a human right of women. It challenges directly maternity cultural mandates that are rooted in society. For this reason, awakens conflicting opinions must yield to the moral consensus that precedes the law.

**Key words:** abortion, right to life, right to health, reproductive freedom, conscientious objection.

**Resumo:** Acesso ao aborto legal é um direito humano das mulheres. Desafia diretamente maternidade mandatos culturais que estão enraizados na sociedade. Por este motivo, desperta opiniões conflitantes deve ceder ao consenso moral que precede a lei.

**Palavras chave:** aborto, direito à vida, direito à saúde, liberdade reprodutiva, objeção de consciência.

## Introducción:

Esta es una respuesta al artículo publicado en el número anterior<sup>1</sup>. El imaginario social que rodea al aborto es disímil. Incluye un sinfín de posiciones que van desde el reconocimiento “luminoso”<sup>2</sup> de derechos para el feto, hasta la “oscuridad” total de los derechos de la gestante. Y viceversa. Pero la verdad de los hechos es que abortar en los casos permitidos por la ley, no es fácil en este país donde se censura a quien rechaza el rol que sociedad le ha pensado como “natural” a la mujer, importándole poco o nada si en el camino muere o si el embarazo ha sido forzado. La maternidad no es natural, es social.

Referirse como “madre” a quien decide interrumpir un embarazo, encierra una contradicción, pero además visibiliza una ideología que la precede. En primer lugar, porque confunde (en sentido de apreciación errada y también en el sentido de unir dos conceptos o ideas distintos en una sola) un término relacional con una situación corporal, más precisamente sexual. Embarazo y maternidad no son sinónimos. Madre se es de un hijo/a y establecer la filiación es posible luego de que una persona nace. Quien solicita un aborto no punible está justamente rechazando la maternidad. Lo correcto es hablar de “mujer”.

Desde 1921 los embarazos riesgosos para la mujer o producto de una violación, pueden ser interrumpidos. Este derecho precisa de atención sanitaria para su goce y “el Estado, como garante de la administración de la salud pública”, debe tenerlo

disponible para toda niña, adolescentes y mujer argentina en forma “permanente, cómoda, inmediata e higiénica”. Médicos/as del sector público de la salud -como agentes del Estado- tienen obligación de brindar atención sanitaria a la mujer, de no “obstaculizar” y de no “crear barreras” para el acceso a este derecho<sup>3</sup>.

Desde ciertos sectores políticos se pregona la inmoralidad del deseo de no ser madre, la inmoralidad del aborto. Sin embargo, no es cierto que en términos morales, el aborto no encuadre. La moral corresponde al ámbito interno del médico/a y de hecho Engelhardt<sup>4</sup> sostiene que formamos una comunidad de amigos y extraños morales donde sólo podemos estar de acuerdo en que existen muy pocas cosas en las que podemos estar de acuerdo. Díaz Amado<sup>5</sup> refiere que dado que el contenido de una moral establecida no es compartido por todos, para el ámbito de las cuestiones públicas sólo contamos con la vía formal, procedimental, para resolver los dilemas morales que se presentan en el seno de nuestra sociedad plural y que toca a los individuos resolver entre ellos como personas o agentes morales tales dilemas. Esto lo pueden lograr en tanto se den cuenta que las afirmaciones deducidas de un particular contenido moral deben ser “convertidas” en argumentos para que puedan ser captados por quienes no aceptan o entienden dicho contenido. Este autor sostiene que “Las convicciones con contenido sólo funcionan sin necesidad de justificación al interior de un mundo moral privado que, al preten-

der funcionar igual en el ámbito general plural sólo pueden lograrlo incurriendo en heteronomía, que no es propiamente el ideal que perseguimos hoy en el terreno de lo moral". Respecto del carácter "moral" del concepto de persona, Ferrajoli<sup>6</sup> advierte que el principio laico y liberal de la separación entre derecho y moral indica que la cuestión de si el feto es o no persona será "una cuestión moral que admite soluciones diversas y opinables y no puede ser resuelta por el derecho privilegiando una determinada tesis moral (...) imponiéndola a todos y por tanto obligando a las mujeres que no la comparten a sufrir las dramáticas consecuencias". Argentina es un Estado laico aunque no siempre se comporte como tal y "sostener" económicamente el culto católico (art. 2 de la Constitución Nacional) no convierte a la religión católica en oficial (existen otros 1.200 cultos inscriptos y reconocidos como tales). Esto es importante para dejar aclarado que el consenso moral que ha primado para el caso de abortos no punibles se logró en 1921 cuando se despenalizó la interrupción de gestaciones riesgosas para la mujer o producto de violaciones. No es verdad entonces que no hay consenso moral. El consenso está vigente.

### **Derechos Humanos implicados en el campo del derecho no-reproductivo**

Hablar de derecho a la no-reproducción humana con enfoque de género y haciendo pivot en esta categoría, significa indefectiblemente hablar de al menos doce derechos fundamentales que se complementan<sup>7</sup>: Derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a la seguridad e integridad personal, derecho a la no discriminación, derecho al goce de los adelantos tecnológicos, derecho a la libertad, derecho a la intimidad, derecho a la dignidad, derecho a no sufrir tratos crueles, humanos y degradantes, derecho al plan de vida, derecho a la libertad de conciencia y derecho a la información.

Por una cuestión de límite de espacio editorial, sólo se abordarán alguno de estos derechos y más precisamente los que mayor tensión generan con el aborto.

a) El acceso de acceder a la atención sanitaria de la mujer<sup>8</sup>: El derecho a la salud y a la atención médica está reconocido en un gran número de tratados internacionales. La facultad de la mujer que cursa una gestación riesgosa o que es producto de violación para interrumpirla, precisa de información puntual y de una práctica médica concreta para el goce de este derecho. Si la criminalización del aborto no convence de parir, resulta altamente improbable que la resistencia del sector médico evidenciada

en la creación de barreras para la práctica logre intervenir esta realidad autónoma y opere como disuasión. Mas bien promoverá la clandestinización del aborto y el incremento de la morbimortalidad materna, con las responsabilidades<sup>9</sup> que la Corte les recuerda a los/as profesionales de la salud deberán cargar. La Recomendación N°24 del Comité de la CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women ó Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres), señala la obligación de los Estados de respetar el acceso de la mujer a los servicios médicos y de abstenerse de "poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud"<sup>10</sup>. "El Comité de la CEDAW explica que "el acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza con obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones."<sup>11</sup>

b) El derecho a la vida se protege "en general" desde la concepción: Tampoco es verdad que Argentina sea un país "antiabortista"<sup>12</sup>, la legalidad de los abortos para embarazos riesgosos o producto de una violación son una muestra de ello. No es verdad que la normativa internacional de Derechos Humanos vigente indique la incompatibilidad del aborto con la protección del feto. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>13</sup> es el único instrumento internacional de derechos humanos que posibilita la aplicación del derecho a la vida desde el momento de la concepción, aunque no de manera absoluta<sup>14</sup>. Protege el derecho a la vida en general, desde el momento de la concepción y la Comisión encontró que la redacción del derecho a la vida en el artículo 4 había sido muy consciente y que la intención de los fundadores de la convención al incluir la cláusula "en general" había sido precisamente la de permitir que existiera legislación doméstica no restrictiva respecto al aborto. En forma expresa: "se reconoció durante la sesión de redacción en San José que esta frase dejaba abierta la posibilidad que los Estados Parte a una futura convención podrían incluir en su legislación local "los más diversos casos de aborto", refiriéndose a la posibilidad de que algunos países podrían incluir el aborto legal bajo este artículo. La Comisión procedió a corregir la lectura selectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hecha por los peticionarios: Queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios es incorrecta y que la adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción"

no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” contenidas en el artículo 4 “deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares”<sup>15</sup>.

El fallo “Artavia Murillo”<sup>16</sup>, dictado en el año 2012, es elocuente en el examen de los alcances de este artículo en el mismo sentido que el referenciado. A todo evento, aún para las posiciones que se muestran antagónicas con el aborto no punible, corresponde aclarar que en el fallo FAL, la Corte ya ponderó esta tensión de derechos pronunciándose a favor de la protección de los derechos de la mujer por sobre los del feto.

c) La objeción de conciencia no es un derecho, profesar libremente un culto sí: El art. 2 inciso b) de la ley N° 26.529 de los derechos de los pacientes, veda al profesional de la salud de la posibilidad de exportar fuera de su conciencia a sus creencias a su paciente, calificando de trato “indigno y respetuoso” a quien así lo hiciera. Y el inciso e) del mismo artículo le obliga a brindar información sanitaria a la paciente.

A la interrogación sobre dónde quedan los objetores de conciencia ante el aborto no punible, corresponde responder el art. 14 de la CN protege el derecho a profesar libremente, sin interferencias del Estado, el propio culto, creencia o religión. No existe un derecho a la objeción en las leyes, ni en la constitución, su creación es jurisprudencial y para casos concretos. Esta situación de privilegio ha tenido como antecedentes la negativa a prestar servicio militar oportunidad en la cual, denegado formalmente el derecho a objetar, se ha permitido solamente porque estar en tiempo de paz que el peticionante no cargue armas y cumpla un derecho sustitutivo<sup>17</sup>. También se ha negado la objeción de conciencia de un matrimonio católico que solicitó se inscribiera en su partida que su vínculo era indisoluble, luego de dictada la ley de divorcio diciendo la pareja que ello afectaba su libertad de culto y conciencia. La CSJN negó expresamente que proceda la objeción aclarando que somos un estado laico y que la mera colisión de normas civiles con normas católicas no autoriza una situación de excepción ni es capaz de afectar la profesión libre de un culto o religión determinada<sup>18</sup>. En el caso de transfusiones, se ha autorizado la objeción a recibir tratamiento médico, pero

como ejercicio de la autonomía y reconociendo que no afecta a terceros<sup>19</sup>.

La Corte en fallo FAL refiere a la objeción de conciencia en materia de aborto no punible y establece que no podrá traducirse en barreras que impidan o dilaten el aborto en casos permitidos. Si bien habla de la posibilidad de médicos/as del sector público de la salud para objetar de conciencia por motivos religiosos sinceros esta práctica, condiciona la misma a que se encuentre efectivamente disponible para las pacientes en forma “permanente e inmediata”. Esto obliga al Director del Hospital a conocer cuáles son efectivamente sus recursos humanos disponibles para la permanencia e inmediatez que exige el Máximo Tribunal en el acceso. A los/as Jefes/as de Servicio obliga a organizar su Servicio para contar con profesionales de la salud no objetores/as a toda hora, dado que es responsabilidad de la Jefatura el funcionamiento correcto. Al Estado le permite ejercitar el *ius variandi* como empleador (potestad de cambiar las condiciones de trabajo cuando circunstancias excepcionales así lo exigen) y en su caso, reorganizar los Servicios de Salud, redistribuir los recursos humanos y tareas. No parece posible que un Hospital que tenga una planta en su mayoría de objetores/as, pueda garantizar de forma permanente e inmediata el acceso al aborto no punible. Tampoco parece justo que un sector de la planta de empleados/as (los/as no objetores/as) vea sobrecargada su tarea por cuestiones de conciencias ajenas, ante lo cual correspondería entonces, una redistribución de funciones y tareas asignadas de manera que no se resienta la prestación del servicio.

Pero antes que ello corresponde despejar dudas acerca de qué prácticas podrían objetarse de conciencia. En los términos en que se ha diseñado la objeción de conciencia, la misma debe impedir que se profese un culto por lo cual alcanzaría sólo aquella acción en la que el/la médico/a sea agente del aborto. No es agente moral del aborto cuando informa sobre alternativas terapéuticas a una paciente que le requiere un aborto, no lo es cuando indica un aborto medicamentoso ya que la agente del aborto es la mujer (compra y toma la pastilla de misoprostol), tampoco cuando atiende situaciones post-aborto donde el aborto llega incompleto o séptico desde la clandestinidad. O sea estos casos, jamás podrían ser prácticas susceptibles de impedir al profesional de la salud su libertad de culto o creencia.

Podría ser distinto el caso del legrado o el a.m.e.u, (aspiración manual enoduterina o método de succión). Siendo el aborto no punible un derecho

vigente desde 1921 y donde la atención sanitaria del sector público es principalmente para mujeres de sectores desaventajados con escasez de recursos simbólicos y materiales y por sobre todo, teniendo en cuenta que el Estado ha asumido la obligación de que la práctica de aborto no punible este disponible en todo el sector público de la salud, deberá el/la médico/a pensar si podrá cumplir con las tareas a su cargo o no. Siguiendo este razonamiento: ¿Puede una persona que tiene contractualmente la obligación de brindar asistencia sanitaria negarse a cumplir su tarea argumentando que una parte de las prácticas afectan su religión? ¿Podría un adventista solicitar al dueño del establecimiento comercial para quien trabaja que abra las puertas luego de las 17 horas porque le afecta su conciencia? ¿Podría un judío declinar su obligación de trabajar los sábados porque se afecta su conciencia? ¿Podría un marxista que trabaja en un registro de la propiedad negarse a inscribir asientos de compra o venta porque afecta sus creencias?<sup>20</sup> ¿Podría un juez católico negarse a dictar sentencias de divorcio porque afecta su conciencia sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial? ¿Podría un juez de paz negarse a inscribir la adopción homoparental de un/a niño/a porque afecta severamente la libertad religiosa? Y es que la objeción de conciencia implica un privilegio o excepción reconocida a quien sinceramente<sup>21</sup> acredita que cumplir un deber u obligación le impide profesar libremente su culto. ¿Dónde queda entonces el/la objetor/a en la salud pública? Si supera el test de autenticidad, no resiente la atención sanitaria y no afecte los derechos de su paciente, quedará en el lugar que se le reconozca formalmente a cada caso.

Pero es irrelevante en una relación asimétrica de poder preguntarse por la libertad de la parte fuerte. ¿Dónde queda la mujer violada o cuya vida está en riesgo si un/a médico/a antepone su conciencia por sobre la obligación de atención sanitaria?

**Conclusiones:** El contexto lo es todo cuando de análisis de libertades se habla. Un contexto de desigualdad estructural obliga a replantear los valores que como sociedad protegemos. La paciente del Hospital es la que sufre el mal trato de quienes al incumplir su obligación de no afectar con sus creencias a las creencias de la paciente, la censuran moralmente. La paciente del Hospital es que la que verá afectada su autonomía ante el cuestionamiento ilegal que médicos/as hagan de las decisiones que tienen que ver con el diseño de su propia biografía. A la paciente del Hospital se le pedirán acciones supereroga-

torias como gestar el fruto de la violación. Las otras pacientes, las del consultorio, las que cuentan con recursos simbólicos que le suben la voz a sus deseos (o la bajan si es necesario que solo sea un rumor el aborto) y con recursos materiales que hacen más atendibles sus elecciones, esas mujeres abortarán en silencio y en paz.

El aborto no punible es una cuestión de derechos humanos, pero por sobre todo, el aborto no punible es una cuestión de clase social. Aunque algunos/as acepten este doble estándar de moral, todos y todas deberían rechazar un doble estándar en salud.

Por lo antedicho consideramos que el aborto no punible es una cuestión de derechos humanos y de clases de humanas.

### Bibliografía

1. A propósito del artículo en esta Revista titulado "Aborto no punible". Autor: Dr. Jorge Manrique.
2. Galeotti, Giulia (2004) "Historia del Aborto", Ed. Nueva Visión. Bs As p. 57. En el siglo XVIII se ubica para Galeotti el momento en el que el feto es por primera vez mostrado a la sociedad. Con esta idea, la autora responsabiliza a los adelantos científicos del iluminismo de haber puesto luz en el vientre de la mujer. En 1774 mediante la publicación del primer Atlas Anatómico de cuerpos gravidos por William Hunter, luego con el desplazamiento de las comadronas del parto como algo de mujeres por el "obstetra" y en lo sucesivo con la invención del etoscopio, los rayos x y finalmente en la década del 60 del siglo XX con la invención del ecógrafo. Señala esta autora que los adelantos científicos llevaron paulatinamente a que "la futura madre fuera volviéndose mujer pública".
3. CSJN en Fallo FAL del 13/3/2012
4. Engelhardt T. Los fundamentos de la bioética. 1ª ed. Barcelona: Paidós; 1995. Este autor indica que "que contrastar la moralidad dotada de contenido con la moralidad de procedimiento en la que las persona imprimen a sus esfuerzos colectivos la autoridad moral de su consentimiento, pero no encuentran otras señales morales que les sirvan de guía que todos puedan compartir. [...] Amigos morales" son los que comparten una moralidad dotada de contenido y pueden así resolver sus disputas morales mediante argumentos racionales bien fundados o apelando a una autoridad moral reconocida por todos, cuya jurisdicción todos aceptan que procede de una fuente distinta al mutuo acuerdo. Los "extraños morales" tienen que resolver sus desacuerdos morales por mutuo acuerdo, ya que no comparten una visión moral que les permita encontrar soluciones dotadas de contenido en las controversias morales." P. 455
5. Diaz Amado, Eduardo (2002) "De moralidad y eticidad, dos dimensiones para la bioética" Acta Bioética 2002; año VIII, n° 1. p 13
6. Ferrajoli, Luigi en "La cuestión del embrión entre derecho y moral"
7. IIDH (2008) "Los Derechos Reproductivos son humanos" Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica
8. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) indica en su artículo 12. La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), artículo 12. El artículo 24(d) de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Protocolo de San Salvador, artículo 10, entre otros.
9. CSJN en fallo FAL. Considerando N° 22, entre otros.
10. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "Recomendación general No. 24, La mujer y la salud (artículo 12)," UN. Doc. A/54/38/Rev.1, 1999, párrafo 14.
11. Ibid., párrafo 14.
12. Suponiendo que el Dr. Manrique indique con este término que existe prohibición total de abortar o bien, que Argentina proteja la vida desde la concepción de forma absoluta.
13. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1.948 no incluye esta referencia al concebido, por lo cual en 1.981 se solicitó se analice si las disposiciones relativas al derecho a la vida contenidas en estos documentos para ver si eran compatibles con el derecho de la mujer a abortar. La Comisión concluyó que si lo eran en el caso es conocido como el caso "Baby Boy".
14. CADH, artículo 4. El artículo en cuestión señala: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."
15. Ibid., párrafo 14(c).
16. CIDH "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" disponible en <http://www.csjn.gov.ar/data/cidhfa.pdf>
17. CSJN en CASO "Portillo".
18. CSJN en CASO "Sisto Verónica Eva".
19. CSJN en CASO "Albarracini" y "Bahamondez"
20. Agradezco a Mariela Puga el ejemplo.
21. No podría objetar de conciencia argumentando motivos religiosos un médico/a divorciado/a, que viva en concubinato, que sea homosexual. Tampoco podría objetar la práctica del aborto quien recete viagra o haga fertilizaciones asistidas. En fin, debe haber autenticidad en la práctica religiosa y la línea de conducta que se pretende preservar.