

Jaque a la Reina

Jaque a la Reina

Salud, Autonomía y Libertad
Reproductiva en Tucumán



Soledad Deza
Mariana Alvarez
Alejandra Iriarte

 **Cienflores** *Editorial*


Católicas por el
Derecho a Decidir
Argentina

Deza, Soledad

Jaque a la reina : salud, autonomía y libertad reproductiva en Tucumán / Soledad Deza ; Alejandra Iriarte ; Mariana Soledad Alvarez ; con prólogo de Vanesa Vazquez Laba y Nelly Minyersky. - 2a ed. - Ituzaingó : Cienflores; Córdoba: Católicas por el Derecho a Decidir, 2014.

356 p. ; 21x14 cm. - (Biblioteca 8 de Marzo)

ISBN 978-987-29293-8-1

1. Estudios de Genero. 2. Sociología Jurídica. I. Iriarte, Alejandra II. Alvarez, Mariana Soledad III. Vazquez Laba, Vanesa , prolog. IV. Minyersky, Nelly, prolog. V. Título
CDD 306.4

Editorial Cienflores

Lavalle 252 (B1714FXB), Ituzaingó, Provincia de Buenos Aires.

Tel: +54-011-2063-7822 / email: editorialcienflores@gmail.com

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

Editores responsables: Maximiliano Thibaut y Pablo de los Santos.

Fotos de tapa: Juan Augusto Girón.

Corrección: Belén Spinetta.

Impreso en la Argentina

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito de los editores.

Tirada: 1500 ejemplares

Índice

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN. <i>INJUSTICIA REPRODUCTIVA.</i> <i>Vanesa Vázquez Laba</i>	XIII
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN. <i>Nelly Minyersky</i>	XXI
LA AUSENCIA DE LEGISLACIÓN COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN A LA MUJER. MARCO NORMATIVO SOBRE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA. <i>Alejandra Iriarte</i>	1
1. Introducción	1
2. Relevamiento de la legislación.	2
2. a) Legislación Nacional sobre salud sexual y reproductiva.....	2
2. b) Legislación Provincial sobre salud sexual y reproductiva.....	2
3. Situación específica de discriminación.....	4
3. a) El vacío normativo como situación de discriminación a la mujer	4
3. b) Distinción injustificada. Test de razonabilidad.....	6
3. b) I. Trato diferencial por razones de sexo	6
3. b) II. Justificación del trato diferencial.....	8

4. Responsabilidad internacional del Estado argentino.....	13
--	----

ESTÁNDARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS REFERIDOS A LA PERSECUCIÓN PENAL DEL ABORTO. Mariana Soledad Alvarez.....	17
---	-----------

1. Introducción	17
-----------------------	----

2. La Criminalización de la práctica del Aborto y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular con relación a Argentina.....	29
---	----

3. Sistema Universal	35
----------------------------	----

4. El Comité de Derechos Humanos (CDH)	36
--	----

5. Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)	39
--	----

6. El Comité de la Convención de Derechos del Niño (CRC) ...	42
--	----

7. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ICESCR).....	43
--	----

8. El Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CCT)	45
--	----

9. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ICRPD).....	46
---	----

10. Mecanismos Extra Convencionales	46
---	----

10. a) Informes del Relator Especial para el Derecho a la Salud	47
--	----

10. b) Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados.....	52
---	----

10. c) Informe del Relator especial sobre la tortura y otros tra- tos crueles, inhumanos y degradantes	53
---	----

ÍNDICE	VII
11. Examen Periódico Universal (EPU).....	55
12. Sistema Regional Interamericano.....	56
13. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).....	58
13. a) Peticiones Individuales: “White y Potter vs EEUU” ...	58
13. b) Medidas Cautelares	59
13. b) I. Caso “Amelia”	59
13. b) II. Caso “B”	60
13. c) Audiencias Temáticas	61
13. d) Informes Temáticos	63
13. e) Informe por País:.....	70
14. MESECVI:.....	71
15. Corte Interamericana(Corte IDH).....	74
15. a) Medidas Provisionales:.....	74
15. a) I. Caso “B”	74
15. a) II. “La extrema gravedad”	75
15. a) III. “La urgencia”	75
15. b) Caso Contencioso.....	78
16. Interpretación Sistemática e Histórica de la CADH.....	79
17. Interpretación sistemática de la Convención Americana y de la Declaración Americana	80

17. a) Sistema Universal de Derechos Humanos.....	81
18. Conclusiones	90
JUDICIALIZACIÓN DEL ABORTO. Alejandra Iriarte	99
1. El enfoque penalizador	99
2. Causas judiciales por aborto en Tucumán.....	103
3. Presentación de resultados.....	105
3. 1) Causas por aborto ingresadas por mesa de entrada penal junto a la variable independiente año de ingreso de la causa 105	
3. 2) Causas por aborto de acuerdo al sexo de la persona de- nunciada	107
3. 3) Causas por aborto de acuerdo a la conducta por la que se radica la denuncia penal	107
3. 4) Instrucción de las causas de aborto	110
3. 5) Jurisprudencia provincial y nacional en materia de abor- to. Una mención al fallo FAL.....	112
4. Injusticias de redistribución y de reconocimiento.....	120
5. ¿La sociedad Tucumana en contra del aborto?.....	124
6. El objetivo: políticas transformativas.....	128
“CASO MARÍA MAGDALENA”: SECRETO MÉDICO, DENUNCIAS Y VIOLENCIAS. Soledad Deza	133
1. Introducción	133
2. Marco legal del secreto médico.....	135

ÍNDICE	IX
2. a) Desde la ética.....	135
2. b) Desde la criminología	135
2. c) Desde el derecho privado	136
2. d) Desde el derecho internacional	138
3. Justificación moral, límites y alcances de la obligación médica de guardar secreto	140
3. a) La regla: guardar secreto.....	140
3. b) La excepción: justa causa de revelación	143
4. Tensión ficticia entre obligación de denunciar y deber de confidencialidad. Bien jurídicamente protegido	147
5. Enfoque de género del derecho a la confidencialidad en situaciones post-aborto.....	155
6. El aporte del Movimiento de Mujeres y la actualidad de la causa María Magdalena	160
7. Las cifras detrás de una confidencialidad degradada.....	166
8. Conclusiones	172
LA FORMA DE CRIMINALIZAR EL ABORTO. QUÉ MUJERES Y QUÉ PROCESOS SE LLEVAN ADELANTE. Mariana Soledad Alvarez.....	175
1. Introducción	175
2. La Instrucción Penal del Aborto en la Jurisdicción Tucumán Capital	180
2. a) Patrones encontrados	182
2. b) Causas Ilegalmente Instruidas: Abortos espontáneos, abor- tos naturales, tentativa de aborto de la mujer: violación	

de principio de legalidad, de inocencia, víctimas de violación del secreto médico, falta de plazo razonable.....	188
2. c). Causas Instruidas que tipifican en la figura del aborto propio (Art. 88 Cód. Penal)	196
2. d) Causas Instruidas por Aborto en Contra de la Voluntad de la Mujer Gestante (Art 85 inc. 1).....	202
2. e) Causas Instruidas contra Terceros por Aborto Provocado con el Consentimiento de la Mujer (art. 85)	203
3. Conclusiones	204
LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO HERRAMIENTA DE MAYORÍAS. Soledad Deza.....	
1. La problemática de la objeción en materia de derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos	213
2. Abordar el discurso de objeción de conciencia y aborto después del fallo F.A.L.....	215
3. Construcción de la objeción de conciencia.....	218
3. a) Discurso legal	218
3. b) La Jurisprudencia, creadora de la “objeción de conciencia”	221
4. Lo que pone en juego el discurso: sexualidad y maternidad	227
5. Objeción de conciencia y aborto en la salud pública: modelo para armar	230
5. a) Poniendo bordes.....	230
5. b) El modelo de objeción “igualitario” de Marcelo Alegre	235

5. c) Enquiciar la objeción es una acción que demanda enfoque de género.....	239
6. La paciente de Hospital	242
6. a) La mujer no-formal	242
6. b) La mujer “Rural”	246
6. c) La mujer “vulnerable”	248
6. d) La mujer “diversa”	250
6. e) La paciente como beneficiaria de “limosna sanitaria”	253
6. f) La mujer “deportada”	255
7. Mecanismo de la objeción en Tucumán	256
7. a) ¿Que argumenta quien objeta? Religión y Moral	256
7. b) ¿Que objeta quien objeta? No toda práctica es objetable	261
7. c) ¿La creencia religiosa puede funcionar como objeción al aborto?	263
7. d) Objeción en el marco de una relación de trabajo	267
8. Conclusión: la clave está en las terceras	271
 TUCUMÁN Y EL ABORTO NO PUNIBLE DESPUÉS DEL FALLO “FAL” (O DE CUANDO LOS PODERES JUEGAN CON LA VIDA, LA SALUD Y LA LIBERTAD DE LAS MUJERES). Mariana Soledad Alvarez.....	
1. Introducción	279
2. Lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el “Fallo FAL”	282

3. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal de Argentina, del 12 de diciembre de 2012	289
4. Las respuestas del Poder Ejecutivo Provincial frente al exhorto de la Corte	291
5. “No enseñarás, no te reunirás, ni difundirás”	296
6. Las respuestas en la Legislatura.....	303
7. ¿Qué dicen los proyectos?.....	307
8. En espera de una respuesta del Poder Judicial	313
8. a) Amparo y medida cautelar.....	314
ANEXO: PROYECTOS LEGISLATIVOS DE MARCELO CAPONIO, SILVIA ELÍAS DE PÉREZ Y JOSÉ LUIS PÁEZ.....	319
Proyecto de Marcelo Caponio (Frente para la Victoria)	319
Capítulo I.....	319
Principios Generales.....	319
Capítulo II	320
Capítulo III.....	321
Capítulo IV.....	323
Capítulo V	324
Disposiciones complementarias	324
Proyecto de Elías de Pérez (UCR) Proy: 62-PL-12	324
Proyecto de José Páez (DC) Proyecto 91-PL-12	328
EPÍLOGO	333

Prólogo a la primera edición

*In*Justicia Reproductiva

Vanesa Vázquez Laba¹

En la Argentina ya no corren sólo tiempos de denuncia, hace una década que se viene transformando la vida de las personas incorporándolas, nada más y nada menos, a un Estado de ampliación de derechos. Las leyes sociales sancionadas para la inclusión de los sectores más vulnerados y relegados de nuestra sociedad ha sido un primer gran paso de un proyecto de país. Ahora, el debate por la democratización de la justicia es la asignatura pendiente que debemos asumir de aquí en adelante para seguir aumentando los márgenes de equidad social.

Jaque a la Reina. Salud, Autonomía y Libertad Reproductiva en Tucumán es un libro que aporta argumentos sólidos a este debate necesario y absolutamente urgente de democratizar la justicia. Es un trabajo que compila investigaciones rigurosas que exponen cuantitativa y cualitativamente la situación de irrespeto que las mujeres tucumanas viven en torno a sus derechos sexuales, a sus derechos reproductivos y a sus derechos no reproductivos.

La falta de políticas en Derechos Humanos; el irrespeto a la vida, la salud y la libertad de las mujeres; el entramado de poderes que se juega desde lo institucional a la hora de disciplinar biopolíticamente los cuerpos; la denuncia de las mujeres violadas que se practican un aborto legal; la judicialización de abortos naturales y espontáneos; la criminalización de mujeres pobres; la objeción de conciencia desnudada en todos los actores estratégicos y polí-

¹ Socióloga (UNSAM-UBA), Investigadora del CO.NI.CET.

ticos de esta realidad y el incumplimiento del secreto médico son algunos de los indicadores suficientes para visibilizar e impugnar la falta de responsabilidad y compromiso que el Estado provincial, la corporación médica y la sociedad tucumana tienen frente a los derechos humanos de las mujeres. Esto es lo que, con valentía, se han propuesto las autoras a partir del camino de hurgar, destapar y denunciar desde la búsqueda de documentos y la construcción de datos que validan sus hallazgos: dar cuerpo a un contra-relato focalizado en la verdadera justicia donde las mujeres deberíamos estar incluidas.

Ya desde el primer capítulo está presente la idea de responsabilidad del Estado frente a la inacción legislativa. La falta de legislación y el desobedecimiento a las leyes nacionales –como es el caso de la no adhesión a la Ley de Salud Sexual y Salud Reproductiva–, sumado al incumplimiento de otras instancias del poder gubernamental –como ha sido la desobediencia al fallo F.A.L. declarado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos de abortos legales–, muestran que la provincia incurre en la violación de los derechos de las mujeres tanto por el vacío normativo, como por el incumplimiento de todos los tratados internacionales en materia de erradicación de la violencia sobre las mujeres.

El segundo capítulo se profundiza de forma muy esquemática y llana la violación de estándares internacionales en materia de atención, judicialización y criminalización del aborto en un análisis meduloso sobre la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales. Resulta alarmante comprobar cómo, a medida que se avanza en la lectura de la gran cantidad de fallos y recomendaciones que se han hecho sobre el tema, se descubre la forma nada ingenua en que sectores con poder de la sociedad tergiversan este tipo de información una vez que la misma sale del discurso exclusivamente jurídico para intervenir en otros escenarios.

La criminalización de las mujeres que abortan es otro tema importante en que focalizan los capítulos III, IV y V. Esta persecución del delito de aborto por parte de diferentes actores del Estado, es una constante que tiene presencia a lo largo de toda la obra. La judicialización del aborto ya fue erradicada a partir del fallo F.A.L. para ciertos casos, pero también la Corte en ese fallo deja en claro que la interrupción de embarazos permitidos no debía ser criminalizada desde hace casi un siglo según nuestras leyes. Sin embargo, los diferentes trabajos realizados sobre las denuncias y la investigación

penal de los abortos en la jurisdicción de de la ciudad de Tucumán muestran el incumplimiento de la norma y la manera en que desoyen los diferentes tratados internacionales, audiencias técnicas regionales, informes de comités de Derechos Humanos, y tantos otros organismos que velan por los derechos de las mujeres. La intencionalidad de un poder del Estado de desatender estos acuerdos nos conduce en línea recta a reflexionar sobre la capacidad productiva y disciplinadora que produce este control punitivo sobre los cuerpos de las mujeres.

Otro debate que atraviesa el libro refiere al dilema entre el derecho de las mujeres a decidir sobre sus propios cuerpos y vidas y el supuesto derecho del embrión. Si bien las autoras evidencian los debates morales y jurídicos en torno al embrión, concluyen que es una tensión en el orden del discurso que deshumaniza a las mujeres produciendo efectos dramáticos. Este supuesto dilema es una ficción ya que, en definitiva, se evidencia que subyace la idea de que no somos sujetos de derechos. Denunciadas y penadas por abortar, las mujeres jóvenes y pobres que ante un aborto mal hecho se ven obligadas a recurrir al sistema de Salud, se encuentran arrinconadas entre arriesgar sus vidas o ser sometidas a un proceso penal. Y, es en este sentido, que este libro se arriesga a denunciar las situaciones de violación de los derechos humanos de las mujeres por parte de la corporación médica y el Poder Judicial bajo argumentos que no se sostienen científicamente, al menos hasta el momento.

Este es un gran logro de las autoras, haber podido sistematizar en un solo libro casi todas peripecias que rodean a una circunstancia tan dolorosa como es el mal trato a quienes eligen alternativas diferentes. Esto está presente en el aire, no sólo tucumano. La resistencia a aceptar que algunas mujeres rechazan la maternidad, genera tan poca empatía o bien, tanto desagrado, que se busca castigar, infringir dolor, hacer sufrir, censurar moralmente y hasta encarcelar a quienes abortan.

Jaque a la Reina muestra con crudeza un abanico de posibilidades desarrollado por los sectores que se oponen al aborto, quienes despliegan con maestría toda su originalidad a la hora de desarrollar mecanismos para debilitar derechos sexuales y reproductivos y para “condenar” aquello que comparten. Barreras para el acceso, negligencia en legislar, vacío de políticas que doten de contenido derechos, objeción de conciencia desmedida, violación de confidencialidad y criminalización de mujeres pobres son muestras de

estos mecanismos que las autoras advierten en la realidad y sistematizan en este libro. Queda el sabor amargo de que nada importa la ley o los derechos, sólo importan las convicciones personales y el intuicionismo de algunos/as, muchas veces oportunista, sobre lo que es o no correcto.

En válido recordar y aseverar que los avances en materia de salud sexual y salud reproductiva en nuestro país ya cumplieron 10 años de existencia y han podido calar hondo en la vida de las mujeres ampliando su ciudadanía sexual y reproductiva. El fallo F.A.L. ha sido de los últimos instrumentos necesarios para efectivizar un derecho que data de 1921 y que ha sido producto de sistemáticas obstaculizaciones por parte de la corporación médica, el Estado y el Poder Judicial. Sin embargo, a pesar de este importante avance frente al avasallamiento de un derecho las autoras se preguntan: ¿Qué pasa con el aborto no punible en Tucumán después del “FAL”? Las respuestas se las puede ir encontrando en los diferentes capítulos que demuestran magistralmente las estrategias invisibles y visibles, muchas veces, de su incumplimiento.

El capítulo VI sobre objeción de conciencia plantea otro de los debates fundamentales y sumamente necesario de sacar a la luz. Una objeción que no es usada exclusivamente por el sector de la salud, sino que con acciones y omisiones se ve en el vacío de leyes, la ausencia de Protocolos o Guías, en revuelos mediáticos que rodearon los casos que se hicieron públicos luego del fallo F.A.L, y en declaraciones públicas de referentes políticos de todas las extracciones. Y la autora se pregunta muy astutamente sobre las inmediatas implicancias de este derecho individual sobre los otros derechos: ¿Qué lleva a que una persona puede efectivizar su derecho y la otra no? ¿Qué una sea un médico/a y la otra mujer? ¿Qué es lo que puede legitimar que un profesional de la salud quede al margen de sus obligaciones de ley? ¿Cómo puede un profesional eludir sus obligaciones y dañar a terceras personas, en este caso a las mujeres?

Jaque a la Reina devela la injusticia reproductiva que viven las mujeres tucumanas. Lo ha podido demostrar con investigación y suspicacia frente a los episodios que se sucedieron durante el último tiempo y que tienen correlato con mecanismos convencionales del poder médico, político, jurídico y religioso de la provincia. Así es como uno de los artículos devela cómo el discurso católico interpeló de manera desfachatada al gobierno provincial solicitando desobediencia al dictamen de la Corte Suprema. ¿La socie-

dad tucumana acompaña esta ideología? Seguramente que parte de ésta sí, pero otra no. Las autoras, frente a estos hechos, se generaron interrogantes apropiados sobre si los valores de un sector de la sociedad se pueden tomar o, mejor dicho, imponer como valores colectivos. La respuesta es rotunda: No.

No, porque van en contra de los derechos humanos de las mujeres.

No, porque el Estado debe contemplar todas las creencias y libertades de culto pero no asumir ninguna.

No, existen los abortos no punibles desde 1921 y se fueron construyendo herramientas para efectivizar ese derecho.

No, porque debemos evitar que el Estado argentino resulte penable por violar los derechos humanos de las mujeres.

No, porque la función pública exige obligaciones y responsabilidades frente a las decisiones de los/as pacientes y sus vidas.

No, porque la objeción de conciencia es una herramienta política que utilizan las corporaciones médicas para impedir la libertad y autonomía de las mujeres.

No, porque las mujeres tenemos derecho a tener derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos.

Jaque a la Reina también describe con compromiso cuál es la Reina que está en jaque con políticas y acciones de corte violento sobre las mujeres. La Reina que está en jaque cuando se criminaliza el aborto o cuando se deslegitima el aborto como opción legal, es una reina pobre. Todas las autoras coinciden en esta apreciación, el aborto como delito solo es una cuestión de clase social. Y la pobreza es suficientemente dañina en la vida de cualquier persona como para condicionar además el acceso a la salud. Ser pobre es una prisión para cualquier persona, pero en casos de aborto ser pobre es una amenaza que acerca la cárcel sólo a las mujeres vulnerables.

Aborto versus objeción de conciencia, pero con perspectiva de género es lo que propone esta obra. La idea de que no es un derecho total pone esta vez en jaque al Estado que deberá sincerar si cuenta o no con recursos humanos suficientes para implementar políticas que unan sexualidad y no reproducción. Y también pone en jaque a la corporación médica porque las mujeres somos esas terceras personas afectadas por la objeción de conciencia que, en situación de aborto legal en un hospital público, desvanece el discurso de la objeción de conciencia como derecho. Esta situación presenta la tensión de haber reconocido un derecho –que recorde-

mos fue construido para proteger a las minorías frente a los abusos de la mayoría-, sin embargo, ahora es utilizado para dañar la autonomía y vida de terceras personas, es decir, las nuestras. Como lo demuestra el capítulo VI, todos los fallos sobre objeción de conciencia terminaron disponiendo límites y alcances porque afecta el ejercicio de libertades de terceros. No son libertades igualables. Las mujeres que recurren al hospital a que se les realice un aborto legal están solicitando su legítimo derecho de interrumpir un embarazo producto de una violación y/o porque corre riesgo su vida o su salud. No obstante, deben sortear la objeción de conciencia de las/os médicas/os que desde el fallo F.A.L. ha sido una práctica recurrente.

Este libro da argumentos contundentes y sumamente válidos para limitar la objeción de conciencia de la corporación médica y efectivizar los abortos legales en el sistema de salud público ya que, como lo plantean los últimos dos capítulos, en la práctica médica profesional ese derecho pierde estatus porque éste debe ser garante de la salud pública y la atención del paciente.

Jaque a la reina es la respuesta a preguntas que me suscitaron en un trabajo de campo que realicé en noviembre de 2011 en San Isidro de Lules en la provincia de Tucumán. Esta localidad se ubica a unos escasos 50 kilómetros de la capital provincial en una zona productora de frutillas, arándanos y limones trabajados por familias rurales e inmigrantes. La atención a la salud se distribuye entre el hospital Dr. Eliseo Cantón y los Centros de Atención Primaria a la Salud (CAPS) y Centros de Integración Comunitaria (C.I.C.).

En ese trabajo de campo visitamos de forma aleatoria uno de los C.I.C. de San Isidro de Lules, muy cerca del ex ingenio azucarero Mercedes -hito histórico del lugar. Nos entrevistamos con la Directora, la única ginecóloga de la institución y un equipo de enfermeras, trabajadora social y psicóloga con el objetivo de conversar sobre la situación de las usuarias de los servicios de salud sexual y reproductiva y el funcionamiento del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. A lo largo de la entrevista la ginecóloga declaró abiertamente que era objetora de conciencia y que en su práctica cotidiana médica “informaba” sobre todos los métodos anticonceptivos pero recomendaba a sus pacientes que quisieran planificar sus embarazos sólo uno: la abstinencia sexual. Además, aclaró que no recetaba los métodos anticonceptivos ni ponía DIU a las mujeres que lo solicitaran en ese centro de salud

Este episodio excepcional para mí pero recurrente en las mujeres tucumanas, una vez más, demuestra cómo los Estados deben tomar cartas en el asunto y marcar una política clara en materia de derechos sexuales y reproductivos. No puede seguir existiendo en la provincia un vacío legislativo y el uso indiscriminado de la objeción de conciencia porque están desobedeciendo la ley y afectando la vida de terceras personas. En consecuencia, queda claro que las próximas políticas que debe asumir el Estado Nacional a través del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable será apuntar directamente a desarmar en el sistema de salud público la transferencia de la moral personal y las creencias religiosas de los efectores de salud a sus prácticas médicas, y que definitivamente cumplan con la ley. Este libro colabora en esta empresa.

Por último, es necesario destacar que los entramados de poder que se ciernen sobre las discusiones que tienen que ver con el aborto son muy fuertes. Pero este libro desarma, con argumentos, cualquier posición tajante que se quiera mantener y alienta a debatir sobre la legitimidad de las políticas dirigidas al cuerpo de las mujeres.

A todas luces, esta obra es expresión de discusiones actuales que abonan la reflexión colectiva dentro del movimiento de mujeres, feminista y académico sobre la autonomía de nuestros cuerpos, la justicia reproductiva, el derecho a decidir y la libertad que concentra el debate sobre aborto legal y aborto voluntario.

Los diferentes artículos muestran de forma meritoria la articulación entre marcos teóricos multidisciplinarios e investigaciones empíricas en escenarios concretos. De manera que el libro habiéndose concentrado en lo que sucede en la provincia y en escala de Tucumán, pero en matices en todas las provincias, constituye una sólida base empírica y de reflexión política en materia de derechos humanos, sexuales, reproductivos y no reproductivos.

Jaque a la Reina pone en jaque a los mecanismos que provocan injusticia en las mujeres. *Jaque a la Reina* pone en jaque a los posicionamientos morales y éticos de toda una sociedad que frente a la realidad del aborto, olvidan que hay una cuestión social y de justicia. *Jaque a la Reina* pone en jaque el crimen y el castigo como solución.

Por último, mi especial agradecimiento a Soledad Deza que pensó en mí para prologar este trabajo, lo que fue un gran desafío y un verdadero estímulo en mi camino que cruza lo profesional académ-

mico y la militancia feminista. Quiero también transmitir que todos los trabajos de esta obra abonaron a mis reflexiones teóricas y políticas que, muchas veces, pareciera que sólo pueden resolverse con la abstracción de las teorías feministas pero que, sin embargo, una vez más, la investigación empírica devela lo invisible y naturalizado para las mujeres. Lo que me queda como aliciente es que los colectivos de mujeres, lesbianas y otros géneros debemos andar y desandar un camino sinuoso hasta llegar a concretar la humanidad de nuestros derechos.

Prólogo a la segunda edición

*Nelly Minyersky*²

El intenso y exhaustivo prólogo que acompañó la primera edición me permitirá reducir las palabras que me solicitaron para acompañar el magnífico aporte a la sociedad que significa esta obra. Cuando se han transcurrido años de la vida transitando diferentes y variadas décadas, muchas de ellas de enorme tristeza y desolación al ver que en nuestro suelo se violaban los derechos del hombre de todo tipo; pero también otras en que se intentó y se intenta revertir esta situación, es imprescindible abreviar nuevas emociones y conocimientos en las nuevas generaciones. Es profunda la emoción que se siente cuando las banderas de la plena vigencia del estado de derecho y de los derechos humanos de todos y cada uno de los habitantes de nuestro país sin discriminaciones etarias y de sexo, son enarboladas por una pléyade de jóvenes con dignidad, emoción y profundidad.

Tener la evidencia de que las nuevas generaciones recogen y hacen suyas éstas luchas es mantener las esperanzas en que estas batallas continúan y continuarán librándose, en aras de procurar un mejor vivir para la ciudadanía. Todos sabemos que atravesados por

² Abogada (Universidad de Buenos Aires). Profesora Consulta de la Facultad de Derecho (U.B.A). Directora de la Maestría y Carrera Interdisciplinaria de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, Facultad de Derecho (U.B.A). Investigadora Permanente y directora de proyectos UBACyT. Integrante del Banco de Consultores en la disciplina Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales del CONICET. Integrante del Consejo Asesor Honorario del Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Autora de numerosos trabajos de investigación, libros y artículos jurídicos. Declarada Ciudadana Ilustre de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

estas tensiones existen dos sectores que históricamente han sido considerados como minusválidos y en consecuencia sus derechos violados en forma casi permanente. Bregar por la efectiva vigencia de una plena ciudadanía para las mujeres y niños todavía es una batalla constante y esta obra integra el conjunto de las mejores armas para conseguir los resultados deseados y deseables.

Este libro, si bien en su esencia es jurídico, contiene incisivas investigaciones que lo enriquecen y lo sitúan en el ámbito de la sociología jurídica. Para comprender la importancia de este aporte, creemos necesario realizar algunas reflexiones sobre qué es el derecho, ya que las mismas nos permitirán abreviar mejor en sus páginas y comprobar cómo en la presente obra se ha tenido una perspectiva de género en cada uno de sus capítulos.

Se traduce de sus páginas la ilegitimidad del poder patriarcal. Recordemos las palabras de Rita Segato: *“Hay algo artificioso e ilegítimo en el orden patriarcal. Ese algo es precisamente la maniobra que instauro su ley. Esta ilegitimidad originaria produce que, inevitablemente, los votos de obediencia a esa ley y al orden que ella establece deban renovarse diariamente (...) Cuanto más disimulada y sutil sea esta violencia, mayor será su eficiencia para mantener despierta y clara la memoria de la regla impuesta y, al mismo tiempo, podrá preservar en el olvido el carácter arbitrario y poco elegante de la violencia fundadora así como los placeres propios del mundo que ella negó.”*

El Derecho ha sido y es un ámbito de batalla política, un factor de poder. Constituye un instrumento importantísimo como gran organizador social: distribuye poder, otorga derechos e impone obligaciones. En todas las épocas el Derecho ha respondido a los sectores dominantes de la sociedad. La fuerza social del Derecho impone un comportamiento, o la creación instrumental de un cierto estado de cosas. Su fuerza se encuentra en el carácter de discurso legal y de discurso legítimo, en su capacidad para crear representaciones. Legitima relaciones existentes en la vida de las personas y también niega otras, al silenciarlas. A partir de esas legitimaciones nacen relaciones que traen aparejados derechos y obligaciones, y al callar respecto de otras, las niega. Se identifica así para el ciudadano lo lícito con lo bueno y lo ilícito con lo malo.

La ley es un campo de lucha en el que interactúan diversos actores con voces más o menos fuertes. La verdadera legitimidad de la ley depende estrictamente de que contemple desde su articulado un universo diverso y abarcativo. De la lectura de los capítulos

que componen la obra se deduce con toda claridad la ilegitimidad de algunas normas que regulan nuestros derechos sexuales y reproductivos, así como también la violación que significa la omisión del dictado de ciertas leyes.

El papel que desempeñan los operadores jurídicos (jueces, juristas, profesores de derecho) inciden en el imaginario social respecto de lo que es ser mujer. Siguiendo a Alicia Ruiz podemos decir que el Derecho es un discurso social que prescribe y prescribe legitimando, reconociendo y otorgando la palabra a algunos y negándosela a otros. Al mismo tiempo corresponde recordar que la fuerza social del Derecho no se limita a la imposición de un comportamiento o a la creación instrumental de un cierto estado de cosas. La fuerza del Derecho tiene un efecto dialéctico, se encuentra en su carácter de discurso legal y de discurso legítimo; en su capacidad para crear representaciones de las cuales se derive un respaldo político; en su aptitud para movilizar a los individuos en beneficio de una idea o de una imagen.

Resulta imperativo articular debidamente nuestra legislación de fondo (Código Civil y Código Penal), con los marcos constitucionales y convencionales, los tratados de derechos humanos, y los distintos organismos e instrumentos que ellos han creado. Estos instrumentos son una prueba del avance de nuestra cultura hacia los principios de igualdad, no discriminación y autonomía. La interpretación de todo el plexo normativo debe realizarse teniendo en cuenta prioritariamente los derechos fundamentales que estos últimos contienen.

Esta dicotomía que puede aparecer entre nuestra legislación interna, la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales, son una prueba evidente de la necesidad de acudir a interpretaciones dialécticas del Derecho con una imprescindible visión de género, poniendo en claro que el mundo occidental se ha construido en una cultura patriarcal que ha llenado estructuras políticas y religiosas con ese contenido ideológico, que se contradice con la mencionada universalidad de los derechos humanos fundamentales y, en especial, con los derechos que los instrumentos invocados han otorgado a las mujeres. Las autoras nos enseñan la verdadera doctrina destacando la primacía del bloque de constitucionalidad.

Las páginas del libro reflejan la necesidad y posibilidad de bregar por y a través del Derecho por la vigencia plena de los derechos

humanos fundamentales. En este campo de lucha que es el derecho, las mujeres tenemos una voz potente y debemos, y podemos, buscar caminos que nos conduzcan a desarmar las barreras que permanentemente se oponen a esos logros.

A continuación haremos un sucinto paneo sobre los capítulos del libro.

Ratificando lo antedicho en cuanto a la discriminación por omisión, en el primer capítulo Alejandra Iriarte analiza en forma interesantísima qué significa el vacío normativo como forma de discriminación de la mujer. La conducta de muchos gobiernos provinciales que tardaron años o inclusive como la provincia de Tucumán, que nunca llegaron a adherir a la ley nacional de derechos sexuales y reproductivos, le permite a la autora describir sagazmente qué es lo que se oculta tras estas acciones u omisiones que más que una falla por negligencia son instrumentos contrarios a derecho, y en especial a los derechos de las mujeres.

En los capítulos siguientes, las autoras Alejandra Iriarte y Mariana Soledad Alvarez, nos dan un panorama completo e imprescindible, de cuáles son los mecanismos a los que deben concurrir los operadores del derecho ante las situaciones en estudio. El debido conocimiento de éstos, a los que las autoras contribuyen en forma insustituible, no sólo es útil en la aplicación a un caso concreto, sino que su difusión debe contribuir al conocimiento del derecho y, por ende, al enriquecimiento de la subjetividad de cada una de las mujeres que los conozcan y los vayan incorporando. Si bien la realidad que en el libro se recoge muestra que la violación de nuestros derechos reproductivos continúa arraigada en nuestro medio, gracias a trabajos como estos, se logrará modificar la conciencia social. Que cada vez mayores sectores de la sociedad consideren que la violación no es correcta es un paso adelante en este camino.

Los nuevos conceptos de igualdad se estrellan contra un muro de prejuicios sociales, culturales y confesionales. ¿Cuál sería la respuesta a este tratamiento diferenciado? ¿Por qué razón se sigue restringiendo, obstaculizando la educación sexual en las escuelas? ¿Por qué se penaliza a la mujer a pesar de la total ineficacia de esta normativa penal? ¿Por qué no se acata la jurisprudencia de la Corte en el Caso FAL, en relación a los abortos no punibles?

Una explicación posible es que el propósito de estas políticas, tanto legislativas como públicas ocultan una *ratio* que tiene por objeto el mantenimiento en estado de sumisión a sectores de la pobla-

ción de mujeres a las cuales paradójicamente no se le suministran instrumentos de prevención o educación, sino que se las hace vivir en constante estado de posible embarazo, el cual deriva en abortos inseguros que la ley califica como delitos.

La interpretación señalada se corresponde con las reflexiones que realizan Alejandra Iriarte y Mariana Soledad Alvarez en los capítulos correspondientes a judicialización del aborto y la forma de criminalizarlo. Aparece con toda claridad la falta de efectividad y eficacia del plexo normativo. El número de procesos, las características de los mismos, nos muestran claramente que lo que se busca es atemorizar y mantener a las mujeres en una situación casi delictual, sin llegar a condenas, dictándose sobreseimientos después de años de pseudo procesos, siendo las mujeres las únicas denunciadas. Advertimos una vez más cómo se las victimiza doble o triplemente.

La existencia de normas que permiten esta victimización provoca el no disfrute ni de la libertad, ni de la igualdad, ni de la autodeterminación, y convierten lo que debería ser un derecho al goce, un derecho a poder vivir una vida satisfactoria, en una amenaza.

Parte fundamental de este libro son los capítulos de Soledad Deza sobre el caso Magdalena y el dedicado a objeción de conciencia como herramienta de las mayorías. En el caso Magdalena, más allá del desarrollo del secreto médico desde diversos puntos de vista, se destaca cómo a través de la violación del mismo se infringen distintos derechos y se pone a las mujeres, como ya se ha dicho en el plenario Natividad Frías, ante el siniestro dilema frente a una complicación post aborto a tener que *“optar entre la muerte o la prisión”*. Los avatares del caso analizado muestran el debido enfoque de género que realiza la autora, quien analiza el contexto que rodea al delito de aborto, las injusticias existentes en su acceso según sea la situación social de la mujer, los privilegios que reciben algunas en las situaciones post aborto, en relación a la desprotección inmerecida que acosan a otras y como la autora dice *“la incidencia de los recursos materiales y simbólicos de las abortantes y la diferencia abismal sobre qué pasa en el ámbito público y en el ámbito privado”*. Como bien señala, las denuncias provienen de los sectores públicos y no de los privados, si bien el aborto es una práctica médica exclusiva de mujeres, no de mujeres pobres. Se debe valorar en especial la caracterización que se realiza del delito de violación de secreto médico por denuncia de aborto como delito con sesgo de género.

La objeción de conciencia merece un análisis exhaustivo doctrinario y jurisprudencial por parte de la autora quien con gran inspiración analiza los diferentes tipos de Paciente de Hospital, tales como: mujer rural, mujer vulnerable, mujer diversa, etc., articulando las respectivas características con la posición que asume frente a la problemática. En un riguroso análisis jurídico y ético Soledad Deza sostiene que la objeción de conciencia no puede ser invocada como negativa para atender sanitariamente a una mujer que requiere un aborto permitido. Con agudeza sostiene que la posibilidad de profesar libremente un culto o de no profesar ninguno, si bien es un espacio de libertad protegido de las interferencias del Estado, debe ceder si esas interferencias de las que pretende librarse quien objeta son capaces de ocasionar daño a otras personas, y en este caso a las niñas, adolescentes o mujeres de sectores vulnerables que concurren al hospital público a solicitar la interrupción del embarazo permitido. La libertad absoluta no es posible en una sociedad organizada.

Las autoras muestran en los diversos capítulos una gran valentía, en especial cuando analizan y denuncian cómo se desconocen los derechos de las mujeres involucradas en su provincia natal. Es de un indudable valor la descripción que se hace de la proyección de las leyes y tratados de derechos en los distintos medios, en la sociedad, los funcionarios, el poder judicial, el poder administrador, el poder legislativo. Mariana Soledad Alvarez, en el capítulo sobre Tucumán y el aborto no punible después del fallo FAL nos ilustra al respecto, mostrándonos las contradicciones entre distintas autoridades así como la reacción de instituciones de la iglesia y médicas, legisladores de distintos partidos políticos oponiéndose a la aplicación del referido fallo.

Por otro lado, nos relata las dificultades para poner en marcha los protocolos a los que hace mención el fallo. A pesar de ello, la descripción que realiza de las reacciones al fallo FAL y sus lecturas nos lleva al pleno convencimiento de que carecen de todo fundamento constitucional y que no nos deben, en consecuencia, hacer cesar en la lucha por consecución de nuestros objetivos.

Por último solo cabe felicitar a estas jóvenes colegas que nos hacen sentir orgullo por la seriedad, convicción, generosidad y dignidad con que encararon su tarea. Ubicadas en este tiempo, en este estado pluralista en el que debe primar la libertad ideológica de las mujeres como seres humanos merecedores de igual respeto y con-

sideración, independientemente de su sexo, como miembro participativo y responsable dentro de la sociedad. Las autoras una vez más nos ratifican que la ley que obliga a ser madre bajo pena de ser procesada penalmente es del siglo pasado y pese a ello aún determina la realidad de las mujeres de hoy, mujeres que viven 90 años después del dictado de referida norma. La ciencia hace ya mucho tiempo permite la separación del goce sexual de la reproducción, hoy en día no hace falta tener relaciones sexuales para ser padres. La vida como hoy la conocemos no es igual a la vida que conocían los legisladores de 1921. El avance de la biología molecular, la separación entre la procreación y el derecho a tener una vida sexualmente satisfactoria, no se ha traducido aún hoy en nuestro derecho penal, porque si una mujer queda embarazada, va a seguir tan penalizada como cuando el contexto cultural, social y legal era otro. Los derechos que se violan en estas circunstancias son muchísimos, la existencia de estas normas provocan el no disfrute ni de la libertad, ni de la igualdad, ni de la autodeterminación y convierten lo que debería ser un derecho al goce, un derecho a poder vivir una vida satisfactoria, en una amenaza.

Se ha dicho y reafirmamos, que en la cuestión del aborto, el enfoque que aporta el principio de igual ciudadanía implica el derecho de las mujeres como miembros plenos de la sociedad a asumir la responsabilidad de decidir su propio futuro. Se asimila al concepto de autonomía personal por el que ser una persona significa respetar la capacidad de tomar decisiones responsables con el fin de controlar la vida propia y de ser un miembro participante activo, y no un objeto, dentro de la sociedad.

Agradezco infinitamente a las jóvenes colegas, el esfuerzo realizado con tanto ímpetu para poner en nuestras manos, y en las de toda la sociedad una obra tan lúcida, profunda, reveladora y comprometida.

La ausencia de legislación como forma de discriminación a la mujer.

Marco normativo sobre salud sexual y reproductiva.

Alejandra Iriarte

1. Introducción

Si bien la modificación y adecuación de la legislación a los estándares de derechos humanos no es suficiente para cambiar los paradigmas patriarcales imperantes en la sociedad tucumana, en tradiciones legalistas como la nuestra la legislación formal contribuye a la formación de la cultura, a la eliminación de estereotipos y a la deconstrucción de roles en materia de género. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que si bien la igualdad formal no garantiza la eliminación de instancias de discriminación en la realidad, su reconocimiento permite impulsar transformaciones en la vida social, reclamando la autoridad del derecho¹. Es por esto que consideramos fundamental comenzar este libro a partir del análisis de la legislación sobre salud sexual y reproductiva en nuestra provincia.

Cabe recordar que Argentina se ha organizado como un Estado Federal, lo que implica que las provincias tienen facultades legislativas originarias, correspondiendo a la Nación solo aquellas materias cuya reglamentación le ha sido encomendada por la Constitución Nacional en virtud de la delegación expresa de facultades de las Provincias (art. 75 C.N.). Una de las funciones no delegadas a la Nación ha sido la potestad de legislar en materia de salud (art. 146 párr. tercero C.P.T.).

¹ CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*.1998. Cap. IV.

2. Relevamiento de la legislación.

2. a) *Legislación Nacional sobre salud sexual y reproductiva*

En lo que hace al objeto de este trabajo cabe mencionar la Ley Nacional 25.673 de creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable y la Ley 26.150 de creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, que promueve la educación sexual como parte de la enseñanza escolar.

La Ley 25.673, sancionada en el año 2002, se refiere a la salud sexual en general y promueve la procreación responsable como un derecho de la pareja, pero esencialmente de la mujer, para poder decidir la cantidad de hijos que desea tener, respetar el intervalo óptimo entre un hijo y otro, disminuir la mortalidad materna por abortos provocados o embarazos en edades muy tempranas y evitar los embarazos no deseados. Su importancia consiste en adecuarse a las interpretaciones más progresistas de los tratados internacionales². La ley invita a las provincias a adherir a sus disposiciones (art. 13) y así lo han hecho diez provincias argentinas³, en tanto otras han dictado sus propias leyes sobre salud sexual y reproductiva.

2. b) *Legislación Provincial sobre salud sexual y reproductiva*

Para esta sección se relevó la totalidad de la legislación sobre salud de la provincia de Tucumán⁴ constatando que en materia de salud sexual y reproductiva se encuentran vigentes las siguientes leyes:

1) La Ley 7.447 sobre el Derecho a la Mujer al Parto Humanizado, se trata de una ley del año 2004 que dispone la creación del Programa de Parto Humanizado cuyo objetivo es informar y garantizar a la embarazada la mecánica y los beneficios de este tipo de parto. Para que la norma pueda ser ejecutada debió ser reglamentada en el plazo de 90 días desde su entrada en vigencia. Sin embargo, hasta la actualidad no se ha dictado la reglamentación.

² CABAL y otros. "Cuerpo y derecho, legislación y jurisprudencia en América Latina" TEMIS. Bogotá. 2001

³ Información obtenida de <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/search.php> (última visita 27/10/2011)

⁴ Las leyes pueden encontrarse en: <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/publictuc/form.php> (último ingreso 27/10/2011)

2) La ley 7.209 que dispone la creación del Consejo de Vigilancia de Acciones en Salud Materno Infantil (CONVIDAS), siendo sus atribuciones: identificar las necesidades de atención de salud en la población infantil como prioridades de acción sobre riesgos poblacionales, aconsejar la orientación de los recursos para resolver los problemas prevalentes en las poblaciones más necesitadas y los ajustes necesarios en las actividades de salud para lograr una cobertura efectiva, resolver problemas y evaluar los procesos y resultados de las acciones. Las funciones del CONVIDAS no hacen referencia a las necesidades de la mujer en materia de salud sexual y reproductiva.

3) Mediante la ley 7.433 se debería haber creado el Comité Provincial de Vigilancia, Evaluación y Seguimiento de la Mortalidad Materno Infantil cuyo objetivo general es el monitoreo de cada una de las muertes de las madres y de niños recién nacidos o en sus primeros meses de vida y la determinación de sus causas mediatas e inmediatas. Si bien se trata de una ley relacionada con los derechos reproductivos de las mujeres –en tanto uno de sus objetivos es reducir la mortalidad materna al momento del parto– al igual que la ley 7.447 data del año 2004 y hasta la fecha no ha sido reglamentada por el Poder Ejecutivo (el art. 6 de la ley da un plazo de 90 días para su reglamentación).

4) La ley 7.552 de lucha contra el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, sancionada en el año 2005 la cual tampoco ha sido reglamentada por el Poder Ejecutivo.

5) La única norma sobre salud sexual y reproductiva de las mujeres que ha sido reglamentada es la ley 4.073 de creación del Programa de Detección y Diagnóstico Precoz del Cáncer Ginecológico. Se trata de una ley del año 1974 que no se ha adecuado al avance de los tiempos y a las nuevas enfermedades de transmisión sexual que afectan a la mujer.

Ninguna otra norma legal hace referencia a los derechos de la mujer en materia de salud sexual y reproductiva⁵. En cuanto a las leyes 7.447 y 7.433 la falta de reglamentación opera en la práctica

⁵ Cabe destacar otras dos leyes. Ley 7264 sobre violencia familiar: no contiene ninguna disposición relativa a la mujer, siendo que es la principal víctima de hechos de violencia doméstica. La ley 6953 sobre derechos del paciente: no contiene ninguna disposición que haga referencia expresa a los derechos de la paciente mujer.

como una forma de veto por parte del Poder Ejecutivo⁶, quien incumple con el mandato constitucional de “*expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de la leyes*” (art. 101 inc. 3 Constitución de Tucumán). Al no reglamentar las leyes, éstas permanecen invisibilizadas para la ciudadanía afectando condiciones de vida inmediatas de las mujeres tucumanas.

En síntesis, del análisis legislativo realizado se constata que Tucumán no ha adherido a la ley 25.673 de creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable ni a la ley 26.150 de creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral. Tampoco ha adecuado la legislación existente en pos de incorporar los principios establecidos por la legislación nacional.

3. Situación específica de discriminación

3. a) El vacío normativo como situación de discriminación a la mujer

La legislación sobre salud de la provincia está destinada a solucionar los problemas que padece el hombre tucumano, caracterizándose por la neutralidad de género en su redacción. En aquel aspecto donde existen necesidades biológicas específicas relacionadas con la función reproductora, notamos un vacío legal que limita el derecho de las mujeres a acceder al más alto nivel en materia de salud.

No existe ninguna ley dirigida a:

- prevenir embarazos no deseados mediante el acceso a métodos anticonceptivos que le permitan decidir la cantidad de hijos a tener y el intervalo entre ellos;
- disminuir la morbi mortalidad materna por abortos provocados o embarazos en edades muy tempranas;
- contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, cómo el VIH/SIDA;
- potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable mediante la educación sobre salud sexual y reproductiva;
- empoderar a la mujer para que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia.

⁶ MAFFIA, Diana. *Leyes sin Reglamentación ¿Otra forma de veto?*. Jornadas sobre reglamentación de leyes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2009

Para explicar la situación de discriminación que sufren las mujeres tucumanas, sobre todo las adolescentes y las mujeres de escasos recursos, por la discriminación imperante en la legislatura tucumana –conformada mayoritariamente por hombres⁷– me detendré en el análisis de los motivos que llevaron a la no adhesión a la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable⁸. A su vez enfatizaré en el trato diferenciado que implica no regular legalmente el acceso a métodos anticonceptivos que le permitan a la mujer tucumana ejercer su derecho a la planificación de la familia –componente integral del derecho a la salud⁹– y evitar embarazos no deseados.

Para la vigencia plena del derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, se deben dar cuatro características interrelacionadas: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad¹⁰. Si bien existe la obligación de proveer de métodos anticonceptivos que permitan la planificación familiar –basada en las normas internacionales y nacionales obligatorias para la provincia– al no adherir a la normativa nacional ni regular este derecho, se envía el mensaje a los operadores de salud y a la ciudadanía de que no se trata de un derecho esencial que amerite protección¹¹. Esto coloca a las mujeres, sobre todo a las jóvenes y pobres que acuden al sistema público de salud, en una situación de desprotección legal que les impide en la práctica acceder a métodos de planificación familiar. La ausencia de legislación provincial que garantice a la mujer el derecho a decidir cuando quiere quedar embarazada opera como una barrera que limita su acceso a los servicios de salud¹² (Cook et. al., 2005).

⁷ A pesar de encontrarse vigente la Ley de Cupos Femeninos, la actual Legislatura está integrada por 9 mujeres (19%) sobre 47 legisladores, evidenciando las dificultades que subsisten en la provincia para que las mujeres accedan a puestos de poder. <http://www.hlt.gov.ar/legisladores.htm> (último ingreso 30/10/2011).

⁸ Estos motivos pueden hacerse extensivos a la falta de reglamentación de las otras leyes en la materia, ya que reflejan la indiferencia del Poder Legislativo al momento de dictar leyes. Por ejemplo, al no convocar a grupos de trabajo que permitan el contralor de las leyes sancionadas, las cuales mueren en el archivo al no ser oportunamente reglamentadas por el Poder Ejecutivo.

⁹ Comité DESC. OG 14. *El Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud*. Párr. 44.

¹⁰ Op. Cit. CDESC OG 14. Párr. 12.

¹¹ El poder de policía en material de salud recae en la Provincia.

¹² R. COOK, B. DICKENS y M. FATHALLA. *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*. Oxford. pág. 213. Véase la sentencia del Comité de Derechos Humanos, *K. LL. v Perú*, 17 de noviembre de 2005.

3. b) *Distinción injustificada. Test de razonabilidad*¹³

3. b) I. Trato diferencial por razones de sexo

La CEDAW define a la discriminación contra las mujeres como:

“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Esta definición es muy importante en materia de salud, donde las necesidades específicas de las mujeres, en especial las referidas a la reproducción, no han recibido atención adecuada o diferenciada¹⁴. El derecho a no sufrir discriminación sexual en el acceso a la salud exige tratar los intereses que son significativamente distintos de manera que respeten adecuadamente estas diferencias. En este sentido el Comité de la CEDAW en la Recomendación General sobre Mujer y Salud exhorta a los Estados a que apliquen el derecho a no sufrir discriminación para proteger los distintos intereses en salud reproductiva de las mujeres, como los diferentes intereses frente a la opción de evitar un embarazo¹⁵.

La discriminación puede ser consecuencia de dar un trato diferente a personas que se encuentran en situaciones iguales o de dar un trato idéntico a personas desiguales¹⁶. Muchas veces la discriminación se deriva de normas, prácticas y políticas (o ausencia de normas, prácticas y políticas) que en apariencia son neutrales pero que producen distinciones arbitrarias o desproporcionadas en su aplicación¹⁷ (discriminación indirecta).

¹³ El análisis se realiza de acuerdo a BAYESKY, Anne. The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law. Human Rights Law Journal. (II) 1-2:1-34, 1990.

¹⁴ Op. Cit. CIDH. Relatoría de la mujer. Párr. 61

¹⁵ Op. Cit. CCEDAW. RG. 24. Párr. 12

¹⁶ Op. Cit. Bayesky. Pág. 11

¹⁷ CIDH. *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. 2007. Párr. 89

A fin de lograr la igualdad real entre hombres y mujeres se requiere garantizar el derecho a la salud reproductiva de las mujeres mediante leyes destinadas a su protección, sobre todo en materias que repercuten de manera diferencial, como el derecho a la planificación familiar. Es sobre ella en quien recae la mayor parte de los problemas relacionados con la reproducción: complicaciones del embarazo y parto, uso de métodos anticonceptivos y mayor riesgo de infecciones de tracto reproductivo¹⁸. Esto se explica por sus características privativas en materia reproductiva, las cuales son de tipo biológico (como el mayor riesgo que corren las mujeres de resultar expuestas a enfermedades transmitidas por contacto sexual), socioeconómicas (desigual relación de poder entre el hombre y la mujer) y psicosociales¹⁹.

Por otro lado, no garantizar este derecho obliga a las mujeres tucumanas a ejercer la maternidad, lo que refleja un estereotipo generalizado y persistente respecto a las tareas que se consideran propias de la mujer, vulnerando su derecho a la autonomía en términos que los hombres nunca experimentarán²⁰ (Cook y Undurraga, 2009).

La falta de autonomía del cuerpo repercute en la totalidad de la vida de las mujeres ya que cuando tienen poder de decidir sobre su propio cuerpo aumentan las posibilidades de que lo hagan con su propia vida. Está demostrado que existe un estrecho vínculo entre el uso de anticonceptivos y las oportunidades de trabajar fuera del hogar²¹.

La alta tasa de mortalidad materna en la provincia²² es el mejor indicador de la discriminación hacia las mujeres en el acceso a la sa-

¹⁸ Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación. El libro de la Salud Sexual, Reproductiva y la Procreación Responsable en la Argentina. Pág. 63.

¹⁹ CCEDAW. RG 24. Párr. 12

²⁰ COOK, Rebecca y UNDURRAGA, Verónica. Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006. En: WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press, 2009, Pág. 20.

²¹ Informe Provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ONU. *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. 2011. Párr. 47

²² De acuerdo a los últimos datos publicados del Ministerio de Salud de la provincia la tasa de mortalidad materna para el año 2006 fue de 7,89 por 1000 nacidos vivos. La tasa ha aumentado en relación a años anteriores. <http://www.msptucuman.gov.ar/archivos/pdf/indicadores.2007.pdf> (última visita 26/10/2011).

lud que implica la falta de legislación. Se ha comprobado que garantizar el acceso a métodos de planificación familiar y de información al respecto capacita a las mujeres para adoptar decisiones autónomas y bien fundamentadas sobre su salud sexual y reproductiva, y contribuye a reducir la mortalidad materna²³ entre un 25% y un 40%²⁴.

Si se comparan los datos nacionales con los provinciales, se puede observar que desde la sanción de la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el año 2002 las tasas de mortalidad materna han disminuido a nivel nacional²⁵, en tanto a nivel provincial se incrementaron en el periodo comprendido entre los años 2000 a 2006²⁶. De acuerdo a un estudio realizado en la provincia, la principal causa de muerte materna está representada por el aborto²⁷, cuya causa originaria es el embarazo no deseado.

Por otro lado, según datos de UNICEF el 20% de los embarazos que se atienden en la Maternidad tucumana son de adolescentes menores de 19 años, lo que casi duplica el promedio nacional de 13% de embarazos antes de esa edad²⁸. Esto evidencia como la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres por factores de sexo y género se acrecienta en el caso de las niñas menores de edad²⁹.

3. b) II. Justificación del trato diferencial

La investigación arrojó como primer resultado que la ausencia de legislación obedece a la presión ejercida por sectores religiosos. Los argumentos esgrimidos para oponerse a la regulación en materia de sa-

²³ Op. Cit. Comité DESC. OG 14. Párr. 14

²⁴ Banco Mundial, "Population issues in the 21st century: the role of the World Bank", *Health, Nutrition and Population* (Washington, D.C., abril de 2007). Citado Relator ONU. Op. Cit. Párr. 47

²⁵ Mg. Silvana TORRES, *Mortalidad Materna en Argentina y Tucumán*. Años 1990-2003. Magíster en Estadística Aplicada. Cátedra Bioestadística. Facultad de Medicina. U.N.T. storres@msptucuman.gov.ar en www.sarda.org.ar/content/download/862/6384/file/2007-2_5.pdf

²⁶ Datos del Ministerio de Salud de la Provincia. <http://www.msptucuman.gov.ar/pagina.php?id=213> (último ingreso 11/11/11). 2006 es el último año en que se encuentran datos desagregados sobre causas de mortalidad en Tucumán.

²⁷ Op. Cit. Mg. Silvana TORRES.

²⁸ http://www.unicef.org/argentina/spanish/Resumen_ejecutivo_Final.pdf (último ingreso 30/10/2011)

²⁹ Comité de Derechos Humanos Naciones Unidas. Caso KL contra Perú. 2005.

lud sexual y reproductiva son evidenciados en la postura asumida por los autodenominados grupos “pro vida”³⁰ afines a la Iglesia Católica.

Un ejemplo se pone al descubierto en la notable influencia que ejercieron estos grupos en el año 2003 para evitar la adhesión a la Ley Nacional 25.673. En ese momento se presentó uno de los primeros proyectos de adhesión del país, por el entonces legislador socialista Rodolfo Succar. Frente a este intento, los grupos “pro vida” realizaron una campaña mediática basada en el principio de que legislar sobre salud sexual y reproductiva es “*moralmente inaceptable*”³¹ ya que la mujer debe tener tantos hijos “*como Dios mande*” y en la oportunidad en que “*los mande*”, haciendo énfasis en su rol central procreador. Esta postura fue avalada por un discurso católico ortodoxo sobre “*valores familiares*” que ha fundamentado históricamente políticas contra métodos anticonceptivos en todo el país³².

La influencia de la Iglesia Católica y sus “*principios morales*” en la provincia se evidencia con la reciente firma del Protocolo por la vida, por el cual, políticos, legisladores, empresarios y autoridades eclesiásticas de Tucumán proclamaron un rotundo “no” al aborto, usando como escenario la Casa Histórica –símbolo de libertad e independencia–. Esto fue ratificado por el gobernador de la provincia³³. Otro ejemplo del peso político que reviste en la sociedad tucumana el discurso contra los métodos anticonceptivos es la vigencia de la Ley 7.143 que instituye el “*Día del niño por nacer*”³⁴.

Los “*valores morales*” de las jerárquicas católicas y sus grupos aliados “*pro vida*”, se basan en la defensa de la sexualidad solamente ligada a la reproducción dentro del matrimonio monógamo entre mujeres y varones heterosexuales. Esta postura refleja los *umbrales de toleran-*

³⁰ Si bien se trata de grupos “anti derechos” y no “pro vida, cómo se autodenominan, en este trabajo me referiré a estos grupos como “pro vida”, poniendo énfasis en la ironía de esta autodenominación, sin desconocer la apelación a la moralidad de su discurso, y la construcción de legitimidad mediante la deslegitimación de quienes se oponen a su postulados y que, en consecuencia, son considerados como “anti vida” o “pro-muerte”.

³¹ <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=1400> (último ingreso 26/10/2011)

³² Human Right Wach. *Decisión prohibida: Acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina*. ISBN: B1701. 2005. Pág. 8

³³ <http://www.lacasadelasmujeres.org.ar/> (última visita 26/10/2011)

³⁴ Human Right Watch Informe *¿Derecho o Ficción?. La Argentina no rinde cuentas en material de salud sexual y reproductiva*. 2010. IBSN 1-56432-670-5.

*cia del patriarcado*³⁵ que excluyen la consideración de la reproducción que no sea producto de una relación coito vaginal entre varones y mujeres en el marco de una relación monogámica. Consideran que el único método anticonceptivo eficaz es la abstinencia sexual y que el acceso a otros métodos, como por ejemplo el preservativo, convierte a las mujeres en “animalitos” incapaces de controlar sus impulsos sexuales³⁶.

La oposición de la Iglesia Católica a la regulación de los derechos reproductivos ha sido documentada en el Informe de Human Right Wach³⁷ del año 2005, cuyas observaciones pueden hacerse extensivas a la situación en la provincia de Tucumán:

“[l]a Iglesia Católica argentina ha enfocado sus actividades de abogacía en tres áreas: una fuerte oposición a casi cualquier método anticonceptivo moderno, a la educación sexual, y al aborto. Detrás de esta oposición subyace una visión sobre el rol de la mujer en la familia y sobre la maternidad y la reproducción como elementos centrales de la identidad femenina”.

Se trata de estereotipos y roles sexuales prescriptivos, que determinan las razones para las relaciones sexuales y los roles en la familia. La perpetuación de estos estereotipos se refleja a través de factores situacionales específicos –la postura de la legislatura tucumana compuesta en su mayoría por hombres–, factores contextuales más generales –la posición de la Iglesia Católica– y factores que operan a nivel individual en quienes organizan las campañas de oposición y rechazo a la legislación y en los/as legisladores/as tucumanos/as. Estos/as últimos/as actúan como representantes de la iglesia Católica y sus valores morales, perpetuando los mecanismos del sistema patriarcal para mantener la dependencia de la mujer mediante el ejercicio del poder sobre su cuerpo. De esta forma, el Estado provincial permite la persistencia de los estereotipos de género imprimiéndoles una legitimidad adicional al ser sostenidos por los representantes de la sociedad.

³⁵ BROWN, Josefina Leonor. ¿De qué hablamos cuando decimos derechos reproductivos y sexuales? Los derechos (no) reproductivos como punto de anudamiento. www.iidh.ed.cr (último ingreso 9/11/2011)

³⁶ Experiencia personal durante la distribución gratuita de preservativos en la capital tucumana septiembre 2011.

³⁷ Op. Cit. Human Rights Watch, Pág. 18.

3. b) III.a. Justificación Objetiva

Corresponde analizar si la defensa de valores morales de la Iglesia Católica y de los grupos anti-derecho es un fin legítimo con arreglo a los tratados de derechos humanos que justifique objetivamente la ausencia de legislación que implica un trato diferencial a la mujer tucumana.

Como cualquier entidad de la sociedad civil, la Iglesia Católica tiene derecho a la libertad religiosa y de expresión, a pesar de la no validez médica y científica de sus afirmaciones³⁸. Por otro lado, el derecho a la libertad de conciencia y religión (art. 12 CADH, 18 PIDCP) supone la libertad de la mujer de actuar con relación a la reproducción de modo consistente con sus propias creencias. Esto implica que el Estado debe otorgar la posibilidad de que la mujer se autodetermine en materia de salud sexual y reproductiva no imponiéndole “valores morales”, sino garantizándole el acceso a la salud integral en igualdad de condiciones³⁹.

La defensa de “valores morales” no es un objetivo legítimo que justifique la discriminación en el goce del derecho a la salud, sino que se trata de un criterio de distinción basado en estereotipos sobre el rol sexual de la mujer. Por tanto, constituye un fin arbitrario que, mediante la imposición de prejuicios patriarcales limita el pleno disfrute de los derechos personales de la mujer.

3. b) III.b. Justificación Razonable

El derecho a la salud está reconocido en el primer documento internacional sobre derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25 Párr. 1), y en el art. 12 del PIDESC (derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto de salud física y mental). Se trata de un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos⁴⁰, e implica la obligación de los Estados de adoptar medidas para mejorar los servicios de salud sexual y gené-

³⁸ Llegaron a negar la eficacia de los preservativos para prevenir embarazos y evitar el contagio del HIV.

³⁹ Op. Cit. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Párr. 18

⁴⁰ Op. Cit. CDESC. OG. 14. Párr. 1

sica, incluido el acceso a la planificación de la familia⁴¹ y para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica⁴².

Teniendo en cuenta la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos,⁴³ la ausencia de legislación afecta otros derechos humanos de las mujeres íntimamente relacionados con la salud, tales como:

a) el derecho a la vida (art. 4. 1 CADH, 6.1 PIDCP), en tanto derecho a no morir por causas evitables relacionadas con el embarazo y el parto y a prevenir embarazos no deseados⁴⁴;

b) derecho a la integridad personal, a la libertad y a la seguridad personal (art. 5.1, 5.2. y 7 de la CADH, 4 b,c,d CBDP 7,9,1 PIDCP), en cuanto suponen la satisfacción de las necesidades básicas en materia de salud, entre ellas las relacionadas con la salud reproductiva;

c) derecho a la vida privada y familiar, en tanto derecho de las mujeres a ejercer la autodeterminación reproductiva y la libre opción a la maternidad que permite que decidan si quieren tener hijos, cuando y con qué frecuencia sin control, interferencia o coerción por parte de funcionarios o particulares⁴⁵;

d) derecho a decidir el número y espaciamiento entre sus hijos (art. 16 e) CEDAW), en tanto supone la capacidad de prevenir embarazos no deseados y planificar la familia sobre la base de decisiones adoptadas en forma libre, responsable e informada. Para esto, se debe poder acceder a información clara, adecuada y oportuna (art. 13.1 CADH, 19 PIDCP, 10.h CEDAW).

La restricción de derechos humanos fundamentales de la mujer tucumana a fin de defender “valores morales” de un grupo específico de la sociedad no supera el test de proporcionalidad de acuerdo a los principios que rigen una sociedad democrática. Si bien los derechos humanos son susceptibles de ser restringidos⁴⁶, los Estados no pueden suprimir más allá de lo permitido los derechos consa-

⁴¹ Op. Cit. CCEDAW. OG 24. Párr. 29

⁴² CEDAW art. 12

⁴³ Comité de DESC Observación General N° 9 Párr. 10

⁴⁴ Interpretación de CorteIDH en el caso “Niños de la Calle”.

⁴⁵ Comité de CEDAW, Recomendación General N° 21 Párr. 22.

⁴⁶ MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2005. Pág. 41

grados⁴⁷ ya que su finalidad es garantizar la dignidad humana⁴⁸ sin discriminación (principio *Pro personae*).

Por tanto, la ausencia de legislación implica una diferencia de trato injustificada y arbitraria hacia la mujer tucumana que perpetua estereotipos de género y tiene como efecto menoscabar el goce del derecho a la salud de la mujer en condiciones de igualdad con el hombre.

4. Responsabilidad internacional del Estado argentino

El Estado argentino ha asumido la obligación internacional de respetar, garantizar, proteger y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo los derechos reconocidos en los instrumentos de derechos humanos sin discriminación (1,2 CADH, 2.1 y 2.2 PIDCP, 2.2 PIDESC y 2 a 6 CEDAW).

Al no legislar sobre la materia, el Estado está incurriendo en la violación del derecho universal a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental sin discriminación por actos de omisión al no adoptar las medidas apropiadas para hacer cumplir la normativa nacional e internacional, lo que se logrará mediante la adhesión a la ley nacional y la reglamentación de las leyes provinciales sobre salud reproductiva.

La provincia incurre en violación de la obligación de garantizar al no promulgar las leyes necesarias a fin de resguardar a las mujeres de las relaciones de poder que se imponen al negarle la autonomía de su cuerpo. Los derechos humanos sobre las esferas de la sexualidad y reproducción no se agotan en derechos negativos, que impliquen la abstención del Estado, sino que incluyen la obligación positiva de garantizarlos y fortalecerlos sin discriminación, mediante medidas especiales que reconozcan características propias de la mujer⁴⁹. Se trata de la obligación inmediata del Estado⁵⁰ de garantizar, sin discriminación, el derecho a la información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres, dan-

⁴⁷ Comité DDHH Observación General N° 18. Párr. 6

⁴⁸ Op. Cit. MEDINA C.. Párr. 10.

⁴⁹ CorteIDH Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Párr. 10. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez

⁵⁰ Op. Cit. CIDH. *Acceso a servicios de salud materna...* Párr. 26

do prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la vida familiar⁵¹.

Bibliografía

BAYEFSKY, Anne (1990). *The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law*. Human Rights Law Journal. (II) 1-2:1-34.

BROWN, Josefina Leonor. *¿De qué hablamos cuando decimos derechos reproductivos y sexuales? Los derechos (no) reproductivos como punto de anudamiento*. www.iidh.ed.cr

CABAL y otros (2001). "Cuerpo y derecho, legislación y jurisprudencia en América Latina". TEMIS. Bogotá.

COOK R., B. DICKENS y M. FATHALLA (2005). *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*. Oxford.

COOK, Rebecca y UNDURRAGA, Verónica (2009). *Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006*. En: WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press.

MAFFIA, Diana (2009). *Leyes sin Reglamentación ¿Otra forma de veto?*. Jornadas sobre reglamentación de leyes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

MEDINA, Cecilia (2005). *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

TORRE, Silvana: *Mortalidad Materna En Argentina Y Tucumán. Años 1990-2003*. Magíster en Estadística Aplicada. Cátedra Bioestadística. Facultad de Medicina. U.N.T

Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*.1998. Cap. IV

CIDH. Relatoría sobre los Derechos de La Mujer. *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva De Derechos Humanos*. 2010.

CIDH. *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. 2007.

⁵¹ Op. Cit. CIDH. *Acceso a servicios de salud materna...* Párr. 31 c)

CorteIDH. Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Sistema internacional de Protección de los derechos humanos
Comité DESC. Observación General N° 14. *El Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud*

Comité de DESC Observación General N°9. *La Aplicación Interna del PIDESC.*

Comité CEDAW. Recomendación General N° 21. *La Igualdad en el Matrimonio y en las Relaciones Familiares.*

Comité CEDAW. Recomendación General N° 24. *Artículo 12 CEDAW -La Mujer y la Salud.*

Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18. *No Discriminación.*

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Caso KL contra Perú. 2005.

Informe Provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ONU. *El derecho de toda persona del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.* 2011.

Informes

Human Right Watch (2005). Decisión prohibida: Acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina. ISBN: B1701.

Human Right Watch (2010). Informe ¿Derecho o Ficción?. La Argentina no rinde cuentas en material de salud sexual y reproductiva.

Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación. El libro de la Salud Sexual, Reproductiva y la Procreación Responsable en la Argentina

Estándares en el Derecho Internacional de los derechos humanos referidos a la persecución penal del aborto

Mariana Soledad Alvarez

1. Introducción

En este capítulo podrán apreciarse los alcances de los estándares en el derecho internacional de los derechos humanos con relación a la regulación legal del aborto.

Si bien la preocupación del derecho internacional de los derechos humanos por las consecuencias de las regulaciones punitivas en torno al aborto es reciente, ésta ha sido constante. Diferentes órganos de los sistemas de protección de derechos humanos, tanto universal como regionales, han recomendado a los Estados que revisen sus normativas penales atento a que se advierte que las mismas acarrearán múltiples violaciones a los derechos humanos de las mujeres sobre las que recaen.

Los estándares que se han desarrollado al respecto revisten particular importancia para nuestro país, atento a que la República Argentina ha ratificado y se ha obligado internacionalmente por la totalidad de Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos que se han creado hasta la fecha, como así también los mecanismos de protección que se prevén en los mismos, tanto en el Sistema Universal⁵² en el ámbito de Naciones Unidas (ONU), como en el

⁵² Para ver el estado de ratificación de los instrumentos de Derechos Humanos del Sistema Universal ir a: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/newhvstatusbycountry?OpenView&Start=1&Count=250&Expand=7#7>

Sistema Regional Interamericano⁵³ en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Varios de estos instrumentos⁵⁴, inclusive integran lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad”, son pues, parte de la Constitución Nacional. Asimismo aquellos que ya han sido aprobados, pero que aún no gozan de jerarquía constitucional, en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, poseen jerarquía superior a las leyes, tal es el caso por ejemplo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Para”).

Los tratados de Derechos Humanos, poseen características particulares que los distinguen del resto de tratados internacionales o convenciones entre Estados, y una de esas características es que no son cuerpos normativos rígidos y estáticos, pues una nota característica del derecho de los derechos humanos es su continua progresividad. Los órganos supranacionales que tienen a su cargo el control y monitoreo de éstos elaboran continuamente pautas y estándares hermenéuticos sobre los que los Estados ven ampliados no sólo el alcance de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, sino también los alcances de sus obligaciones con relación a esos mismos derechos. Es decir que los Estados no sólo están obligados por el contenido “literal” de un tratado, sino tam-

⁵³ Puede descargarse el estado de ratificación de los instrumentos legales del Sistema Interamericano desde el siguiente enlace : http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

⁵⁴ Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la “jerarquía constitucional”.

bién por las interpretaciones que de ese texto realizan los órganos de contralor establecidos por el mismo.

En ese sentido Curtis (2010:86), señala la ruptura del paradigma tradicional⁵⁵ que implicó en el derecho internacional la aparición de este tipo particular de tratados, reconociendo dos órdenes de efectos importantes en la esfera doméstica

a) “Por un lado, en la presión ejercida sobre las autoridades nacionales, incluyendo las judiciales, para que tomen en consideración el contenido de los tratados de derechos humanos, de modo de evitar la consecuencia de ser declarado responsable de incumplimiento en sede internacional y b) Correlativamente, al examinarse el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contraídas en sede internacional, el órgano correspondiente evaluará la conducta adoptada por los órganos del Estado –tanto los políticos como el judicial. Esta novedosa situación plantea a los órganos nacionales la necesidad de conocer el alcance de la interpretación del contenido de los tratados internacionales de derechos humanos por parte de los órganos internacionales de aplicación de los tratados –que son quienes finalmente juzgarán el cumplimiento o incumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales. El argumento cobra mayor peso cuando el Estado se somete a la jurisdicción de tribunales internacionales, y aún más cuando –de acuerdo al sistema de incorporación respectivo–, el Estado convierte al tratado en parte de su propio derecho interno, permitiendo a los individuos invocar los derechos en él contenidos ante los tribunales internos.”

⁵⁵ Curtis se refiere con la “ruptura del paradigma tradicional” en materia de derecho internacional, a que la implementación de este tipo de tratados trajo al menos como “novedades cuatro consecuencias identificables: a) los individuos pasan a ser –con todas las calificaciones que merece esta afirmación– sujetos de derecho internacional, rompiendo el monopolio de los Estados y de los organismos internacionales; b) los tratados de derechos humanos tienen como principal finalidad el establecimiento de estándares internacionales a los que el contenido del derecho interno –entendiendo por ello toda la actividad del Estado, emanada tanto de los órganos políticos como del judicial– debe ajustarse; c) los tratados establecen mecanismos de contralor del cumplimiento de sus disposiciones sustantivas en sede internacional. Cuando se trata de mecanismos de tipo jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional –como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el del Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer–, que habilitan un sistema de peticiones individuales, el requisito previo a acudir a la vía internacional es el agotamiento de los recursos judiciales internos”.

En ese sentido la Corte Suprema de la Nación Argentina, por su parte tiene dicho que:

“La ya recordada ‘jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’ (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. (“Girolodi”, Fallos 318:514). Asimismo en la Causa ‘Mazzeo’ (Fallos: 330:3248).”

Y la Corte IDH ha expresado que:

“(…) que la CIDH ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’. Concluyó que [e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos’ (caso “Almonacid Arellano”, de 1 de septiembre de 2006, parágrafo 124 (Cons. 21).”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido profundizar aún más en esta interpretación y en el reciente fallo “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”⁵⁶ ha expresado:

“(…) no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre

⁵⁶ CSJN, Fallos, R. 401. XLIII., 27/11/2012

Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contra-sentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango. (Cons. 12).”

Pero también ha delimitado la interpretación en estos términos:

“Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar ‘en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes’ (Confr. Casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, y Gomes Lund y otros”, citados) (Cons. 13) y que ‘(...) En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de enmendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad (Cons. 14).”

Por su parte la Corte IDH ha desarrollado el tópico⁵⁷ desde el año 2003, definiéndolo en el fallo “Almonacid Arellano vs. Chile”⁵⁸. Ha

⁵⁷ Para un tratamiento más extensivo del tema ver: HITTERS, Juan Carlos, *“Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128, ISSN 0718-0195; SAGÜÉS, Néstor Pedro *“Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”*, Revista de Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 117 - 136. ISSN 0718-0195 y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *“Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”*, Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, pp. 531 - 622. ISSN 0718-0195 Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.

⁵⁸ Sentencia del 26 de Septiembre de 2006, Serie C N° 154, párrafo 124.

profundizado el concepto y su contenido especialmente en los fallos⁵⁹, dictados desde el período 2010 hasta la fecha. Así según las palabras de la misma Corte:

“Cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas compe-

⁵⁹ Un listado de fallos relevantes de la Corte IDH del 2010 al 2012, referidos al control de convencionalidad: “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay” Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas) Serie C No 214, párr. 311; “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México” Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 216, Párr. 209 y 210; “Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” Sentencia de 1 de septiembre de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 217 Párr. 202; “Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176, y “Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225. Caso “Gelman Vs. Uruguay” Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 193; “Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 227, párr. 164, 165 y 172; “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 238 Párr. 93 y 113; “Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile” Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 239 párr. 282, 283 y 284. “Caso Furlán y Familiares vs. Argentina” Sentencia del 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 246 Párr. 303, 304 y 305; “Caso Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana” Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 251 Párr. 204; “Caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala” Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (fondo, reparaciones y costas) Serie C No 253, Párr. 330; y finalmente el “Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones) Serie C No 259, Párr. 142, 143 y 144.

tencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. (Caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, énfasis añadido).⁶⁰”

Todos los Sistemas de Protección de Derechos Humanos son de carácter “subsidiario” y “complementario” de las jurisdicciones locales. *“Los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sientan ‘deberes’ específicos para los Estados a ella adheridos. El primero, esencialmente, establece dos: a) respetar los derechos de la Convención, y b) garantizarlos, sin discriminación alguna. A su turno, el art. 2º les obliga a ‘adoptar’ disposiciones legislativas o de otro carácter ‘necesarias para efectivizar aquella garantía. Aquí se alude al ‘efecto útil’ que debe tener el Pacto”* (Sagüés, 2010:118). Lo que se busca entonces con el “control de convencionalidad” es lograr el “efecto útil” de las Convenciones. Esta obligación de lograr la efectivización de los derechos es una consecuencia de otros principios del derecho internacional tales como el “pacta sunt servanda”⁶¹ y los que ha especificado la misma Corte IDH al expresar que: *“(s)egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969”⁶².*

Concretamente entonces:

1) La Corte IDH estableció de manera firme que es obligación no sólo de los jueces sino de todo órgano de administración de justicia, incluyendo al Ministerio Público y que dicho control debe ser realizado de oficio. Ferrer Mac- Gregor E. (2011) adiciona: *“La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los*

⁶⁰ Sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250 Párrafo 262

⁶¹ Principio de derecho internacional codificado en el Art. 26 de la Convención de Viena: “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁶² “Almonacid Arellano vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No 154 Párr. 125.

*poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido*⁶³

2) Que si las normas de un Estado colisionan o se contraponen con las normas o interpretación de normas sobre derechos humanos se debe evitar su aplicación o efectivización (en el caso concreto o con efectos erga omnes) hasta tanto el Estado adecue su normativa de conformidad a lo establecido por el art. 2 de la CADH o, antes bien, evitar la expedición de normas contrarias al Pacto, evitando de esta manera que pueda ser responsable internacionalmente por la violación de derechos humanos⁶⁴. Esto porque la mera existencia de normas contrarias a la CADH, aun cuando estas no se hayan aplicado en un caso concreto, es suficiente para configurar la responsabilidad internacional del Estado⁶⁵.

“La Corte ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención “ha de adoptar todas las medi-

⁶³ En el Caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez párr. 27 expresa: *“Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.*

⁶⁴ SAGÜÉS (óp.cit.:124) explicita: *“Por ello, en definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.), está sometida al control de convencionalidad (...) Incluso, está igualmente comprendida la Constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de “La última tentación de Cristo”, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después”.*

⁶⁵ Cfr: “ Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 98, Caso “La Última Tentación de Cristo” “Olmedo Bustos y otros Vs. Chile”, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C No. 73, párr. 13 y “Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52. “Caso Boyce y Otros vs. Barbados”, sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No 186.

*das para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención*⁶⁶. También ha afirmado que los Estados, en el cumplimiento del deber general de respetar y garantizar los derechos, “deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

*Es decir, conforme al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados no sólo tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen*⁶⁷ (Caso “Boyce y otros Vs. Barbados” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 69).”

3) Si bien habla de los Tratados que pertenecen al Sistema Interamericano (ya que la Corte Interamericana sólo tiene competencia material sobre aquellos en los que específicamente se les ha otorgado esa competencia, e integran “el Corpus Juris” Interamericano), una adecuada interpretación hermenéutica permite sostener que si el Estado –por caso Argentina– se ha obligado por otros tratados de derechos humanos, el “control de convencionalidad” de ese Estado debe formularse con todos esos instrumentos, en virtud del principio “pro homine”.

“En efecto, al realizarse el ‘examen de compatibilidad convencional’, el juez nacional debe siempre aplicar el principio

⁶⁶ Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 56, y Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 171.

⁶⁷ Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 64, párr. 57, y Caso La Cantuta, supra nota 30, párr. 172.

pro homine (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José)⁶⁸, que implica, inter alia, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales' (...) 'En verdad, frecuentemente es útil (...) comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional' (...) 'En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce' (Ferrer Mac Gregor, óp.cit.:508)."

4) Finalmente la Corte ha profundizado sobre la protección y el respeto de los derechos humanos, aun cuando estos no gozan de un "consenso de mayorías" dentro de los Estados. En el "Caso Gelman vs Uruguay" ha dicho que:

"La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación de-

⁶⁸ El art. de la Convención establece: "Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

mocrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”⁶⁹

Así también “mutatis mutandi” se aplica lo establecido en el “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”:

“La Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.”⁷⁰

Resulta de sobremanera importante esto último atento a que el “control de convencionalidad” puede convertirse además en una herramienta muy útil a la hora de exigir la efectivización de los derechos humanos que aún no lograron un reconocimiento y afianzamiento en Latinoamérica. Piénsese que, en general, los derechos de los grupos históricamente discriminados, como las mujeres⁷¹, no tienen los

⁶⁹ Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No 221, Párr. 239.

⁷⁰ Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No 239, Párr. 92

⁷¹ “La Comisión Interamericana ha destacado como la realidad en el continente americano sigue arrojando un panorama de desigualdad social y obstáculos en el acceso a la justicia, contribuyendo a perpetuar problemas como la discriminación contra las mujeres y sus formas más extremas (CIDH, 2008) En este escenario de realidades complejas y apremiantes, la Comisión ha recomendado de forma consistente a los Estados el adoptar esfuerzos concretos y específicos para garantizar, por un lado, la universalidad del sistema interamericano de derechos humanos, y por otro,

consensos políticos “de las mayorías”, ya que están atravesados por la subordinación y una falta de poder crónica que les impide el ejercicio de sus derechos fundamentales. Basta remitirnos, por ejemplo, al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

“(...) en América Latina y el Caribe las mujeres enfrentan múltiples obstáculos para el libre ejercicio de sus derechos reproductivos, incluyendo legislaciones restrictivas en materia de aborto⁷². De hecho, muchas mujeres luchan diariamente por alcanzar un nivel mínimo de autonomía sobre sus propias vidas. Algunas son violadas por sus cónyuges o por otras personas, mientras que a muchas otras se les deniega el acceso a métodos anticonceptivos y servicios de salud reproductiva, así como la posibilidad de decidir sobre la interrupción de embarazos no deseados recurriendo a abortos legales y seguros (HRW, 2005:2).”

Ante la “falta de consenso de las mayorías” y con un correlato político-social que tiende al statu quo en la materia, la Corte deja en claro que los derechos humanos “no se plebiscitan”, que por el contrario estos son una salvaguarda e instrumento de catalización para efectivizar estos derechos cuando “las mayorías”, sea por razones de conveniencia política, miedo o falta de laicismo, continúen oponiéndose o creando obstáculos para su ejercicio. Más aún cuando los poderes de los Estados continúen sin involucrarse activamente para lograr una mayor igualdad, y/o sean remisos, o se nieguen a legislar, o juzgar conforme a los estándares mínimos en la materia.

5) En definitiva, el control de convencionalidad sirve para crear una suerte de orden público interamericano, un mínimo indisponible en lo que a la interpretación de derechos humanos se refiere,

iniciativas para cumplir con las decisiones, recomendaciones y órdenes de tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) La Comisión ha destacado como el desarrollo jurídico de estándares en el marco del sistema interamericano de derechos humanos debe estar acompañado por esfuerzos de los Estados de ponerlos en práctica. A la misma vez, la CIDH ha identificado como un componente clave de estos esfuerzos la garantía de un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos para superar problemas emblemáticos como la discriminación y la violencia contra las mujeres” (CIDH 2011:10.2).

⁷² La página web de Human Rights Watch contiene información específica sobre la legislación y la historia del aborto en varios países de América Latina. Disponible en <http://www.hrw.org/women/>

con lo cual se angosta bastante la interpretación que pueden hacer de ésta los jueces de las jurisdicciones nacionales. Como explica Ferrer Mac Gregor (óp.cit:585):

“Se forma de esta manera un auténtico ‘bloque de convencionalidad’ como parámetro para ejercer el ‘control difuso de convencionalidad’. Los jueces nacionales deben atender a este ‘bloque’ como un estándar mínimo, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una ‘viva interacción’ entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región a manera de un ius commune para la protección efectiva de los derechos humanos. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad”.

2. La Criminalización de la práctica del Aborto y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular con relación a Argentina

Una de las críticas⁷³ que efectuó el feminismo sobre el derecho internacional de los derechos humanos, apunta a que este no escapó del modelo androcéntrico⁷⁴ de los derechos nacionales:

⁷³ Para un estudio más en extenso sobre las críticas al derecho desde el feminismo se puede ver: *“Hacia otra teoría crítica del derecho”* (FACIO MONTEJO, Alda); *“Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”* (FRÍES, Lorena y MATUS, Verónica), en *Género y Derecho* (FACIO MONTEJO, Alda y FRÍES, Lorena Editoras, LOM, 1999); *“El género en el derecho. Ensayos críticos”* (Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, Judith SALGADO y Lola VALLADARES Comp. 2009).

⁷⁴ (FACIO, 1999:107) afirma: *“el derecho es androcéntrico: es decir, que parte de la perspectiva masculina como parámetro de lo humano, y que por lo tanto las leyes “genéricas” (es decir, las que supuestamente nacen de las necesidades de todas(os), van dirigidas a todos los seres humanos y supuestamente tendrían efectos similares en todos y todas), no son neutrales en términos de género sino que parten del sexo masculino como representante de la especie toda”.*

“El sistema de derechos humanos es androcéntrico en tanto trata y considera a las mujeres como los varones tratan y consideran a las mujeres, en tanto se constituye de acuerdo con los intereses, perspectivas, experiencias y valores de los varones como género. El sistema ha recogido el punto de vista masculino en el nivel del diseño de sus instrumentos y organismos, institucionalizando el poder de los varones sobre las mujeres. El sistema ha considerado a los individuos, uno a la vez, como si ellos no pertenecieran a un género. Así se oscurecen las realidades colectivas y los correlatos sustantivos del estatus de los grupos según el género. Hasta el momento, ser una persona, un individuo abstracto con derechos abstractos, significó ser varón. Por lo tanto, la igualdad en abstracto no incluyó aquellos derechos que las mujeres como tales más necesitan y menos tienen” (Rodríguez, 1999:3).

La mortalidad y morbilidad materna ocasionada por abortos inseguros en América Latina es muy alta. Los índices de mortalidad materna en las Américas alcanzan un total de **22.680 muertes anuales** (OPS, 2007:152). Las causas principales de muerte materna en los países de la región son prevenibles y coincidentes: preeclampsia, hemorragia y aborto, variando el orden según la razón de mortalidad materna y las coberturas de atención prenatal, parto y prevalencia de uso de anticoncepción (CIDH, 2010:3.8).

La principal causa es el aborto inseguro que va de la mano de la clandestinidad de la práctica o la inaccesibilidad de la misma; es una problemática mundial y afecta de manera desproporcionada a las mujeres.

Según la Organización Mundial de la Salud, la mortalidad materna es un indicador de la disparidad y desigualdad entre los hombres y las mujeres y su extensión es un signo de la ubicación de la mujer en la sociedad y su acceso a servicios sociales, de salud y nutrición y a oportunidades económicas (WHO: 1999). En el caso de los hombres, no hay una causa única de muerte y discapacidad cuya magnitud se aproxime a la de los casos de mortalidad y morbilidad materna (ONU, 2006:párr.9) (CIDH, 2011:2.6).

Lo que no resulta hasta ahora explicable es cómo no se ha logrado bajar las estadísticas de morbi-mortalidad materna atento a que se pueden eliminar si se promoviera *“la planificación familiar, se despenaliza la interrupción voluntaria de la gestación y se democratiza el acceso al cuidado sanitario”* (Zúñiga Fajuri, 2011:165).

Quizá el androcentrismo dentro de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos⁷⁵ sea lo que explique que a la fecha sólo exista un instrumento de derechos humanos que contemple de manera expresa el derecho de las mujeres a acceder a un aborto. Se trata del Protocolo de los Derechos de la Mujer de África el cual establece:

“Los Estados Partes deberán tomar todas las medidas adecuadas para (...) proteger los derechos reproductivos de las mujeres a través de la autorización del aborto médico en los casos de abuso sexual, violación, incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud física y mental de la madre o la vida de la madre o el feto”⁷⁶.

Lamentablemente el mencionado protocolo es un instrumento regional y es sólo vinculante para aquellos Estados parte del mismo. El aborto a requerimiento no está contemplado expresamente como un derecho humano de las mujeres en ningún instrumento, ni ha sido interpretado de esta manera por ningún órgano de monitoreo (Zampas, Todd-Gher 2011:472). Sin embargo esto no implica que acceder a un aborto en condiciones de legalidad y seguridad no pueda ser respaldado por las interpretaciones de los diferentes instrumentos de derechos humanos, a la luz de los avances interpretativos que han tenido.

El derecho a una maternidad voluntaria y, por lo tanto, el derecho a interrumpir un embarazo, es sin duda, parte integrante de una constelación de otros derechos fundamentales, como el derecho humano de las mujeres a la igualdad, a la vida, a la salud, a la seguridad personal, a la vida privada, a la familia, a la libertad religiosa, a la libertad de opinión y de conciencia, a estar libre de esclavitud, tortura y tratamiento cruel, inhumano y degradante. Asimismo, el derecho de las mujeres a la libre determinación, es parte de la li-

⁷⁵ *“Desde una perspectiva androcéntrica, sólo se ven las necesidades e intereses de los hombres en tanto que seres paradigmáticos de la humanidad o las necesidades e intereses que ellos creen tienen las mujeres, en tanto que seres no autónomos. Necesidades e intereses como la contracepción, el aborto, el parto, la esterilización, etc. fueron planteadas por las feministas como temas de derechos humanos porque tenían que ver directamente con la vida y cuerpos de los seres humanos de sexo femenino. Fue así como se comprendió que el derecho a la salud, por ejemplo, tenía que incluir el derecho a la salud reproductiva y sexual si realmente iba a proteger y garantizar la salud de las mujeres también.”* (FACIO, Instituto Interamericano 200:811)

⁷⁶ Art. 14.2.c, Protocolo de los derechos de la Mujer en África, también conocido como el Protocolo de Maputo.

bertad de la toma de decisiones sobre asuntos privados. Estas previsiones incluyen la protección del derecho a la integridad física, a decidir libre y responsablemente el número y espacio entre los propios hijos y el derecho a la privacidad (Zampas, Tood Gher Loc. Cit.).

A este listado de derechos humanos contenidos en diversos instrumentos de derechos humanos⁷⁷, habría que agregar el derecho a vivir una vida libre de violencia que incluye el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho de la mujer a ser valorada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación⁷⁸, el derecho a gozar de los adelantos científicos, a recibir atención médica⁷⁹ y el derecho a la información⁸⁰.

Los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos fueron catalizados, en gran parte a partir de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD) de 1994 realizada en el Cairo y la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer llevada a cabo en 1995 en Beijing:

“(...) esas dos conferencias promovieron el reconocimiento de la protección de la salud sexual y reproductiva como un asunto de justicia social, y han establecido que su realización puede lograrse a través de la aplicación de los derechos humanos contenidos en las constituciones nacionales vigentes y en los tratados regionales e internacionales de derechos humanos” (Cook, Dickens y Fathalla, 2003: 148).

La Conferencia de Beijing⁸¹ marcó un punto de inflexión, casi revolucionario, al recomendar a los gobiernos la revisión de las le-

⁷⁷ Para una mayor profundización de los fundamentos jurídicos de estas violaciones puede verse: LAMM, Eleonora, “Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres”. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/11421> y Human Rights Watch “Derecho Internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina” disponible en: www.hrw.org/women.

⁷⁸ Art. 6 inc. 1 y 2 de la Convención de Belem do Para.

⁷⁹ Art. 12.1 y 14. 2.b de CEDAW

⁸⁰ Art. 19 de PIDCP, Art 13 de la CADH y Art. 10 CEDAW

⁸¹ La Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, China, del 4 al 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20/Rev.1

yes que establecen medidas punitivas contra las mujeres que hubieren tenido abortos ilegales:

“Los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener control y decidir libre y responsablemente sobre temas relacionados con su sexualidad, incluyendo salud sexual y reproductiva, sin coerción, discriminación ni violencia. La igualdad entre mujeres y hombres con respecto a las relaciones sexuales y la reproducción, incluyendo el total respeto por la integridad de la persona, requiere respeto mutuo, consentimiento y responsabilidad compartida sobre la conducta sexual y sus consecuencias⁸².”

“El aborto en condiciones peligrosas pone en peligro la vida de un gran número de mujeres y representa un grave problema de salud pública, puesto que son las mujeres más pobres y jóvenes las que corren más riesgos⁸³.”

“Dado que el aborto sin condiciones de seguridad plantea una grave amenaza a la salud y la vida de las mujeres, deben promoverse las investigaciones encaminadas a comprender y encarar con mayor eficacia las condiciones que determinan el aborto inducido y sus consecuencias incluidos sus efectos futuros en la fecundidad, la salud reproductiva y mental y en la práctica anticonceptiva, además de las investigaciones sobre el tratamiento de complicaciones planteadas por los abortos, y los cuidados con posterioridad al aborto⁸⁴.”

“Medidas que han de adoptar los gobiernos, en colaboración con las organizaciones no gubernamentales y organizaciones de empleadores y trabajadores y con el respaldo de instituciones internacionales: (...) j) Reconocer y afrontar las consecuencias que tienen para la salud los abortos peligrosos, por ser una cuestión de gran importancia para la salud pública, tal como se acordó en el párrafo 8.25 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y

⁸² Ídem Párr. 97

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Ídem. Párr. “i”

el Desarrollo (...) k (...) En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento post aborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos, considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales⁸⁵.”

“Si bien estos documentos de consenso internacional no son vinculantes, las declaraciones contenidas en estas son persuasivas e indicativas del apoyo creciente a los derechos reproductivos por parte de la comunidad internacional (Zampas, Todd-Gher óp.cit: 422).”

Los mismos autores sostienen que en los últimos años las leyes que criminalizan el aborto han recibido un rechazo más amplio de la comunidad internacional de derechos humanos. Sostener la punibilidad como una política estatal no cumple con el objetivo de prevenir los abortos,⁸⁶ es *“ineficiente como política criminal y, por lo tanto, irrazonable y antidemocrático”* (Pochak, 2011:238). Lo único que promueven son los abortos inseguros con las consecuentes muertes y mutilaciones de mujeres y adolescentes porque las desalientan a buscar ayuda y atención médica por el temor a ser denunciadas. Por otra parte, entraña una discriminación hacia las mujeres, pues es una regulación legal sobre la sexualidad destinada exclusivamente a estas, ya que las hace cargar con toda la responsabilidad de los resultados, con la particularidad de que como

⁸⁵ Ídem. Párr. 106

⁸⁶ *“Los datos compartidos reflejan la peculiar eficacia del sistema penal en esta cuestión. La amenaza punitiva es por completo ineficiente para prevenir la práctica del aborto. No desincentiva a quienes buscan realizarlo y, por lo tanto, no resulta una medida eficaz para proteger ‘la vida’ en gestación. La cifra negra de la justicia es escandalosa: si se calcula que se realizan cerca de 400.000 abortos al año, la cantidad de denuncias, procesamientos, juicios o condenas por este delito es insignificante. La proporción no puede siquiera compararse con lo que ocurre con otros tipos penales: se trata de uno de los delitos menos perseguidos por la justicia. Aun si se tiene en cuenta que la mayoría de estos hechos se comete en la absoluta reserva (hogares, clínicas clandestinas, consultorios), sólo se entiende el bajo nivel de persecución penal por el alto grado de tolerancia de la corporación médica y judicial, que no denuncian ni investigan, o cajonean estas causas”* (POCHAK, óp.cit:239).

todo el proceso de aborto se desarrolla exclusivamente dentro de sus cuerpos, no puede perseguirse penalmente de manera legítima sin violar las garantías fundamentales de cualquier proceso judicial, como son la prohibición de auto incriminación y un complejo de otros derechos como el de la autodeterminación, el de la privacidad y el de libertad de conciencia, que pueden confluir en lo que se conoce como el principio de reserva.

A continuación se analizarán tanto en el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos (ONU) como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OEA) los pronunciamientos realizados en los últimos años por los diferentes órganos del sistema con relación específicamente a la penalización del aborto o a las regulaciones penales restrictivas como una violación de derechos humanos, especialmente aquellos dirigidos a Argentina⁸⁷.

3. Sistema Universal⁸⁸

Podemos distinguir un “Sistema Convencional de Protección”, también denominado el “Sistema de Tratados”⁸⁹, es decir aquel que se ha fijado en virtud de los principales Tratados de Derechos Humanos, de carácter plenamente vinculante para aquellos Estados que se han obligado al suscribir los mismos. A la fecha son nueve junto con sus protocolos facultativos respectivos⁹⁰:

⁸⁷ Todos los Informes, Observaciones Finales, y Observaciones Generales y Dictámenes (Jurisprudencia) por países pueden encontrarse en: <http://www.ohchr.org/SP/Countries/Pages/HumanRightsintheWorld.aspx>

⁸⁸ Para un estudio del Sistema de Protección Universal, órganos y funcionamiento puede verse: Carlos Villán DURÁN “*La Protección Internacional de los Derechos Humanos en el Sistema de las Naciones Unidas y de sus Organismos Especializados*”. Ponencia presentada por el Experto Internacional del Sistema de Naciones Unidas durante el Seminario sobre Instrumentos de Protección Regional e Internacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 20 de mayo de 2004.

⁸⁹ Sobre el “Sistema de Tratados” puede verse la Hoja Informativa nº 30 de Naciones Unidas disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30rev.1sp.pdf>

⁹⁰ Estos instrumentos son: (ICERD) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el (ICCPR) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (ICESCR) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (CEDAW) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (CAT) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, (CRC)

(...) cada uno de esos tratados, incluidos los dos Pactos, siguen un mismo esquema. Exponen una serie de derechos sustantivos en lo que suele denominarse la parte “normativa” del tratado, que definen los derechos básicos y las libertades fundamentales en la esfera de que se ocupa dicho tratado. Un órgano o comité de supervisión independiente establecido por el tratado mismo, vigila la aplicación del tratado por los Estados Partes. Esos comités están integrados por expertos independientes elegidos por los Estados que son Partes en el tratado, cuya imparcialidad, independencia y experiencia en materia de derechos humanos los faculta para evaluar los progresos realizados por los Estados Partes en relación con las normas establecidas en el tratado en cuestión” (ONU, 2005).

4. El Comité de Derechos Humanos⁹¹ (CDH)

Convención sobre los Derechos del Niño (ICRMW), Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, (ICRPD) Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, (ICCPR-OP1) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (ICCPR-OP2) Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, (OP-CEDAW) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (OP-CRC-AC) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, (OP-CRC-SC) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, (OP-CAT) Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, (OP-CRPD) Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, (ICESCR - OP) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹¹ El Comité de Derechos Humanos es el órgano de monitoreo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, *“la tarea del Comité de Derechos Humanos es supervisar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Pacto por los Estados Partes. Uno de los puntos más fuertes del Comité es la autoridad moral que le confiere el hecho de que sus miembros representan a todas las partes del mundo. Por lo tanto, lejos de reflejar una única perspectiva geográfica o nacional, el Comité habla con una voz mundial. En el desempeño de su labor de vigilancia y supervisión, el Comité tiene cuatro funciones principales. En primer lugar, recibe y examina los informes de los Estados Partes sobre las disposiciones que han adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. En segundo lugar, elabora las llamadas observaciones generales, ideadas para ayudar a los Estados Partes a dar cumpli-*

Expresó su preocupación:

“(...) por las leyes que criminalizan o restringen severamente el aborto⁹², incluso en casos de violación⁹³ o peligro para la vida de la mujer⁹⁴. Afirmó que la legislación que criminaliza o penaliza⁹⁵ el aborto impulsa a que las mujeres se sometan a abortos inseguros⁹⁶, lo que según el Comité de Derechos Humanos constituye una violación al derecho a la vida⁹⁷.”

miento a las disposiciones del Pacto al pormenorizar las obligaciones sustantivas y de procedimiento de los Estados Partes. En tercer lugar, recibe y examina denuncias de los particulares, también denominadas ‘comunicaciones’, con arreglo al Protocolo Facultativo, presentadas por particulares que alegan que un Estado Parte ha violado sus derechos consagrados en el Pacto. En cuarto lugar, tiene competencia para examinar determinadas denuncias que un Estado Parte presenta alegando que otro Estado Parte no cumple las obligaciones asumidas con arreglo al Pacto”. Para ver más en detalle se puede ver la Hoja Informativa N° 15 disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1sp.pdf>. De manera análoga los otros comités tienen funciones similares.

⁹² Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos en relación con: El Salvador, 22 de agosto de 2003, CCPR/CO/78/SLV párr.14; Kuwait, el 19 de julio de 2000, CCPR/CO/69/KWT, A/55/40, párr. 15; Lesoto, 8 de abril de 1999, CCPR/C/79/Add.106. 11; Polonia, 29 de julio de 1999, CCPR/C/79 Add. 110.11; Senegal, 19 de noviembre de 1997, CCPR/C/79/Add párr. 82, 12 y Venezuela, 26 de abril de 2001, CCPR/CO/71/ VEN. Párr.19.

⁹³ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos en relación con Gambia, 12 de agosto de 2004, CCPR/CO/75/GMB. 17; Perú 15 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/PER. 20 y Polonia, 2 de diciembre de 2004, CCPR/CO/82/POL. 8.

⁹⁴ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Chile, 18 de mayo de 2007, en CCPR/C/CHL/CO/5 párr.8; Madagascar, 11 de mayo de 2007, en CCPR/C/MDG/CO/3 párr. 14 y Mauricio, 27 de abril de 2005, párr. CCPR/CO/83/MUS. 9

⁹⁵ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Guatemala, 27 de agosto de 2001, párr. CCPR/CO/72/GTM. 19; Mauricio, 27/04/2005, CCPR/CO/83/MUS, párr.9.

⁹⁶ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Mauricio, 27/04/2005, CCPR/CO/83/MUS, párr.9.

⁹⁷ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos en relación con Guatemala, 27 de agosto de 2001, párr. CCPR/CO/72/GTM. 19; Kuwait, 19 de julio de 2000, CCPR/CO/69/KWT, A/55/40, párr. 16; Lesoto, 8 de abril de 1999, párr. CCPR/C/79 Add.106. 11; Trinidad y Tobago, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/TT0, párr. 18 y República Unida de Tanzania, 18 de agosto de 1998, párr. CCPR/C/79/Add.97.15.

En esas circunstancias, “el CDH recomendó que los Estados Parte revisen⁹⁸ o modifiquen la legislación penal, para establecer excepciones a la prohibición⁹⁹ y a la penalización del aborto¹⁰⁰, o que desarrollen normas sobre el aborto compatibles con los lineamientos del PIDCP¹⁰¹ que reconoció recientemente, el impacto discriminatorio y desproporcionado que tienen las leyes restrictivas del aborto para las mujeres pobres y rurales¹⁰²”. (Zampas, Todd-Gher, óp.cit:474).

En la Observación General No. 28¹⁰³ *“Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, el Comité de Derechos Humanos hace un llamado a los Estados Parte para que cuando emitan sus informes acerca del cumplimiento del artículo 6 sobre el derecho a la vida, también “proporcionen información sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida”¹⁰⁴.*

El Comité relaciona explícitamente el aborto con el derecho de la mujer a la igualdad en lo que respecta a su derecho a la privacidad¹⁰⁵. Solicita a los países que informen sobre leyes y acciones públicas o privadas que interfieren con el disfrute igualitario de parte

⁹⁸ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Mali, 16 de abril de 2003, CCPR/CO/77/MLI. Párr.14.

⁹⁹ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre: Gambia, 12 de agosto de 2004, párr. CCPR/CO/70/PER.20.

¹⁰⁰ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre: Argentina, 3 de noviembre de 2000, párr. CCPR/CO/70/ARG. 14; Chile, 30 de marzo de 1999, párr., CCPR/C/79/Add.104. 15; Costa Rica, 8 de abril de 1999, párr. CCPR/C/79/Add.107.11; Ecuador, 18 de agosto de 1998, párr. CCPR/C/79/Add.92. 11; Guatemala, 27 de agosto de 2001, párr. CCPR/CO/72/GTM. 19; Kuwait, 19 de julio de 2000, CCPR/CO/69/KWT, A/55/40, párr. 16; Lesoto, 8 de abril de 1999, párr. CCPR/C/79/Add. 106. 11; Perú, 15 de noviembre de 2000, párr. CCPR/CO/70/PER.; Trinidad y Tobago, el 3 de noviembre de 2000, en CCPR/CO/70/TTO párr. 18; República Unida de Tanzania, 18 de agosto de 1998, párr. CCPR/C/79/Add. 97. 15; y Venezuela de abril de 2001, CCPR/CO/71/VEN párr.19.

¹⁰¹ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos en relación con: Chile, 18 de mayo de 2007, en CCPR/C/CHL/CO/5 párr. 8, El Salvador, 22 de agosto de 2003, en CCPR/CO/78/SLV párr. 14 y Madagascar, el 11 de mayo de 2007, en CCPR/C/MDG/CO/3 párr. 14.

¹⁰² Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre: la Argentina 3 de noviembre de 2000, párr. CCPR/CO/70/ARG. 14.

¹⁰³ 102 Comité de Derechos Humanos, Observación General 28: Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (Art. 3), 68ª Sesión de 2000, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.7 (2000), p. 207.

¹⁰⁴ Ídem Párr. 10

¹⁰⁵ Ibíd. Párr. 20

de las mujeres del derecho a la privacidad, y que tomen las medidas para eliminar dichos obstáculos¹⁰⁶.

Específicamente al momento de efectuar las Observaciones Finales para Argentina en 2010 se expresó en estos términos:

“El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo. (Artículos 3 y 6 del Pacto)

El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal”¹⁰⁷.

5. Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

Por su parte el Comité de CEDAW también criticó a las reglamentaciones que castigan el aborto con penas privativas de la libertad:

“En las Observaciones Finales para Colombia sostuvo con gran preocupación “El aborto, que es la segunda causa de muerte materna en Colombia, es sancionable como una conducta ilegal” y afirmó que las prohibiciones legales al aborto constituyen una violación a los derechos de las mujeres a la salud y a la vida, protegidos por el artículo 12 de la Convención”¹⁰⁸ (ZAMPAS, Todd-Gher, Óp. Cit.: 476).

¹⁰⁶ Ibíd. Párr. 20

¹⁰⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a la Argentina.

El Comité examinó el cuarto Informe Periódico de Argentina (CCPR/C/ARG/4) en sus sesiones 2690^a y 2691^a (CCPR/C/SR.2690 y 2691), celebradas el 10 y 11 de marzo de 2010, y aprobó finalmente en su sesión 2708^a (CCPR/C/SR.2708), celebrada el 23 de marzo de 2010 esas Observaciones Finales para el Estado Argentino.

¹⁰⁸ Observaciones Finales del Comité sobre Colombia, 5 de febrero de 1999, CEDAW/A/54/38 Rev. 1, párr.393.

En la Recomendación General N° 24 Sobre la Mujer y la Salud¹⁰⁹ expresó:

“La falta de respeto del carácter confidencial de la información afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física”.

La Recomendación a los Estados es:

“Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.”

“El Comité llamó específicamente a los Estados parte a revisar la legislación que prohíbe el aborto¹¹⁰, y los invitó a reformar las leyes restrictivas¹¹¹. También examinó los efectos de las normas que penalizan esta práctica. (...) El Comité recomendó que Chile considerara “la revisión de las leyes relativas al aborto con miras a suprimir las disposiciones

¹⁰⁹ Dada en el 20° período de sesiones del 02/02/1999 (A/54/38/Rev.1, cap. I.)

¹¹⁰ Observaciones finales del Comité sobre: Alemania, Andorra, 31 de julio de 2001, A/56/38, párr. 48; Béliz, 1 de julio de 1999, A/54/38, párr.57; Burkina Faso, 31 de enero de 2000, A/56/38, párr. 276; Camerún, 26 de junio de 2000, A/55/38, párr.60; Irlanda, 1 de julio de 1999, A/54/38, párr. 186; Jordania, 27 de enero de 2000, A/55/38, párr.181; Namibia, 12 de agosto de 1997, A/52/38 REV1, parte II, párr. 127; Nepal, 1 de julio de 1999, A/54/38, párrs. 139 y 148 y Reino Unido, 1 de julio de 1999, A/55/38, párr.310.

¹¹¹ Observaciones finales del Comité sobre Bélgica, 9 de mayo de 1996 A/51/38, párr.181.

*punitivas aplicables a las mujeres que se someten a abortos y les dé acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos inseguros y reduzca las tasas de mortalidad materna, de conformidad con la recomendación general 24, relativa a la mujer y la salud y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*¹¹² (Zampas, Todd-Gher, Óp. Cit.: 477).

El Comité de CEDAW en el año 2010 también criticó el Código Penal Argentino e instó al Estado a modificarlo:

“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 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*¹¹³.”

¹¹² Observaciones finales del Comité sobre Chile, 25 de agosto de 2006, CEDAW/C/CHI/CO/4. 20

¹¹³ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para Argentina. El Comité examinó el sexto informe periódico de la Argentina (CEDAW/C/ARG/6) en sus sesiones 926^a y 927^a, celebradas el 13 de julio de 2010. Párr. 37 y 38. La lista de cuestiones y preguntas figura en el documento

6. El Comité de la Convención de Derechos del Niño (CRC)

“Este comité también se mostró preocupado por la legislación punitiva del aborto¹¹⁴ y sugirió en algunas ocasiones que los Estados partes revisen las prácticas bajo la legislación del aborto”¹¹⁵ (ZAMPAS, Todd-Gher Óp. Cit.: 477).

Expresamente con relación a la Argentina, en las Observaciones Finales del año 2010¹¹⁶ expresó su

“(…) preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal.”

En consonancia le recomendó al Estado Argentino que:

“(…) 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.”

CEDAW/C/ARG/Q/6, y las respuestas de la Argentina en el documento CEDAW/C/ARG/Q/6/Add.1. Párrs. 27, 38 y 51.

¹¹⁴ Observaciones de la Convención sobre: Armenia, 24 de febrero de 2000, CRC/C/15/Add. 119 párr. 38; el Chad, 24 de agosto de 1999, en CRC/C/15/Add.107 párr.30; Kirguinstán, 9 de agosto de 2000, CRC/C/15/Add. 127, párr. 45 y Palau, 21 de febrero de 2001, CRC/C/15/Add. 149, párr. 46.

¹¹⁵ Observaciones de la Convención sobre: el Chad, 24 de agosto de 1999, en CRC/C/15/Add.107 párr.30; y Palau, 21 de febrero de 2001, CRC/C/15/Add. 149, párr. 47.

¹¹⁶ Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención

Observaciones finales: Argentina 1. El Comité examinó los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la Argentina (CRC/C/ARG/3-4) en sus sesiones 1522^a y 1524^a (CRC/C/SR.1522 y 1524), celebradas el 2 de junio de 2010. En su 1541^a sesión (CRC/C/SR.1541) el 11 de junio de 2010 Párr. 58 y 59.

También efectuó la Recomendación General N° 4¹¹⁷: “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”. En esta expresó: “*el Comité de los Derechos del Niño les pide a los Estado Parte que adopten medidas con el fin de “reducir la morbi mortalidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosos (...)”*”¹¹⁸. El Comité instó también a que los Estados provean acceso a los servicios abortivos sin riesgo como parte de los servicios de salud sexual y reproductiva, cuando el aborto no esté prohibido por la ley.

El Comité también reconoció que los adolescentes que están explotados sexualmente se encuentran expuestos a importantes riesgos de salud, incluyendo el aborto peligroso y riesgoso. Según el Comité, estos adolescentes “*tienen derecho a la recuperación física y psicológica y la reinserción social en un entorno que fomente su salud, el respeto de sí mismo y su dignidad*”¹¹⁹.

7. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ICESCR)

“Este Comité reconoció que las normas restrictivas contribuyen al problema del aborto inseguro y a los altos índices de mortalidad materna¹²⁰ (...) ha expresado preocupación por los Estados parte con prohibiciones absolutas¹²¹ o leyes punitivas de aborto que sólo permiten el aborto para preservar la vida de la mujer¹²², o es el resul-

¹¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 4: Salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, Doc. de la ONU CRC/GC/2003/4 (2003).

¹¹⁸ Ídem, párr. 31

¹¹⁹ Ibídem, párr. 37

¹²⁰ Observaciones Finales del Comité sobre: Bolivia, 21 de mayo de 2001, párr. E/C.12/1/Add.60. 43; Mauricio, 31 de mayo de 1994, E/C.12/1994/8, párr. 15; Nepal, 24 de septiembre de 2001, E/C.12/1/Add. 66 párrs. 32 y 35; Polonia, 19 de diciembre de 2002, párr. E/C.12/1/Add. 62 párrs. 26 y 47.

¹²¹ Observaciones Finales del Comité sobre Chile, 1 de diciembre de 2004, párr. E/C.12/1/Add. 105. 26; Malta, 14 de diciembre de 2004, párr. E/C.12/1/Add.101.41 y Mónaco, 13 de junio de 2006, párr. E/C. 12/MCO/CO/1. 15

¹²² Observaciones Finales del Comité sobre Kuwait, 7 de junio de 2004, párr. E/C.12/1/Add.98.23.

*tado de violación o incesto*¹²³.” (Zampas, Todd-Gher Óp. Cit.: 478)

En la Observación General Nº 16, “El derecho igualitario de hombres y mujeres al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales”¹²⁴, el Comité indica que garantizar el disfrute igualitario del Artículo 12 exige que *“deben eliminarse los obstáculos jurídicos y de otro tipo que impiden que hombres y mujeres tengan igualdad de acceso a los servicios de salud pública. Se incluye aquí en particular, (...) la eliminación de las restricciones legales en materia de salud reproductiva”*¹²⁵.

En sus Observaciones Finales para Argentina en el año 2011 ha reiterado:

“(...) su preocupación por la insuficiencia de los servicios de salud reproductiva para las jóvenes y las mujeres en el Estado parte, lo que ha dado lugar a tasas de mortalidad materna elevadas y en general a altas tasas de embarazo en la adolescencia (E/C.12/1/Add.8, párr. 24). Además, observa en particular grandes disparidades entre las distintas provincias. El Comité también observa con preocupación que los abortos no medicalizados siguen siendo una de las principales causas de la mortalidad materna (arts. 10 y 12). El Comité insta al Estado parte a velar por que la Ley sobre la salud sexual y reproductiva se aplique en todas las provincias y porque se garantice a todas las personas, especialmente a los adolescentes, acceso a educación y servicios completos de salud sexual y reproductiva, con el fin de, entre otras cosas, reducir las elevadas tasas de mortalidad materna. El Comité recomienda que el Estado parte ponga en marcha progra-

¹²³ Observaciones Finales del Comité sobre Chile, 1 de diciembre de 2004, párr. E/C.12/1/Add. 105. 26; Kuwait, 7 de junio de 2004, párr. E/C.12/1/Add.98.23. ; Malta, 14 de diciembre de 2004, párr.E/C.12/1/Add.101.43, Mónaco, 13 de junio de 2006, párr. E/C. 12/MCO/CO/1. 15 y Nepal, 31 de agosto de 2001, E/C.12/1/Add. 66 párrs 33 y 55.

¹²⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (Art. 3), en Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 34ª Sesión de 2005, Doc. de la ONU E/C.12/2005/4 (2005).

¹²⁵ Ídem. Párr. 29

*mas para mejorar la sensibilización de la población a la salud sexual y reproductiva. También recomienda al Estado parte que adopte las medidas necesarias para garantizar el acceso al aborto legal, a fin de reducir el número de muertes maternas evitables, y que garantice el acceso a instalaciones, suministros y servicios de salud para reducir los riesgos previos y posteriores al aborto".*¹²⁶

8. El Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT)

Manifestó su preocupación en sus Observaciones finales para Chile:

*"El hecho de que, según se informó, se condicione la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de abortos clandestinos, a que las mismas proporcionen información sobre quienes practicaron dichos abortos. Esas confesiones se utilizarían posteriormente en causas instruidas contra ellas y terceras partes, contraviniendo así lo preceptuado por la Convención"*¹²⁷.

El CCT hizo un llamado a Chile para que:

*"elimine la práctica de extraer confesiones a efectos de enjuiciamientos de las mujeres que buscan atención médica de emergencia como resultado de abortos clandestinos; investigue y revise las condenas dictadas en las causas, en las que se hayan admitido como prueba las declaraciones obtenidas mediante coacción en estos casos y tome las medidas correctivas pertinentes, en particular la anulación de las condenas dictadas que no se ajusten a lo dispuesto por la Convención"*¹²⁸ (Zampas, Todd-Gher Óp. Cit. : 479).

¹²⁶ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre Argentina (E/C.12/ARG/CO/3), 47º Período de sesiones 14 de noviembre a 2 de diciembre de 2011. Párr. 22

¹²⁷ Observaciones Finales del Comité contra la Tortura sobre Chile, el 14 de junio de 2004, en CAT/C/CR/32/5 párr. 6.j.

¹²⁸ Ídem, párr.7.m. CAT también recomendó a Chile que garantizará el tratamiento inmediato e incondicional de las personas que buscan atención médi-

9. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ICRPD)

En el año 2011, este Comité efectuó las Observaciones finales para Argentina, y se expresó sólo en referencia al aborto no punible.

“El Comité lamenta que el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de la mujer con discapacidad. Del mismo modo, expresa su preocupación por la existencia de prácticas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado”.

“El Comité recomienda al Estado parte a que modifique el artículo 86 de su Código Penal, así como el artículo 3 de la Ley 26130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, de conformidad con la Convención y tome medidas para ofrecer los apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela para que sean ellas mismas las que den su consentimiento informado para acceder a la práctica del aborto no punible o esterilización.”¹²⁹

10. Mecanismos Extra Convencionales¹³⁰

Informes de los Relatores Especiales: Si bien estos instrumentos no poseen un carácter jurídico vinculante para los Estados, son una fuente de derecho internacional y constituyen una pauta de interpretación a tener en cuenta por estos, ya que tienen el valor de doctrina en derecho internacional de los derechos humanos, y ad-

ca de emergencia, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud.

¹²⁹ Observaciones Finales para Argentina (CRPD/C/ARG/1) aprobadas en la 91ª Sesión. Párrs. 31 y 32 del 27 de septiembre de 2012.

¹³⁰ Denominados así porque no son producto de ninguna Convención o Tratado, estos mecanismos y procedimientos han sido creados por resoluciones de los órganos competentes de las respectivas Organizaciones Internacionales (Consejo Económico y Social, Consejo de Derechos Humanos), derivadas de las competencias generales de las Organización de las Naciones Unidas, confiados a grupos de trabajo compuestos por expertos que actúan a título personal o a particulares independientes denominados relatores especiales, representantes o expertos. Encuentran su fundamento último en la concreción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

quieren mayor fuerza vinculante a medida que se transforman en un estándar utilizado por los órganos internacionales de protección de derechos humanos¹³¹.

10. a) Informes del Relator Especial para el Derecho a la Salud

a. Informe del Relator Especial, Sr. Paul Hunt sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, del 16 de febrero de 2004¹³²:

“(...) los abortos en malas condiciones causan la muerte de unas 68.000 mujeres al año, lo que representa un atentado de proporciones gigantescas contra el derecho a la vida y a la salud. Las mujeres que han quedado embarazadas involuntariamente deberían recibir información fiable y asesoramiento comprensivo, con indicación de los lugares y plazos en los que pueda ponerse fin legalmente al embarazo. Aunque los abortos sean legales, también han de ser seguros: los sistemas de salud pública deben capacitar y equipar a los encargados de prestar los servicios sanitarios y tomar otras medidas para garantizar que los abortos no son sólo seguros, sino también accesibles. En todos los casos las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para el tratamiento de las complicaciones resultantes del aborto. Hay que acabar con las disposiciones que castigan a las mujeres que abortan.”¹³³

b. Informe provisional del Relator Especial Sr. Anand Grover sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel po-

¹³¹ Así conforme a Bovino (2006), quien expresa: “La Carta de las Naciones Unidas encomienda a la Asamblea General la tarea de hacer recomendaciones para ayudar a hacer efectivos los derechos humanos. Si bien la norma atribuye a la resolución de la Asamblea categoría de recomendación no vinculante que, en principio, posee toda resolución suya, nada impide que el contenido de sus recomendaciones sea considerado obligatorio, por tratarse de una fuente de derecho internacional. Por este motivo, se afirma que “los otros instrumentos adoptados por la comunidad internacional deben ser una de las fuentes principales a ser consultados, junto con la doctrina de los órganos internacionales competentes” (O’ Donnell, 1989:27).

¹³² A/66/254. Asamblea General de la ONU 60ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos, 16 de febrero de 2004 (E/CN.4/2004/49)

¹³³ Ídem. Párr. 30

sible de salud física y mental, del 3 de agosto de 2011¹³⁴. Este es un informe muy importante porque examina la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud, prestándole particular atención a las normas penales sobre el aborto.

“(...)cuando se utiliza el derecho penal como instrumento para regular la conducta de una persona y sus decisiones en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, la voluntad del Estado se impone por la fuerza, anulando la del individuo”¹³⁵.

“(...) estas disposiciones afectan a una gran variedad de personas, entre las que figuran las mujeres que desean abortar o utilizar métodos anticonceptivos; los amigos o familiares que ayudan a las mujeres que desean abortar; los profesionales que practican abortos (...)”¹³⁶.

“Las leyes penales y las restricciones de la salud sexual y reproductiva de otra índole podrían afectar negativamente al derecho a la salud en múltiples aspectos, incluso atentando contra la dignidad humana (...) [que] exige que las personas sean libres para tomar decisiones personales sin la injerencia del Estado, especialmente en un ámbito tan importante e íntimo como la salud sexual y reproductiva.”¹³⁷

“La persistencia de los estereotipos sobre el papel de la mujer en la sociedad y la familia establece y alimenta normas sociales (...) Cuando una mujer que reivindica su libertad sexual y reproductiva transgrede esas normas basadas en estereotipos suele sufrir severos castigos, con los consiguientes efectos adversos para su salud; eso constituye una violación de su derecho a la salud”¹³⁸.

¹³⁴ A/66/254. Asamblea General de la ONU 66ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos, 3 de agosto de 2011

¹³⁵ Ídem. Párr. 12.

¹³⁶ Ídem. Párr. 14

¹³⁷ Ibíd. Párr. 15

¹³⁸ Ibíd. Párr. 16

“La penalización genera y perpetúa el estigma, limita la capacidad de las mujeres para hacer pleno uso de los bienes, servicios e información disponibles en materia de salud sexual y reproductiva, les niega la plena participación en la sociedad y distorsiona las percepciones de los profesionales de la salud, lo que a su vez puede dificultar el acceso de las mujeres a los servicios de atención de la salud (...) pueden impedir el empoderamiento de la mujer, disuadiéndolas de adoptar medidas para proteger su salud a fin de evitar incurrir en responsabilidad penal o por miedo a la estigmatización.”¹³⁹.

“La moralidad pública no puede esgrimirse como pretexto para promulgar o aplicar leyes que puedan dar pie a violaciones de los derechos humanos, incluidas las que tienen por objeto regular la conducta sexual y reproductiva y la adopción de decisiones (...) Los Estados deberían abstenerse de emplear leyes penales y restricciones jurídicas para regular la salud pública que no están fundamentadas en pruebas ni sean proporcionadas, ya que violan el derecho a la salud de las personas afectadas y además son contrarias a los propios fines que las justifican”¹⁴⁰.

“La imposición de restricciones penales y de otra índole por los Estados para regular la salud sexual y reproductiva puede constituir una grave violación del derecho a la salud de las personas afectadas y carece de eficacia como intervención en el ámbito de la salud pública. La aplicación de esas leyes debe reconsiderarse inmediatamente. Su eliminación no debe ser progresiva ya que no constituye una carga pesada desde el punto de vista de los recursos, ni siquiera de minimis”¹⁴¹.

“Las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud

¹³⁹ Ídem. Párr. 17

¹⁴⁰ Ibídem. Párr. 18

¹⁴¹ Ídem. Párr. 20

y, por consiguiente, deben eliminarse. Estas leyes 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. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal."¹⁴²

"La penalización del aborto es una clara expresión de la injerencia del Estado en la salud sexual y reproductiva de la mujer, ya que restringe el control de la mujer sobre su cuerpo y podría exponerla a riesgos para la salud innecesarios. La prohibición del aborto también obliga a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados y a dar a luz cuando no desean hacerlo"¹⁴³.

"Las mujeres tienen derecho a recibir del Estado una atención de la salud en pie de igualdad como parte de su derecho a la salud. Independientemente de la condición jurídica del aborto (...) En particular, tienen derecho a acceder a servicios de salud de calidad para tratar las complicaciones derivadas del aborto (...) Esa atención debe ser incondicional, aun cuando el aborto conlleve sanciones penales, no deberá depender de la posterior cooperación de la mujer en el enjuiciamiento penal, y en ningún caso podrá utilizarse como prueba contra ella ni contra quienes hayan practicado el aborto. La legislación no debe obligar al personal sanitario a denunciar a las autoridades policiales o judiciales a las mujeres que hayan recibido atención relacionada con el aborto."¹⁴⁴

"La marginalización y la vulnerabilidad de las mujeres a consecuencia del estigma y la discriminación relacionados con el aborto perpetúan e intensifican las violaciones del derecho a la salud. (...) Si bien son muchos los factores sociales

¹⁴² Ibíd. Párr. 21

¹⁴³ Ídem. Párr. 27

¹⁴⁴ Ídem. Párr. 30

y culturales que generan y agravan los estigmas, su penalización perpetúa la discriminación y genera nuevas formas de estigmatización”¹⁴⁵.

“La penalización del aborto también afecta gravemente a la salud mental. La necesidad de recurrir a servicios de salud ilegales y la intensa estigmatización del procedimiento del aborto y de las mujeres que se someten a él pueden tener efectos perniciosos para la salud mental de la mujer”¹⁴⁶.

“Al aplicar un enfoque basado en el derecho a la salud, los Estados deben llevar a cabo reformas encaminadas a desarrollar y aplicar políticas y programas relacionados con la salud sexual y reproductiva, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. En este contexto, el Relator Especial exhorta a los Estados a (...) h) Despenalizar el aborto y derogar las leyes conexas, como las relativas a la facilitación del aborto; i) Como medida provisional, considerar 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, incluida la obligación jurídica impuesta a los profesionales de la salud de denunciar a las mujeres a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley; j) Proporcionar servicios de salud seguros y de buena calidad, incluido el aborto, de conformidad con los protocolos de la OMS (...) l) Asegurar que la población disponga de información precisa y fundamentada en pruebas en relación con el aborto y con los supuestos en que la legislación lo permite, y que los profesionales de la salud conozcan bien la legislación relativa al aborto y sus excepciones (...)”¹⁴⁷.

Sin dudas, este es uno de los documentos más críticos, contundentes y profundos contra la penalización del aborto que se haya formulado en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas.

¹⁴⁵ Ídem. Párr. 34

¹⁴⁶ Ídem. Párr. 36

¹⁴⁷ Ídem. Párr. 65

10. b) Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados

Informe provisional de la independencia de los magistrados y abogados de la Sra. Gabriela Knaul, del 10 de agosto de 2011.¹⁴⁸

“Las mujeres en conflicto con la ley que comparecen ante el sistema de justicia penal deben beneficiarse de todas las disposiciones relacionadas con el derecho a un juicio imparcial y de la igualdad ante los tribunales sin discriminación por motivos de género ni ninguna otra forma de discriminación prohibida por el derecho internacional. La Relatora Especial está sumamente preocupada por las disposiciones del derecho penal que discriminan contra la mujer y por la aplicación discriminatoria de determinadas disposiciones contra ella en los procedimientos penales. Esas disposiciones discriminatorias incluyen (...) la tipificación del aborto como delito incluso en los casos de aborto espontáneo o de amenaza a la vida y la salud de la madre. La Relatora Especial desea recordar que, al aplicar leyes discriminatorias, los magistrados y los fiscales participan en la violación de las obligaciones internacionales del Estado”¹⁴⁹.

“Las mujeres acusadas de delitos tienen el derecho a una audiencia pública imparcial ante un tribunal competente, independiente e imparcial, lo cual (...) exige que los magistrados, los fiscales y los abogados estén familiarizados con las cuestiones de género y los derechos humanos internacionales de la mujer, incluidos los principios de igualdad y no discriminación, y hayan recibido capacitación al respecto. Los magistrados deben estar en condiciones de impugnar los estereotipos y la discriminación basados en el género cuando se interponen denuncias ilegales contra las sospechosas, acusaciones sin pruebas de actos ilícitos o meramente basadas en rumores, o acusaciones erróneas por determinadas formas de conducta (por ejemplo, acusa-

¹⁴⁸ A/66/289. Asamblea General de la ONU, 66^a período de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos, del 1^o de agosto de 2011.

¹⁴⁹ Ídem. Párr. 74

ción de infanticidio en casos de aborto). Los magistrados también deben estar dispuestos a impugnar las ideas estereotipadas y la discriminación y no restar importancia al testimonio de las mujeres o desestimar su credibilidad; ello se aplica cuando la mujer es tanto la acusada como la víctima.”¹⁵⁰

10. c) Informe del Relator especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

Informe del Relator Especial Sr. Juan E. Méndez, del 1 de febrero de 2013¹⁵¹:

“La conceptualización como tortura o malos tratos de los abusos cometidos en entornos de atención de la salud es un fenómeno relativamente reciente. (...) El Relator demuestra que, si bien en un principio la prohibición de la tortura puede haberse aplicado sobre todo en contextos como el interrogatorio, castigo o intimidación de detenidos, la comunidad internacional ha empezado a ser consciente de que la tortura también puede darse en otros contextos.”¹⁵²

“El Relator Especial, en numerosas ocasiones, ha respondido a diversas iniciativas en la esfera de la incorporación del género y la lucha contra la violencia contra la mujer, entre otras cosas, examinando formas específicas de tortura ligadas al género para garantizar la aplicación del marco de protección contra la tortura teniendo en cuenta las cuestiones de género (...)”¹⁵³

“(...) los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por

¹⁵⁰ Ibídem. Párr. 75

¹⁵¹ A/HRC/22/53, Asamblea General de la ONU, 22^a Período de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos del 1 de febrero de 2013.

¹⁵² Ídem Párr. 15

¹⁵³ Ídem Párr. 45

motivos de género. Ejemplos de esas violaciones son el maltrato y la humillación en entornos institucionales (...) la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto; (...) las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales; y la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto"¹⁵⁴

*"El Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto y las prohibiciones absolutas con respecto al mismo conculcan la prohibición de la tortura y los malos tratos (...) los órganos de las Naciones Unidas han expresado su preocupación al denegarse o restringirse el acceso a los cuidados posteriores al aborto (...) con fines inaceptables como imponer un castigo u obtener una confesión. El Comité de Derechos Humanos señaló explícitamente que las violaciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluían (...) la denegación del acceso a un aborto en condiciones seguras a las mujeres que han quedado embarazadas a raíz de una violación (...)"*¹⁵⁵.

*"El Relator Especial exhorta a todos 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. Los Estados cuya legislación nacional autorice los abortos en diversas circunstancias deberán velar por la disponibilidad real de los servicios sin consecuencias adversas para la mujer o el profesional de la salud."*¹⁵⁶

¹⁵⁴ Ibídem Párr. 46

¹⁵⁵ Ídem. Párr.50

¹⁵⁶ Ídem. Párr.90

11. Examen Periódico Universal (EPU)¹⁵⁷

Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal de Argentina, del 12 de diciembre de 2012¹⁵⁸:

“(...) Noruega manifestó su preocupación por los casos de abortos practicados en condiciones de riesgo, fenómeno que era consecuencia de la penalización del aborto. Noruega solicitó mayor información sobre la participación de la sociedad civil en el proceso de redacción del informe nacional para el EPU. Se refirió a presuntas dificultades de acceso de la ciudadanía a información de dominio público. Noruega formuló recomendaciones.”¹⁵⁹

“(...) El Uruguay observó que, a pesar del Plan Nacional de Salud Sexual, el aborto era la primera causa de la mortalidad materna. El Uruguay formuló recomendaciones.”¹⁶⁰

Con relación a los derechos sexuales y reproductivos las recomendaciones que se le efectuaron a Argentina fueron:

“99.89: Garantizar el pleno reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos (Francia)”(...) 99.92 *“Introducir medidas jurídicas y de otra índole para reducir la mortalidad y morbilidad maternas que son consecuencia de los abortos practicados en condiciones peligrosas (Países Bajos)” (...)* 99.93 *“Reforzar los esfuerzos tendientes a reducir la tasa de mortalidad infantil procurando especialmente disminuir el número de defunciones a consecuencia de abortos practicados en condiciones peligrosas (Noruega)”;* (...) 99.96 *Reforzar la utilización de las disposiciones jurídicas y administrati-*

¹⁵⁷ El Examen Periódico Universal (EPU), establecido por la resolución 60/251 de la Asamblea General es un nuevo mecanismo de derechos humanos. Con este mecanismo, el Consejo de Derechos Humanos revisa periódicamente el cumplimiento de cada una de los 192 Estados Miembros de las Naciones Unidas en cuanto a las respectivas obligaciones y compromisos en el ámbito de los derechos humanos.

¹⁵⁸ A/HRC/22/4, Consejo de Derechos Humanos, aprobado en el 22º Período de Sesiones.

¹⁵⁹ Ídem. Párr. 52.

¹⁶⁰ Ídem. Párr. 85

vas existentes que garantizan la salud sexual y reproductiva, con el objetivo de proteger mejor los derechos de las mujeres y prevenir la mortalidad materna (Uruguay) (...)"

La respuesta Argentina fue dada el día 21 de febrero de 2013¹⁶¹ y con relación a las recomendaciones efectuadas respondió lo siguiente:

"(...) Argentina acepta las recomendaciones 99.90, 99.95, 99.96 y 99.97 y considera que se están ejecutando a través de programas destinados a garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y para la remoción de barreras en el acceso a los servicios de salud de mujeres indígenas, migrantes y privadas de libertad.¹⁶² (...) Argentina toma nota de las recomendaciones 99.91, 99.92, 99.93 y 99.94."¹⁶³

12. Sistema Regional Interamericano¹⁶⁴

Podría decirse que la preocupación por las múltiples violaciones de derechos humanos que acarrea la regulación del aborto como un delito, es reciente en el Sistema Interamericano aunque constante en los últimos años. Esta preocupación es importante sin duda, atento a que América Latina es la región del globo con la regulación más restrictiva en materia de aborto y de hecho, El Salvador, Nicaragua, Chile, Dominica, República Dominicana y Saint Kitts y Nevis no cuentan con supuestos de interrupción legal de embarazo. *"En algunos países del Caribe, como Jamaica o Trinidad y Tobago, aunque la interrupción del embarazo no está permitida normativamente en ningún caso, por derecho común se consideran como excepciones los motivos terapéuticos, el embarazo producido por violación o por anomalía sustancial del feto"* (CIM, 2012:42).

¹⁶¹ A/HRC/22/4/Add.1, Consejo de Derechos Humanos, aprobado en el 22º Período de Sesiones.

¹⁶² Ídem párr.16

¹⁶³ Ibídem párr. 17

¹⁶⁴ Para un desarrollo más extenso del sistema interamericano de protección de derechos humanos puede verse *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (2011) de Cecilia MEDINA QUIROGA y Claudio NASH ROJAS. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

En el año 2010 la XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe¹⁶⁵ celebró el Consenso de Brasilia¹⁶⁶, allí 33 de los más altos representantes de los gobiernos de la región se comprometieron a:

“Revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que se hayan sometido a abortos, conforme a lo recomendado en la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, incluidas las nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, así como en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, y en las observaciones del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, y garantizar la realización del aborto en condiciones seguras en los casos autorizados por la ley.”¹⁶⁷

A pesar de este compromiso político asumido, el panorama legislativo con respecto al aborto ha variado muy poco en la región. A continuación se analizarán los pronunciamientos de relevancia sobre la criminalización del aborto en el ámbito de los diferentes órganos de la OEA: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Comisión Interamericana de la Mujer (CIM) y el CEVI (Comité de Expertas en Violencia), que se expresan a través del Mecanismo de seguimiento de la Convención contra la violen-

¹⁶⁵ Órgano subsidiario de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), convocado con carácter permanente y regular con una frecuencia no superior a tres años, para identificar las necesidades regionales y subregionales de las mujeres, presentar recomendaciones, realizar evaluaciones periódicas de las actividades llevadas a cabo en cumplimiento de los acuerdos y planes regionales e internacionales sobre el tema, y proporcionar un foro para el debate sobre estas materias. La CEPAL fue establecida por la resolución 106 (VI) del Consejo Económico y Social, del 25 de febrero de 1948, y comenzó a funcionar ese mismo año. Es una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas.

¹⁶⁶ La XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, celebrada del 13 al 16 de julio de 2010 donde se reunieron los ministros, delegadas y delegados del más alto nivel de 33 países de la región para discutir el tema de los logros y desafíos para alcanzar la igualdad de género con énfasis en la autonomía y el empoderamiento económico de las mujeres. Disponible en: http://www.eclac.cl/mujer/noticias/paginas/5/40235/ConsensoBrasilia_ESP.pdf

¹⁶⁷ Ídem. Párr. 6 f)

cia (MESECVI) y finalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

13. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁸ (CIDH)

13. a) Peticiones Individuales¹⁶⁹: “White y Potter vs EEUU”

Como parte de una de sus competencias, la CIDH recibió en el año 1977 una petición individual de los ciudadanos Cristian S. White y Gary K. Potter contra Estados Unidos. El caso fue más conocido como “Baby Boy”¹⁷⁰, en razón de que los peticionarios solicitaban que la Comisión declare que Estados Unidos era responsable por haber violado los artículos I (derecho a la vida y que se interprete este de conformidad al art. 4 de la CADH); II (Igualdad ante la ley y principio de no discriminación), VII (derecho del niño a protección, cuidado y ayuda), XI (derecho a la salud) de la Declaración Americana, atento a que según los hechos que presentaron, un médico en el Estado de Massachusetts practicó una histerectomía a una mujer gestante de un feto varón (“baby boy”) y el mismo no fue sancionado penalmente por este hecho. El peticionante afirma que el fin de la protección jurídica de niños no nacidos comenzó y fue enmarcada por las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Estados Unidos: “Roe vs Wade”¹⁷¹ y “Doe vs. Bolton”¹⁷², las cuales fueron determinantes para que la Corte Suprema de Massachusetts no sancione penalmente al médico y “baby boy” fuera “privado de su derecho a la vida”.

¹⁶⁸ La Comisión Interamericana es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal y no representan a sus países de origen o residencia. Para más información sobre la CIDH, puede ver la siguiente página web: <http://www.oas.org/en/iachr/default.asp>

¹⁶⁹ Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/casos.asp>

¹⁷⁰ Caso N° 2141 Resolución N° 23/81 del 6 de marzo de 1981.

¹⁷¹ 410 U.S. 113, 1973

¹⁷² 410 U.S. 179, 1973

La CIDH analizó la relación entre el derecho a la vida contenido en la declaración americana y la expresión del art. 4 de la CADH y expresó:

“Cuando se enfrenta la cuestión del aborto, hay dos aspectos por destacar en la formulación del derecho a la vida en la Convención. En primer término la frase “En general”. En las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional ‘los casos más diversos de aborto’. (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/2, p. 159). Segundo, la última expresión enfoca las privaciones arbitrarias de la vida. Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del artículo 4, hay que considerar las circunstancias en que se practicó. ¿Fue un acto “arbitrario”? Un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4”.

La CIDH resolvió la petición el 6 de marzo de 1981 estableciendo que: *“La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (...)”*

De esta manera, la CIDH estableció que la despenalización del aborto no es incompatible con el art. 4 de la CADH mientras este se practique con arreglo a la ley.

13. b) Medidas Cautelares¹⁷³

13. b) I. Caso “Amelia”

“El 26 de febrero de 2010, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de una persona que la CIDH identificará como Amelia, en Nicaragua. En la solicitud de medida cautelar se alega que Amelia, madre de una niña de 10 años, no estaría recibiendo la atención médica necesaria para tratar el cáncer

¹⁷³ Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>

que padece, en razón de su embarazo. La solicitud añade que los médicos habían recomendado de manera urgente iniciar un tratamiento de quimioterapia o radioterapia, pero que el hospital informó a la madre y los representantes de Amelia que el tratamiento no sería realizado dada la alta posibilidad de que éste provocara un aborto. La Comisión Interamericana solicitó al Estado de Nicaragua que adopte las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tenga acceso al tratamiento médico que necesite para tratar su cáncer metastático; que adopte estas medidas en concertación con la beneficiaria y sus representantes; y que reserve la identidad de la beneficiaria y de su familia. Dentro del plazo de cinco días otorgado para responder, el Estado de Nicaragua informó a la CIDH que se ha iniciado el tratamiento requerido”.¹⁷⁴

13. b) II. Caso “B”

“El 29 de abril de 2013 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de “B”, en El Salvador (...). La solicitud de medidas cautelares señala que el Ministerio de Salud y el Comité del Hospital donde se encuentra internada “B” determinaron que “B” padece de una serie de patologías, que su embarazo conlleva un alto riesgo de muerte para la madre, y que el feto es anencefálico. Asimismo, señala que dichas autoridades de salud determinaron que el efecto del transcurso del tiempo sin la implementación del tratamiento médico recomendado podría afectar los derechos a la vida, la integridad y la salud de la madre. Los solicitantes manifestaron que, a pesar de haber solicitado a las autoridades estatales, entre ellas la Corte Suprema de Justicia, que se le proporcionara el tratamiento recomendado por los médicos especialistas, no existe una respuesta final hasta la fecha. (...) la CIDH otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y salud de “B”. Específicamente, la Comisión Interamericana solicitó al Estado de El Salvador que adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital Nacional Especializado de Maternidad “Dr. Raúl Arguello Escalón”, con el objetivo de salvaguardar la vida, integridad

¹⁷⁴ MC 43-10, contra Nicaragua.

*personal y salud de "B", y que concierte cualquier medida a adoptarse con la beneficiaria y sus representantes".*¹⁷⁵

En ambos casos, se refiere a la despenalización del aborto de manera indirecta, pues en ambos Estados no se admiten causales de despenalización en ningún caso y con la interposición de estas medidas cautelares se buscó lograr que estas mujeres reciban la atención sanitaria que de otra manera no recibirían sólo por estar embarazadas y porque esos tratamientos médicos podrían concluir en abortos penados por las leyes locales. De esta manera, la CIDH ponderó que los derechos a la vida, la salud y las integridad de las mujeres beneficiarias debía tutelarse de manera urgente.

13. c) Audiencias Temáticas¹⁷⁶

La CIDH ha celebrado al menos dos audiencias¹⁷⁷ temáticas regionales en donde aborda la cuestión de la criminalización del aborto y sus efectos, la primera celebrada el 28 de marzo del 2011, en donde:

"recibió información (...) acerca de los graves obstáculos que enfrentan las mujeres a través de las Américas en el ejercicio efectivo y pleno de sus derechos reproductivos(...)informaron a la CIDH sobre las consecuencias e impacto de leyes restrictivas sobre la interrupción legal del embarazo, incluyendo la práctica de abortos en condiciones inseguras y la morbilidad materna; problemáticas que afectan de manera especial a las niñas y mujeres jóvenes pobres, de bajo nivel educativo, y que habitan en zonas rurales (...) La CIDH reite-

¹⁷⁵ MC 114/13, contra El Salvador.

¹⁷⁶ Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=15>

¹⁷⁷ Entre otras audiencias en las que se han abordado los derechos sexuales y reproductivos pueden mencionarse: la audiencia del 10/10/2007 correspondiente al 130° Período de Sesiones sobre "Derechos Reproductivos de las Mujeres en las Américas"; la audiencia del 6/11/2009 del 137° Período de Sesiones sobre "Mortalidad Materna en las Américas"; la audiencia del 22/3/2010 del 138° Período de Sesiones sobre la "Situación de los Derechos Sexuales y Reproductivos de las Mujeres en Colombia" y la audiencia del 12/11/2012 correspondiente al 146° Período de Sesiones "Acceso a la Información Pública y derecho a la Salud Sexual y reproductiva en las Américas".

ra que la salud reproductiva de las mujeres debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y los programas de salud nacional y local en las esferas de prevención y protección. Esto conlleva el deber de analizar de forma pormenorizada todas las leyes, normas, prácticas, y políticas públicas que en su texto o en la práctica puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su acceso a servicios de salud reproductiva, y prevenir las consecuencias negativas que estas medidas pudieran tener en el ejercicio de sus derechos humanos en general. Los Estados están igualmente obligados a eliminar todas las barreras de derecho y de hecho que impiden a las mujeres su acceso a servicios de salud materna que ellas necesitan como la sanción penal al acudir a estos servicios.”¹⁷⁸

En el año 2013, se realizó una nueva audiencia temática, pero enfocada en el tema de la criminalización del aborto como una violación de derechos humanos:

“(...) la Comisión Interamericana nuevamente recibió información relacionada con el impacto negativo en las mujeres de leyes restrictivas en materia de aborto en países como Argentina, Bolivia, Brasil, El Salvador, Nicaragua y Perú. Se informó a la Comisión cómo estas leyes contravienen una variedad de derechos de la mujer en los ámbitos de discriminación, igualdad, vida, salud, integridad, privacidad, y de estar libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La Comisión recibió información que resalta el vínculo entre estas leyes restrictivas y la realización de abortos inseguros y clandestinos que generan altas tasas de mortalidad y morbilidad materna (...) las mujeres tienen que elegir entre acudir a los servicios de salud que requieren y arriesgarse a ser denunciadas ante las autoridades por haber cometido un delito (...) las violaciones sistemáticas de las garantías del debido proceso que enfrentan las mujeres cuando de hecho son reportadas ante las autoridades [pone] énfasis en el impacto pernicioso y desproporcionado de estas leyes en las mujeres que pertenecen a los sectores

¹⁷⁸ Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141º Período de Sesiones de la CIDH del 1 de abril de 2011

*más vulnerables de la población a raíz de su pobreza, raza, origen étnico, edad y nivel de escolaridad. (...) Con respecto a este muy alarmante asunto de derechos humanos, la Comisión reitera la obligación de los Estados de emprender una revisión detallada de todas las leyes, normas prácticas y políticas públicas cuya redacción o implementación práctica pueda tener repercusiones discriminatorias en el acceso de las mujeres a los servicios de salud reproductiva; su deber de eliminar todos los obstáculos de jure y de facto que impiden el acceso de las mujeres a los servicios de salud materna que requieren, como su penalización; y tomar en cuenta que las leyes restrictivas tienden a tener un efecto especial en las niñas y mujeres afectadas por la pobreza, que tienen bajos niveles de educación y viven en zonas rurales”.*¹⁷⁹

13. d) Informes Temáticos¹⁸⁰

La CIDH elaboró en los últimos años una serie de informes temáticos sobre: “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud”¹⁸¹, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”¹⁸², “Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos”¹⁸³, “Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos”¹⁸⁴, “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁸⁵; “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”¹⁸⁶ y “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interame-

¹⁷⁹ Anexo al Comunicado de Prensa emitido al culminar el 147º Período de Sesiones del 5 de abril de 2013.

¹⁸⁰ Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>. Capítulo XII párr.49/52.

¹⁸¹ OEA/Ser.L/V/II. Doc.65

¹⁸² OEA/Ser.L/V/II Doc. 68

¹⁸³ OEA/Ser.L/V/II. Doc.61

¹⁸⁴ OEA/Ser.L/V/II. Doc.69

¹⁸⁵ OEA Ser.L/V/II.143 Doc.59

¹⁸⁶ OEA Ser.L/V/II.Doc.63

ricano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”¹⁸⁷. En estos informes se presentan los estándares de derechos humanos en lo referente al aborto. En estos informes se presentan los desarrollos de los estándares de derechos humanos en lo referente al aborto y tienen por objetivo ofrecer pronósticos sobre los principales avances y desafíos de los Estados en la materia, elaborando una serie de recomendaciones de carácter inmediato para que los Estados puedan garantizar el ejercicio de los derechos y cumplir cabalmente con sus obligaciones.

Las altas tasas de aborto inseguro se relacionan de manera directa no sólo con la violación al derecho a la salud y a la vida de las mujeres, sino también con su integridad personal y su derecho a la privacidad:

*“(...) la Comisión se ha referido a la grave situación de mortalidad materna en la región, y cómo la misma refleja el nivel de pobreza y exclusión de las mujeres. También se ha referido al aborto como un problema muy serio para las mujeres, no sólo desde un punto de vista de salud, sino también de sus derechos humanos a la integridad y a la privacidad”*¹⁸⁸.

*(...) el deber de los Estados de garantizar el derecho a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el acceso a servicios de salud materna en condiciones de igualdad, implica la priorización de recursos para atender las necesidades particulares de las mujeres (...) como la atención de las emergencias obstétricas. (...) el Comité de la CEDAW recomendó a los Estados Partes asegurar “que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.”*¹⁸⁹

Los Estados deben rendir cuentas en materia de cumplimientos de derechos y el derecho a la salud es uno de ellos:

“(...)Entre los indicadores de resultado para medir el progreso del derecho a la salud en relación con la igualdad se

¹⁸⁷ OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60

¹⁸⁸ Ídem nota 133 párr. 42

¹⁸⁹ Ídem párr. 84

*especifican: tasa de mortalidad materna y perinatal, distribución de mortalidad materna según causas por grupos de edad, tasa de mortalidad perinatal (...) estimaciones sobre casos de aborto ilegales, por edad, lugar de residencia (urbano y rural) y condiciones socioeconómicas de la mujer embarazada u otros datos disponibles”.*¹⁹⁰

*“En la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, más de 171 Estados acordaron los siguientes objetivos en relación a la salud de las mujeres y la maternidad: (a) Promover la salud de las mujeres y la maternidad sin riesgo a fin de lograr una reducción rápida y sustancial en la morbilidad y mortalidad maternas y reducir las diferencias observadas entre los países en desarrollo y los desarrollados, y dentro de los países (...) reducir considerablemente el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones 191 (...) se estableció incrementar la prestación de (...) servicios de remisión en los casos de complicaciones en el embarazo, el parto y el aborto, atención prenatal y planificación de la familia (...)”*¹⁹²

La CIDH resalta el vínculo que existe entre la violencia sexual y los embarazos no deseados, los que pueden conducir a abortos inseguros, poniendo en riesgo la salud y vida de las mujeres:

“En Costa Rica, la anticoncepción de emergencia no está incorporada oficialmente a los servicios que brinda el Sistema Oficial de Salud, ni ha recibido difusión masiva dirigida a las mujeres que puedan necesitarla. El personal de salud siente temor en ofrecer este tipo de medicamento (...) piensa que es una manera de provocar abortos y que el personal médico que la ofrece puede ser denunciado y sancionado o (...) que podría acarrear un problema dentro de la institución. En Honduras no existe acceso a este método. En El Salvador y Nicaragua no existe la posibilidad del aborto, ni siquiera por razones tera-

¹⁹⁰ Ídem, párr. 100

¹⁹¹ Ídem, párr. 101

¹⁹² Ibídem, párr. 102

*péuticas; generando cientos de embarazos en niñas y mujeres producto de violaciones sexuales*¹⁹³

*“Una de las consecuencias más graves de la violencia sexual perpetrada en las escuelas son los embarazos no deseados. Como señala Amnistía Internacional “el embarazo no deseado puede tener consecuencias graves, como aborto no seguro, suicidio y relaciones familiares que pueden conducir al aislamiento social, la exclusión e incluso el asesinato de la embarazada. Asimismo, los abortos no seguros a que se recurre para poner fin a embarazos no deseados pueden causar numerosos problemas de salud, incluido riesgo de muerte, en el caso de adolescentes”*¹⁹⁴.

Además de la causal violación, establece otras causales que revisten el carácter de estándares de derechos humanos, sobre los casos en los que las mujeres tienen derecho a acceder a abortos despenalizados y seguros:

*“(...) que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer la interrupción del embarazo se produzca (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.”*¹⁹⁵

“(...) considerando que la prohibición absoluta del aborto para proteger los intereses del feto imponía una carga desproporcionada en el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. La Corte [Suprema de Colombia] 196 asimismo destacó el vínculo entre la prevención de la violencia sexual contra

¹⁹³ Ídem nota 135 Párr. 242

¹⁹⁴ Ídem nota 130 Párr. 105

¹⁹⁵ Ídem nota 131 Párr. 255

¹⁹⁶ Sentencia C-355/2006, Colombia.

*la mujer y el embarazo no deseado; vínculo que acarrea obligaciones positivas del Estado de mitigar los efectos de la violencia sexual ofreciendo los servicios de salud necesarios.*¹⁹⁷

Existen asimismo ciertos estándares en materia de derecho a la información de las mujeres para que estas puedan acceder a la práctica segura de un aborto, tanto cuando este está previsto en el ordenamiento legal, como así también cuando acuden a un servicio de salud en situación post-aborto, aunque este se encontrara penalizado:

*“(...) el acceso oportuno a la información sobre una condición particular de salud aplica con particular fuerza a situaciones en donde existe una evolución rápida de dicha condición y como consecuencia de ello, la capacidad de las personas de adoptar decisiones relevantes se ve reducida (...) en el contexto del embarazo, el acceso efectivo a información importante sobre la salud de la madre y el feto es directamente relevante para el ejercicio de la autonomía personal, específicamente en donde la legislación nacional permite el aborto en determinadas circunstancias.*¹⁹⁸

*(...) los temas relacionados con la sexualidad y reproducción son altamente sensibles y por ello el temor de que la confidencialidad no sea respetada puede incidir en que las mujeres no busquen la atención médica requerida. Por el contrario, si la persona se siente segura y en confianza brindará toda la información requerida para que el profesional de la salud pueda realizar un diagnóstico y tratamiento más efectivo.*¹⁹⁹

(...) el CEDAW reconoce la importancia de respetar la confidencialidad (...) en el ámbito médico, especialmente para que no se genere un efecto disuasivo (...)

La falta de respeto del carácter confidencial de la información (...) puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su

¹⁹⁷ Ídem nota 136 Párr. 171

¹⁹⁸ Ídem nota 132 Párr. 51

¹⁹⁹ Ídem Párr. 80

*salud y bienestar. (...) la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física.*²⁰⁰

*(...) Consecuentemente, garantizar la confidencialidad en el acceso a la información en materia reproductiva es crucial para garantizar que las mujeres busquen atención médica de forma oportuna. Ello es (...) relevante en (...) países en la región en donde existe una penalización (...) y una obligación de los profesionales de salud de denunciar (...) el Comité contra la Tortura ha catalogado como tortura el condicionamiento de la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de abortos clandestinos, a que previamente proporcionen información sobre si se practicaron un aborto.*²⁰¹

*(...) el embarazo precoz²⁰² plantea varios riesgos: además de los problemas de salud, un mayor riesgo de abortos, en condiciones inseguras, y de interrupción de la educación, el Comité de Derechos Humanos ha establecido el deber de los Estados de brindarles el acceso a información sobre el daño que puede causar los embarazos precoces (...) el Comité sobre los Derechos del Niño ha instado a los Estados Partes a adoptar medidas para reducir la morbi mortalidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas (...) los Estados deben diseñar políticas y programas para este grupo específico, en función de sus necesidades específicas en salud materna, respetando sus derechos a la intimidad y confidencialidad.*²⁰³

Finalmente la CIDH ha establecido como un estándar de igualdad de género lo decidido por la Corte Suprema de México²⁰⁴ en lo

²⁰⁰ Ibídem Párr. 81

²⁰¹ Ídem Párr. 84

²⁰² En el mismo sentido Párr. 324 de nota 134

²⁰³ Ídem nota 133 Párr. 98

²⁰⁴ La Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras doce semanas de

referente a la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación, destacando en particular los argumentos jurídicos dados por esa Corte con relación al derecho a la vida:

“(...) al ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos el único tratado internacional que recoge un momento específico para el inicio de la protección de la vida, siendo el Estado mexicano parte de éste, vale la pena analizar la intención de quienes adoptaron ese instrumento internacional, para determinar si pudiera derivarse un derecho absoluto a la vida u obligaciones especiales para la protección de ese derecho desde un momento específico.”²⁰⁵

(...) luego de analizar el contenido de los trabajos preparatorios de la Convención Americana respecto a la redacción del artículo 4, la Corte indicó que: “(...) lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa son provisiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida (...) Es decir, la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.”²⁰⁶

“(...) este caso nos enfrenta con un problema peculiar (...): debemos preguntarnos si el Estado se encuentra obligado o

gestación en el Distrito Federal el 26 de abril de 2007. Dicha reforma fue impugnada por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Poder Ejecutivo Federal –a través del Procurador General de la República– el 24 y 25 de mayo de 2007 respectivamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la interposición de acciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron acumuladas. La Suprema Corte resolvió la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 el 28 de agosto de 2008, determinando la constitucionalidad de las reformas aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

²⁰⁵ Ídem nota 136 Párr. 173

²⁰⁶ Ibídem Párr. 174

encuentra un mandato para penalizar una conducta específica, y no si la penalización de una conducta particular afecta o vulnera derechos constitucionales."²⁰⁷

*"(...) la Corte concluyó que: "(...) si de lo argumentado resulta que la vida, como bien constitucional e internacionalmente protegido, no puede constituir un presupuesto de los demás derechos, además de que aún como derecho no podría en ningún momento ser considerado absoluto; que sus expresiones específicas a nivel nacional e internacional se refieren a la privación arbitraria de la vida y la prohibición del restablecimiento de la pena de muerte; que se trata de un problema de descriminalización de una conducta específica y que no existe mandato constitucional específico para su penalización; y, finalmente, que la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional y se encuentra dentro de sus facultades de acuerdo con principios democráticos, este Tribunal Pleno considera que los argumentos analizados en el presente apartado en relación con la naturaleza y existencia del derecho a la vida son infundados."*²⁰⁸

13. e) Informe por País:

La CIDH hace referencia a la criminalización del aborto y sus efectos en el Tercer Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia del año 1999²⁰⁹, en el capítulo XII bajo el título "Derecho de las Mujeres":

"(...) la Comisión considera necesario referirse al aborto, que constituye un problema muy serio para las mujeres colombianas, no solamente desde el punto de vista de la salud, sino también de sus derechos como mujeres, incluyendo los derechos a la integridad y a la privacidad.

²⁰⁷ Ídem Párr. 175

²⁰⁸ Ibíd. Párr. 176

²⁰⁹ Disponible en: www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-12.htm

El Código Penal (...) tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal (...) en Colombia se verifican unos 450.000 abortos inducidos por año. La criminalización del aborto, unida a las técnicas anticuadas y las condiciones antihigiénicas en que se realiza esta práctica, hacen que la misma constituya la segunda causa de muerte materna en Colombia. Según estadísticas presentadas por el Estado, el 23% de las muertes maternas en Colombia son resultado de abortos mal practicados (...) En consideración de ello, reitera su preocupación, coincidente con distintos órganos de la comunidad internacional, y exhorta al Estado colombiano a adoptar medidas eficaces para revertir la situación actual”.

14. MESECVI²¹⁰:

En el Primer Informe Hemisférico se concluyó que:

“(...) se evidencia una forma de violencia de género que nace de la negación de importantes derechos humanos vinculados a los derechos a la vida, salud, educación, seguridad personal, a decidir sobre la vida reproductiva, a decidir el número de hijos e hijas y cuándo tenerlos, a la intimidad y la libertad de conciencia

²¹⁰ El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará es un sistema de evaluación entre pares, consensuado e independiente, para examinar los avances realizados por los Estados Parte en el cumplimiento de los objetivos de la Convención. El Mecanismo está financiado por contribuciones voluntarias de los Estados Parte de la Convención y otros donantes, y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la OEA actúa como su Secretaría Técnica. El Mecanismo consta de dos órganos: la Conferencia de los Estados Parte, que es el órgano político, y el Comité de Expertas/os (CEVI), que es el órgano técnico integrado por especialistas en la esfera que abarca la Convención. Las/os Expertas/os son designadas por los Gobiernos y ejercen sus funciones a título personal. La Secretaría de la Conferencia y del Comité es desempeñada por la Secretaría Permanente de la CIM, donde también se establece la sede del MESECVI. Los Estados Parte designan además a las Autoridades Nacionales Competentes (ANC), que son el enlace entre la Secretaría y los gobiernos.

El CEVI adopta en cada ronda de evaluación multilateral un cuestionario con las disposiciones de la Convención cuya aplicación analizará, el cual envía a la ANC para que dé respuesta. A partir de estas respuestas y con base en la información recabada, el CEVI emite un Informe Hemisférico e informes de país y efectúa recomendaciones, a las que deberá dar seguimiento. Una vez que el informe final es aprobado por la Conferencia de Estados Parte, es publicado y elevado a la Asamblea General de la OEA y a la Asamblea de Delegadas de la CIM.

y de pensamiento de las mujeres, entre otros derechos. En legislaciones donde los derechos sexuales y reproductivos no son protegidos ni reconocidos se puede incurrir efectivamente en graves violaciones a estos derechos, traducidas en el desconocimiento sobre sus derechos sexuales y reproductivos, la esterilización forzada, las altas tasas de morbilidad y mortalidad materna, entre otros. Quienes más arriesgan y corren peligro son las mujeres más vulnerables: mujeres empobrecidas, jóvenes, y mujeres de los sectores rurales respecto a quienes el acceso a la salud es un grave problema y deben recurrir a prácticas insalubres y peligrosas.”²¹¹

En el Segundo Informe Hemisférico se dedicó un capítulo exclusivo a la legislación regional en materia de derechos sexuales y reproductivos concluyendo que:

“(…) Cinco Estados (Chile, Dominica, El Salvador, República Dominicana y Saint Kitts y Nevis) reportaron no contar con supuestos de interrupción legal del embarazo. En algunos países del Caribe, como Jamaica o Trinidad y Tobago, aunque la interrupción del embarazo no está permitida normativamente en ningún caso, por derecho común se consideran como excepciones los motivos terapéuticos, el embarazo producido por violación o por anomalía sustancial del feto. El Comité de Expertas/os resalta el caso de Jamaica, donde la Asociación Médica del país advierte públicamente que se necesita revisar y aclarar los alcances de la norma con miras a cumplir las metas (...) respecto a la reducción de la mortalidad materna, una de cuyas principales causas es la muerte por abortos ilegales (...) Algunos otros casos de interrupción legal del embarazo encontrados en la legislación regional son la grave malformación del feto o su seria discapacidad; el embarazo producido por incesto; y, el embarazo causado por inseminación artificial no consentida.

(...) la mayoría de [los] Estados cuenta con disposiciones que permiten la interrupción legal del embarazo por motivos terapéuticos, sin embargo, no existe consenso regional sobre cómo definir dichos motivos. Un número importante de Estados permiten dicha práctica únicamente para salvar la vida de la madre.

²¹¹ MESECVI (2008) pág. 21

Otros Estados establecen dicho procedimiento para salvaguardar la vida de la madre y/o para evitarle un daño grave o permanente a su salud física. Unos pocos Estados buscan, en adición a los dos supuestos anteriores, proteger su salud mental.

(...) El Comité de Expertas/os muestra su preocupación ante el hecho de que los Estados reportar[on] artículos del Código Penal que despenalizan el aborto; sin embargo, no mencionan la existencia de protocolos o guías de atención que permitan implementar su aplicación efectiva en los centros de salud y garantizar el acceso de las mujeres a dicho procedimiento. Solo Argentina y Jamaica reportaron contar con guías de atención (...) pero no brindan información sobre su aplicación efectiva, los obstáculos encontrados en su implementación, ni las medidas adoptadas para remover dichos obstáculos.

(...) Por violación sexual: (...) algunos Estados permiten la interrupción del embarazo, aunque en un caso ésta se limita al producido por la violación de mujer idiota o demente, o en otros casos por estupro, que se da en adolescentes entre 16 y 18 años. También existen divergencias sobre la forma de acreditar la violación a fin de acceder a este procedimiento. Algunos países, en forma expresa o tácita, requieren de la solicitante el inicio de un proceso judicial contra el violador, mientras que otros, principalmente del Caribe, requieren de una declaración jurada de la solicitante.

(...) El Comité de Expertas/os recomienda a los Estados determinar a través de protocolos de atención cómo se logrará el acceso al aborto legal cuando se desee terminar el embarazo producido por una violación (...) advierte del potencial peligro de requerir de un proceso judicial en estos casos (...) lo que impediría a las mujeres acceder al servicio en la etapa más temprana del embarazo (...)

En algunos casos (...) se criminaliza la interrupción del embarazo por violación (...) el Comité de Expertas/os también muestra su preocupación ante el hecho de que los Estados no mencionan la existencia de protocolos o guías de atención que permitan implementar su aplicación efectiva

*en los centros de salud y garantizar el acceso de las mujeres a dicho procedimiento*²¹².”

15. Corte Interamericana²¹³(Corte IDH)

La Corte hasta la fecha no tuvo oportunidad de expresarse sobre la compatibilidad de la CADH con respecto a la práctica, legislación, procesos penales, regulación legal ni accesibilidad al aborto en los estados miembros. El único caso sobre el que se ha expedido es el caso “B”²¹⁴, pero sólo a los fines de dictar una medida provisional, por lo cual no ha podido expedirse ni sobre el fondo de la cuestión, ni sobre la eventual responsabilidad del Estado del Salvador en el caso.

15. a) Medidas Provisionales:

15. a) I. Caso “B”²¹⁵

Es el mismo caso que fue puesto en conocimiento de la CIDH y explicado anteriormente, atento a que el Estado de El Salvador se mantuvo en la postura de no interrumpir la gestación del feto anencefálico y prestarle a “Beatriz” los servicios médicos necesarios, para salvar su vida y con su salud gravemente comprometida, en razón de que no había *“adoptado las medidas necesarias para permitir que la señora B. pueda acceder a la terminación de un embarazo que, como se dijo, adolece de inviabilidad de vida extrauterina y constituye, aunado a su enfermedad, una fuente de riesgo*

²¹² Segundo Informe Hemisférico MESECVI, Capítulo I- Legislación. Pág. 40 y ss.

²¹³ *“La Corte Interamericana es una institución judicial autónoma, no permanente cuyo objetivo es aplicar e interpretar las disposiciones de la Convención Americana. En este sentido, la Corte es el único tribunal jurisdiccional internacional para adoptar sentencias en el sentido estricto de la palabra, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Corte tiene dos competencias específicas a saber: la competencia contenciosa y la competencia consultiva. Asimismo, la Corte tiene la facultad de adoptar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, en los cuales exista además riesgo de que se ocasione un daño irreparable a la víctima o víctimas”.* (MARTÍN, 2004: 209)

²¹⁴ El caso “B” o “Beatriz” es el mismo caso que ya se ha comentado en la sección de medidas cautelares de la CIDH de este mismo capítulo.

²¹⁵ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 29 de mayo de 2013. Medidas Provisionales respecto de el Salvador. Asunto B.

inminente a su vida, integridad personal y salud”²¹⁶ identificando asimismo como principal obstáculo “*la penalización absoluta del aborto en el Estado de El Salvador*”²¹⁷.

Por lo que se procedió de conformidad a lo dispuesto por el artículo 63 inc. 2 de la CADH²¹⁸, y el artículo 27 inc. 1 y 2 del Reglamento de la Corte²¹⁹.

La Corte resolvió que en el caso se cumplían los requisitos para que proceda el otorgamiento de la medida provisional, a saber:

15. a) II. “La extrema gravedad”

*“(…) todos los estudios médicos han hecho énfasis en la gravedad del estado de salud de la señora B. En efecto, la enfermedad que padece la señora B., más las otras condiciones médicas que presenta, y, aunado a su estado de embarazo, pueden llegar a implicar una serie de complicaciones médicas e incluso la muerte (...) la Corte considera que la gravedad de la situación es elevada, por lo cual se encuentra probada prima facie la extrema gravedad(...)”*²²⁰.

15. a) III. “La urgencia”

“(…) a pesar de que la paciente se encuentra estable de su enfermedad, (...) debido a los cambios fisiológicos propios del embarazo aunado a la historia natural de la enfermedad de base, podría presentarse crisis en cualquier momento, volviéndose impredecible en qué instante presentará una emergencia médica” (...) Precisamente el hecho de que no se

²¹⁶ De conformidad a lo alegado por la CIDH, considerando 4.ii) a

²¹⁷ Ídem, considerando 4.ii) b

²¹⁸ Art. 63 inc. 2: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

²¹⁹ Art. 27 inc.1 y 2: “Medidas provisionales: 1) “(…) siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención. 2) Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.”

²²⁰ Considerandos 8 y 12.

*pueda predecir si la señora B. continuará estable o si en cualquier momento puede producirse una crisis que le genere una emergencia médica comprueba que es urgente y necesario tomar medidas que impidan afectar sus derechos a la vida y a la integridad personal (...)*²²¹

“Que se haga para evitar daños irreparables a las personas”. Quedó acreditado el extremo en tanto la Corte consideró que:

*“(...)los médicos tratantes de la señora B. han concluido que su enfermedad encontrándose embarazada de un feto con “anencefalia, anomalía mayor, incompatible con la vida extrauterina” podría conllevar riesgos en su salud, tales como hemorragia obstétrica grave, agravamiento del lupus, empeoramiento de su falla renal, pre eclampsia grave y formas complicadas de la misma como crisis hipertensiva, hemorragia cerebral, trombosis arterial y venosa, trombo embolismo pulmonar, infecciones post parto o muerte materna (...) también se estaría poniendo en peligro su salud mental (...) la señora B. ha manifestado (...) “yo quiero vivir... si yo quiero vivir, por mi otro hijo que tengo. Yo pienso que como este niño lastimosamente viene malo, y se va a morir, entonces deberían de sacarlo... porque mi vida corre riesgo” (...) Además, se indicó que “[e]l estado emocional (...) se ve afectado también por (...) la posibilidad de sufrir la consecuencia de una pena de prisión” (...) y [o]tra situación que provoca tensión en la examinada es su necesaria separación de la familia (...)*²²²

Finalmente, como último requisito además de los previstos en el art. 63 y ya descriptos, se analiza la efectividad de las acciones estatales frente a la situación y el grado de desprotección en el que se encuentran las personas cuando estas no son consideradas, así en el caso B se estableció que:

²²¹ Considerando 13.

²²² Considerando 14.

“(...) en el marco de la situación extrema que involucra el presente asunto, la protección interamericana debe ser coadyuvante y complementaria en la mejor forma posible de las decisiones internas adoptadas, de tal forma que la señora B. no esté desprotegida respecto a los posibles daños que pueda sufrir su vida e integridad personal (...) el Estado está obligado a garantizar que el equipo médico tratante tenga la protección que corresponda para ejercer plenamente su función de acuerdo a las decisiones que, basadas en la ciencia médica, dicho equipo médico adopte²²³ (...) teniendo en cuenta que la señora B. se encuentra actualmente en la semana 26 de su embarazo, médicamente ya no se puede hablar de aborto” y que “si hubiese complicación o reactivación de las enfermedades crónicas ya descritas [se podría] proceder a su finalización por la vía que corresponda²²⁴.”

La Corte concedió la medida y ordenó al Estado en consecuencia que:

“(...) adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B (...)”

Valga aclarar que, finalmente, la situación se resolvió favorablemente para la señora B, ya que el Estado acató la orden de la Corte IDH; pero atento al tiempo que había transcurrido y a que el estado de gravidez de la mujer era avanzado, el Estado informó que se le practicó un parto inducido y no un aborto, sin consecuencias penales para la misma.

²²³ Considerando 15.

²²⁴ Considerando 16.

*15. b) Caso Contencioso*²²⁵

“Artavia Murillo y Otros (caso Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica”²²⁶.

A pesar de lo expresado, se hará referencia a este caso por la importancia de lo allí resuelto en materia de derechos sexuales y reproductivos para la región. El caso versó sobre la declaración de inconstitucionalidad dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en la Sentencia N° 2000-02306 del 15 de marzo de 2000, sobre el decreto 24029-S del Poder Ejecutivo de ese país. Dicho decreto reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV) desde el año 1995 hasta la sentencia de la Corte en el año 2000, lo que no sólo prohibió la práctica sino que inclusive suspendió los tratamientos FIV que se estaban llevando a cabo en ese momento.

El 28 de noviembre de 2012, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de Costa Rica por la violación de los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual, al derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, contenidos en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 con relación al 1.1 de la CADH.

Lo resuelto en el caso resulta importante en el presente trabajo atento a que la decisión de la Sala Constitucional de Costa Rica basó su decisión de declarar inconstitucional la regulación de la práctica del FIV, porque consideraba que era violatoria del artículo 4 de la CADH, del artículo 1 de la Declaración Americana, del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 6 de la Convención de Derechos del Niño; en el entendimiento de que el embrión es persona desde la concepción, que por tanto tiene un derecho a la vida, y que éste es además de carácter absoluto ya que no caben distinciones entre las personas nacidas y aquellas por nacer :

²²⁵ Competencia de la Corte para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que sean sometidos a su conocimiento siempre que los Estados hayan reconocido previamente esa competencia o la reconozcan en el momento. Arts. 61/63 de la CADH

²²⁶ Serie C caso N° 257 del 28 de noviembre de 2012.

“(...) i) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer.”²²⁷

“(...) El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que (...) no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. (...) los embriones (...) son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos (...) cualquier eliminación o destrucción de concebidos (...) viola su derecho a la vida, (...)”²²⁸

La Corte Interamericana es la única intérprete autorizada de la CADH, por lo cual consideró importante analizar si la interpretación del artículo 4 de la Convención, que sustentó la sentencia de la Sala Constitucional costarricense, era admisible a la luz de dicho tratado, teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes. En particular la Corte analizó el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 respecto a las palabras “personas”, “ser humano”, “concepción” y “en general”.

A continuación se transcribe parte del meduloso análisis de la Corte sobre la interpretación del artículo 4. 1 y las conclusiones a las que arriba el Tribunal Interamericano realizando una interpretación sistémica, histórica, evolutiva y teleológica²²⁹:

16. Interpretación Sistemática e Histórica de la CADH

“Sistema Interamericano de Derechos Humanos: (...) Respecto a la interpretación del artículo 1 de la Declaración Americana (...) según el cual “el artículo 1 de la Declaración

²²⁷ Considerando 74.

²²⁸ Considerando 76.

²²⁹ Considerando 190.

ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción”, considerando que la Novena Conferencia Internacional Americana, al aprobar la Declaración Americana, “enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio”. En cuanto a la interpretación de la Convención Americana (...) señaló que la protección del derecho a la vida no es absoluta (...) “[l]a 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 son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta ‘desde el momento de la concepción’²³⁰ (...) La Corte concluye que los trabajos preparatorios indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras “en general”²³¹.

17. Interpretación sistemática de la Convención Americana y de la Declaración Americana

“La expresión “toda persona” es utilizada en (...) la Convención Americana y la Declaración Americana. Al analizar[las] no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno (...) se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer²³² (...) Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión²³³.

²³⁰ Considerando 220.

²³¹ Considerando 221.

²³² Considerando 222.

²³³ Considerando 223.

17. a) Sistema Universal de Derechos Humanos

“i) Declaración Universal de Derechos Humanos: (...) la Corte estima que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración (...) Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido”²³⁴.

ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: (...) los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas²³⁵ (...) Ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida), ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño), el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario (...) ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir [por tanto] (...) del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.²³⁶

iii) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer: Los informes del Comité (...) de la “CEDAW” dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. Al respecto, en el caso L.C. vs. Perú, el Comité encontró al Estado culpable de violar los derechos de una niña a quien se le negó una intervención quirúrgica trascendental so pretexto de estar embarazada, privilegiando al feto por sobre la salud de la madre. Dado que la continuación del embarazo representaba un grave peligro para la salud física y mental de la joven, el Comité concluyó que negarle un aborto terapéutico

²³⁴ Considerando 224.

²³⁵ Considerando 225.

²³⁶ Considerando 226.

y postergar la intervención quirúrgica constituyó discriminación de género y una violación de su derecho a la salud y la no discriminación²³⁷. El Comité expresó (...) su preocupación por el potencial que las leyes anti-aborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y la salud (...) la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW.²³⁸

iv) *Convención sobre los Derechos del Niño*: (...) El artículo 6.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* señala que “[l]os Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. El término “niño” se define en el artículo 1 de la *Convención* como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Por su parte, el *Preámbulo a la Convención* señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”²³⁹. Los artículos 1 y 6.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* no se refieren (...) a una protección del no nacido. El *Preámbulo* hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales (...) antes (...) del nacimiento”. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la *Convención*²⁴⁰ (...) Como compromiso se acordó que se incluyera (...) pero que (...) deja[n] claro que (...) no determinaría la interpretación del artículo 1 de la *Convención*²⁴¹. El Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal²⁴².

Sistema Europeo de Derechos Humanos: El artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) señala que “[e]l

²³⁷ Considerando 227.

²³⁸ Considerando 228.

²³⁹ Considerando 230.

²⁴⁰ Considerando 231.

²⁴¹ Considerando 232.

²⁴² Considerando 233.

*derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley*²⁴³
 (...) *La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante el “TEDH”) se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto (...)*²⁴⁴

*En el Caso Paton vs. Reino Unido de 1980, que trató de una alegada violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre (...) la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que (...) “tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer”. Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención” (...) en los Casos R.H. Vs. Noruega (1992) y Boso Vs. Italia (2002), que trataron [sobre] la existencia de leyes estatales permisivas frente al aborto, la Comisión confirmó su postura.*²⁴⁵

*En el Caso Vo. Vs. Francia, en el que se le tuvo que practicar un aborto terapéutico a la peticionaria (...) el TEDH señaló que (...) A nivel europeo, la Corte observa que no hay ningún consenso en cuanto a la naturaleza y el status del embrión y/o feto (...) Cuanto más, se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona (...) requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida” a los efectos del artículo 2.*²⁴⁶ (...)

En el caso A, B y C vs. Irlanda, el Tribunal Europeo reiteró que (...) Dado que los derechos demandados en nombre del feto y los derechos de la madre están inextricablemente interconectados (...) el margen de apreciación concedido a la protección de la persona nonata por parte del Estado se traduce necesaria-

²⁴³ Considerando 234.

²⁴⁴ Considerando 235.

²⁴⁵ Considerando 236.

²⁴⁶ Considerando 237.

*mente en un margen de apreciación según el cual cada Estado equilibra los derechos contradictorios de la madre*²⁴⁷. Sin embargo (...) “ese margen de apreciación no es ilimitado” (...) La prohibición de un aborto para proteger la vida de la persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla.”²⁴⁸

“Sistema Africano de Derechos Humanos: El artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos señala que “[l]os seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona” (...) El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo) (...) establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”²⁴⁹.

Conclusión sobre la interpretación sistemática: La Corte concluye que [ni] el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (...) **de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana**²⁵⁰ (la negrita me pertenece).

²⁴⁷ Considerando 238.

²⁴⁸ Considerando 239.

²⁴⁹ Considerando 243.

²⁵⁰ Considerando 244.

Interpretación evolutiva: (...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (...) el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado²⁵¹ (...) la Corte analizará (...) en el marco de la interpretación evolutiva: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión (...)

El estatus legal del embrión: (...) en el Caso *Vo. Vs. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con “derecho a la vida”²⁵². El TEDH señaló que: El Convenio de Oviedo sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina (...) se cuida de definir el término “toda persona”, y su informe explicativo indica que, en ausencia de unanimidad acerca de la definición, los Estados miembros han decidido permitir al derecho interno hacer las precisiones pertinentes al efecto de la aplicación de esta Convención (...). Lo mismo aplica para el Protocolo Adicional sobre la prohibición de clonar seres humanos y el Protocolo Adicional sobre investigación biomédica, que no definen el concepto de “ser humano”²⁵³.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace* (...) afirmó la exclusión de patentabilidad de embriones humanos (...) por razones

251 Considerando 245.

252 Considerando 247.

253 Considerando 249.

*éticas y morales, cuando ésta se relaciona con fines industriales y comerciales. Sin embargo, ni la directiva, ni la sentencia establece que los embriones humanos deban ser consideradas “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida.*²⁵⁴

*Por tanto, la Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida*²⁵⁵ (la negrita me pertenece).

Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado (...) la Corte observa que (...) la FIV se realiza en un gran número de países (...) Al respecto destaca que en algunos países, como Argentina, Chile y Uruguay, ya están tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal.²⁵⁶ (...) estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida (...) En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona²⁵⁷.

El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado: En una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección²⁵⁸ (...) la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la

²⁵⁴ Considerando 250.

²⁵⁵ Considerando 253.

²⁵⁶ Considerando 255.

²⁵⁷ Considerando 256.

²⁵⁸ Considerando 257.

negación de otros derechos que protege la Convención (...) la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción (...) que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto²⁵⁹. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta (...) esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos (...) Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.”²⁶⁰

“(...) la Corte considera que otras sentencias en el derecho constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto (...) se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre²⁶¹ (...) por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Alemania, resaltando el deber general del Estado de proteger al no nacido, ha establecido que “[l]a protección de la vida, (...) no es en tal grado absoluta que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos”²⁶², y que “[l]os derechos fundamentales de la mujer (...) subsisten de cara al derecho a la vida del nasciturus y consecuentemente han de ser

²⁵⁹ Considerando 258.

²⁶⁰ Considerando 259.

²⁶¹ Considerando 260.

²⁶² BVerfG, Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, párr. D.I.2.b. (Traducción de la Secretaría de la Corte).

protegidos”²⁶³. Asimismo, según el Tribunal Constitucional de España, “[l]a protección que la Constitución dispensa al ‘nasciturus [...] no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto”.^{264 265}

“(...) en la región, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha señalado que “[e]s razonable y lógico que un Estado, en un determinado momento, proteja otros intereses (...) como por ejemplo los de la potencial vida humana”, lo cual debe ser ponderado con la intimidad personal de la mujer –la cual no puede entenderse como un derecho absoluto– y “otras circunstancias y valores”²⁶⁶. (...) según la Corte Constitucional de Colombia, “[s]i bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida (...) 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”²⁶⁷. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias, “por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto”²⁶⁸ como el previsto en el Código Penal argentino (...)”²⁶⁹

²⁶³ BVerfG, Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, párr. D.I.2.c.aa. (Traducción de la Secretaría de la Corte).

²⁶⁴ Tribunal Constitucional de España, Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985, 11 de abril de 1985, párr. 8.

²⁶⁵ Considerando 261.

²⁶⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso Roe Vs. Wade, 410 U.S. 115, 157 (1973)

²⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, VI.5.

²⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de Argentina, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Sentencia de 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10

²⁶⁹ Considerando 262.

“Conclusión de la interpretación del artículo 4.1: (...) los diversos métodos de interpretación, han llevado a resultados coincidentes: (...) el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo (...) la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (la negrita me pertenece).

Esta interpretación realizada por la Corte IDH no sólo dilucida el alcance del artículo 4.1 cuando se refiere a derechos reproductivos, sino que además, da por tierra con uno de los argumentos sostenidos con más vehemencia por aquellos sectores que se oponen tanto a la despenalización, como a la legalización del aborto en la región. Este argumento²⁷⁰, a grandes rasgos, postula que el aborto implica siempre un “tipo de homicidio” atento a que el embrión o el feto poseen personalidad jurídica desde el momento de “la concepción” y que por tanto poseen un derecho a la vida de tipo absoluto, equiparable al de las personas nacidas (niños para ser más precisos) concluyendo que, por tanto, las mujeres carecerían del derecho a decidir si prosiguen o no con la gestación en todos los casos atento a que la vida de otro ser humano se presenta como indisponible. Otra variante, aparentemente más moderada, pero con idéntico resultado, plantea una situación de “conflicto de derechos” que se plantea en los términos “derecho a la vida” del “niño” por nacer y los derechos de la mujer a la autonomía, salud, vida, libertad de conciencia, privacidad, etc., los cuales nunca adquieren la magnitud del primero por lo que siempre resultan “vencidos”.

²⁷⁰ Si bien son formulados de diversas maneras y con diferentes intensidades, el resultado es el mismo. Sólo para ilustrar este tipo de argumentaciones se puede ver una publicación de la Universidad Católica Argentina: “Persona, vida y aborto. Aspectos Jurídicos”, Foro UCA Vida y Familia. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/persona-vida-aborto.pdf>

Sostienen en ese orden de ideas, además, que el Estado tendría un interés legítimo en perseguir penalmente la práctica del aborto en todos los casos, planteando inclusive que sería inconstitucional abandonar la persecución penal o admitir causales de despenalización.

Este tipo de argumentos, que tienen puntos de contacto con los dados en su momento por la Sala Constitucional de Costa Rica, ya que de manera similar intentan asentar su legitimidad en los cuerpos normativos del sistema internacional de los derechos humanos, han sido desautorizados totalmente por el único y máximo tribunal de derechos humanos de la región, en tanto que por un lado, su interpretación del alcance del derecho a la vida y la personalidad jurídica del embrión no es correcta y por el otro, porque este tipo de análisis absolutista siempre resulta en la violación de otros derechos humanos, lo cual es incompatible con la correcta hermenéutica del sistema de protección de derechos humanos.

Es muy importante que en el fallo la Corte IDH se haya referido a precedentes jurisprudenciales sobre aborto, ya que por un lado les da carácter de estándares y pautas de interpretación correctos en materia de derechos humanos frente a situaciones de conflictos análogos, y por el otro porque legitima una serie de argumentos, desde el derecho de los derechos humanos, en favor de la autonomía reproductiva de las mujeres de la región, emponderándolas frente a los Estados que les niegan el disfrute de sus derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos, específicamente cuando se les deniega el derecho al acceso a un aborto seguro intentando ampararse en el argumento de la protección del “derecho a la vida” del embrión.

18. Conclusiones

Del análisis precedente se desprende que los Estados no sólo están obligados por los tratados y convenciones y los contenidos literales de estos, sino también por las interpretaciones que realizan sus órganos de aplicación, a tal punto que dichas interpretaciones son parte integrante de los tratados. Esta interpretación forma parte de “un control de convencionalidad” que deben realizar los Estados, aún de oficio, a los fines de compatibilizar las diferentes expresiones de sus órganos de poder (ejecutivo, legislativo, judicial y constituyente) con el sistema internacional de los derechos humanos, que tiene por objeto y fin lograr la aplicación y goce efecti-

vos de los derechos humanos en los Estados y que estos cumplan cabalmente con sus deberes.

De todas las manifestaciones realizadas, tanto por órganos convencionales como extra convencionales del sistema universal y regional de derechos humanos a los que se han hecho referencia, muestran una preocupación creciente por los resultados demostrados hasta ahora por los modelos regulatorios penales de control del aborto. Explicitan que es una legislación discriminatoria hacia las mujeres, que viola su derecho a la vida, al disfrute más alto posible de su salud física y mental, que es una forma de violencia hacia estas y que inclusive puede llegar a configurar supuestos de tortura, trato cruel inhumano y degradante.

Asimismo, instan a los Estados, incluido específicamente el argentino, a que revisen, modifiquen y adecuen su legislación en la materia de tal manera de tornarla compatible con el *corpus iuris* de derechos humanos y a que, en caso de haber supuestos de aborto legal en los Estados, se eliminen todos los obstáculos para que las mujeres puedan acceder al derecho.

Si bien un Estado puede proteger la vida intrauterina, no significa que ello deba hacerse con el código penal, ni tampoco implica que ese derecho tenga carácter absoluto, por lo cual, nunca puede aplicarse en detrimento de otros derechos humanos, máxime contra los de la mujer gestante, quien es la única persona a través de la cual se va a realizar esa protección, pues no hay disposición en ningún tratado de derechos humanos, ni tampoco interpretación por alguno de sus órganos a la fecha, que reconozca “un derecho a la vida” o “personalidad jurídica” al embrión, aunque en cambio sí puede inferirse una protección de tipo gradual o incremental según su grado de desarrollo.

A pesar de los llamados y advertencias tanto de órganos, organismos e inclusive de otros Estados (véase el extracto sobre el último Examen Periódico universal) Argentina ni siquiera ha logrado afianzar en todo el territorio²⁷¹ el acceso al aborto no punible dispuesto por el código penal desde 1921, el cual por otra parte, dis-

²⁷¹ Véase a título ilustrativo por ejemplo los informes de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) “Aborto no punible. A cuatro meses de ‘F.A.L. s/ medida autosatisfactiva’. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?” Y su actualización: “Aborto no punible. A nueve meses de ‘F.A.L. s/ medida autosatisfactiva’. ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?” escritos por Mercedes Cavallo y Roberto Amette y publicado en la revista jurídica Cuestión de Derechos de la Asociación por los

pone apenas presupuestos de despenalización mínimos. Asimismo tampoco ha avanzado en la discusión legislativa sobre la despenalización respecto del aborto a demanda, si bien existen sendos proyectos presentados en el Congreso de la Nación²⁷².

Mientras el Poder Legislativo es omiso y hasta remiso en discutir los proyectos de despenalización del aborto, el Poder Ejecutivo tampoco ha dispuesto medidas siquiera de morigeración de los daños que ocasiona la mantención de la criminalización sobre el aborto²⁷³. Y en lo relativo al Poder judicial y su responsabilidad en la aplicación de las leyes, la Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados les recuerda a los operadores del derecho en especial a los los/las magistrados/as y los/las fiscales que si aplican leyes penales discriminatorias, como las que penalizan el aborto, participan en la violación de las obligaciones internacionales del Estado.

Por tanto podemos concluir que el Estado Argentino se encuentra actualmente en una situación de responsabilidad internacional por violar los derechos humanos de las mujeres sujetas a su jurisdicción al mantener un régimen penal discriminatorio que configura un patrón de violación estructural y sistemático de los derechos humanos de éstas, al no adecuar su legislación de conformidad a los estándares en la materia.

Bibliografía

BASCARY, Lourdes (2012) "Aborto legal, seguro y gratuito: las consecuencias de la falta de debate" En *"Derechos Humanos en Argentina"* Informe 2012 del CELS -1a ed.- Buenos Aires: Siglo

Derechos Civiles en agosto de 2012. Disponible online en: <http://www.cuestiondederechos.org.ar/>. También el capítulo sobre ANP en Tucumán que esta en este libro.

²⁷² Proyectos de ley 0998-D-2010 y 0659-D-2010.

²⁷³ Una de las medidas de "reducción de daños" más importantes de los últimos años la impulsan y sostienen sólo las organizaciones de la sociedad civil que informan sobre el uso seguro del misoprostol (medicamento para las úlceras gástricas que ocasiona contracciones uterinas provocando abortos). La línea telefónica "Aborto: más información, menos riesgos" y la distribución del manual *"Todo lo que querés saber sobre cómo hacerse un aborto con pastillas"*, de Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto, reportan más de 5.000 llamadas anuales de mujeres de todo el país y el manual tiene más de 500.000 descargas gratuitas desde su sitio de internet <http://abortoconpastillas.info/> (Según lo reportado en su "Quinto informe de atención de la línea Aborto: más información, menos riesgos. Las mujeres decidieron que el aborto ya es legal" de Noviembre 2012).

Veintiuno Editores, ISBN 978-987-629-215-3 Disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Informe2012.pdf>

BERGALLO, Paola (Compiladora) (2011) “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate” En *“Aborto y Justicia Reproductiva”*; 1ª Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores Del Puerto.

CEJIL (Center for Justice and International Law) (2012) *“Sumarios de Jurisprudencia/ Salud y Derechos Reproductivos”* Liliana Tojo Compiladora. Buenos Aires, Argentina.

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010) Hoja Informativa: *“Aborto y Derechos Humanos”* Disponible en: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRBA aborto%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>

COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard M. y FATHALLA, Mahmoud F. (2003) “Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho”, Oxford.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007) “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas” (OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68) ISBN 0-8270-5074-7

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos” (OEA documentos oficiales; OEA/Ser. L/V/II.Doc. 69) ISBN 978-0-8270-5461-5.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación” (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60) ISBN 978-0-8270-5725-8.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos” (OEA documentos oficiales; OEA Ser. L/V/II. Doc.61) ISBN 978-0-8270-5710-4.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud” (OEA documentos oficiales; OEA/Ser. L/V/II. Doc.65) ISBN 978-0-8270-5825-5.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “El Trabajo, la Educación y los Recursos de las Mujeres: La Ruta hacia la Igualdad en la Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (OEA documentos oficiales; OEA Ser. L/V/II.143 Doc.59) ISBN 978-0-8270-5706-7.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica” (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II. Doc.63) ISBN 978-0-8270-5722-7.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación” (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60) ISBN 978-0-8270-5725-8.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE LA MUJER (2012) “Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará” (MESECVI) (OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L) ISBN 978-0-8270-5777-7

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER “Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” CEDAW/C/GC/28 del 16 de diciembre de 2010.

COURTIS, Christian (2010) “La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer” en *“Derechos de las Mujeres en el Derecho Internacional”*/Cuaderno de Género, Derecho y Justicia, Fontamara, Juan A. Cruz Parcerero, Rodolfo Vázquez (Coordinadores). México.

FACIO MONTEJO, Alda. (1999) *“Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”*, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 3ª. Ed, San José, Costa Rica.

FACIO MONTEJO, Alda y FRIES, Lorena; Editoras (1999) *“Género y Derecho”* Colección Contraseña, Estudios de Género, American University, Washington College of Law, La Morada, LOM Ediciones. 1ª Edición, Santiago de Chile, Chile I.S.B.N: 952-822-249

FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2011) *“Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”* Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, pp. 531 - 622. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

HITTERS, Juan Carlos (2009) *“Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”* Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

HUMAN RIGHTS WATCH (2005) Informe: *“Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina”*, informe fue redactado por Janet WALSH, directora ejecutiva activa de la División de Derechos de las Mujeres, y Marianne Mollmann, investigadora de la División de Derechos de las Mujeres, Julio. Disponible en: www.hrw.org/women/

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2008) *“Los derechos reproductivos son derechos humanos”* Alda FACIO (autora) /Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R.: IIDH. ISBN 978-9968-917-77-3

IPAS (2012) *“La mortalidad materna, el embarazo no deseado y el aborto en documentos del sistema internacional sobre los derechos humanos”*. Primera parte: Textos de tratados, comités de monitoreo de tratados, relatores especiales, cortes de derechos humanos y comisiones de la ONU. Chapel Hill, Carolina del Norte: Ipas.

IPAS (2012) *“La mortalidad materna, el embarazo no deseado y el aborto en documentos del sistema internacional sobre los derechos humanos”*. Segunda parte: Observaciones finales de comités de monitoreo de tratados, grupos de trabajo para los exámenes periódicos universales, comisiones y cortes de derechos humanos y relatores especiales. Chapel Hill, Carolina del Norte: Ipas.

IPAS (2012) *“La mortalidad materna, el embarazo no deseado y el aborto en documentos del sistema internacional sobre los derechos humanos”*. Tercera parte: Observaciones finales de comités de monitoreo de tratados, grupos de trabajo para los exámenes periódicos universales, comisiones y cortes de derechos humanos y relatores especiales (a los gobiernos a-j). Chapel Hill, Carolina del Norte: Ipas.

LAMM, Eleonora (2008) *“Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres”*. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/11421>

MARTÍN, Claudia (2004) “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, funciones y competencias” en *“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* de MARTÍN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B. José; Compiladores, Universidad Iberoamericana A. C., Academia de Derechos Humanos y Derecho

Internacional Humanitario Washington College of Law, American University. Distribuciones Fontamara 1º edición, ISBN

MEDINA QUIROGA, Cecilia (2003) *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”* Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho - Universidad de Chile.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2005) *“Derechos Civiles y Políticos: El Comité de Derechos Humanos Folleto Informativo n° 15”*, Ginebra ISSN 1014-5567 GE.04-436744,650 disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1sp.pdf>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2007) *“El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Introducción a los tratados fundamentales de derechos humanos y a los órganos creados en virtud de tratados. Folleto Informativo N° 30”*, Ginebra ISSN 1014-5613 GE.05-416964.490 disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30rev.1sp.pdf>

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE SALUD (2007) *“Salud en las Américas”*, Volumen I - Regional, Publicación Científica y Técnica No 662. Disponible en: <http://www.paho.org/hia/vol1regionalcap2.html>.

PITCH, Tamer (2009) “El Aborto” en *“El Género en el Derecho. Ensayos críticos”* Serie Justicia y Derechos Humanos Neo constitucionalismo y Sociedad, Santamaría Ávila, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares Comp. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. I.S.B.N: 978-9978-92-786-1.

POCHAK, Andrea (2011) “La despenalización del aborto en la Argentina” En *“Derechos humanos en Argentina. Informe 2011”* del CELS - 1a ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. ISBN 978-987-629-165-1 Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS_FINAL_2011.pdf

RODRÍGUEZ, Marcela V. (1997) “Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio”, en *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Ed Del Puerto.

ROMERO, Mariana; ABALOS, Edgardo; RAMOS, Silvina (2013) *“La situación de la mortalidad materna en Argentina y el Objetivo de Desarrollo del Milenio 5- OSSYR. Hojas informativas. Disponible en: https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.ossyr.org.ar%2Fpdf%2Fhojas_informativas%2Fhoja_8.pdf*

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010) *Obligaciones internacionales y Control de Convencionalidad Estudios Constitucionales*, Año 8, N°

1 ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

SANTAMARÍA ÁVILA, Ramiro, SALGADO Judith y VALLADARES, Lola Comp. (2009) *“El Género en el Derecho. Ensayos críticos”* Serie Justicia y Derechos Humanos Neo constitucionalismo y Sociedad Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. I.S.B.N: 978-9978-92-786-1.

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA (2006) *“Persona, vida y aborto. Aspectos Jurídicos”* Foro UCA Vida y Familia disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/persona-vida-aborto.pdf>

WHO (World Health Organization) (1992) *“The prevention and management of unsafe abortion”*, informe del Technical Working Group, Ginebra.

ZAMPAS, Cristina y TODD-GHER, Jaime (2011); “El aborto como un derecho humano: estándares regionales e internacionales” en *“El aborto y Justicia Reproductiva”* compilado por Paola Bergallo. 1º Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.

ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2012) “Aborto y Derechos Humanos” en Revista de Derecho de Valdivia, Volumen XXIV, N° 2.

Otras Fuentes:

ONU: www.ohchr.org

CIDH: www.oas.org/es/cidh

CORTE IDH: www.corteidh.or.cr

ADC: www.adc.org.ar

CELS: www.cels.org.ar

HRW: www.hrw.org

INFOLEG: www.infoleg.gov.ar

IPAS: www.ipas.org

POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO: www.despenalizacion.org.ar

Judicialización del aborto

Alejandra Iriarte

“La protección de los derechos reproductivos ha evolucionado con el tiempo a medida que los individuos han encontrado el coraje para dar un paso adelante y plantear, y en algunos casos remediar, los abusos de los derechos que ellos u otras personas han sufrido”

Cook, Dickens y Fatalla; 2003.

1. El enfoque penalizador

A lo largo de la historia el derecho penal ha sido la principal herramienta utilizada para expresar y vigilar la moralidad, especialmente a través de la prohibición del control de la natalidad y del aborto. Sin embargo, en los últimos cuarenta años ha comenzado a tomar preeminencia la discusión sobre la liberalización del aborto, basada en la creciente comprensión de la disfuncionalidad del enfoque penal. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución N° 66/254 de agosto de 2011 exhortó a los Estados a despenalizar el aborto y derogar las leyes conexas, como las relativas a la facilitación del aborto, e instó a los Estados a abandonar el enfoque penalizador para adoptar un enfoque con énfasis en los derechos humanos y la justicia social.

En relación a las políticas adoptadas por los Estados en materia de regulación del aborto podemos clasificar los distintos modelos de acuerdo al texto expreso de las normas o mirando la aplicación real que tienen las mismas.

De acuerdo a la normativa, el cuadro mundial en materia de legislación sobre aborto queda configurado de la siguiente manera²⁷⁴:

c. **Aborto legal sin restricciones**²⁷⁵: este tipo de legislación se encuentra en países que comprenden aproximadamente el 41,4% de la población mundial. Entre otros, Canadá, Cuba, Italia, Estados Unidos, Holanda, Francia, Sur de África, Uruguay, la Ciudad de México, Guyana y Puerto Rico.

d. **Penalización del aborto con permisos (despenalización del aborto en ciertas circunstancias)**²⁷⁶:

- Aborto permitido por razones socioeconómicas y psicofísicas: las leyes autorizan el aborto solo para salvar la vida de la mujer; por razones de salud física y/o mental; por razones relacionadas con los recursos económicos de la mujer, su edad, su estado civil y el número de hijos/as que tiene, y en casos de violación, incesto o fuerte probabilidad de malformaciones fetales serias. En los demás casos el aborto es considerado un delito. Este tipo de legislación se encuentra en países que comprenden aproximadamente el 20,2% de la población mundial. Entre otros, Australia, Gran Bretaña, India y Japón.
- Aborto permitido por razones de salud de la mujer: las leyes autorizan el aborto solo cuando es necesario para salvar la vida de la mujer y para prevenir el riesgo de daño en su salud física y/o mental, y en casos de violación, incesto o fuerte probabilidad de malformaciones fetales se-

²⁷⁴ Datos disponibles en <http://www.nosotrasenred.org/aborto/mapamundo.html> y en http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_factsheets_world.pdf (última visita 30 de octubre de 2012)

²⁷⁵ Se entiende por “sin restricción” el hecho de que se permite el aborto voluntario sin ningún condicionamiento, pero en algunos países se establecen restricciones en función del periodo de gestación, por la necesidad de autorización de terceros o por periodos de espera.

²⁷⁶ En estos casos se puede distinguir también entre aquellas legislaciones que consideran que se trata de causales de justificación y las que consideran que son excusas absolutorias; las que tienen regulaciones administrativas (protocolos) y las que no lo tienen; en los requisitos para contrastar las causas; si requieren denuncias penales de violación; si establecen reglas específicas para niñas, adolescentes y mujeres discapacitadas; si regulan los plazos; si establecen responsabilidades por incumplimiento; si regulan la objeción de conciencia; entre otras.

rias. En los demás casos el aborto es considerado un delito. Algunos de los países que contienen este tipo de leyes son: Polonia, España, Perú y Argentina. Este tipo de legislación se encuentra en países que comprenden aproximadamente el 13,2% de la población mundial.

- Aborto permitido para salvar la vida de la mujer: se permite el aborto solo para salvar la vida de la mujer, en los demás casos el aborto es considerado un delito.

e. Aborto ilegal en todos los casos: Se trata de leyes que definen al aborto como delito en todos los casos, sin excepciones de no punibilidad. Este tipo de legislación se encuentra en países que comprenden aproximadamente al 0,4% de la población mundial, se trata de El Salvador y Chile.

Este cuadro de situación varía si en lugar de atenernos al texto de la norma observamos que sucede en la realidad. Esto permite evidenciar que: existen países con penalización total que permiten el acceso al aborto en ciertos casos, por ejemplo en el caso chileno donde se han realizado abortos alegando el estado de necesidad; hay lugares con modelo de excepciones pero que en la práctica son de penalización casi absoluta, por ejemplo en algunas provincias Argentinas²⁷⁷; y hay otros países con modelo de indicaciones jurisprudenciales con una creciente aplicación, como ser el caso Colombiano²⁷⁸.

En el caso Argentino, el tipo penal del aborto ha sido incorporado al Código Penal en el año 1921 en el capítulo dedicado a regular los “delitos contra la vida”. La figura penal establece como regla la penalización del aborto y como excepciones de no punibilidad los llamados abortos terapéuticos –cuando está en peligro la vida o la salud de la madre– y sentimentales –cuando el embarazo provie-

²⁷⁷ Como se evidenciará este es el caso de la provincia de Tucumán donde, a pesar de lo establecido por el Código Penal, en la práctica el aborto es considerado ilegal en todos los casos.

²⁷⁸ La Corte Constitucional de Colombia en 2010 emitió un fallo histórico donde estableció los límites de la penalización del aborto y dejó dicho que “*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 ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.*”

ne de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer “idiota o demente”²⁷⁹.

Se trata de un tipo penal oscuro, de difícil comprensión. Tal es así que solo recientemente, en marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aclaró, en un fallo histórico –conocido como “F.A.L.”– los alcances de la penalización del aborto en el Código Penal, saldando una disputa doctrinaria y jurisprudencial que se remontaba a los orígenes mismos de la norma y que ha derivado en la frustración de los derechos de miles de mujeres y en el consecuente reproche internacional al Estado Argentino.

Como puede observarse, en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe el enfoque predominante es el de la penalización, el cual adopta variantes que van desde la penalización absoluta, al establecimiento de excepciones de no punibilidad –ya sea en la normativa penal o por interpretación jurisprudencial– por razones de salud de la mujer. En la región únicamente han despenalizado el aborto Cuba, Uruguay, la Ciudad de México, Guyana y Puerto Rico. Cabe destacar que en el caso de Uruguay se han establecido restricciones temporales para el acceso al aborto, ya que la Ley establece que solo se podrá acceder al aborto antes de las 12 semanas de gestación al tiempo que se señala como exigencia para acceder a la intervención que la mujer se tome un plazo de cinco

²⁷⁹ **ARTÍCULO 85.** - El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. 2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

ARTÍCULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

ARTÍCULO 87. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

ARTÍCULO 88. - Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

de días de “reflexión”, tras el cual recién podrá realizarse el aborto. Por lo tanto, no se trata de una legalización íntegra del aborto sino que establece un supuesto marco legal y médico *adecuado* para el acceso al mismo.

En relación al enfoque penalizador del aborto, la doctrina feminista ha sido coincidente en señalar que:

“La capacidad disuasoria de la penalización (del aborto) es baja o directamente nula y sólo sirve para extender la inseguridad de la práctica que implica, además, un riesgo de muerte para las mujeres más pobres de nuestra sociedad. Como es sabido, la norma de penalización del aborto opera en un contexto en el que la persecución judicial y policial del delito tampoco es de trascendencia. Si bien no hay reportes oficiales, esa conclusión se desprende de la significativa diferencia observable entre las cifras del aborto clandestino y las de mujeres encarceladas por el delito de aborto” (Ramos et al.; 2009:481).

Asimismo, señalan que:

“La experiencia demuestra consistentemente que la aplicación estricta de las leyes restrictivas no es efectiva y casi siempre es disfuncional porque fuerza a las mujeres, que de manera irrespetuosa son definidas como delincuentes, a realizar prácticas aún menos seguras. Está ampliamente demostrado que las leyes restrictivas frente al aborto no reducen el número de abortos pero sí reducen su seguridad, y, en cambio, pueden incluso aumentarlos porque niegan el acceso de las mujeres a servicios de consejería que podrían ofrecerles alternativas aceptables al aborto y reducir los abortos sucesivos” (Cook et. Al., 2003).

2. Causas judiciales por aborto en Tucumán

Como se señaló, no siempre la legislación es un reflejo de lo que sucede en la realidad, resultando fundamentales los estudios empíricos para constatar la situación del aborto en una región, un país o una provincia determinada. Sin embargo, resulta muy dificultoso el acceso a la información sobre temas relacionados con el acceso

a los derechos humanos, y sobre todo, al aborto, tanto en materia sanitaria como judicial. Razón por la cual son escasos los estudios empíricos en la materia.

En Argentina se destaca el trabajo realizado por Paola Bergallo (2009) sobre la penalización del aborto. En dicho estudio se hace referencia a datos del Ministerio de Justicia de la Nación que indican que entre 1983 y 2009, sólo veintidós mujeres cumplieron condenas por el delito de aborto propio. Asimismo, menciona que cada año una cantidad de mujeres y otros actores son denunciados por el delito de aborto en diversas jurisdicciones del país, especificando que para el caso de la Ciudad de Buenos Aires, desde 1993 hasta 2009, solo ochenta y seis mujeres fueron denunciadas ante la justicia penal como autoras del aborto propio.

Realizando una comparación entre los egresos de mujeres de hospitales públicos por complicaciones post-aborto con las causas radicadas ante la justicia de la Ciudad de Buenos Aires, señala que durante el año 2006 se registraron 6.086 mujeres en los hospitales públicos de la ciudad atendidas por complicaciones post-aborto; en tanto, ese mismo año, la Cámara Nacional Criminal y Correccional de esa Ciudad registró solo 35 denuncias por el delito de aborto, entre las cuales 9 fueron contra mujeres. Al tiempo que aclara que no todos esos casos llegan a juicio; así en el año de estudio ninguna causa por aborto fue elevado a juicio, mientras que en el 2004 se elevó una y en el 2005 dos.

Más allá de este estudio de Bergallo, no hay información disponible sobre este tema. Frente a este vacío nos propusimos indagar sobre la situación de la penalización del aborto en la Provincia de Tucumán analizando las denuncias penales por aborto de modo de contar con datos ciertos sobre la persecución penal en estos casos y formarnos una idea sobre la persecución penal de mujeres por causas de aborto.

El análisis se realizó en base al total de causas ingresadas por Mesa de Entrada Penal y Notificaciones y derivadas a las diez Fiscalías de Instrucción en lo Penal del Centro Judicial Capital²⁸⁰ entre los años 1992 y mediados de 2012. Cabe señalar que, por el

²⁸⁰ El Centro Judicial Capital comprende la jurisdicción más grande de la provincia. En el Fuero Penal cuenta con las siguientes oficinas: 2 Juzgados de Menores; 5 Juzgados de Instrucción; 2 Juzgados Correccional en lo Penal; 10 Fiscalías de Instrucción en lo Penal; 2 Fiscalías Correccional en lo Penal; 6 Fiscalías de Cámara en lo Penal; 1 Fiscal de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción; 6

momento, no se consideraron las causas ingresadas en los Centros Judiciales de Concepción y de Monteros .

Las variables utilizadas para clarificar el objeto de estudio, a saber **la persecución penal por aborto en la provincia**, fueron: a) año de ingreso de la causa, de modo de determinar la cantidad de denuncias penales realizadas por año; b) sexo de la persona denunciada, con el objetivo de constatar si se trata de un delito por el cual solo las mujeres son perseguidas penalmente; c) conducta por la que se radica la denuncia, con el propósito de observar si en todos los casos las denuncias se hacen en relación a una conducta típica penal.

Una vez desarrollada la base de datos sobre las causas penales iniciadas por aborto, se procuró conocer el trámite de la instrucción penal preparatoria de cada una de éstas, a los fines de elaborar un diagnóstico sobre el comportamiento jurisdiccional con relación al tema del aborto propio y al efectuado con el consentimiento de la mujer. A este fin se realizó una exploración en las diez (10) Fiscalías de Instrucción Penal de la Jurisdicción Capital, con el método de interrogar causa por causa. En esta última etapa de la investigación sólo se consideró las denuncias por aborto del período 2008-2012, atento a que cuatro años es el período de prescripción penal en los casos de aborto propio o el realizado con consentimiento de la mujer de conformidad a los artículos 85 y 88 del Código Penal.

3. Presentación de resultados

3. 1) *Causas por aborto ingresadas por mesa de entrada penal junto a la variable independiente año de ingreso de la causa*²⁸¹

La recolección de datos sobre la judicialización del aborto en la jurisdicción capital que abarca los últimos 20 años (1992-2012) no muestra mayores variaciones en los números de causas tramitadas por años; así el pico de denuncias penales se dio en el año 2000 con un total de 83 causas iniciadas.

Cámaras en lo Penal; 4 Defensorías de Menores en lo Civil, Penal y del Trabajo; 9 Defensores Oficial en lo Penal y 1 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción.

²⁸¹ Aclaración: el año 2012 incluye solo hasta mitad de año.

La cifra global de causas tramitadas a lo largo de estos años es de 605. En el periodo más acotado que va desde los años 2003 a 2012 se han radicado un total de 282 denuncias en la justicia penal tucumana por causal de aborto. Si bien en este periodo se puede observar una curva descendente anualmente de causas ingresadas por aborto; esta situación se revierte en el 2012.

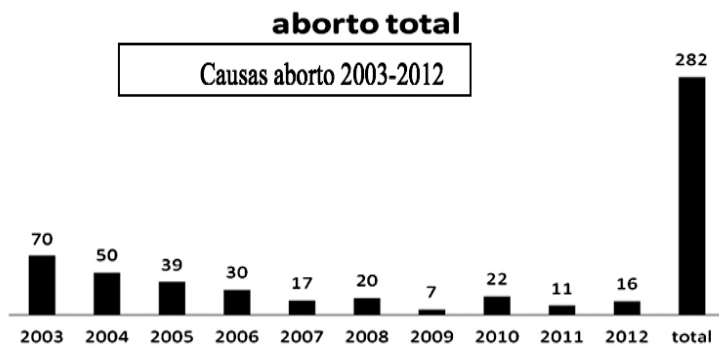


Gráfico de elaboración propia de acuerdo a la información del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán

En el año de la emisión del fallo FAL por la Corte Suprema de justicia de la Nación, y en el contexto de que el tema del aborto ha ingresado con mayor fuerza en la agenda pública y política nacional y local, se evidencia un aumento de las denuncias por aborto en relación con los años inmediatamente anteriores. Como surge del gráfico, considerando solo hasta mediados del año 2012 la cantidad de causas por aborto supera al total del año 2011 y del 2009; en tanto que, suponiendo que ingresara la misma cantidad de causas hasta fin de año, superaría el total en los años 2006, 2007, 2008 y 2010. Esto podría evidenciar un retorno a los índices del periodo 2003-2005.

Una hipótesis posible es que la mayor visibilidad del tema haya conducido a mayores denuncias, situación agravada por el hecho de que la información que brindan los medios de comunicación provinciales es contradictoria y no refleja con veracidad los alcances del fallo "FAL" ni del art. 86 inc.3 del Código Penal, lo que podría aumentar la confusión del personal de salud y otros operadores sanitarios, policiales y judiciales sobre su obligación de denunciar los casos de aborto.

3. 2) Causas por aborto de acuerdo al sexo de la persona denunciada

El primer patrón que se observa, tanto a lo largo de los últimos 20 años como en el período 2003-2012 es la prevalencia de denuncias contra mujeres: así a lo largo de esos 20 años éstas están en una relación de un 97% por sobre apenas un 3% de varones.

De las 282 causas iniciadas por aborto entre los años 2003 y mediados de 2012, en 241 casos las acusadas fueron solo mujeres (86% del total), cifra que asciende a 245 si consideramos los casos en que fueron acusados conjuntamente hombres y mujeres (87%). En 32 casos el acusado fue un hombre, en 2 personal médico, en 1 personal policial y 2 casos son por asociación ilícita. Estos datos reflejan una diferencia con la situación de la Ciudad de Buenos Aires evidenciada por Bergallo en el estudio citado (2009), donde señala que de 35 causas iniciadas por aborto en la Ciudad de Buenos Aires en el año 2009 solo en nueve casos la denunciada fue una mujer (26% del total), al tiempo que entre los años 1993 a 2009 solo 86 mujeres fueron denunciadas ante la justicia penal como autoras del aborto propio.

Clasificación según la persona denunciada



Gráfico de elaboración propia de acuerdo a la información del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán

3. 3) Causas por aborto de acuerdo a la conducta por la que se radica la denuncia penal

La función del sistema penal consiste en señalar a través de normas precisas y concretas las conductas que no son toleradas en la

sociedad y describir taxativamente los bienes jurídicos que merecen ser protegidos. Pero, también y sobre todo, el sistema penal tiene como función determinar cuáles son los sujetos que deben ser perseguidos y cuáles son las víctimas que merecen protección. Esto último se hace a través de la práctica cotidiana de policías y operadores judiciales.

En este punto cabe recordar que nuestro Código Penal consagra la tipicidad del aborto en los siguientes casos: a) aborto provocado o inducido, operando como agravantes la ausencia de consentimiento de la mujer, que el aborto sea seguido de muerte, o que la conducta sea realizada por médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo; b) aborto culposo, causado con violencia; c) aborto autoprovocado por la mujer. En tanto se establecen como excepciones de no punibilidad, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta: 1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios, 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

De acuerdo al régimen de punibilidad consagrado en nuestro derecho, no es punible la tentativa de aborto por la propia mujer gestante, y obviamente, tampoco es punible el aborto natural o espontáneo. Sin embargo, como se evidencia en esta investigación, los principios esenciales del derecho penal (principio de legalidad, principio de inocencia, y principio de reserva) son alevosamente dejados de lado por los operadores de justicia de la provincia de Tucumán. A lo largo de los últimos 20 años las denuncias por estas conductas no punibles se han mantenido en un orden del 9%, pero se ha intensificado en los últimos 4 años a tal punto de significar más de un 32% de las causas totales.

El “pico” de máxima en la investigación policial y fiscal preparatoria del aborto con todos sus “nombres”, tuvo lugar en el año 2000 donde se iniciaron 83 investigaciones penales fiscales: 34 por aborto, 46 por aborto provocado, 2 por aborto en grado de tentativa y 1 por aborto incompleto. Si bien a posteriori la curva es descendente en lo que se refiere a las causas por “aborto provocado”, en los últimos años se han incrementado las denuncias por “aborto natural” y “aborto espontáneo”, situaciones que, por resultar ajenas

a la decisión autorreferente de la mujer, no configuran ningún tipo penal y por ende, su judicialización no tiene razón de ser. En el periodo 2003-2012 veintinueve mujeres fueron denunciadas por “aborto espontáneo” y una lo fue por “aborto natural”.

Clasificación según la caratula de la causa

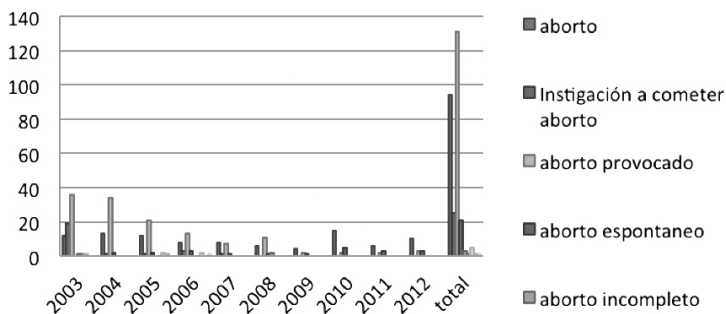


Gráfico de elaboración propia de acuerdo a la información del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán

En estos casos resulta evidente la discriminación y la violencia a la que son sometidas las mujeres de la provincia como consecuencia de los prejuicios y estereotipos de la sociedad tucumana. Una mujer que vive un aborto espontáneo o natural, lo más común en la vida de las mujeres, y que a raíz de esto es perseguida penalmente por la justicia es la prueba más clara de la dominación patriarcal a la que está sometida la sexualidad y la reproducción. En estos casos parecería que se están aplicando principios del derecho penal de autor, donde lo perseguible no es tanto la conducta, sino el autor de la misma.

Imaginemos el supuesto de una mujer que acude a un centro de salud público con complicaciones en un aborto, por ejemplo hemorragias, y que, sin mayores explicaciones, se ve sometida a una denuncia penal en su contra. Poco importa si se trata de un aborto espontáneo o de un aborto inducido con pastillas, o de un aborto comprendido dentro de las excepciones de no punibilidad, la situación es igual. La atención sanitaria de urgencia aparece mediada por la posibilidad de la persecución penal, aún en los casos en que no se trata, siquiera, de una figura tipificada en la ley de fondo. El

derecho a la salud de las mujeres se presenta como una cuestión de suerte, de buena voluntad del personal sanitario.

Incluso en los casos de no punibilidad, los/as médicos/as suelen oponerse a practicar abortos por el temor a una posible sanción penal. La incertidumbre aún respecto de los casos claramente autorizados por el Código Penal determina el fracaso de la norma penal, la que no logra disuadir a las mujeres de practicarse abortos a la vez que las obliga a acudir a la clandestinidad. En el Informe de Human Right Watch del año 2010 sobre los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país se señaló que la *“judicialización excesiva de servicios que son legales responde a dos razones principales. La primera es que los médicos temen las consecuencias sociales y jurídicas que puede traer aparejadas la prestación de determinados servicios, en particular los abortos. La segunda es que muchos médicos todavía desconocen la ley”*. En dicho informe señalan, a modo de conclusión, que independientemente de las razones de la excesiva judicialización, las consecuencias para las mujeres y las niñas se traducen en graves demoras o directamente en la denegación de un servicio que les corresponde²⁸².

La criminalización del aborto, agravada por la falta de información, trae como consecuencia la clandestinidad y, por tanto, el riesgo de mortalidad y la morbilidad de miles de mujeres tucumanas, en especial mujeres pobres y adolescentes quienes ante un aborto mal practicado se ven impulsada a optar por prescindir del sistema de salud. En el contexto antes descrito, ante la disyuntiva entre arriesgar sus vidas y ser sometidas a un proceso penal, la primera opción parece ser la más redituable. En este sentido Cook, Dickens y Fathalla (2003, pág 212) señalan que:

“El contexto punitivo de la ley desestimula a las mujeres a buscar tratamiento médico y a los médicos a proponerlo, cuando el público en general y los profesionales médicos en particular no están informados de los términos de la ley.”

3. 4) Instrucción de las causas de aborto

Si bien los datos sobre denuncias de aborto son alarmantes, la situación se revierte en la etapa de la investigación penal prepara-

²⁸² Op Cit. Pag. 31.

toria, la cual tiene como primer objeto comprobar si existe un hecho delictuoso.

Las causas analizadas del periodo 2008-2012 demuestran un patrón en la forma de tratar los procesos: con un 79% de archivo de causas²⁸³, un 15% de causas en trámite, un 5% sin ningún tipo de actuación o trámite y apenas el 1% sobreseídas²⁸⁴.

Si bien la gran mayoría de las causas iniciadas fueron archivadas, llama la atención la discrecionalidad de cada fiscalía para determinar las razones del archivo. En algunos casos, se dispuso el archivo de las causas por no encuadrar el hecho en una figura penal (atipicidad). Así, ciertos casos de aborto espontáneo o natural fueron archivados “*porque no se cometió delito*” (expte 16962/2010 Fiscalía II) o porque “*no surge hecho delictuoso*” (expte 10583/2012, 2384/2012, entre otros), o “*no encuadra en figura penal*” (expte. 11304/2008, 27957/2008, 14344/2008, entre otros). Otras fiscalías archivaron las causas por la ausencia de tipicidad, pero para esto argumentaron que “*surge del informe forense que el feto falleció en forma natural intrauterina*” (Fiscalía I expte. 23072/2010 entre otros).

Sin embargo, el plazo de instrucción de estas causas fue desmesurado en relación con la obviedad de la falta de tipicidad de la conducta denunciada. En este punto no podemos olvidar que el solo hecho de que una mujer se encuentre sometida a un proceso penal produce un daño en su vida y su integridad personal. Como afirma Ferrajoli (2000) “*el proceso penal representa en sí mismo una pena*”. La persecución penal implica transformar a la mujer en imputada, con todas las consecuencias simbólicas que el paso por la justicia penal trae para una persona.

Se puede señalar el criterio particular de la Fiscalía IV, donde la mayoría de los casos de aborto fueron archivados “*por falta de elementos probatorios*” (exptes. 11551/2008, 11551/2008, entre otros); es decir, no se cuestiona la tipicidad de la conducta sino la falta de elementos probatorios que permitan demostrar la veracidad de la conducta reprochable. En este sentido, algunos casos de evidente

²⁸³ En la gran mayoría de los casos, las denuncias fueron archivadas por los/as fiscales de instrucción, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 332 del Código Procesal Penal de Tucumán (t.o.), que establece “*el Fiscal de Instrucción puede disponer el archivo de las actuaciones cuando no se pueda proceder o sea manifiesto que el hecho en ellas contenido no encuadra en una figura penal*”.

²⁸⁴ El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta (art. 349 CPPT).

atipicidad, como la denuncia de abortos espontáneos, no fueron archivados por este motivo, sino argumentando que “*no surgen elementos suficientes para sostener que haya cometido el hecho*” (expte. 21034/2008, Fiscalía II); o “*porque no se pudieron determinar las causas por las que falleció el feto*” (expte. 23343/2011 Fiscalía VIII).

En los casos de abortos autoprovocados, o con asistencia de terceros, en el 15% de los casos se prosiguió el trámite judicial. Llegando al extremo de ordenar la inscripción de la defunción del feto NN en el Registro Civil (expte. 3222/2012 Fiscalía II) o de ordenar el reconocimiento del feto mediante autopsia forense (expte. 10167/2012 Fiscalía III).

El archivo de las causas evidencia que, en la mayoría de los casos, la persecución penal del aborto no es viable en la provincia. Sin embargo, llama la atención que, atento a este hecho, las denuncias no sean desestimadas sin más por el Fiscal de Instrucción, facultad reglada en el art. 319 del Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán. Al no desestimar la denuncia e iniciar la investigación penal preparatoria, la mujer adquiere la calidad de imputada penal, con todas las consecuencias simbólicas que el paso por la justicia penal trae para una persona.

3. 5) *Jurisprudencia provincial y nacional en materia de aborto.* *Una mención al fallo FAL*

Si bien la gran mayoría de las causas iniciadas por aborto en la provincia son archivadas sin más trámite, nos propusimos analizar si existe jurisprudencia en materia de aborto. Para esto revisamos la base de datos jurisprudencial del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán.

De este análisis se comprobó que al poner la palabra “aborto” en el buscador de sentencias se obtiene como resultado catorce (14) sentencias, de las cuales solo cinco (5) resultan relevantes.

Los temas resueltos por la justicia local comprenden: 1) aborto consentido; 2) secreto médico; 3) aborto seguido de muerte y 4) dolo requerido para el tipo penal de aborto.

La primera sentencia que aparece en la base de datos corresponde al Caso N. I. B. Y. O. S/ Aborto Provocado²⁸⁵, y data del año 1987. Se trata de un caso de aborto consentido en los términos del artículo 85 inc. 2 del Código Penal. La respuesta judicial fue la siguiente:

²⁸⁵ Sentencia 0/1987 Cámara Penal de Concepción

“[f]rente a éste cuadro probatorio, resulta suficiente para probar el cuerpo del delito la relación causal de las circunstancias –confesión, informes periciales y los actos de la encartada– no imposibilitando su comprobación plena aún en el supuesto de la desaparición del feto, pues ello resulta suficiente para responsabilizarla, resultando su relato plena y totalmente corroborado por los elementos de juicio emergentes de su accionar, siendo índices concluyentes para sostener la existencia de un estado de gravidez y aborto posterior, lo que permite concluir que la encartada es autora voluntaria del delito de aborto consentido.”

Otra de las sentencias, también del año 1987, es sobre violación del secreto profesional²⁸⁶. En este caso el Tribunal tuvo que:

“expedirse acerca del conocido y espinoso problema que implica interpretar sistemáticamente los tipos legales del arts. 156 del C.P., (violación de secreto) y 277 inc.6° del mismo Código, (encubrimiento), en función de la norma del art.228 inc.2° procesal que impone a los Médicos y parteras, entre otros profesionales del arte de curar, la obligación de denunciar los delitos contra las personas que conozcan al prestar auxilio propio de su profesión, salvo el caso que los hechos hayan sido conocidos bajo el amparo del secreto profesional. Pues la obligación de denunciar llega sólo hasta las cuestiones no amparadas por el secreto profesional.”

La tercera sentencia relevante ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en el año 1997, resolviendo un caso de aborto seguido de muerte²⁸⁷. En el caso se acusaba a un médico por realizar un aborto que provocó la muerte de la mujer, a pesar de que la mujer no se encontraba embarazada²⁸⁸. Por lo que la discusión radica sobre la posibilidad de aplicar la figura penal de aborto o no. La

²⁸⁶ Cámara Penal. Sentencia 189 Fecha: 29/06/1987 “L. D. A. Y. O. M. V. S/ ABORTO PROVOCADO”

²⁸⁷ CSJT Sentencia 877 05/11/1997 M. J. E. S/ aborto seguido de muerte.

²⁸⁸ “Surge que se ha tentado realizar un aborto con el sólo dato aportado por la paciente que se creyó embarazada y el oportunismo del médico y su afán de lucro despreciando todo deber de comprobación a su cargo”. CSJT Sentencia 877 05/11/1997 M. J. E. S/ aborto seguido de muerte.

Corte realizó un análisis sobre delitos imposibles poniendo como ejemplo el caso de que se efectúen maniobras abortivas creyendo estar en presencia de una mujer embarazada, ignorando que no lo está. Para concluir:

“[e]n cambio cuando, como en el caso de autos, se ha producido la muerte de la mujer, () no es necesario que se perfeccione el tipo de aborto para que proceda el agravante. No se requiere la consumación del aborto, sino sólo la realización del tipo del aborto en su forma tentada o imposible, pues la ley castiga al que mediante maniobras abortivas causa la muerte de la mujer, y lo castiga en forma distinta al caso general del homicidio, no porque le interesa el aspecto mecánico de la relación causal de la muerte del feto con la de la mujer, si no su esencia, porque toma en cuenta que se trata de una muerte resultante de un caso que anímicamente es presidido por el dolo de aborto. La muerte de la mujer no se imputa de esa manera especial por la manera particular de causarla, sino en razón del modo particular de ser de la intención que guía al agente al poner la causa de esa muerte (las maniobras abortivas).”

Dos sentencias fueron dictadas en el marco de la causa “J. M. A. G. s/aborto provocado”, del año 2005 y 2006, por la Cámara Penal y de la Corte Suprema de Justicia respectivamente. En ambas sentencias el énfasis está puesto en el tipo de dolo aceptado para el tipo penal de aborto. En este sentido se estableció que el único dolo aceptado para el tipo penal de aborto es el dolo directo caracterizado por la intención de interrumpir el embarazo matando al feto, cualquiera sea la motivación del acto. Se establece que

“La condena penal exige un certero juicio de reproche, basado en la evidencia plena de una acción típicamente anti-jurídica y culpable; que en la hipótesis del art. 85, inc. 1º del Cód. Penal implica la fehaciente acreditación del dolo directo, caracterizado por la intención de interrumpir el embarazo matando al feto, cualquiera sea la motivación del autor” (Fallo: 511/06 Corte Suprema de Justicia).

Estas fueron las únicas sentencias a las que se pudo tener acceso, a pesar de que suponemos que existen más al respecto. En este senti-

do, corresponde destacar la dificultad que implica acceder a las causas judiciales en Tucumán. Esto se debe al hecho de que en la Justicia provincial, sobre todo en el ámbito penal, impera el oscurantismo y el principio del secreto, contrario a la obligación que ha asumido el Estado de publicidad de sus actos, sobre todo de sus actos judiciales.

Por tanto, la dificultad para acceder a las sentencias sobre casos de aborto, sumado al hecho de que las causas son archivadas de modo discrecional por cada fiscalía, agrava la situación de desconcierto reinante en la ciudadanía y en la comunidad médica sobre la persecución penal del aborto en la provincia.

A diferencia de la justicia local, la Justicia Nacional se ha pronunciado sobre el tema en diversas oportunidades. Sin embargo, no existe una jurisprudencia uniforme. Por un lado, se hallan las decisiones que desestiman el proceso con fundamento en la violación de la prohibición de autoincriminación. De otro lado, otros precedentes prefieren fundamentar la nulidad en el vicio que proviene de la violación del deber de guardar secreto profesional que, entienden, debe prevalecer ante la obligación de denuncia.

Otro de los debates jurisprudenciales dados a nivel nacional fueron sobre la necesidad de la autorización judicial previa en los supuestos de aborto no punible. En este sentido, la disputa interpretativa ha quedado zanjada el 13 de marzo de 2012 con la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”²⁸⁹ donde confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut que hizo lugar a una solicitud de aborto legal de una menor de 15 años víctima de una violación.

Por la importancia de este caso, vamos a desarrollarlo en profundidad. En este caso el Máximo Tribunal ha decidido expedirse, a pesar de que la cuestión se había tornado abstracta por el transcurso del tiempo, *“con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro”* (Considerando 5°). Asimismo ha señalado la importancia de tratar el tema ya que *“la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional”* (Considerando 6°), para sustentar esta preocupación ha citado los casos en que organismos internacionales han declarado la responsabilidad del Estado tanto por su interpretación restrictiva en los supuestos de abortos no

²⁸⁹ Ver en extenso: CSJN Fallos F. 259. XLVI, 13 de marzo de 2012.

punibles como por los obstáculos de hecho en el acceso al aborto por parte de las mujeres que lo han solicitado.

La Corte realiza un control de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma de derecho penal, a través de un completo análisis de compatibilidad entre la norma de derecho común (art. 86 CP) y el “bloque de convencionalidad”, el cual está compuesto por los tratados internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional a nuestro marco jurídico y por los pronunciamientos de los organismos internacionales (art. 75 inc. 22 CN), concluyendo en forma categórica que la interpretación que debe hacerse del art. 86 inc. 2., es la más amplia, en el sentido en que consagra una excepción a la penalización del aborto para todo caso en que el embarazo provenga de una violación. Es decir, el único requisito exigido para que el aborto no sea punible es que cualquier mujer o su representante manifiesten mediante declaración jurada que éste ha sido producto de una violación, sin necesidad de que deba realizar una denuncia judicial o policial ni que deba tratarse de una mujer idiota o demente.

El Tribunal Supremo ha realizado un análisis pormenorizado del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y de la normativa de derecho internacional de los derechos humanos, llegando a la conclusión de que de ellas “*no se deriva mandato constitucional alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86 inciso 2 del Código Penal*” (Considerando 14), sino que por el contrario existen cláusulas de jerarquía constitucional y principios básicos de hermenéutica que obligan a interpretar la norma con alcance amplio. Son también los principios de igualdad y no discriminación los que conducen a la interpretación amplia (Considerando 15), ya que:

“reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida.”

Otro de los principios tomados por la Corte es el reconocimiento y respeto por la dignidad intrínseca de las personas y la prohibición del uso o visión “utilitaria” de las mismas:

“En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar” (Considerando 16).

Cabe destacar que el valor del fallo no se limita a la clarificación de los alcances del art. 86 inc. 2, sino que ha ido más allá y se ha constituido en lo que la doctrina constitucional conoce como “fallos aditivos”²⁹⁰ y del tipo “exhortativo”²⁹¹.

El Tribunal ha establecido ciertas pautas que deben ser observadas fielmente por los servicios de salud al atender a mujeres en situación de abortos no punibles, **lo que comprende tanto los casos en que se encuentre en riesgo la salud de la mujer como aquellos en los que el embarazo sea consecuencia de una violación;** entre los que se destacan:

a) no constituye un requisito para acceder a la realización de un aborto no punible contar con autorización judicial. En este sentido, exhorta a los tribunales provinciales y nacionales a **ABSTENERSE** de JUDICIALIZAR dicha práctica, ya que considera:

“[q]ue al efectuar esta tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común

²⁹⁰ Con esta denominación se refiere a la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias “integradoras”), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal. Ver más en: SAGÜES, Néstor Pedro “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, L.L. 2005 F 1461.

²⁹¹ Por sentencia exhortativa, apelativa, o “con aviso”, se comprenden aquellos supuestos en que “*el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional (...) encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto*”. Dentro del accionar del tribunal cimero, puede verificarse que, en diversos pronunciamientos, la Corte ha encomendado a poderes constituidos del estado la adopción de respuestas legislativas o ejecutivas requeridas por la norma constitucional. Ver más en: SAGÜES, Néstor Pedro “*Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina*”, L.L. 2005 F 1461. y SAGÜES, María Sofía en: “*La jurisdicción nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*”.

–artículo 86, inciso 2º, del Código Penal–, a través de un análisis global del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal. Desde esta perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 in fine de la Constitución Nacional), ha de concluirse que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial”. (Considerando 8º y 31º).

b) por tanto, el aborto debe ser realizado por un solo médico, sin necesidad de autorización judicial previa, sino tan solo con la declaración jurada de la mujer o su representante realizada en el sistema de salud respecto de la violación.

c) al Estado, como garante de la salud pública, le cabe la responsabilidad de poner a disposición de la mujer que solicite el aborto legal, las condiciones médicas e higiénicas para llevarlo a cabo de forma “rápida, segura y accesible”. Para esto exhorta a la implementación de leyes del más alto nivel y protocolos sanitarios que garanticen el acceso al aborto no punible. Así deberán,

“contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida” (Considerando 29).

d) por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos,

“deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las acti-

vidades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual” (Considerando 29).

e) en ese contexto,

“deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso. Que, por estas mismas razones, se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa” (Considerandos 30° y 31°).

Sintetizando, el Tribunal ha enviado un mensaje claro y urgente a las autoridades nacionales y provinciales sobre la necesidad de eliminar las barreras para el acceso al aborto que garantice el respeto y la vigencia de los derechos humanos de la mujer. El propósito de la Corte al sentar estos parámetros ha sido esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y evitar que el Estado incurra nuevamente en responsabilidad internacional por obstaculizar la implementación de los casos de abortos no punibles.

¿Qué pasa con el aborto no punible en Tucumán después de “FAL”? Si bien de los datos obtenidos no se puede distinguir los casos de aborto no punibles, consideramos importante enfatizar que la falta de reglamentación e instrucciones claras a los profesionales de la salud en casos de aborto no punible implica en la práctica

un trato diferenciado a la mujer en el acceso al derecho a la salud, dando lugar a un trato discriminatorio.

La mujer tucumana se encuentra en los hechos frente a una encrucijada. Por un lado, el fallo F.A.L. ha zanjado la discusión en torno a la penalización del aborto en forma definitiva, a la vez que el Ministerio de Salud de la Nación ha elaborado una “Guía Técnica para la Atención de Abortos no Punibles”²⁹², es decir, un Protocolo de intervención para casos de aborto no punible. Pero a la hora de acudir a realizarse un aborto resulta muy dificultoso, cuando no imposible, costando la vida y la salud de la mujer.

Esta realidad esquizofrénica que vive la mujer tucumana pone de manifiesto la necesidad de que el gobierno provincial envíe un mensaje claro sobre el tema a la ciudadanía y a la comunidad médica en especial²⁹³. Esto puede hacerse dictando un protocolo para la atención de abortos no punibles o adhiriendo al Protocolo Nacional. Esta intervención de mínima resulta urgente en pos de garantizar el acceso a la salud de las mujeres de la provincia. Mientras el gobierno provincial siga guardando silencio sobre el tema, los derechos humanos de las mujeres tucumanas seguirán siendo violados y los grupos conservadores “anti-derecho”, seguirán marcando la agenda política impidiendo que se resuelvan temas de urgencia para la garantía de derechos de la mujer.

Esto hasta tanto se despenalice el aborto en forma definitiva, ya que está ampliamente probado que el derecho penal no es la herramienta adecuada para resolver un problema de salud pública. Lo que ha quedado demostrado por el fracaso de todos los fines asignados a la pena, sobre todo al constatar que la penalización no disuade a ninguna mujer de realizarse un aborto, solo la obliga a hacerlo en la clandestinidad.

4. Injusticias de redistribución y de reconocimiento

De acuerdo a los datos analizados, resulta evidente que el cuadro general de la situación de criminalización y persecución pe-

²⁹² Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Publicación del Ministerio de Salud de la Nación, Octubre de 2007. Actualizada en el año 2010.

²⁹³ Ver en extenso en: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/483117/Politica/Alperovich-no-sabe-debe-hacer-sobre-aborto-no-punible.html>

nal de aborto en la Provincia de Tucumán queda configurado de la siguiente manera:

- 1) penalización del aborto con excepciones de no punibilidad (art. 85 y ss. Código Penal);
- 2) denuncia penal de una escasa cantidad de mujeres que realizan la conducta típica y de otras tantas cuya conducta no es penalmente reprochable;
- 3) prosecución de las causas penales prácticamente nula;
- 4) ninguna condena por aborto a mujeres en los últimos años.

Por tanto, lo que estamos sosteniendo es una figura penal cuya única función es intimidar y obstruir el acceso de la mujer a un aborto seguro, lo que deriva en serios riesgos para su salud y su vida.

No vamos a caer acá en la ilusión de pensar que el otorgar un disvalor al aborto mediante su inclusión en el Código Penal, funciona como un límite a la conducta. Las mujeres abortamos, las ricas y las pobres. En Argentina el número de abortos inducidos en el año es de aproximadamente entre los 486.000 y 522.000 abortos anuales entre las poblaciones de 5.000 habitantes y más (Pantelides, Mario, 2005:112), es decir, más de un aborto cada dos nacimientos²⁹⁴. Por lo que al reflexionar sobre la situación judicial descrita, se hace evidente que la única función de la penalización del aborto ha sido ampliar la brecha entre aquellas mujeres que cuentan con los medios económicos para acceder a un aborto seguro sin riesgo de verse sometidas a una investigación penal y, aquellas otras que, para evitar el paso por el sistema penal, están obligadas a hacerlo clandestinamente en condiciones riesgosas para su salud, que llegan incluso a costarle la vida. Cabe destacar que el aborto es la primera causa de muerte materna, representando un 27% del total de fallecimientos de mujeres durante el período 2004-2008.

Es evidente el desajuste entre la intención de la norma al ser incluida en el capítulo del Código Penal dedicado a los “delitos contra la vida” y las consecuencias de la misma, en tanto trae como prin-

²⁹⁴ Información del Ministerio de Salud de Nación según estadísticas de egresos hospitalarios por complicaciones de aborto.

principal resultado el aumento de la mortalidad y morbilidad de mujeres por abortos inseguros.

Es la comparación de la letra de la norma con la realidad lo que pone en evidencia el verdadero propósito de quienes se oponen a la despenalización del aborto. Frente a la ausencia de represión estatal, el objetivo de la penalización es generar temor a una sanción que pocas veces llegará, pero cuyo fantasma está presente en el imaginario del personal de la salud y de las mujeres que deben acudir al sistema público de salud. La finalidad real es aumentar la brecha entre quienes pueden acceder a un aborto seguro y quiénes no.

El propósito es negar derechos a las mujeres pobres, impedirles ejercer su derecho a la autodeterminación y a la salud, negarlas como sujetos de derecho. En síntesis: el patriarcado, la misoginia, la disputa por el cuerpo de la mujer.

La figura penal del aborto está dirigida a reforzar la selectividad del sistema penal el cual ha sido ideado para perseguir solamente a una clase social, los/as pobres y marginados/as. En el caso del aborto la selectividad se refuerza, en tanto las únicas destinatarias del tipo penal son las mujeres, lo que genera aun más pobreza y marginación.

El propósito de la persecución penal en todos los casos, pero sobre todo en el del aborto, es el de funcionar como un mecanismo de control social. El/la destinatario/a del derecho penal es aquel/aquella que forma parte de los grupos que la sociedad considera, en términos de Bauman (2006), “residuos humanos”, es decir las vidas indignas de ser vividas, aquellos “otros y otras” que no merecen protección estatal; y que, frente a un “nosotros” que cada vez debe ser mayor, son los “ellos” que deben ser cada vez menos. Como señala Bauman (2003):

“Ellos siempre son demasiados. “Ellos” son los tipos de los que debería haber menos o, mejor aún, absolutamente ninguno. Y nosotros nunca somos suficientes. “Nosotros” somos la gente que tendría que abundar más.”

En el caso de las mujeres no solo no merecen protección estatal sino que el Estado y ciertos miembros de la sociedad parecen tener derecho a decidir y disponer de sus cuerpos y de sus vidas. El cuerpo de las mujeres, de las mujeres pobres, es concebido como un espacio de disputa moral en el cual ellas no tienen derecho a participar. Sus vidas poco importan en este combate, sus cuerpos

son solo el campo de batalla donde se libera una lucha entre hombres “de bien”. Se trata de mujeres que se han desviado de su camino socialmente establecido, de su “rol de madres”, y por tanto, se hacen merecedoras del castigo de la ley penal.

Los estereotipos asignados culturalmente han triunfado y horadado profundamente en una sociedad patriarcal que no logra concebir a las mujeres como sujetos autónomos. Esto es evidente en *los ciudadanos de bien de la sociedad* que se horrorizan frente al caso de una mujer que interrumpió su embarazo, pero no frente a las condiciones de pobreza y violencia estructural en que viven estas mujeres. La vida de las mujeres pasa a ser un valor agregado, ellas importan en tanto son portadoras de un embarazo. Como señala Hopp (2012), la política criminal argentina acerca del aborto parece favorecer la muerte, contrariamente a lo que dice el Código Penal, supone un mecanismo de marginación de modelos desviados de femineidad.

En este punto es donde el discurso “pro vida” que pretenden sostener como bandera quienes se oponen al aborto muestra todas sus contradicciones. Ser “pro vida” no es defender la vida de un feto, es defender la vida digna²⁹⁵, la vida que merece ser vivida. Además, quienes se oponen al aborto de “otras”, de aquellas que no son “nosotros”, pocas veces levantan la voz contra el aborto de las propias, de quienes sí tienen derecho a decidir. Defender la vida es defender todas las vidas (no una sola forma de vida, “la propia”), pero no como un producto biológico, sino la vida en tanto posibilidad de desarrollar un proyecto de vida digno para las mujeres y los/as hijos/as que decidan (no) tener.

Cook y Dughman (2010) sostienen que *“la criminalización del aborto implica la utilización del poder coercitivo del Estado para imponer a las mujeres que, a través de sus cuerpos, sirvan a intereses distintos de los propios. Esto implica una violación a su autonomía y a su derecho a la integridad física y moral”*. Cabe destacar que todas las dimensiones de la autonomía personal de las mujeres –económica, física, sociocultural y política– se encuentran interrelacionadas entre sí. La carencia de autonomía económica de las mujeres las obliga a acudir a los centros públicos de salud en situaciones de aborto con el consiguiente riesgo de verse sometidas a un proceso penal u optar por realizar un aborto riesgoso y clandestino. Esto, a su vez,

²⁹⁵ En este sentido, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, para.144.

les impide ejercer la autonomía con respecto a su propio cuerpo y a la dirección de su vida. En tanto, aquellas mujeres que gozan de autonomía económica pueden disfrutar libremente de su derecho a la elección de su propio proyecto de vida, a decidir cuándo y cuántos hijos/as quieren tener, sin que el Estado decida por ellas.

En síntesis: la penalización del aborto es una cuestión de género y de clase. Las injusticias que sufren las mujeres son tanto por su pertenencia a una clase social determinada, como por su género. En términos de Nancy Fraser (1997), se trata de una comunidad bivalente, en tanto son víctimas, simultáneamente, de injusticias distributivas y de injusticias de reconocimiento. Las mujeres sufren injusticias distributivas derivadas de la estructuración de la economía política, caracterizada por la división sexual del trabajo, de acuerdo al cual las mujeres realizan el trabajo reproductivo, doméstico y de cuidado no remunerado. Simultáneamente son víctimas de injusticias culturales en el plano cultural valorativo, que se manifiestan en la existencia de patrones sociales de interpretación, representación y comunicación que desvalorizan, subestiman y generan estereotipos en relación a las mujeres. Son, al mismo tiempo, víctimas de la mala distribución socioeconómica y del erróneo reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias sea un efecto indirecto de la otra, sino que ambas son primarias y cooriginarias, las dos facetas del grupo se entrelazan para reforzarse dialécticamente, dando lugar a un círculo vicioso de subordinación cultural y económica.

5. ¿La sociedad Tucumana en contra del aborto?

Es deber del legislador adaptar el Derecho a los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. Por tanto, cabe preguntarse ¿cuáles son los valores de la sociedad tucumana?, ¿se pueden tomar los valores de un determinado sector social, como valores comunes?, ¿es toda la sociedad tucumana quien rechaza el aborto, o son solo los/as representantes de los intereses de las clases dominantes?

Cabe recordar que en los fundamentos de la Ley Orgánica 2-2010 por medio de la cual España regula las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo, se señala:

“En una sociedad libre, pluralista y abierta, corresponde al legislador, dentro del marco de opciones que la Constitución

deja abierto, desarrollar los derechos fundamentales de acuerdo con los valores dominantes y las necesidades de cada momento histórico. La experiencia acumulada en la aplicación del marco legal vigente, el avance del reconocimiento social y jurídico de la autonomía de las mujeres tanto en el ámbito público como en su vida privada, así como la tendencia normativa imperante en los países de nuestro entorno, abogan por una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad en donde queden adecuadamente garantizadas tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico”.

Al analizar este punto, no pretendemos obviar el hecho de que la legalización del aborto debe realizarse mediante una normativa de carácter federal. Pero lo que nos proponemos es deconstruir el sentido común local, de acuerdo al cual la sociedad tucumana esta rotundamente en contra del aborto.

Los representantes de la oligarquía tucumana ocupan los puestos de mayor poder en la provincia, son jueces/zas, médicos/as, abogados/as, propietarios/as de los medios de comunicación, legisladores/as. Son ellos/as quienes cuentan con la capacidad de instalar un tema en la agenda pública y política de la provincia, y lo hacen de acuerdo a sus valores y concepciones morales.

De esta forma, su moral y sus valores se asumen en la provincia de Tucumán como “el pensamiento mayoritario”. Nos proponemos aquí deconstruir este discurso, descifrar quiénes son y qué intereses persiguen realmente. De modo de reflexionar si estos valores son los de la sociedad tucumana en su conjunto, o se trata solo de la imposición de quienes manejan las redes de poder.

En Tucumán, ciertos temas de la agenda de género han logrado ser instalados en la agenda pública, a través del trabajo laborioso del movimiento de mujeres en la provincia. Sin embargo, se ha tenido un éxito dispar en esta tarea, ya que mientras ciertos temas han logrado un mayor consenso y legitimidad en la sociedad, otros no lograron instalarse como temas de debate, y cuando lo lograron lo hicieron de manera desfavorable para las mujeres. Esto es así en tanto existen ciertos problemas que generan mayores consensos y otros que generan una mayor polémica. Entre los primeros, que se han tornado visibles y objeto de debates públicos, se destacan la violencia contra la mujer, la trata de personas y la prostitución.

Mientras que entre los temas “tabús” para la sociedad tucumana se encuentra todo lo relacionado con la salud sexual y reproductiva. La fuerte oposición de los grupos antiderechos alineados con la Iglesia Católica ha frustrado todos los intentos de adhesión a la Ley Nacional sobre Salud Sexual y Procreación Responsable y a la Ley Nacional de Educación Sexual, lo que supone perpetuar una situación de discriminación estructural, hacia la mujer en el goce de sus derechos a la salud sexual y (no) reproductiva. Un ejemplo en este sentido –ya señalado en el primer capítulo de este libro– se evidencia en la gran influencia que ejercieron en el año 2003 para evitar la adhesión a la Ley Nacional 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable. En ese momento se presentó uno de los primeros proyectos de adhesión del país, por el entonces legislador socialista Rodolfo Succar. Frente a este intento, los autodenominados grupos “pro vida” realizaron una campaña mediática basada en el principio de que legislar sobre salud sexual y reproductiva es “*moralmente inaceptable*”²⁹⁶, haciendo énfasis en el rol central procreador de la mujer. Esta postura fue avalada por un discurso católico ortodoxo sobre valores familiares que ha fundamentado históricamente políticas contra métodos anticonceptivos en todo el país²⁹⁷.

Otro ejemplo del peso político que reviste en la sociedad tucumana el discurso contra los métodos anticonceptivos es la vigencia de la Ley 7.143 que instituye el “día del niño por nacer”²⁹⁸.

De esta forma, el tema del aborto permanece invisibilizado en la agenda pública y cuando ingresa lo hace en términos morales vinculados con la vida en sentido judeo-cristiano. La fuerte influencia de estos grupos anti-derecho ha impedido que estos temas sean objeto de un debate serio por la sociedad tucumana, frustrando cualquier intento de abordar la problemática desde un enfoque de derechos. En este sentido, se destacan las coberturas periodísticas²⁹⁹ y las edi-

²⁹⁶ <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=1400> (último ingreso 26/10/2011)

²⁹⁷ Human Right Wach. Decisión prohibida: Acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina. ISBN: B1701. 2005. Pág. 8

²⁹⁸ Human Right Watch Informe ¿Derecho o Ficción?. La Argentina no rinde cuentas en material de salud sexual y reproductiva. 2010. ISBN 1-56432-670-5.

²⁹⁹ A modo de ejemplo ver “Denuncia Penal por un aborto no punible en la maternidad” 23/04/2013 <http://www.lagaceta.com.ar/nota/541978/local/denuncia-penal-aborto-no-punible-maternidad.html>;

toriales³⁰⁰ del diario La Gaceta, el periódico más leído de la provincia; sumado a las opiniones públicas de los/as legisladores/as de todo el arco político³⁰¹.

Además en el año 2011 se firmó el “Protocolo por la vida”, por el cual políticos/as, legisladores/as, empresarios/as y autoridades eclesiásticas de Tucumán proclamaron un rotundo “no” al aborto, usando como escenario la Casa Histórica –símbolo de libertad e independencia– el cual fue ratificado por el gobernador de la provincia³⁰².

Entonces, ¿cuáles son los valores morales que supuestamente se estarían defendiendo a través de la férrea oposición al aborto? Se trata de valores basados en la defensa de la sexualidad solamente ligada a la reproducción dentro del matrimonio monógamo entre mujeres y varones heterosexuales, donde el único método anticonceptivo eficaz es la abstención sexual y el acceso a otros métodos, tales como el preservativo, convierte a las mujeres en “animalitos” incapaces de controlar sus impulsos sexuales³⁰³.

Más que de valores, de lo que se trata es de estereotipos sexuales y de los roles sexuales prescriptivos que determinan las razones para las relaciones sexuales y los roles en la familia.

Por tanto, los derechos sexuales y (no) reproductivos de las mujeres están obstaculizados por la gran capacidad de ciertos grupos para construir la agenda de gobierno. Cabe destacar que desde la propia Constitución Nacional se fomenta esta situación al no respetar la laicidad del Estado Argentino.

El reto pendiente del movimiento de mujeres y de derechos humanos en la provincia es ganar espacios que permitan instalar el tema del aborto desde una perspectiva de derechos, deconstruir los preconceptos que señalan que la sociedad tucumana rechaza de manera absoluta el aborto y sacar a la luz la verdadera intención de quienes militan en contra de las mujeres. Esta investigación es un primer paso en este sentido, resta avanzar en la elaboración de

³⁰⁰ A modo de ejemplo ver Editorial del 7 de Mayo de 2013 “Convertir el hijo no buscado en un proyecto” <http://www.lagaceta.com.ar/nota/543753/editorial/convertir-hijo-no-buscado-proyecto.html>

³⁰¹ Ver “La práctica de aborto no punible divide opiniones” 21/04/2013 <http://www.lagaceta.com.ar/nota/541674/local/practica-aborto-no-punible-divide-opiniones.html>

³⁰² <http://www.lacasadelasmujeres.org.ar/>

³⁰³ Experiencia personal durante la distribución gratuita de preservativos en la Capital Tucumana septiembre 2011.

encuestas de opinión y estadísticas que permitan tener un mapa claro de la situación en la provincia, de modo de generar políticas públicas que permitan a las mujeres acceder a sus derechos.

6. El objetivo: políticas transformativas

La penalización del aborto es una muestra de las injusticias de las que son víctimas las mujeres por la estructuración del sistema cultural valorativo propio del sistema capitalista y patriarcal. Como señala Zaffaroni (1998) para determinar qué es un delito, la ley describe determinadas conductas y luego las desvalora doblemente, por un lado, a la conducta y, por el otro, a su autor en su circunstancia.

Con la criminalización del aborto, una conducta que solo puede ser llevada a cabo por mujeres, el derecho penal se presenta como discriminatorio. En tanto otorga disvalor a una acción que sólo las mujeres pueden practicar y solo ellas viven las consecuencias físicas y emocionales de su privación. Mientras que los hombres cuya vida o salud está en riesgo tienen un rápido acceso a los servicios médicos esenciales y no enfrentan el temor a verse sometidos a investigaciones o procesos penales, las mujeres cuya vida o salud está en riesgo no acceden en las mismas condiciones a dichos servicios, lo que viola su derecho a la igualdad³⁰⁴.

Como surge de un Informe de ADC³⁰⁵, restringir el acceso al aborto impone los costos de la reproducción sólo a las mujeres, a la vez que refuerza el estereotipo negativo que las presenta como medios para la reproducción humana y, por lo tanto, únicas y últimas responsables de la reproducción.

La penalización de un procedimiento médico que sólo las mujeres necesitan constituye una violación a la Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en tanto consagra la obligación de los Estados Partes de *“adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legis-*

³⁰⁴ Artículos 16 de la Constitución Argentina, 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2 de la DADDH, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 de la *Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* CEDAW

³⁰⁵ ADC Revista N°1 “Cuestión de Derechos”: Despenalización del aborto temprano: posición de la Asociación por los Derechos Civiles.

lativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (artículo 2(f)).

Asimismo es violatoria de la Ley 26.485 (Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia a la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) que garantiza en su artículo 3° el derecho de la mujer a: a) una vida sin violencia y sin discriminaciones; b) La salud, la educación y la seguridad personal; c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; d) Que se respete su dignidad; e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; g) Recibir información y asesoramiento adecuado; h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad.

De acuerdo a los términos de la ley la judicialización de los casos de aborto constituye un tipo de violencia psicológico, sexual y simbólica (artículo 5°). Psicológica, en tanto perjudica y perturba el pleno desarrollo personal mediante la culpabilización, la vigilancia constante, la persecución, perjudicando su salud psicológica y su autodeterminación; sexual, en tanto se trata de un acción que implica la vulneración del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación; y simbólica ya que mediante patrones estereotipados y mensajes transmite y reproduce la dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación. Por tanto, constituye un tipo de violencia institucional y contra la libertad reproductiva de la mujer (artículo 6°).

Para superar esta situación de discriminación a las mujeres que se origina por la estructuración del sistema capitalista y patriarcal, se requieren de políticas de tipo transformativo, destinadas a modificar las estructuras económicas y culturales del sistema, cuestionándolo y buscando cambiar su naturaleza. Estas medidas deben consistir, por un lado, en garantizar a las mujeres el acceso a un aborto seguro, a través del acceso a la información necesaria para conocer los distintos métodos abortivos, permitiéndoles elegir aquel que consideren más conveniente para cada caso concreto. Además, la despenalización debe ir acompañada de estrategias de reconocimiento cultural destinadas a deconstruir el género como factor de diferenciación en el acceso a derechos.

Bibliografía

BAUMAN, Zygmunt (2006) *"Vidas Desperdiciadas. La modernidad y sus parias"*, Buenos Aires.

BERGALLO, Paola (2008). "Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial" en Víctor ABRAMOVICH, Alberto BOVINO y Christian COURTIS (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Editores del Puerto.

BERGALLO, Paola (2006). "Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público", Lexis Nexis, No. 0003/012633. Buenos Aires.

BERGALLO, Paola (2010). "De la Libertad reproductiva a la justicia reproductiva: perspectivas feministas sobre derechos y reproducción", en Paola BERGALLO (comp.), *Justicia, género y reproducción*, Bs. As., Librería.

COOK, Rebecca, DICKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmoud (2003). *Salud Reproductiva y Derechos Humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, Bogotá, Editorial Oxford, Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (PROFAMILIA).

COOK, Rebecca y UNDURRAGA, Verónica (2009). *Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law*;: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006. En: WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press, (traducción del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).

DE BEAUVOIR, Simone (1949): "La Mujer como lo 'Otro'; en *El Segundo Sexo*. C. Editions Gallimard.

FERRAJOLI, Luigi (2000), *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, 4ta ed., Madrid, Trotta.

FRASER, Nancy (1997) "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época 'postsocialista'", en FRASER, N. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*, Universidad de los Andes - Siglo del Hombre Editores, pp: 15-54

FRASER, Nancy (1991): "La lucha por las necesidades: esbozo de una teoría crítica socialista-feminista del capitalismo tardío"; en LAMAS, Marta -comp.- (1991): *Ciudadanía y feminismo*; Ed. UNIFEM / IFE / Debate Feminista, México, 2001.

HOPP Cecilia (2012) Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate; en *Revista de Derecho Penal*, Año 1, Número 2. INFOJUS. http://www.infojus.gob.ar/_pdf_revistas/DERECHO_PENAL_A2_N2.pdf

MARIO, Silvia y PANTELIDES, Edith Alejandra (2009) “Estimaciones del aborto inducido en Argentina” / *Revista Nota de Población* N° 87 CEPAL; 2009 disponible en: www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-p_4pdf.

SAGÜES, Néstor Pedro (2005) “*Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina*”, L.L. 2005 F 1461.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1981). *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, T III, Buenos Aires.

ADC Revista N°1 “Cuestión de Derechos”: Despenalización del aborto temprano: posición de la Asociación por los Derechos Civiles.

Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación. *El libro de la Salud Sexual, Reproductiva y la Procreación Responsable en la Argentina*

Páginas Web

<http://www.nosotrasenred.org/aborto/mapamundo.html> http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_factsheets_world.pdf

Jurisprudencia y observaciones

Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución N° 66/254 de agosto de 2011

Corte Constitucional de Colombia fallo sobre aborto 2010

Human Right Watch Informe ¿Derecho o Ficción? La Argentina no rinde cuentas en material de salud sexual y reproductiva. 2010. IBSN 1-56432-670-5. Pág. 30.

Human Right Wach. Decisión prohibida: Acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina. ISBN: B1701. 2005

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, para.144.

Comité DESC. Observación General N° 14. *El Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud*

Comité de DESC Observación General N°9. *La Aplicación Interna del PIDESC.*

Comité CEDAW. Recomendación General N° 21. *La Igualdad en el Matrimonio y en las Relaciones Familiares.*

Comité CEDAW. Recomendación General N° 24. *Artículo 12 CEDAW- La Mujer y la Salud.*

Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18. *No Discriminación.*

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Caso KL contra Perú. 2005.

Informe Provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ONU. *El derecho de toda persona del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.* 2011.

“Caso María Magdalena”: Secreto médico, denuncias y violencias

Soledad Deza³⁰⁶

*“En presencia del aborto, los médicos
se transforman en policías, jueces y sacerdotes”*

Susana Rostagnol³⁰⁷

1. Introducción

Recientemente³⁰⁸ un caso de la provincia de Tucumán, el caso “*María Magdalena*”³⁰⁹, tomó repercusión nacional por la violencia y crueldad que recibió una paciente en situación post-aborto al ingresar a una Maternidad Pública. Esta mujer de 26 años in-

³⁰⁶ Abogada. Directora del Centro de Estudios de Género de la Universidad San Pablo T.

³⁰⁷ ROSTAGNOL, Susana (2006) “Lugares y sentidos del aborto voluntario: un diálogo con la bioética” en *“Perspectivas Bioéticas”* Año 11. Numero 21, Segundo Semestre. Bioética y Género Vol II. Ed. Del Signo. Buenos Aires.

³⁰⁸ Este trabajo tuvo como antecedente una ponencia presentada en el “**Segundo Congreso de Mujeres Abogadas**” llevado a cabo en el Colegio Público de Abogados de Capital Federal los días 18 y 19 de Octubre de 2012 con la organización de la Asociación Argentina de Mujeres de Carreras Jurídicas y un artículo que se encuentra actualmente en prensa en la Revista *Perspectivas Bioéticas* (FLACSO).

³⁰⁹ “Dos médicas con objeción de Hipócrates”, Diario Página 12, publicado el 13/08/2012, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200919-2012-08-13.html>, “Los puntos de la denuncia”, Diario Página 12, publicado el 13/08/2012 (consultado por última vez el 1/11/2012), disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/200919-60086-2012-08-13.html> (consultado por ultima vez el 1/11/2012)

gresó al Hospital con hemorragia ginecológica y fue recibida en la madrugada por la Jefa de Guardia y una médica residente. En el interrogatorio previo, según da cuenta la historia clínica de la paciente, ella refirió estar en uso de anticonceptivos inyectables y desconocer su situación de gravidez. No obstante ello, sus médicas tratantes diagnosticaron un “aborto provocado” y efectuaron una denuncia policial, decisión ésta que consta también en la historia clínica de puño, letra y con rúbrica de ambas. Además de existir constancia de la violación del deber de guardar reserva, está documentada la realización de un legrado sin anestesia y el ingreso de personal uniformado a la sala de partos comunitaria donde se hallaba internada la paciente, para tomarle declaración en relación a la denuncia de aborto que sus médicas formularan en su contra.

Para justificar esta conducta de violación del secreto médico por quienes tienen deber de guardar reserva, se suele apelar a una falsa tensión entre obligación a guardar reserva o confidencialidad (propia de la relación médico-paciente) y la obligación de denunciar un acto como el aborto, penalizado por la ley, en lo que se interpreta como deber de colaborar con el poder punitivo del Estado.

Este artículo tiene como objetivo desarticular la tensión aparente entre obligación de confidencialidad y obligación de denunciar, demostrando que una comprensión acabada de la normativa legal imperante y las interpretaciones que al respecto han efectuado los Tribunales desde 1966 hasta ahora, son elementos que permiten resolver la falsa tensión a favor de la prevalencia del secreto médico.

Para ello se abordará el marco legal que rodea al secreto profesional, la justificación moral que subyace desde la bioética y cómo la ponderación judicial de los derechos fundamentales en juego es concluyente para dar preeminencia a la protección de la intimidad, la privacidad, el derecho a no auto incriminarse, la libertad y la salud de una paciente por sobre el interés del Estado en perseguir delitos como el aborto. Finalmente, se resaltarán el sesgo de género y la vulnerabilidad que rodea las situaciones post-aborto en el ámbito de la salud pública, para concluir que la violación del deber de guardar secreto en estos casos, además de configurar una conducta reprochable por la ley, entraña una doble discriminación por afectar a mujeres pobres.

2. Marco legal del secreto médico

El deber de guardar el secreto profesional tiene fundamentos éticos y jurídicos destinados a apuntalar la relación médico-paciente. Los primeros se remontan al Juramento Hipocrático³¹⁰ en el cual el profesional de la salud jura “*guardar silencio sobre lo que, en mi consulta o fuera de ella, vea u oiga, que se refiera a la vida de los hombres y que no deba ser divulgado. Mantendré en secreto todo lo que pudiera ser vergonzoso si lo supiera la gente*”. En cuanto a los fundamentos jurídicos, el deber de confidencialidad que el galeno debe a su paciente, no sólo surge de normas específicas dictadas en materia de salud, sino que además, su importancia se observa al notar que la Legislación penal ha tipificado como delito la revelación del secreto médico.

2. a) Desde la ética

En nuestro país, el **Código de Ética Médica** de la Asociación Médica Argentina expresa que “*el secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión*” (art. 66). Pero los antecedentes bioéticos del deber de reserva se remontan a instrumentos internacionales con larga vigencia en la materia. El **Código Internacional de Ética Médica** (1949) adoptado en Asamblea en Londres por la Asociación Médica Mundial señala: “*El médico debe a su paciente absoluto secreto en todo lo que se le haya confiado o él sepa por medio de una confidencia*”. Por su parte, la **Declaración de Lisboa** de la Asociación Médica Mundial sobre derechos de los pacientes, llevada a cabo en 1981 y revisada en el año 2005, deja establecido el principio del secreto para la relación médico-paciente: “*Toda información identificable del paciente debe ser protegida*”. La **Declaración de Washington** de la misma Asociación (2002) sobre las consideraciones éticas en torno a los datos de la salud, estableció que “*Cuando sea posible la información para usos secundarios debe ser anónima o protegida por códigos*”.

2. b) Desde la criminología

Desde la criminología también se ha valorado el deber de confidencialidad que preserva la intimidad de una persona en el marco

³¹⁰ Juramento Hipocrático disponible en la página oficial del Ministerio de Salud de la Nación. <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=5299&word=>

de una relación médico-paciente como de fundamental importancia. Prueba de ello, es que la revelación de un secreto sin que medie justa causa, ha sido tipificada como delito en el **art. 156 del Código Penal**:

“Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

En el ámbito del derecho de procedimiento penal también se protege específicamente el deber de reserva del equipo de salud. El **Código Procesal Penal de Tucumán (CPPT)**, establece en el art.223 el *“Deber de Abstención”* aclarando que:

“Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: () los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar (). Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar el secreto...”.

En cuanto a la *“obligación de denunciar”*, la ley dispone en el art. 326 inc. 2) del Código Procesal Penal de Tucumán que:

“Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: () 2. Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional.”

2. c) Desde el derecho privado

En el ámbito del derecho privado, también la legislación se hace cargo de esta obligación de reserva. De esta forma, el **art. 11 de la ley nacional 17.132** que reglamenta el ejercicio de la medicina establece:

“Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o

en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer -salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal-, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitararlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”.

Si bien la ley local tucumana sobre ejercicio de la medicina (ley nº 5544) nada dice en forma expresa, se presume que los principios que informan desde el ámbito internacional y nacional al bloque constitucional federal, tornan aplicable las disposiciones que preserven derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad, a la libertad, a la privacidad, a la salud y a no autoincriminarse.

Por otra parte, la **ley nacional 26.529 de Derechos del paciente** establece en el **artículo 2**, bajo el tópico “Derechos del paciente” que:

“Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: (...) c) Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326, d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;...”.

En la provincia de Tucumán, la ley **6.952** en su **art. 1 inc. 6** dispone que todo paciente tiene derecho:

“A que se respete su intimidad y la confidencialidad de todo lo relacionado con procedimientos, diagnósticos, exploraciones, interconsultas, tratamientos. Quienes no estén

directamente implicados en su atención, deben contar con la autorización del paciente para estar presentes en cualquier acto relacionado con la afección que padece”.

La **ley nacional 25326** de “**Protección de datos personales**” establece en su **art. 8** que:

“Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional”.

Y en el **art. 10**, bajo el título “*Deber de confidencialidad*” la misma ley establece que:

“1. El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos. 2. El obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública”.

2. d) Desde el derecho internacional

El secreto profesional reconoce su existencia en la protección del derecho a la intimidad. La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH)** declaró que el derecho a la intimidad garantiza “*un espacio que nadie puede invadir, una esfera de actividades absolutamente personal para cada individuo*”. El derecho a la privacidad está protegido por varios tratados de derechos humanos. Entre ellos, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (1948), cuyas normas han adquirido el carácter de *ius cogens* o derecho fundamental e imperativo para los Estados; el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (1966) y la **Convención Americana de Derechos Humanos** (1969). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) dice

textualmente en su art. 12: “*Nadie será objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, su domicilio o correspondencia ni de daños a su honor o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones o daños*”. En el mismo sentido, el artículo 17 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)** establece: “(1) *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”. A su vez, el artículo 11 de la **Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)** dice:

“(2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Como puede observarse, la obligación de respetar la intimidad del paciente y el deber de no revelar los datos a los que se accedan en virtud del vínculo sanitario generado por el galeno con la persona que busca su asistencia médica, tienen fundamento legal en el derecho positivo nacional e internacional, público y privado.

Sin embargo, como se verá, a pesar de la amplia normativa que protege el secreto profesional, el caso María Magdalena muestra que en la provincia de Tucumán, desde la salud pública no sólo no se condena la violación de secreto médico como el delito penal que es, sino que paradójicamente se reivindica la denuncia de abortos como una conducta esperada del profesional de la salud³¹¹.

A continuación, analizaré los argumentos morales sobre los cuales se apoya la obligación de secreto profesional, y evaluaré si exis-

³¹¹ En el diario “**La Gaceta**” de mayor circulación de la Provincia de Tucumán, la Jefa de la Maternidad “Nuestra Señora de las Mercedes” declaró ante una denuncia de violación de secreto médico a dos médicas de la institución: “*Desde la Maternidad sostienen que no hubo maltrato ni mala praxis, que lo que se hizo fue denunciar un delito y que la paciente tendrá que sostener con pruebas su denuncia. La paciente llegó con 16 semanas de embarazo y una ginecorragia, con huellas de maniobras abortivas. Desde la institución estamos obligados por ley a denunciar este posible delito*”, dijo **Rossana Chahla**, directora de la Maternidad disponible en <http://www.lagaceta.com.ar/nota/505775/policiales/dos-medicas-maternidad-acusadas-maltratar-paciente.html> (consultado el 3/10/2012 por última vez)

ten razones morales de peso para esgrimir una obligación superior de denunciar un caso de aborto, pasando por alto la normativa que privilegia el secreto médico y las razones morales que lo avalan.

3. Justificación moral, límites y alcances de la obligación médica de guardar secreto

3. a) La regla: guardar secreto

La obligación de preservar el secreto médico que se impone al efector de salud y el derecho a la confidencialidad que resguarda la intimidad al paciente, se inscriben en nuestro país bajo lo que se ha dado en llamar secreto *relativo* para significar que la regla genérica de guardar secreto puede, aunque sólo en casos excepcionales de justa causa, ceder y permitir que se revelen datos que forman parte de la vida privada de quien ostenta la calidad de paciente. Ello, por oposición al secreto *absoluto* que no admite ninguna clase de excepción a la obligación de reserva como ocurre con el secreto de confesión.

La justificación moral que desde la bioética³¹² se propone para el deber de confidencialidad radica en la dignidad, propia de la persona humana, como agente moral autónomo.

Desde una posición utilitarista, el respeto al deber de confidencialidad radica en la confianza que debe subyacer en la relación médico-paciente para generar un escenario favorable y empático para la anamnesis que contenga a aquel que tiene que “desnudar” su intimidad ante un profesional extraño y logre así un intercambio fluido y seguro para exponer con verdad los males que le aquejan.

Este ámbito de tranquilidad que debe ser base de la atención sanitaria dispensada en cualquier ámbito, habrá de coadyuvar directamente en la optimización del servicio de salud prestado por el equipo y con idéntica intensidad, promoverá las condiciones conducentes para mejorar la calidad de las prestaciones e incentivar su búsqueda y acceso en la población más vulnerable, que es la que corre usualmente con mayores riesgos.

³¹² BECA, Juan Pablo (2011) “Confidencialidad y Secreto médico” disponible en http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/06/CONFIDENCIALIDAD_Y_SECRETO_MEDICO.pdf (consultado por última vez el 10/09/2.012)

Si se mira desde los enfoques de éticas de máximo y de mínimo³¹³, lo privado, así como las creencias personales, las cosmovisiones propias de cada paciente y todos los datos sensibles que confluyen para estructurar su propia biografía, habrán de formar un entretejido inseparable que protegerá la autonomía, razón por la cual el deber de guardar reserva de esa esfera privada estará en el ámbito de los máximos que es necesario respetar en la medida en que no se vulneren deberes éticos mínimos. Consecuentemente, así como a todo derecho se le reconocen ciertos límites, tampoco el derecho a la privacidad puede ser considerado como absoluto; sin embargo, los límites para la autonomía estarán en los principios de Justicia y de No Maleficencia que son éticas de mínimo.

Y en base a estos principios bioéticos, **puede haber excepciones al deber de secreto por razones de bien común, de evitar riesgo a terceros o de protección de mayor daño al propio individuo.**

Al mismo tiempo se impone destacar que no sólo existe una justificación teórica para el secreto médico, sino también una justificación moral desde la praxis que se apoya en la responsabilidad moral de cada profesional frente al hecho concreto de que la persona que busca atención sanitaria, en forma implícita pero real, deposita su confianza en que lo íntimo de su padecimiento no será divulgado.

Si el profesional falla en la expectativa de reserva de la privacidad, habrá traicionado gravemente la confianza de una persona en condición de vulnerabilidad. Esta responsabilidad moral que concierne evidentemente al médico, le cabe de igual manera a todo integrante del equipo de salud que en el ejercicio de su

³¹³ GRACIA, Diego (1991) en *"Procedimientos de decisión en ética clínica"* Instituto de Bioética y Ciencias de la Salud. Ed. EUDEMA. Madrid. Este autor propone para resolver un dilema bioético que involucre la revelación de un secreto, hacer uso de los principios de la bioética que, teniendo como marco de referencia la dignidad del hombre y el respeto a los derechos humanos, no se encuentran situados todos al mismo nivel. Así, pueden jerarquizarse en un nivel universal, "siempre exigible por implicar requisitos previos a los derivados de la propia relación clínica", también llamado ética de mínimos, en la que se localizan los principios de no maleficencia y de justicia, y un nivel particular, propio de la relación médico-paciente, o ética de máximos, con los principios de autonomía y beneficencia. Desde estas perspectiva, el deber-derecho de confidencialidad se sustenta principalmente en el principio de autonomía del paciente, que deber ser respetado, siempre y cuando se haya cumplido previamente con el respeto al principio de no-maleficencia (evitar un daño grave a terceras personas concretas) y de justicia (tratar a todos los pacientes con el mismo respeto)

práctica clínica ha tenido conocimiento de hechos o datos personales del enfermo.

En la actualidad la relación médico-paciente se define como una forma particular de relación social que tiene su causa eficiente en la interacción que demanda la atención sanitaria de las personas y en cuya base, descansa una relación emocional³¹⁴. Es la piedra angular de la gestión médico-asistencial y se encuentra condicionada socio-históricamente por la ideología y las normas éticas dominantes en un determinado contexto³¹⁵. Además, el principio de la beneficencia exige a los galenos no sólo conocimientos técnicos, sino también cualidades psicológicas y comportamientos subjetivos eficaces para que esa interacción no oblitere la autonomía del paciente.

La protección de la autonomía y de la intimidad de quien en calidad de paciente se encuentra en una situación de asimetría de poder frente al sujeto supuesto de saber, reconoce como objetivo principal garantizar las condiciones necesarias para que quien padece alguna dolencia sea capaz de concretar en forma personal, autorreferente y libre, las elecciones que se imbrican en cualquier práctica sanitaria, sin interferencia alguna de terceros o del propio Estado (representado por el efector de salud en el ámbito de la salud pública). Es así que el principio de autonomía no sólo apuntala la libertad del paciente, sino que por lo mismo, contribuye a generar un ámbito de tranquilidad y confianza que coadyuve todas sus decisiones y elecciones.

De esta forma, la obligación de guardar secreto médico promueve para las personas necesitadas de atención sanitaria que se vean expuestas a desnudar hechos y/o circunstancias de su vida privada ante un efector de salud, la seguridad de que éste no divulgará los mismos en su perjuicio. La falta de reserva de la intimidad, por otra parte, vulneraría el principio de beneficencia y el de no maleficencia que impone al equipo de salud desplegar todas aquellas medidas que tiendan a hacer un bien a su paciente y, con igual in-

³¹⁴ PEÑA FERNÁNDEZ, Marylin e HIRAM TÁPANES, Daumy (2012) "La relación médico-paciente en el ámbito de la imagenología" publicado en *Revistas de Humanidades Médicas*, Vol 12, N° 1 disponible en (<http://www.humanidades-medicas.sld.cu/index.php/hm/article/view/187/111>) consultado por última vez el 16/12/2.012.

³¹⁵ COLECTIVO DE AUTORES (2000) "Lecturas de Filosofía, Salud y Sociedad". Ed. Ciencias Médicas. La Habana.. p. 33-43, 57-78, 128-133.

tensidad, abstenerse de llevar a cabo cualquier conducta que pudiera ser eficaz para ocasionarle un mal a su salud.

Siguiendo esta lógica, corresponde afirmar que el equipo de salud debe guardar secreto como regla general y que para estar obligado a denunciar, será necesario que concurren circunstancias especiales que descarten el secreto. Es lo que el mismo Soler ha llamado "*zona de facultad*" para dejar en claro que el profesional de la salud debe ser consciente de que sólo podrá revelar aquellos datos provenientes de una situación no protegida por el "secreto", debiendo callar, si es que existe tal protección de confidencialidad³¹⁶.

3. b) *La excepción: justa causa de revelación*

La concurrencia de ciertas **circunstancias excepcionales** se erigirá en un límite para la obligación de confidencialidad y deberá implicar necesariamente **la existencia de un interés perseguido por la revelación que se demuestre notoriamente superior al que se preserva con el secreto**. Por este motivo, las circunstancias que lleven a un miembro del equipo de salud a revelar un secreto deben ser de tal magnitud, que justifiquen la posibilidad cierta de restricción de derechos fundamentales como son la intimidad, la privacidad, la libertad, la dignidad y el acceso a la atención sanitaria (también denominado derecho a la salud). Es lo que en doctrina se ha dado en llamar "**justa causa**".

Sobre el alcance del concepto justa causa, conviene dejar en claro que estableciéndose entre el deber legal de secreto y la facultad de revelar una relación de regla-excepción según se expuso, esta última debe tener raigambre legal. Este razonamiento deductivo se obtiene al advertir que al ser la obligación de guardar secreto, **una obligación genérica creada por la ley a modo de conducta esperada en todos los casos de atención sanitaria, habrán de estar también contempladas en leyes las situaciones puntuales que marginen este derecho del paciente** y faculden por tanto al profesional de la salud a comportarse por fuera de la conducta esperada por la legislación.

Tales situaciones que justifican un apartamiento de la regla de reserva son : a) Denuncia obligatoria según lo estipulan las leyes para los casos de Lepra (ley 11.359 derogada) y Peste (ley 11.843 dero-

³¹⁶ SOLER, Sebastián en "Derecho Penal", t. IV, Ed. tea. p. 132.

gada), Enfermedades infectocontagiosas (ley 12.317), Enfermedades venéreas en período de contagio (leyes 12.331 y 16.668) contempladas en la actual Ley N° 15.465 y Certificados médicos en A.R.T. (ley 24.557); b) Cuando por su importancia y trascendencia médica el caso sea informado a sociedades científicas (art. 11 ley 17.132); c) Cuando el médico actúa como perito, debido a que la relación que une al perito con la parte peritada no es una relación médico-paciente más que circunstancial; d) Cuando el médico tratante sea requerido por la justicia en calidad de testigo y siempre que estuviere formalmente relevado de la obligación de abstención (art. 216 Código Procesal Penal de Tucumán); e) Cuando el médico reclame honorarios; f) Denuncia de nacimientos y defunciones (ley 26.413 y Dec. 278/2011); g) Delitos de acción de instancia privada de los que resultaren la muerte de una persona o se trate de lesiones gravísimas; h) En el caso de menores o incapaces, cuando no haya representantes legales o se encuentren en situación de abandono, o bien cuando hubieren intereses gravemente contrapuestos entre el incapaz y su representante (art. 72 Código Penal); i) Excepciones en caso de VIH, contempladas en el Decreto 1244/91 que reglamenta la ley 23.798; j) Cuando se trata de evitar un mal mayor (art. 11 Ley 17.132) La doctrina entiende que en estos casos, existe una colisión de deberes para el profesional médico (deber de guardar el secreto y obligación de denunciar) que deberían resolverse a la luz de la teoría del estado de necesidad o de la legítima defensa. El principio de estado de necesidad requerirá al profesional de la salud valorar los bienes jurídicos de la comunidad que entiende en peligro, frente a los bienes jurídicos individuales que está llamado a proteger y que habrán de vulnerarse con la divulgación; k) Situaciones en las que corre peligro la vida o la integridad física y psíquica de su paciente (Ley 26.485 de protección integral contra la violencia).

Me detendré brevemente en los apartados h) y j) por cuanto los mismos pueden prestar a confusión y justificar erradamente revelaciones de secreto.

En el caso de menores deberá el equipo de salud ser sumamente cuidadoso con los nuevos paradigmas que informan la capacidad de estas personas.

Nuestra legislación ha evolucionado en materia de derecho de las personas y sobre todo, en lo que se denomina usualmente derecho de familia, debido a la integración del bloque de constitucionalidad que otorga obligatoriedad local a Tratados y Pactos internacio-

nales que Argentina ha suscripto. Este cambio de paradigma en el cual el menor de edad ha pasado de ser objeto de derecho a sujeto de derecho, recepta un concepto que viene discutiéndose en bioética, como es el de la “competencia progresiva”.

Una correcta interpelación al principio de la autonomía, deberá convocar al profesional de la salud a determinar las circunstancias puntuales de desarrollo psicofísico que presenta su paciente menor de edad y asumir que su capacidad de decidir determinadas cuestiones que afectan exclusivamente a su vida, le pertenece. En este orden de ideas, el derecho a la confidencialidad de quien demuestre las competencias suficientes para decidir debe ser respetada, máxime si se trata de un paciente sin responsabilidad parental que lo cobije. Pero la excepcionalidad de la violación del secreto médico indica que, para que ceda la confidencialidad en estos casos, el escrutinio del profesional sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que dimensionan su competencia progresiva, debe ser estricto, aún en caso de contraposición de intereses con sus progenitores o adultos a cargo.

Esto, por cuanto se presume que la autonomía de las personas es inherente a un desarrollo que no es uniforme y que habrá de reconocerse en cada caso como habilitadora de decisiones sobre el propio cuerpo y la propia biografía, más allá de los límites arbitrarios impuestos muchas veces desde la ley (ej. menor impúber, menor púber, menor adulto en la actual legislación y “adolescentes” en el proyecto de reforma).

El acceso a la anticoncepción para niñas, niños y adolescentes es un ejemplo de ello. En la provincia de Tucumán, donde aún no se ha adherido a la ley 26.573 de salud sexual y procreación responsable, es común observar esta práctica ligada a las convicciones propias de cada profesional de la salud. Esta anomia genera un abanico de posibilidades que incluyen en muchos más casos de lo deseable, la negativa directa a prescribir algún tipo de método anticonceptivo o bien, la exigencia de la presencia de los padres para la consulta, en franca violación del derecho a la confidencialidad médica que como paciente ese o esa menor ostentan³¹⁷.

Otro supuesto interesante para analizar es el que justifica la violación del secreto médico con el propósito de evitar un mal mayor.

³¹⁷ El único proyecto legislativo que encuentra entrada en la Honorable Legislatura de Tucumán, sin que haya perdido hasta el momento estado parlamentario, fue presentado por el Legislador Guillermo Gassembauer y la Legisladora Adriana Najhar y prevé para estos casos la autorización de los padres o representante legal para acceder a este derecho (no) reproductivo en el caso de menores.

Pensemos en una consulta médica en el marco de la cual, el profesional de la salud diagnostica en su paciente una enfermedad con predisposición genética sólo para mujeres como ocurre con la hemofilia, el síndrome de X frágil y la distrofia muscular de Duchene, en las cuales las hermanas y tías maternas, como así también las propias hijas de un paciente afectado pueden ser las portadoras del gen y tener a su vez hijos afectados.

Este dilema autorizaría al profesional de la salud a ceder su obligación de reserva y a exponer la situación de salud de su paciente a aquella parte de la familia que pudiere resultar afectada. Jerarquizando los bienes en juego y teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto, es claro que el derecho a la intimidad de ese paciente estará por debajo del derecho a vida y a la salud de varias personas allegadas. No ocurriría lo mismo con enfermedades que no fueran tratables o cuyos tratamientos fueran de difícil acceso o de dudosos resultados, como ocurre por ejemplo, ante el mal de Huntington donde las opciones de tratamiento y cura son nulas.

Volviendo a las situaciones post-aborto, en modo alguno debe interpretarse tensión entre varios bienes en juego. En primer lugar, porque dadas las particularidades de estos casos, la vida intrauterina (si existiere como autónoma, evento que no acuerdo, pero que excede el marco de este trabajo) ya no existe al momento de acceder la mujer a la consulta médica. En segundo lugar, y como consecuencia directa, cualquier tipo de tensión entre bienes a jerarquizar queda descartada al momento siguiente de constatar un aborto, toda vez que la única vida en presencia del galeno es la de la mujer abortante y por ende, la confidencialidad le es debida a ella y no existe razón (ni vida de tercero/a) que haga ceder su obligación de secreto.

Como puede advertirse si bien el derecho a la intimidad no es absoluto, la situación que justifique la revelación de datos personales conocidos a partir de la atención médica, debe ser una situación contemplada en la normativa. Y aún cuando el profesional de la salud conserve una dosis de discrecionalidad para casos puntuales, **la justa causa no puede fundarse en la simple convicción de que se encuentra ante una situación perseguible punitivamente por el Estado**³¹⁸.

³¹⁸ En el emblemático fallo plenario "Natividad Frías" la Cámara Nacional decidió "sobre el art. 156 del Cód. Penal que conmina la revelación "de un secreto cuya divulgación puede causar daño" cuando no medie "justa causa", habré de decir, como tantas otras veces, que esta causa es exclusivamente legal. Es decir, que solamente una ley puede eximir de guardar el secreto debido, convirtiendo en obligación su quebranto.

Tampoco habrá de ceder la obligación de reserva cuando convicciones o creencias personales de los integrantes del equipo de salud se muestren enervadas por la conducta de sus pacientes, o bien por las elecciones que ellos/as hubieran tomado o pudieren llegar a tomar.

Estas situaciones de supuestos conflictos personales o dilemas morales que registran únicamente como base un posible compromiso de la propia ética del efector, carecen de la eficacia para descartar la protección de la esfera personal de intimidad que indica el secreto como obligación.

Las cosmovisiones personales de quien realiza tareas en el arte de curar y, que pudieren comprometer de algún modo los términos de la relación médico-paciente, corresponde que sean puestas en un paréntesis que garantice a quien solicita atención sanitaria que tal necesidad no habrá de conferirle peligro a su libertad, ni riesgo a su autonomía.

4. Tensión ficticia entre obligación de denunciar y deber de confidencialidad. Bien jurídicamente protegido

Desde la criminología³¹⁹ se expresa que el bien jurídico protegido en lo que a secreto profesional se refiere, es la libertad indivi-

En ningún caso el simple interés público puede llegar a ser la causa justa porque ese interés jugaría siempre dando al traste con todos los secretos. Nada justificaría la reserva del sacerdote o la del abogado o la de cualquier otro profesional y no la de los versados en el arte de curar, puesto que la confesión o el conocimiento que éstos obtienen están generalmente condicionados por un mayor y más urgente apremio (...) En anteriores votos también he dicho hasta el cansancio que no puede instruirse un sumario sobre una denuncia delictuosa porque el ordenamiento legal es hermético y no consiente su propia violación. Además, el interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel.” Nuestra Corte Federal en fallo “Baldivieso” indicó que “es difícil concebir un ámbito más “privado” que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada “en un sobre” (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional”

³¹⁹ CREUS, Carlos: “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo 1, Astrea, Bs.As., 4^o edición, 1993.

dual en cuanto a la esfera de reserva que constituye la intimidad de una persona. Se trata de amparar la libertad individual relativa a los secretos confiados por necesidad a personas que se hallan en determinados cargos, artes o profesiones.

Para el quiebre del secreto profesional basta con que el daño sea potencial y posible, lo cual supone que no habrá de analizarse la probabilidad cierta de que exista o no perjuicio concreto para la víctima. Basta la sola ruptura de la esfera de la privacidad para que la libertad, protegida por este tipo penal y la intimidad como derecho fundamental que subyace, se vean dañadas. Siguiendo la normativa internacional con respecto al derecho a la intimidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió a favor del secreto médico, generando un caso emblemático en la materia: *“De la Cruz Flores vs Perú”*³²⁰.

Ahora bien, pese a la claridad de la normativa que rodea la obligación de guardar secreto para el equipo de salud y el derecho a la confidencialidad que asiste a quienes ocupan el lugar de pacientes, se observa en el ámbito de la salud pública gran resistencia a mantener en el plano de la esfera privada situaciones de abortos en curso que llegan requiriendo atención médica.

El caso de *“María Magdalena”* evidencia que en varias oportunidades se ha violado su confidencialidad. Veamos, en primer lugar la decisión de sus médicas tratantes de dar aviso a la policía denunciando la comisión de lo que consideraron un delito de aborto provocado. Otro momento en el cual se vulnera la esfera de intimidad y privacidad de *“María Magdalena”* es cuando se llama a sus familiares (esposo y madre) para revelarles la situación post-aborto de la paciente. Una tercera forma en que sus médicas tratantes afectaron la confidencialidad y violaron su deber de secreto, se dio en forma escalonada durante varias horas y consistió en la presencia permanente de

³²⁰ La CIDH argumentó a favor del secreto profesional médico, estableciendo que el médico que tenga conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a una persona no está obligado a denunciar el hecho. En consecuencia, estableció tres exigencias respecto a la importancia de mantener el secreto profesional y a la obligación de denunciar los ilícitos: *“la Corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”.* También expuso: *“El Comité de Derechos Humanos ya ha recomendado que leyes nacionales sean modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica”.* Y, finalmente la Corte manifestó que *“considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos*

terceras personas ajenas al equipo de salud –por ejemplo otras par-turientas y sus familiares por ser la sala de partos comunitaria– tanto cuando se la acusó de haberse provocado un aborto, como cuando se decidió denunciar policialmente el supuesto delito y cuando se la acusó delante de su propia familia. Pero quizás el momento de mayor violencia ejercido sobre “María Magdalena” fue cuando la Jefa de Guardia autorizó la entrada de personal policial a la sala comunitaria donde un par de horas antes había sido legrada sin anestesia, “*para tomar declaración a la paciente*” (sic Historia Clínica N° 4379/03) luego de lo cual tres uniformados rodearon a una convaleciente mujer.

Lamentablemente esta práctica no es tan extraña como nos gustaría. El caso de “María Magdalena” parece no ser el primero en el que se ejerce violencia sobre la paciente, tampoco el único en el cual el equipo de salud denuncia a quien debe proteger. Sin embargo, las estridencias propias del maltrato, impidieron se conjure un silencio que nunca es salud.

La razón expuesta por parte de los implicados en las violaciones a la confidencialidad, esgrime los resabios de una **tensión ficticia** que aún cuando está superada por vía jurisprudencial desde hace más de cincuenta años, no se logra desarticular en la práctica. Es **la tensión entre obligación de denunciar vs. obligación de reserva** analizada anteriormente.

En primer lugar, no cabe hacer disquisiciones respecto de la calidad de pública o privada de la prestación médica que se involucre, toda vez que si bien los ordenamientos penales aluden a funcionarios públicos, vía jurisprudencial este debate se encuentra superado. Es así como la obligación de guardar secreto profesional confrontada con la obligación de denuncia que contempla el legislador penal, no hace diferencia en cuanto al sujeto obligado y alcanza a cualquier profesional de la salud que actúe tanto en la órbita pública como en la privada³²¹.

³²¹ **Dictámen del Procurador Fiscal de la Nación**, Dr. Esteban Righi, en fallo “*Baldivieso*” op. cit: “...el inc. 1 regula el deber de denunciar para todo funcionario público en general, y cuando el legislador quiso regular explícitamente lo relativo al deber de denunciar en el ámbito de la consulta médica, lo hizo explícitamente en el inc. 2, en el cual, en realidad, dejó en claro que **el deber de denunciar tenía como límite** (además de que se tratara de los especiales casos de los delitos contra la vida y la integridad física) **la supremacía del secreto profesional**. En ese caso, el legislador no necesitó hacer una diferencia entre el funcionario público y el médico no funcionario, ya que al estatuir un deber especial a cargo del no funcionario, el estado lo inviste de una posición cuasi-funcional, o dicho de otra manera, le atribuye un deber institucional que no es posible de distinguir del deber que tiene un funcionario.

La obligación de denuncia de estos profesionales está específicamente contemplada en el inc. 2 del art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN), en el orden nacional y en el art. 326 del Código Procesal Penal de Tucumán (en adelante CPPT). Por otra parte, el inciso 1 del art. 177 CPPN (el art. 326 inc. 1 CPPT) regula la obligación de denuncia en aquellos casos en que el sujeto cognoscente sea un funcionario o empleado público, independientemente de su profesión puntual, y en cuanto el objeto conocido sea un delito de acción pública. El inciso 2 del art. 177 CPPN (el art. 326 inc. 2 CPPT) proclama la obligación de denuncia específicamente en los casos en que el sujeto cognoscente sea un profesional del arte de curar; y en cuanto el objeto conocido, que sea particularmente un delito contra la vida o la integridad del cual haya tomado conocimiento al prestar los auxilios de su profesión. Pero para la ley nacional y para la provincial, **la obligación de denuncia tiene una salvedad expresa: que los hechos conocidos recaigan bajo el amparo del secreto profesional.**

Vale decir, el límite que desarticula esa falsa tensión entre deber de confidencialidad y obligación de colaborar penalmente con el Estado en la persecución de los delitos, es precisamente el secreto o más precisamente, las situaciones de intimididad protegidas legalmente por el deber de guardar secreto médico.

Esta aparente confusión fue expresamente despejada en el fallo “*Baldivieso*” oportunidad en la que el Máximo Tribunal sostuvo:

“Es cierto, como se ha dicho que si a los médicos funcionarios públicos se les exige el deber de denunciar propio de todos los funcionarios, entonces se produciría un efecto social discriminatorio entre las personas que tienen recursos para acceder a la medicina privada y aquellas que sólo cuentan con la posibilidad que brindan los establecimientos estatales: las primeras contarían con una protección de un secreto médico (y, por ende, de su salud) más amplio que las segundas. Por otra parte, dado que las normas sobre secreto médico tienen la finalidad que alcanza tanto a los médicos públicos como a los privados (facilitar un ámbito protegido que permita la obtención de toda la información relevante para su salud que el paciente pueda brindar), es razonable entender que el menor alcance del deber de denunciar que pesa sobre los médicos, establecido en el art. 177.2 del CPPN,

se justifica tanto a una como a otra clase de facultativos. Por tales razones, debe concluirse que el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá.”

El blindaje que la legislación ha resuelto en torno al flujo de información que circula entre médico/a y paciente, donde la paciente es sin dudas la parte vulnerable, debe mantenerse incólume en aras de proteger a quien se beneficia del derecho a la confidencialidad tanto en el circuito público de salud, como en el privado. Esta confidencialidad protege asimismo los datos y constancias asentadas en la Historia Clínica, documento legal por excelencia que da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que han encorsetado la relación médico-paciente y que por gozar de la misma protección de secreto profesional, no pueden ser reveladas más que en casos excepcionales dispuestos expresamente por la ley u ordenados por un Juez.

Y es que el secreto profesional no es una obligación impuesta para preservar la indemnidad del profesional de la salud, ni constituye una herramienta mediante la cual el efector se irresponsabiliza de su paciente cediendo el paso al poder punitivo del Estado y tampoco es una opción que los médicos puedan decidir a cada momento respetar o declinar. La confidencialidad, como derecho, ha sido concebida para tranquilizar a quien, a consecuencia de una problemática de salud puntual, puede verse obligado a revelar datos de su esfera más íntima. Y en los casos post-aborto que buscan atención médica, las mujeres no sólo se ven atravesadas por la angustia propia de una afección a su salud, sino que se encuentran además frente a disyuntivas tan dramáticas como: vida-muerte, derecho a la salud-clandestinidad sanitaria y cárcel-vida.

Cuando una mujer en estado de vulnerabilidad acude a un hospital público en búsqueda de la asistencia vital que le permita poner a salvo su vida e integridad personal, la sola posibilidad de ser interrogada, maltratada, seleccionada y denunciada como sospechosa de un delito, la convierte en un blanco fácil de apresar para el sistema penal y a su vez la coloca frente al dilema de decidir entre su propia muerte o la pérdida de su libertad.

La llamada “cifra negra” en torno al aborto visibiliza la selectividad con que opera el sistema penal en cuestiones de aborto, dado que no todos los conflictos que usualmente correspondería reci-

ban trato criminal son denunciados. Pero cuando esa selectividad se vale además de la colaboración de quien debe guardar secreto y proteger a su paciente, todo accionar posterior se tiñe de injusticia. Y es que la verdadera situación dilemática del equipo del salud gira en torno a la colisión entre guardar secreto profesional garantizando así el derecho a la intimidad de la persona que busca el auxilio de un médico por un lado; y la predisposición personal, voluntaria y electiva para colaborar con el interés punitivo del Estado en la persecución del delito.

Este dilema bioético-jurídico fue superado desde el Poder Judicial hace más de cincuenta años. El fallo “Natividad Frías” se refiere a este falso dilema médico al señalar que:

“La aparente oposición entre ambas disposiciones legales, debe interpretarse en el sentido de que quien recurre a un médico por una afección autoprovocada, aun delictuosa como el aborto, goza de la seguridad de que su secreto no será hecho público; en cambio, no ocurre lo mismo cuando el atentado lo ha producido un extraño, desde que esa acción es extraña a la relación existente entre el médico y el enfermo, que es la amparada por la ley. En estos casos el facultativo debe denunciar el hecho delictuoso ejecutado por terceros, salvo en casos como los de los delitos contra la honestidad, en que la viabilidad de la acción depende de la instancia privada, para cubrir los riesgos del “strepitus forti” (...) Por último, tampoco encuentro colisión entre la obligación de los médicos, parteras, enfermeras, etc. de mantener el secreto profesional en estos casos, con lo dispuesto por el art. 277, inc. 6°, que sanciona por el delito de encubrimiento a los que dejaran de comunicar a la autoridad las noticias que tuvieren acerca de la comisión de un delito, cuando estuvieren obligados a hacerlo por su profesión o empleo. Las razones de que he hecho mérito anteriormente, demuestran, a mi entender, que aquellos profesionales no sólo no están obligados a denunciar los casos de aborto provocado por la propia paciente, sino que la denuncia invade la órbita de lo ilícito. Tal conclusión me exime de otros argumentos. Si la denuncia a que he venido refiriéndome no ha podido formularse, por contrariar disposiciones legales de indudable aplicabilidad y normas de conducta que constituyen el fundamento moral de una pro-

fesión que, como la medicina, tan íntimamente está ligada al orden social del país, dicha denuncia no puede servir de base a proceso alguno contra la denunciada”.

Sobre la preeminencia del valor del secreto médico por sobre la obligación del funcionario público de denunciar los delitos de los que tome conocimiento en su actividad, Bidart Campos, prestigioso constitucionalista local afirma:

“(…) pensemos que la médica se ‘enteró’ del delito a causa de la atención profesional que hubo de dispensar a la mujer enferma, y aunque únicamente hubiera sido el ‘cuerpo’ de ésta y todo lo corporalmente anexo (cápsulas vomitadas y cápsulas retenidas, etc.) lo que le dio la noticia delictual, ese conocimiento quedaba constitucionalmente incorporado al deber de reserva y secreto profesionales. Ello porque los valores y bienes que con el secreto médico se preservan son de muchísimo mayor relieve y alcurnia que los que se computan al imponer a los empleados públicos la obligación de denunciar los delitos de acción pública que conocen en el ejercicio de su función”³²².

Puntualmente en el caso de mujeres que concurren en situación post-aborto o con un aborto en curso, la lógica de la inclinación jurisprudencial por la superioridad de la obligación de guardar secreto médico se vuelve aún más transparente por la variable de vulnerabilidad que atraviesa esta problemática exclusivamente femenina. Las niñas, adolescentes y mujeres que requieren auxilio de un profesional de la salud en casos de aborto provocados o no, se encuentran cercadas por los peligros de la clandestinidad de esta práctica y por el miedo a ser criminalizadas aún cuando la interrupción del embarazo no hubiera sido voluntaria³²³, situaciones

³²² BIDART CAMPOS, German J., “Denuncia de un delito del que tuvo noticia el médico por evidencias corporales de su paciente”, La Ley 1999-B, pág. 164.

³²³ Las Fiscalías de Instrucción en lo Penal de Tucumán registran investigaciones penales caratuladas como “**aborto natural**” (v. gr Expte N° 16105/01, 11304/08, 21209/02 etc), “**aborto en grado de tentativa**” (v. gr 25796/01, 2904/99, 9955/98, 11227/95, etc) “**aborto espontáneo no provocado**” (v. gr Expte N° 8104/2006), y “**aborto espontáneo**” (v. gr Exptes. N° 37098/10, 7307/05, 42627/04, 23043/98, 30053/2001, 22987/10, 13889/12, 31637/06 etc) en las cuales han sido criminalizadas mujeres cuya identidad se resguarda por razones de humanidad.

ambas que incrementan la morbilidad y la mortalidad que acechan a las mujeres abortantes de la clandestinidad.

La imposibilidad de ignorar este contexto de marginalidad, pobreza y escasez de recursos simbólicos impone a los/as trabajadores/as de la salud, en cualquier ponderación de los derechos (a la vida, a la atención sanitaria, a la igualdad, a la intimidad, a la dignidad, a la libertad y a la privacidad) de la paciente vs. la obligación de denunciarla que creyeran válida efectuar, inclinarse por preservar aquellas circunstancias que conduzcan a generar un espacio de seguridad para las pacientes abortantes y en consecuencia, a descartar la colaboración con la persecución punitiva de un delito con un Estado al cual le sobran recursos para realizar dicha tarea.

La prevalencia del derecho a la confidencialidad de la mujer-paciente en la atención médica post-aborto indica que debe primar la reserva que impone el secreto profesional por sobre la obligación de denunciar. La igualdad real de oportunidades y trato (art. 75 inc. 23 C.N.), es uno de los argumentos que fundamentó tal conclusión conforme afirma Gil Domínguez cuando enseña:

“Ante la necesidad de atención médica por complicaciones de un aborto voluntario, no existe igualdad real de oportunidades y trato, si las mujeres de escasos recursos que solamente pueden acceder para su tratamiento a un hospital público son denunciadas por los profesionales actuantes, mientras que las mujeres con posibilidades económicas, en similar situación, concurren a un establecimiento sanitario en donde recibirán la debida atención y no serán denunciadas”³²⁴.

Recapitulando entonces, no existe la tensión entre obligación de denunciar el delito de aborto y obligación de guardar secreto. Por el contrario, la protección de la confidencialidad propia de la relación médico-paciente otorga prevalencia al secreto médico como regla, circunscribiendo sus excepciones a escasos supuestos legales donde el margen de discrecionalidad es autorizado por ley.

Esto último, teniendo en vista precisamente que la denuncia de aborto no salva ninguna vida, ni promueve la protección de nin-

³²⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: “Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza”, publ. en *“Suplemento de Derecho Constitucional”*, La Ley, ejemplar del 14/12/98, págs. 8/19.

gún bien superior al derecho a acceder a la atención sanitaria, al derecho a la vida, al derecho a la intimidad, a un trato digno y al derecho a una vida libre de violencia, derechos que tienen plena vigencia en el caso de la paciente abortante.

5. Enfoque de género del derecho a la confidencialidad en situaciones post-aborto

Ya en el año 1966, el voto del Dr. Lajerza en el plenario “*Natividad Frías*” daba cuenta de la criminalización selectiva del delito de aborto al considerar:

“Antes de entrar en la materia de este plenario casi debido a mi ya vieja obstinación, quiero dejar sentado que, como juez, estoy inalterablemente dispuesto a condenar, cuando fueren de mi incumbencia, todos los delitos previstos en las leyes represivas. Lo que no empecé a que ponga mi mayor empeño en fugitar ciertas desviaciones injustificadas. El art.88 del Cód. Penal se aplica exclusivamente a las menesterosas a quienes la sociedad les cobra su altruista socorro hospitalario entregándolas convictas de ese delito”.

Esta injusticia reproductiva que reproduce con crudeza paradigmas de exclusión, crea un doble estándar en salud, toda vez que “*las menesterosas a quienes la sociedad les cobra su altruista socorro hospitalario entregándolas convictas*”, corren una suerte muy distinta de las mujeres que pueden acceder a la salud paga. La suerte de “*las menesterosas*” referidas en el voto del Dr. Lajerza es una suerte devaluada, como están también devaluadas sus posibilidades de desarrollo humano e incluso sus facultades más básicas (entre ellas el derecho a decidir sobre su propio cuerpo y a la intimidad) para ser arquitectas de su propia biografía.

La suerte de “*las menesterosas*” que abortan en la clandestinidad y que viendo su vida en peligro buscan ayuda en el ámbito de la salud pública, es una suerte huidiza que en la mejor de las situaciones deberá encontrarse con una actitud médica ética que le permita subsistir. Mientras que el resto de las mujeres que abortan en Argentina, aquellas que no forman parte de las estadísticas hospitalarias de la sanidad, que no cuentan en las cifras negras de morbilidad y mortalidad materna y que difícilmente serán encausadas

penalmente, no solamente acceden a una especie de salud fortalecida que les permite ejercer su derecho a decidir con seguridad y dignidad, sino que además cuentan con la serenidad propia de la confidencialidad guardada en forma privada y con la tranquilidad de estar fuera del foco punitivo del Estado. Estas mujeres de la “salud privada”, gozan a la hora de abortar de una privacidad más robusta que “*las menesterosas*” y por ende, de una suerte más leal.

El deber de confidencialidad es inherente a la condición de profesional de la salud y se debe reserva a todos/as los/as pacientes por igual, pero en el caso de la denuncia de aborto, la violación del secreto es un delito con sesgo de género que involucra otras variables de discriminación como son raza, cultura, condición social y edad.

El Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación para las Mujeres (CEDAW) en su Recomendación General N° 24, interpretando el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, estableció la obligación de los Estados de eliminar:

“La discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto”.

También expresó su preocupación por el vínculo existente entre el cumplimiento del derecho a la privacidad en materia de salud, aborto, y salud de las mujeres, al expresar que:

“La falta de respeto del carácter confidencial de la información afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física”.

No sería justo hablar de aborto sin referir que es una práctica médica que afecta exclusivamente a mujeres. No sería leal omitir

considerar que estas situaciones desafortunadas son, en general, el producto de la orfandad de una política pública seria en materia de derechos sexuales y reproductivos que aúnen desde las distintas carteras ministeriales esfuerzos en aras de mejorar la educación sexual, la anticoncepción y el desarrollo social de niñas, adolescentes y mujeres. Y tampoco sería justo eludir analizar que las consecuencias de la falta de políticas que contribuyan al desarrollo humano y al empoderamiento de las mujeres, impactará con mayor crueldad en aquellas en estado de vulnerabilidad por su carencia de recursos económicos, y por la escasez de recursos simbólicos como son esa falta de educación, falta de contención social, abandono familiar, segregación cultural y demás connotaciones que atraviesan la realidad de una niña, de una adolescente y de una mujer en estado de pobreza, o bien pertenecientes a zonas rurales o a pueblos originarios.

Harcourt³²⁵ señala acertadamente la simbiosis existente entre derechos reproductivos y pobreza, refiriendo que cuando se desganen los derechos reproductores de los derechos a la información, a la alimentación, el empleo, el agua, la asistencia médica o la seguridad de la propia vida descontextualizándolos, todo abordaje se complica. Esta autora, citando a Rosalind Petchesky, pregunta: *“¿Cómo va a poder una mujer disfrutar de este derecho si carece de recursos económicos para pagar los servicios de salud reproductora o el transporte para conseguirlos? ¿Si es analfabeta o no le proporcionan información de forma o en una lengua que entienda? ¿O si la acosan sus padres, su esposo o cualquier pariente que la instalaría o le pegaría si se entera de que acude por salud sexual?”*.

Interpelar el contenido del derecho a la salud y la calidad de atención médica que rodea situaciones de aborto y post-aborto, con enfoque de género, exige notar que la condición de mujer genera vivencias, cuestionamientos, disyuntivas, sufrimientos y violencias exclusivos según las construcciones culturales de roles que cada comunidad disponga para la mujer y para la maternidad.

Ya el feminismo postcolonial advirtió sobre el error de considerar la existencia de un colectivo denominado mujer por la atomización de las identidades que se dan dentro del género en cuanto a

³²⁵ HARCOURT, Wendy (2011) “Desarrollo y Políticas Corporales” Ed. Ballesteria, Barcelona p. 73

raza, etnia, clase, orientación sexual y demás variantes que logran conformar identidades³²⁶.

Deconstruir ese concepto monolítico de mujer que se presenta como insostenible hoy por hoy, nos conduce a visibilizar que existen cuestiones de raza, edad, clase social, poder adquisitivo, nivel educativo y pertenencia cultural, entre otras variables, que descartan la posibilidad de generalizar como posibles denunciadas de aborto a todas las mujeres. Esta situación alerta por un lado, sobre el sesgo de género que acompaña a todo conflicto que se origine en decisiones que vinculen la tríada mujer-sexualidad-reproducción. Y por otro lado, pone en el tapete la forma en que las condiciones sociales y ambientales son idóneas para agudizar las angustias con la clandestinidad de ciertas prácticas médicas y la posible criminalización de sus conductas para ciertas mujeres.

Según Paola Bergallo, la baja tasa de condenas penales para los casos elevados a juicio oral y para las causas sustanciadas a partir de denuncias por aborto, son un indicador de que al Estado no muestra un interés auténtico en perseguir penalmente este delito. En igual sentido, la brecha entre cifras oficiales de casos de aborto judicializados y los también oficiales egresos hospitalarios por situaciones post-aborto evidencian una baja en la persecución penal que no se condice con la extendida condena moral del aborto.

Al mismo tiempo, la baja judicialización tampoco conduce a asumir que los profesionales de la salud asuman la prevalencia del secreto profesional. Ya que aún cuando la baja tasa de denuncias pueda obedecer a consideraciones humanitarias de los profesionales de la salud, lo que se lee entre líneas es que las denuncias e investigaciones se promoverán con criterio de “*selectividad*” y que las probabilidades de persecución penal, aún en las primeras instancias del proceso, son directamente proporcionales al estado de vulnerabilidad de las pacientes³²⁷.

³²⁶ VÁZQUEZ LAVA, Vanesa (2011) “Obstáculos en la atención de la salud en mujeres rurales” en *“Seminario de acceso a la Justicia Reproductiva”*, Viviana DELLA SIEGA (comp y edit) p. 75

³²⁷ BERGALLO, Paola (2011) *“Aborto y justicia reproductiva”*, p 13 y 14. Ed. Del Puerto. Buenos Aires.

La autora referencia que “Según respuesta del Ministerio de Justicia de la Nación ante pun pedido de información por condenas de aborto tramitado en febrero de 2010 por la Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) entre el 2002 y el 2009 fueron condenadas veintidós mujeres por el delito de aborto en Argentina”.

Un dato de relevancia lo constituye el hecho de que en las Fiscalías de Instrucción en lo Penal de Tucumán, se observó que además de investigaciones caratuladas como “aborto”, “aborto provocado” o “aborto seguido de muerte”, inexplicablemente se investigan también denuncias de “aborto natural”³²⁸ y “aborto espontáneo”³²⁹. Estas causas penales son indicadores de una confluencia de saberes en la colaboración con el sistema penal acusatorio.

Resulta improbable pensar a un agente policial como persona idónea para determinar el carácter de espontáneo, natural, incompleto o provocado del aborto (propio de un saber médico). A la vez, alerta sobre la desinformación que se registra en el ámbito médico en cuanto a la situación de aborto y criminalidad (donde quedarían excluidos casos como aborto natural o espontáneo por no adecuarse al tipo penal) y sobre una asociación silenciosa entre profesionales de la salud, personal policial y poder judicial en la criminalización de mujeres abortantes.

El hecho de que las denuncias de aborto provengan, en general, de casos registrados en la salud pública o tenga como denunciadas a mujeres con escasez simbólica y material de recursos, no debe engañarnos sobre una realidad que tiene lugar exclusivamente en situaciones de marginalidad. El aborto es una práctica médica exclusiva de mujeres, no de mujeres pobres.

El hecho de que el delito de violación del secreto médico tenga como víctimas exclusivamente a mujeres pobres, nos alerta como sociedad por un lado a la hipocresía que permite a la mujer aventajada un acceso a la salud más seguro y más libre.

Y al mismo tiempo, nos invita a tomar conciencia sobre la discriminación que en materia de derecho a la salud se legitima desde el Estado, convalidándose la existencia de un deber de guardar reserva bastardeado por los agentes públicos de salud para las mujeres en estado de vulnerabilidad que parecieran no estar protegidas por el mismo secreto que resguarda a las mujeres de clases aventajadas.

³²⁸ Causa “CML” del 2008; “QME” del 2001, entre otros.

³²⁹ Causa “AMV” del 2012; “SGV” del 2005; “DVdV” del 2010; “PEY” del 2006; “AMC” del 2011; “LLA” del 2012, entre otros.

6. El aporte del Movimiento de Mujeres y la actualidad de la causa María Magdalena

En la actualidad, el caso “María Magdalena” atraviesa un momento de resistencia del Poder Judicial a investigar el delito de violación de secreto y las violencias obstétrica, física, psicológica e institucional denunciadas.

La ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres contempla este tipo de violencias como conductas censurables. La violación de la intimidad, el hostigamiento verbal, la acusación de un delito, el legrado sin anestesia, el maltrato que recibió de parte de los agentes de la salud y la condición de empleadas públicas de ambulancias médicas, son muestras suficientes de que a veces, quienes deben tratar la salud, maltratan.

La reglamentación de la ley 26.485, prevé un concepto amplio para “equipo de salud” y establece expresamente que: *“Se considera personal de salud a los efectos de la ley que se reglamenta, a todo aquel/la que trabaja en un servicio, se trate de los/as profesionales (médicos/as, enfermeros/as, trabajadores/ as sociales, psicólogos/as, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o de maestranza”*.

Con precisiones legales, puede afirmarse que la violencia obstétrica implica *“trato deshumanizado el trato cruel, deshonesto, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no”*. (Art. 6 inc. e) del Dec. 1011/10).

También en términos legales es factible pensar cuando analizamos violencia en el marco de la atención sanitaria y derechos de las mujeres, que aquellas conductas dirigidas a afectar la salud sexual o la salud reproductiva han merecido censura como actos de violencia. De esta forma la legislación indica que:

“Configura violencia contra la libertad reproductiva toda acción u omisión proveniente del personal de instituciones públicas o privadas de atención de la salud, o de cualquier particular como cónyuges, concubinos, convivientes, padres, otros parientes o empleadores/as, entre otros, que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente si

desea o no tener hijos, el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos. Específicamente incurren en violencia contra la libertad reproductiva los/as profesionales de la salud que no brindan el asesoramiento necesario o la provisión de todos los medios anticonceptivos, como así también los/as que se niegan a realizar prácticas lícitas atinentes a la salud reproductiva” (Art. 6 inc. d) del Dec. 1011/12).

Además deben considerarse violentas psicológicamente, todas aquellas conductas llevadas a cabo por el personal de salud que:

“causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación” (art. 5 inc. 2) de la ley 26.485).

Y en un mismo sentido, será física la violencia que se *“emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física” (Art. 5 inc. 1) de la ley 26.485).* Cualquier comportamiento que en el marco de la atención sanitaria evite disminuir el dolor o bien, genere directamente dolor es censurado por violento.

Un rasgo androcéntrico de la mirada jurisdiccional sobre el caso “María Magdalena”, es el conjuro institucional que se cierne sobre esta investigación.

Al tomar estado público la denuncia de violación de secreto médico y violencias varias, la Directora de la Maternidad, salió a respaldar la violación de la intimidad de la paciente legitimando así un maltrato que está tipificado por la ley penal como delito³³⁰.

³³⁰ Ver nota N° 311.

También desde el Poder Judicial, se obtienen hasta la fecha resistencias para investigar este tipo de violencias en la salud, al punto tal de que no se ha conseguido ni siquiera que se cite a las denunciadas a declarar y que son varios ya los intentos de archivar la investigación. Afortunadamente el apoyo del Movimiento de Mujeres brindado de forma incondicional desde diferentes lugares, impidió hasta el día de la fecha un archivo que huele más a conjuro y cofradía que a justicia de género.

El delito de violación de secreto médico por denuncia de aborto provocado, como es el caso, **es un delito con sesgo de género** que demanda una perspectiva de género a quienes investigan penalmente su posible comisión. Lo mismo ocurre con la desarticulación de la violencia de género que precisa de capacitación y compromiso de los operadores jurídicos en la investigación de las denuncias.

La CIDH ha insistido en que las investigaciones por violaciones a los derechos humanos deben ser emprendidas por autoridades competentes e imparciales. En los casos de violencia contra las mujeres, este deber adquiere una especial connotación, esto es, que los operadores judiciales y policiales hayan sido formados con un enfoque género-sensitivo que les permita abordar estos casos libres de prejuicios y estereotipos. Esta formación implica, en primer lugar, que puedan reconocer los estereotipos de género que desvalorizan a las mujeres y sus vivencias, y que inciden directamente en el modo en que las agencias judiciales responden –ineficientemente– en casos de violencia de género.

También comprende la capacidad de advertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres víctimas de violencia y la gravedad y generalidad de las distintas expresiones de este problema. En este sentido, la CIDH ha dicho que *“cuando tales investigaciones no son llevadas a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género (...), se registran retrasos o vacíos clave en las investigaciones, que afectan negativamente el futuro procesal del caso”*³³¹.

Argentina ha recibido indicaciones concretas en este sentido por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). En sus Recomendaciones Finales efectuadas el 30 de julio de 2010, el Comité expresó su fuerte preocupación por

³³¹ CIDH, *“Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”*, 20 de enero de 2007, párr. 46

“los estereotipos de género imperantes en el sistema de justicia y su desconocimiento de la discriminación por motivos de sexo y de género, así como de la violencia contra la mujer”. Luego de ello, reclamó al Estado argentino que velara para que:

“la judicatura, incluidos jueces, abogados, fiscales y defensores públicos, conozca los derechos de la mujer y las obligaciones del Estado parte con arreglo a la Convención, y alienta a este a que imparta capacitación sobre cuestiones de género a todos los miembros del sistema de justicia, entre ellos los organismos encargados de hacer cumplir la ley, y a que vigile los resultados de esa labor”³³².

Esto precisamente se vincula con el desconocimiento que evidencian los funcionarios judiciales acerca de las normas del derecho internacional que resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado, en los casos de violencia de género. Y esto mismo, el desconocimiento, la resistencia para investigar, el desprecio por investigar la violación de un derecho humano como es el derecho a vivir una vida libre de violencia, la indolencia ante una problemática que incluye vulnerabilidad, clase desaventajada, asimetría de poder y actividad estatal como ingredientes principales, la denegatoria de acceso a la justicia, la falta de enfoque de género y la negativa a siquiera nombrar la violencia denunciada configuran una clara tolerancia a la violencia o bien, violencia institucional.

En el caso *“María da Penha Fernandes vs. Brasil”* la Comisión Interamericana expresó:

“la tolerancia por parte de los Órganos del Estado no se limita a un caso particular, es un patrón. La justificación de la situación por parte del sistema entero sirve para perpetuar las raíces y los factores psicológicos, sociales, históricos que mantienen la violencia contra la mujer () La negligencia por parte del Estado para enjuiciar y condenar a los agresores no sólo involucra una falla para cumplir la obligación de procesar sino también la obligación de evitar estas prácticas degradantes”.

³³² Comité CEDAW, “Observaciones Finales”, 46° período de sesiones, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 15. *Ibidem*, Observaciones Finales”, 46° período de sesiones, párr. 16.

Recientemente, la Corte Suprema ha negado la procedencia de la probation apoyándose en la Convención Belem do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En el fallo “Góngora”, el Máximo Tribunal refiere que el art. 7 en su letra afirma:

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer(...) y f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”³³³.

La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, de reciente creación, también se mostró inicialmente indiferente ante la violencia sufrida por “María Magdalena”. Desde septiembre de 2012 se formalizaron cuatro (4) presentaciones dirigidas a denunciar la falta de enfoque de género de magistrados/as intervinientes y sin embargo, ninguna de éstas obtuvo respuesta hasta promediar el final del año 2013. Los días 9 y 10 de diciembre de ese año, luego de varios meses de proceso penal desajustado con el derecho, la Oficina de la Mujer organizó una capacitación sobre “Violación de Secreto Médico y Denuncia post-aborto” en sede de la Corte Suprema de Justicia provincial.

La consecuencia de la indolencia, generalmente es el sufrimiento de quien denuncia en búsqueda de justicia y ve que quienes deben garantizarle una vida libre de violencia, miran para otro lado.

Afortunadamente, el Movimiento de Mujeres supo enfocarse y mostró sororidad y sensibilidad.

La **Casa de las Mujeres Norma Nassif** estuvo presente desde el inicio e incorporó a todas sus marchas de reclamos sobre violencia, el pedido de justicia para “María Magdalena”. También se presentaron formalmente, junto a otras 15 Organizaciones del Movimiento

³³³ CSJN, fallo “Góngora Gabriel Arnaldo s/causa N° 14.092” del 23/04/2013. Cons. N° 4

de Mujeres Tucumano³³⁴, ante el Presidente de la Corte de Justicia de Tucumán³³⁵, denunciando la falta de enfoque de género de un Fiscal de Instrucción que se negaba a investigar la violencia denunciada y se apartaba de los precedentes vigentes.

Las ONG ADC (Asociación por los Derechos Civiles), CLADEM (Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer), AAMCJ³³⁶ y ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género) fueron también, cada una desde sus lugares, activistas en apoyo para evitar el archivo de la causa³³⁷.

Y Mariana Carbajal, periodista comprometida de Página 12, siguió (y sigue, porque a la fecha no se consigue justicia para María Magdalena) de cerca el caso y le puso voz a una causa que la Justicia tucumana quería silenciar. También Celina de la Rosa, de la Asociación de Prensa Alternativa local, fue importante en la difusión periodística de esta noticia en la provincia y de hecho, fue la primera que puso el micrófono cuando ningún otro medio tucumano se atrevía a hablar de este caso.

Sin el apoyo de otras mujeres, probablemente “María Magdalena” hubiera sido otro caso más de maltrato y violencia engrosando fatídicas listas de causas informatizadas.

Si bien a la fecha quedan dos instancias judiciales (Corte Suprema de Justicia de la Provincia y Corte Suprema de Justicia de la Nación) que revisen el silencio de la Justicia Penal frente a la violencia que rodeó este caso y la violación descarnada de la intimidad de una mujer, el Movimiento de Mujeres demuestra con su participación que la militancia, el compromiso, la lucha, las redes y la unión para reclamar justicia de género dificulta cada día más los silencios sobre los que muchas veces se tejen las peores historias.

³³⁴ Las Lilith, Partido Socialista, Mumalá Tucumán, CCC (Corriente Clasista y Combativa), Jóvenes de la CCC, Casa de las Mujeres de Alderete, Sindicato Municipal de Aguilares, Pan y Rosas, Plenario de Trabajadoras, Juventud Comunista Revolucionaria, Partido Comunista Revolucionario, Red de Mujeres Tafinistas, CEPA (Corriente Estudiantil Popular Antimperialista), Campaña Nacional por el Derecho al Aborto y CLADEM.

³³⁵ Expte N° 11.430/12 radicado en la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

³³⁶ Asociación Argentina de Mujeres de Carreras Jurídicas incluyó en las conclusiones de su segundo congreso nacional un apartado específico sobre la importancia de considerar el sesgo de género de la violación de secreto médico en situación post-aborto.

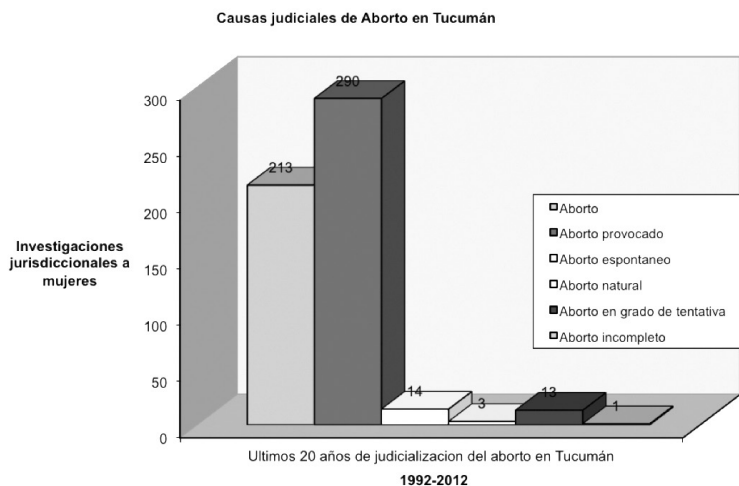
³³⁷ Agradezco especialmente a Mercedes Cavallo (ADC) y Natalia Gherardi (ELA) su empatía y preocupación por la causa.

7. Las cifras detrás de una confidencialidad degradada

La violación del secreto profesional en materia de atención sanitaria es un delito penal que está principalmente orientado a “encausar” a mujeres que, en la clandestinidad, llevan a cabo una interrupción del embarazo y luego, por complicaciones sépticas y/o médicas, arriban a una Institución Asistencial en situación denominada “post-aborto” para obtener ayuda médica.

Esta atención post-aborto, no siempre es propiciada respetando los derechos de la paciente. Por el contrario, la denuncia de aborto que se efectúa por algún miembro del equipo de salud a personal policial que presta servicios de custodia y seguridad dentro y fuera de una Entidad Hospitalaria, desembocan en su gran mayoría en investigaciones jurisdiccionales que tienen como “encausadas” e “imputadas” a las mujeres.

De un total de 534 causas relevadas en el Centro Judicial Capital de Tucumán, aproximadamente el 95% tiene como denunciada/sindicada/imputada a la propia mujer abortante. Me interesa señalar en relación a la violación del secreto algunas cuestiones que surgen con claridad del gráfico siguiente:



* Los datos del cuadro se corresponden con las causas judicializadas en el Poder Judicial de Tucumán (Circunscripción Capital) entre los años 1992-2012. Incluye todas las Fiscalías de Instrucción en lo Penal, salvo la de la IVa Nominación.

El índice de mujeres denunciadas por “aborto provocado”: 54% del total de casos de aborto judicializado. Este porcentaje permite evidenciar que más de la mitad de las mujeres que están o estuvieron “encausadas” por aborto, se lo deben a una denuncia formulada por el equipo de salud que se siente en la “obligación” de colaborar con la persecución penal de este delito en desmedro de los derechos de la paciente hospitalizada.

En situaciones post-aborto, se observa que la caratulación de las causas en “aborto”, “aborto provocado” y mucho más paradójicamente “aborto natural” o “aborto espontáneo”, obedecen a una identificación arbitraria que se inicia en sede policial que es donde comienza la actuación criminal y es de esa misma forma como ingresa al Poder Judicial, reeditándose idéntica denominación que es la que persiste a lo largo de la investigación.

Por este motivo se entiende que todas esas diferentes denominaciones para un delito que sólo está tipificado como “aborto”, son disquisiciones propias de la ciencia médica y no del ámbito policial.

El personal policial no está capacitado con las incumbencias necesarias para determinar o conocer si una interrupción de embarazo fue espontánea, natural, provocada o incompleta, sino no es a propósito de la información que al respecto le brinde un profesional que sí cuente con esas herramientas. Y éste, no es otro que el profesional de la salud.

Esta lógica deductiva se compadece con los datos obtenidos en el caso “*María Magdalena*”, donde se observa por ejemplo, que la primera hoja de la historia clínica de la paciente (aquella que individualiza su nombre, datos personales y número de la misma) ya contiene un juicio de valor condenatorio que es la palabra “provocado”. Precisamente un término que hace referencia simbólica indiscutida al carácter voluntario, y por ende reprochable, de aborto y que sólo un miembro del equipo de salud es capaz de determinar.

Lo mismo ocurre con los términos “*aborto natural*”, “*aborto incompleto*” y “*aborto espontáneo*”, que contienen en sí mismos valoraciones médicas que han preexistido a la intervención policial. Esto es importante destacar, a los fines de resaltar que asumir que la violación del secreto médico ronda todas las situaciones post-aborto que luego resultan judicializadas, es producto de un pensamiento lineal, no especulador.

De la misma forma, la denominación “*aborto provocado*” también permite inferir que allí ha coadyuvado el conocimiento técnico, médico y científico en la forma policial de nombrar esa práctica, con la misma intensidad con la que se viola la confidencialidad de

la paciente en cualquiera de los casos en los que la colaboración del profesional de la salud que asiste a una mujer en esta situación, termina aniquilando la esfera de intimidad y colaborando con un Estado al cual le sobran recursos para perseguir delitos.

Se observa en estos últimos 20 años, que el índice de judicialización de abortos en Tucumán ha disminuido sustancialmente. Sin embargo, no es posible todavía concluir que asistimos a un cambio de paradigma en el seno de la comunidad médica.

La importancia del discurso en la formación de recursos humanos sensibles a las problemáticas sociales de sus contextos y, advertidos/as de que su función es brindar asistencia sanitaria en vez de juzgar pacientes, se presenta como fundamental. La palabra de autoridad resulta clave a la hora de elaborar un discurso de autoridad que sea capaz de disuadir los errores producto de la ignorancia.

Por este motivo, las declaraciones públicas de la Jefa de la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes, Dra. Rossana Chahla³³⁸, fueron sumamente alarmantes. Esta médica que saliera públicamente a legitimar el accionar de las agentes de salud que reconocieron haber denunciado a su paciente “María Magdalena”, deja al descubierto que esta práctica contraria a la ley se apoya en la ignorancia completa de sus obligaciones y en la ignorancia completa de los derechos de las pacientes.

Con cada denuncia que viola el secreto médico, queda en evidencia que los derechos a la intimidad, a la confidencialidad y al trato digno y respetuoso que reconoce a las mujeres la ley 26.529, son sistemáticamente ignorados en la fase de formación profesional del equipo de salud.

Esta Maternidad Tucumana es de las denominadas Maternidad-Escuela y es ahí, bajo esos parámetros impuestos desde el liderazgo compartido entre Estado y Academia, que habrá de conjurarse una atención médica atravesada por una bioética respetuosa de los derechos de las pacientes; o por el contrario, una atención sanitaria que pierda de vista aquello que es “lo mejor para su paciente”.

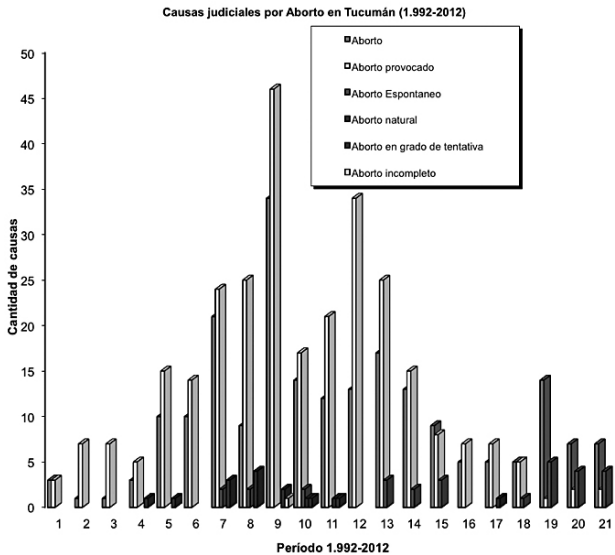
³³⁸ “Desde la Maternidad sostienen que no hubo maltrato ni mala praxis, que lo que se hizo fue denunciar un delito y que la paciente tendrá que sostener con pruebas su denuncia. La paciente llegó con 16 semanas de embarazo y una ginecorragia, con huellas de maniobras abortivas. Desde la institución estamos obligados por ley a denunciar este posible delito”, dijo **Rossana Chahla**, directora de la Maternidad” .<http://www.lagaceta.com.ar/nota/505851/tucumanos/dos-ginecologas-paciente-estancias-conflicto.html> consultado por última vez el 5/11/2012.

El hecho de que la Dirección de la Maternidad y la cartera misma de Salud Pública, se reivindique la violación del deber de confidencialidad y se legitime una delación penada por la ley, son indicios de que los derechos de las pacientes en Tucumán no se respetan.

Tampoco es comprobable que la merma en la judicialización de embarazos interrumpidos obedezca a un alineamiento jurisprudencial detrás del Fallo “Baldivieso”; toda vez que si bien no hay condenas en instancias superiores, las investigaciones tampoco son archivadas de oficio como correspondería cuando tienen como origen la incriminación y denuncia del equipo de salud que ha tratado a la abortante.

No se ha observado que dicho archivo sea fácil de lograr a pedido de partes y ni aún estando demostrada con prueba documental la violación de un secreto profesional en la ruta previa a la judicialización.

Lo que sí resulta apreciable, por la baja y casi nula tasa de condenas registrada, es que no existe un interés punitivo verdadero del Estado en la persecución del delito de aborto aún cuando este dato no se condice con las cifras de investigaciones fiscales preparatorias registradas por ante las Fiscalías de Instrucción (un total de 534 causas en los últimos 20 años. Cuadro 1).



* Los datos del cuadro se corresponden con las causas judicializadas en el Poder Judicial de Tucumán (Circunscripción Capital) entre los años 1992-2012. Incluye todas las Fiscalías de Instrucción en lo Penal, salvo la de la IVa Nominación

Otro dato que se observa es que el “pico” de máxima en la investigación policial y fiscal preparatoria del aborto con todos sus “nombres” creados a modo de “tipos penales”, tuvo lugar en el año 2000 donde se iniciaron 83 investigaciones penales fiscales: 34 por aborto, 46 por aborto provocado, 2 por aborto en grado de tentativa y 1 por aborto incompleto. La curva ascendente evidencia un endurecimiento de la administración de la “confidencialidad” y la criminalización de las mujeres en el sector público, síntoma éste que resulta coincidente con la gestión del gobierno de Antonio Domingo Bussi³³⁹ (gobernador en la provincia desde 1995-1999) de neto corte reaccionario y alejado de la política de derechos humanos.

Sin embargo, no es posible aún al día de la fecha, detener las denuncias que aunque espasmódicas y más esporádicas, continúan ingresando al Poder Judicial.

Respecto de la “ruta” que precede a la llegada de estas causas al Poder Judicial, según datos brindados por personal de Mesa de Entradas Penal, la caratulación judicial de las causas penales se hace siguiendo “la denominación” o “nombre” que se ha impuesto en sede policial a la investigación.

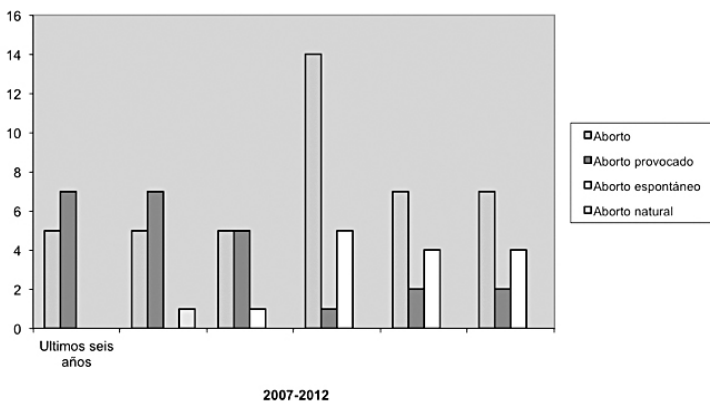
Al no existir un Protocolo o normas sistematizadas a los efectos de unificar y poner un poco de orden a este tema, es que encontramos registradas en el Poder Judicial de Tucumán investigaciones supuestamente encaminadas al tipo penal del art. 85 con diferentes nombres: aborto, aborto provocado, aborto en grado de tentativa, aborto natural, aborto espontáneo o aborto incompleto. Esta práctica judicial errática consiente un andamiaje policial preexistente y parece haberlos facultado, en los hechos, para crear tipos penales arrogándose las facultades parlamentarias de las que no disponen.

Véase que el poder otorgado a fuerzas policiales para “nombrar” aquello que habrá de ser objeto de investigación fiscal/penal, conduce en la práctica al absurdo de criminalizar (o someter a investigación criminal) la interrupción “natural” o “espontánea” de una gestación, situaciones éstas que deberían dejarse en esfera privada por su falta de correspondencia con la conducta reprochable nombrada por el Legislador. Pero en la construcción de esos tipos “equívocos” e inexistentes confluyen la intervención de fuerzas policiales pero también saberes médicos, dado que al personal policial debería resultar materialmente imposible determinar extremos pato-

³³⁹ Luego condenado por crímenes de lesa humanidad.

lógicos como son las causas que ponen fin a un embarazo. En los últimos años si bien ha descendido la persecución penal en cuanto a denuncias de “aborto provocado”, se han incrementado según se expuso, las causas judiciales por “aborto” e inexplicablemente han aparecido en escena las causas judiciales por interrupciones involuntarias –y por ende no punibles– como sería el caso de abortos “espontáneos o naturales”.

Fluctuación en la denominación de la conducta investigada judicialmente bajo el tipo penal del “Aborto” en Tucumán



* Los datos del cuadro se corresponden con las causas judicializadas en el Poder Judicial de Tucumán (Circunscripción Capital) entre los años 2007-2012. Incluye todas las Fiscalías de Instrucción en lo Penal, salvo la de la IVa Nominación.

Conforme se observa en el gráfico precedente, si bien las denuncias de aborto han decrecido, han aumentado exponencialmente las denuncias de aborto espontáneo y las de aborto provocado, con lo cual la merma es verdaderamente relativa y tiene fundamento en la práctica judicial de “caratular expedientes” más que en un fortalecimiento de la confidencialidad.

La confluencia de saberes médicos, científicos, forenses y policiales en la tarea de caratular y categorizar la investigación delictiva previa al ingreso al Poder Judicial, demuestra que los profesionales de la salud están comprometidos expresa o implícitamente en la violación de la confidencialidad de mujeres abortantes.

El hecho de que las denuncias de aborto provengan de casos registrados en la salud pública o tenga como “denunciadas”, “imputadas” o “encausadas” a mujeres de escasos recursos, no debe

engañarnos sobre una realidad que tiene lugar exclusivamente en situaciones de marginalidad.

La imposibilidad de ignorar este contexto de marginalidad, pobreza y escasez de recursos simbólicos impone a los/as trabajadores/as de la salud inclinarse por preservar aquellas garantías que, como la de confidencialidad de la relación médico-paciente y la promoción de un trato digno y respetuoso para con ellas.

8. Conclusiones

Libertad reproductiva, salud, autonomía y dignidad de las pacientes de la salud pública de Tucumán, son derechos enflaquecidos por el hambre de colaborar con el poder punitivo para encarcelar que muestran ciertos/as efectores y que avalan los poderes públicos con su silencio.

La condena normativa al aborto convive, en los hechos, con una práctica tolerante hacia el aborto clandestino por parte del mismo Estado. Cierto es que son casi nulas las condenas efectivas por aborto, pero la criminalización de las mujeres existe más allá de los finales procesales que se ideen para cada caso.

Sin embargo, sobrevive la condena social a quien rechaza la maternidad y aborta, lo que conduce, en el ámbito de la salud pública, a criminalizar a las pacientes.

Las posiciones que pugnan por debilitar derechos de las mujeres y reinstalar debates morales más allá de las propias conciencias, deben ser enjuiciadas.

El debate sobre la moralidad del aborto y sobre la legitimidad de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo, excede el discurso biomédico y convoca a muchos saberes para su discusión. Estas posiciones encontradas debieran interactuar en el marco de carriles democráticos correctos como son los del Parlamento. De esta forma el poder político contribuiría a generar un espacio propicio para la discusión franca sobre el tema, en la que deberían participar todos los actores estratégicos que entretejen el discurso reproductivo y no reproductivo.

El costo del silencio político y la mordaza puesta a la Agenda sobre cuestiones de género, salud, libertad y autonomía de mujeres, no puede ser pagado por las más pobres.

No parece justo que para resolver un problema político como es la clandestinidad y la criminalización del aborto, el Estado ampare el accionar de inescrupulosos efectores de la salud pública que convierten a sus pacientes, en padecientes.

Bibliografía

BECA, Juan Pablo (2011) "Confidencialidad y Secreto médico" disponible en http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/06/CONFIDENCIALIDAD_Y_SECRETO_MEDICO.pdf (consultado por última vez el 10/09/2.012)

BERGALLO, Paola (2011) *"Aborto y justicia reproductiva"*, Ed. Del Puerto. Buenos Aires.

CREUS, Carlos: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Tomo I, Astrea, Bs.As., 4º edición, 1993.

CAVALLO, Mercedes (2009) "Derecho y deber de confidencialidad: desafío para los derechos sexuales y reproductivos en América Latina". Rev. Argentina de Teoría Jurídica N° 13. Junio 2.009. Universidad Torcuato Di Tella (<http://mail.decidiresunderecho.org/files/Derechodeberdeconfidencialidad.pdf>)

CABRERA, Oscar A y HEVIA, Martín (2009) "Secreto profesional médico y servicio de salud sexual y reproductiva: jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Rev. Argentina de Teoría Jurídica. Vol N° 10. Universidad Torcuato Di Tella.

GRACIA, Diego (1991) *"Procedimientos de decisión en ética clínica"*, Ed. EUDEMA, Instituto de Bioética y Ciencias de la Salud. Madrid.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: "Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza", publ. en *"Suplemento de Derecho Constitucional"*, La Ley, ejemplar del 14/12/98.

HARCOURT, Wendy (2011) *"Desarrollo y Políticas Corporales"*, Ed. Ballesteria, Barcelona.

PEÑA FERNÁNDEZ, Marylin e Hiram Tápanes, Daumy (2012) "La relación médico-paciente en el ámbito de la imagenología" publicado en *"Revistas de Humanidades Médicas"*, Vol. 12, N° 1 disponible en (<http://www.humanidadesmedicas.sld.cu/index.php/hm/article/view/187/111>).

ROSTAGNOL, Susana (2006) "Lugares y sentidos del aborto voluntario: un diálogo con la bioética" en *"Perspectivas Bioéticas"*, Año 11. Numero 21, Segundo Semestre. Bioética y Género Vol. II. Ed. Del Signo. Buenos Aires.

SOLER, Sebastián en *"Derecho Penal"*, t. IV, Ed. Astrea.

VÁZQUEZ LAVA, Vanesa (2011) *"Obstáculos en la atención de la salud en mujeres rurales"* en *"Seminario de acceso a la Justicia Reproductiva"*, Viviana DELLA SIEGA (comp. y edit.). Córdoba. Argentina.

La forma de criminalizar el aborto. Qué mujeres y qué procesos se llevan adelante

Mariana Soledad Alvarez

“No podría criminalizarse el aborto si, al mismo tiempo, no se hubiera sacralizado largamente la maternidad por el olvido de su historia. La producción de la maternidad como ideal regulatorio de género para las mujeres es una pieza clave del campo de la política de género y sexualidades”.

Chaneton, Vacarezza, 2011:39

1. Introducción

En Argentina, el aborto inducido³⁴⁰ aún está tipificado y tratado como un delito dentro del ordenamiento jurídico interno³⁴¹, si bien existen causales de despenalización que están contemplados en el

³⁴⁰ Es importante destacar que en el presente trabajo cuando se hable de aborto se hace referencia al “aborto inducido”, a menos que se indique expresamente otra cosa. “*La interrupción del embarazo mediante el empleo de medicamentos o intervención quirúrgica después de la implantación y antes de que el conceptus (el producto de la concepción) sea viable de manera independiente*” (FIGO citada por Faundes, 2011:57).

³⁴¹ Artículos 85 a 88 del Código Penal Argentino: “*Delitos contra la Vida: ARTÍCULO 85: El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer. 2º Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.*

ARTÍCULO 86. - *Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.*

artículo 86 del Código Penal, en general podemos decir que la regla es su prohibición y punibilidad y que esto torna la práctica no sólo clandestina sino también insegura³⁴² para los cientos de mujeres que deciden, aun a pesar de la prohibición legal, abortar diariamente sea por sí mismas o bien con la colaboración de terceras personas.

Si bien el número de abortos que se practican en el país es elevado –a tal punto que se considera que hay un aborto por cada nacido vivo–, si se habla de cifras, se estima que estas llegan aproximadamente entre los 486.000 y 522.000 abortos anuales entre las poblaciones de 5.000 habitantes y más (Pantelides, Mario, 2005:112). Sin embargo, el interés estatal en su persecución no parece ser muy intenso, esto es lo que observan autoras/es como Bergallo (2009, 2011), Gargarella, Mielnik (2008) y Hopp (2012:135) quién expresa:

“Otro punto que no se puede soslayar es el resultado de la penalización del aborto. La persecución penal en estos casos es absolutamente ineficaz. Este tipo penal dice proteger la vida, sin embargo, es inútil a tales fines (Bergallo, 2011): el resultado de la amenaza penal es que en Argentina se realizan entre 460.000 y 600.000 abortos por año (Carbajal, 2009) y lo cierto es que ninguna mujer que desea abortar se ve fácticamente impedida de hacerlo y un número extremadamente pequeño de abortos tiene alguna consecuencia penal”.

En Tucumán la situación pareciera repetirse, si se tiene en cuenta que la jurisdicción penal que corresponde a la “Capital” se ex-

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

ARTÍCULO 87. - *Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.*

ARTÍCULO 88. - *Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.”*

³⁴² La OMS define el aborto inseguro como “Un procedimiento para poner fin a un embarazo no deseado, sea realizado por personas que carecen de las aptitudes necesarias o en un ámbito en el que no cumplen los mínimos criterios médicos, o con la ocurrencia de ambas circunstancias” (WHO, 1992: 92).

tiende por los departamentos de San Miguel de Tucumán, Yerba Buena, Cruz Alta, Tafí Viejo, Burruyacú, Leales, Lules y Trancas y que en el último Censo Nacional ³⁴³ la cantidad de habitantes de todos estos departamentos arrojó un total de 1.043.756, de las cuales 567.996 son mujeres, mientras que por ejemplo, el total de causas penales ³⁴⁴ relacionadas a las denuncias por aborto que se iniciaron en el año 2008 fueron de 17, en el año 2009 10, en el 2010 ascendieron a 22 causas, en el 2011 se contabilizaron 11 y finalmente hasta agosto de 2012 ascendían a un total de 16.

Existe una dificultad para relevar de manera exacta la cantidad de abortos que se llevan a cabo anualmente en la provincia, principalmente por la clandestinidad de la práctica. Esta dificultad que se conoce como el fenómeno de la “cifra negra”, no ha sido óbice sin embargo para que puedan estimarse cifras. Así la activista local Hilda Disatnik ³⁴⁵ (2011:8) expresa:

“(...) por ejemplo, en la Maternidad de Tucumán el año pasado llegaron a la internación (o sea, no se cuentan las mujeres que mueren, ni las que van sólo a la guardia a buscar un medicamento, una atención rápida, sino las que se internan con consecuencias graves, de abortos en curso), las que llegaron a la internación fueron el año pasado 2.000. Sobre 12.000 nacimientos que hubo en el año 2009, 2.000 mujeres estuvieron internadas, muchas en situaciones de mucha gravedad, en la Maternidad de Tucumán. Se continúa con las prácticas clandestinas, que llegan al hospital con peligro de vida, y es muy difícil saber cómo fue el procedimiento, cómo fueron las prácticas realizadas. Pero se siguen manteniendo las viejas prácticas, del té de barba de choclo, del tallo de perejil, de la aguja de tejer, de las más graves que nosotros hemos escuchado, y que siguen siendo cotidianas en los barrios y en el interior de la provincia. También se sabe que las que mueren siempre son las pobres, las que no tienen tiempo de llegar al hospital, las que por esta cuestión de la clandestinización deben ocultarlo.”

³⁴³ Ver cifras en www.tucuman.gov.ar/censo2010/indec

³⁴⁴ Me refiero al número total de causas por denuncias de aborto, sin ningún tipo de clasificación.

³⁴⁵ Hilda Disatnik (Vicky) conduce la organización no gubernamental “Casa de la Mujeres de Tucumán: Norma Nassif”

La recolección de datos sobre la judicialización del aborto en la jurisdicción Capital abarca los últimos 20 años (1992-2012), y arroja “apenas” un total de 605 causas tramitadas. A pesar de esto, y de que podría pensarse entonces que debido a la baja efectividad de la amenaza y aplicación de la sanción penal no habría motivos para preocuparse por la mantención de un régimen regulatorio penal centenario³⁴⁶ que sería una suerte “de desuetudo”, lo cierto es que, como observa Pochak (2011:239), la regulación penal se traduce en cambio “en otras efectividades” simbólicas y sociales de un mayor peso que la misma norma penal:

“En primer lugar, porque resulta muy eficaz para convertir a mujeres y varones en madres y padres que no buscan o no quieren serlo; para inducir a las mujeres a la clandestinidad y a la inseguridad en la práctica del aborto; para provocar muertes y daños a la salud por abortos inseguros; para marcar las desigualdades por la condición social o económica de las mujeres, en tanto se convierte en una práctica insegura sólo para algunas. También, claro, es eficaz de manera simbólica, al remarcar la subordinación de la mujer en la sociedad, en la medida en que decisiones sobre el propio cuerpo están condicionadas por la vigencia de normas penales”.

La clandestinidad e inseguridad del aborto atenta directamente contra la vida³⁴⁷, la salud³⁴⁸, la seguridad y la autonomía de cada

³⁴⁶ El Código Penal Argentino, con la redacción prácticamente intacta en lo referente a la materia aborto, fue aprobado como Ley 11179 en 1921 y se entró en vigor en 1922. Ubica al aborto en el Libro Segundo “De los Delitos”, Título I “Contra las Personas”, Capítulo I “Delitos contra la vida” a través de los artículos 85, 86, 87 y 88. El Título I “Contra las Personas” está formado por seis capítulos (Delitos contra la vida, Lesiones, Homicidio o Lesiones en riña, Duelo, Abuso de armas, Abandono de personas).

³⁴⁷ *“En la Argentina, 300 mujeres fallecen anualmente por causas relacionadas con el aborto inseguro, el embarazo, el parto y el puerperio. Son mujeres jóvenes –en su mayoría sanas– cuyas muertes podrían evitarse. Los datos de 2011 confirman que la tendencia de la RMM en el país se asemeja a una meseta, lo que confirma una vez más que la situación de la mortalidad materna no ha variado significativamente en los últimos veinte años”* ROMERO, Mariana; ABALOS, Edgardo; RAMOS, Silvina (2013: 3).

³⁴⁸ *“Las muertes relacionadas con el aborto son sólo la punta visible de un témpano de amplia base. Los abortos inseguros provocan con frecuencia otras complicaciones inmediatas o de largo plazo. Entre las complicaciones inmediatas se cuentan: las hemorragias, las infecciones, las lesiones traumáticas o químicas de los genitales y otros órganos, y las reacciones tóxicas a productos ingeridos o aplicados en los*

mujer; derechos humanos que son vulnerados sistemáticamente a lo largo y ancho del país, gracias a una legislación que ha llevado a que la mortalidad materna relacionada al aborto inseguro no descienda en los últimos 20 años.

Desde el campo internacional de los derechos humanos se ha tomado nota de las consecuencias de la criminalización del aborto, y así en los últimos años han surgido diferentes pronunciamientos condenando y advirtiendo a los Estados sobre las violaciones de derechos fundamentales que traen aparejados este tipo de regímenes penales. Por ello, en la primera parte de este trabajo se vieron los más relevantes, tanto del Sistema Universal como Interamericano de protección de derechos humanos y desde esa perspectiva puede apreciarse por qué mantener un régimen regulatorio del aborto como el nuestro entra en crisis con los desarrollos y estándares alcanzados por los organismos internacionales de derechos humanos con relación al tema.

Bajo el mismo prisma se llevará a cabo finalmente el análisis del comportamiento del órgano jurisdiccional tucumano con respecto a la instrucción de las causas iniciadas por aborto, el que no puede escindirse de la perspectiva de género que lleva ínsita la necesidad de clarificar las interseccionalidades³⁴⁹ que se delinearán con

genitales (...) La infección puede limitarse a la superficie interna del útero, pero a menudo se propaga a las trompas, los ovarios y la cavidad abdominal, causando la llamada "enfermedad inflamatoria pélvica" y hasta peritonitis. También puede difundirse por la sangre y generar una sepsis y un shock séptico. Estas graves complicaciones pueden ocasionar la muerte."

"Las mujeres que sobreviven a las complicaciones inmediatas de los abortos inseguros suelen sufrir consecuencias a mediano y largo plazo a través de dos mecanismos diferentes: En primer lugar, el tratamiento requerido para impedir la muerte implica a menudo la extirpación de las trompas, los ovarios y/o el útero."

"En segundo lugar (...) la inflamación de las trompas conduce con frecuencia a su obstrucción. Las trompas obstruidas pueden provocar infertilidad; si la obstrucción sólo es parcial puede derivar en un embarazo ectópico tubario (...) también y con frecuencia [puede provocar] "dolor pélvico crónico" (...) que se exagera con los movimientos o cuando cargan algo pesado (...) La limitación resultante de las actividades diarias de la mujer y la interferencia con las relaciones sexuales pueden tener también graves consecuencias para ella"

"(...) La proporción de mujeres que sufren complicaciones graves como resultado de abortos realizados en condiciones inseguras aumenta de acuerdo con el menor poder económico de las mujeres y es mayor entre aquellas que viven en área rural (Prada et al, 2005), lo que se constituye en un indicador más de cómo el aborto tiene marcadas dimensiones de injusticia social" (FAUNDES, BARZELATTO, óp. cit.: 76 y ss.)

³⁴⁹ La Interseccionalidad ha sido definida por el Comité de CEDAW en la Recomendación General nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eli-

relación a la abrumadora mayoría de mujeres denunciadas y cuáles son las características y condiciones que las hicieron destinatarias efectivas del accionar punitivo estatal; ya que, si bien la criminalización del aborto puede verse como una manifestación más de la discriminación estructural³⁵⁰ que padecen, el interés punitivo que aparece como poco intenso, muestra en cambio una profunda selectividad³⁵¹, pues sólo son presa de este las mujeres pertenecientes a los grupos más vulnerables.

2. La Instrucción Penal del Aborto en la Jurisdicción Tucumán Capital

Hemos concluido que la utilización del sistema penal como herramienta de regulación del aborto es incompatible con la plena vigencia de los derechos humanos, ahora bajo esa misma perspec-

minación de todas las formas de discriminación contra la mujer en estos términos: *“La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general N° 25.”* CEDAW/C/GC/28 del 16 de diciembre de 2010, párr. 18.

³⁵⁰ También llamada discriminación sistémica fue definida por varios autores y por el Comité de Derechos Económicos sociales y culturales en su Observación General N° 20 como: *“El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.”* E/C.12/GC/20 del 2 de julio de 2009. Párrafo 12.

³⁵¹ *“El sistema penal es un instrumento de control social discriminatorio por definición. La ampliación de su esfera de extensión repercute directamente sobre el modelo de sociedad que se desea construir. Valerse de la intervención estatal coercitiva en conflictos como los que nos ocupan no sólo implica la paradoja de recurrir a métodos discriminatorios para combatir la discriminación de un sistema cuya existencia carece ya de justificación posible”* (Birgin: 2009)

tiva veremos cómo se comporta el órgano jurisdiccional en concreto frente a las denuncias y causas por aborto en Tucumán.

Si bien se cuentan con los datos correspondientes a los últimos 20 años de judicialización de aborto, para analizar el comportamiento jurisdiccional, sólo se procedió a interrogar causa por causa en cada una de las diez fiscalías de la jurisdicción capital por el período 2008/2012. Esto atento a que, por un lado, cuatro años es el período de prescripción de la acción penal en los casos de aborto propio y el realizado por terceros con el consentimiento de la mujer, cuando no resulte en la muerte de esta última de conformidad a los arts. 85 inc. 2 y 88 del Cód. Penal³⁵² (con lo cual las causas ya no deberían estar en proceso de instrucción); y por el otro lado, porque los plazos de pena agravada que estipula el código en el art. 85 inc. 1 son para los casos de aborto forzado, y abortos forzados que terminan con la muerte de la mujer, casos que son siempre perseguibles penalmente ya que son siempre expresiones de violencia de género contra las mujeres.

La recolección de datos se efectuó en base al siguiente interrogatorio: a) fecha de inicio de causa/denuncia, b) forma de inicio de denuncia: policial/fiscalía, c) sexo de la persona denunciada, d) estado de la causa y e) en caso de que la instrucción de la causa esté concluida modo, fecha, decreto o sentencia.

Entre las variables a) y d) se puede concluir el plazo de tramitación de la instrucción de cada causa, asimismo de la variable d) se puede concluir el trámite que se le imprimió a la causa, por ejemplo, si se investiga o no y qué criterios se utilizan para hacerlo o no.

Si bien el código de procedimiento de la provincia establece que el sumario es secreto para los extraños³⁵³, también establece como excepción que esto no se aplicará a los abogados que tengan algún interés legítimo, así, los fines de investigación y estadística re-

³⁵² **“ARTÍCULO 85.** - *El que causare un aborto será reprimido:*

1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2° Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”

ARTÍCULO 88. - *Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo cause. La tentativa de la mujer no es punible.”*

³⁵³ Conf. Art. 315 del Código Procesal Penal de la Provincia Ley N° 6203

sultan un interés legítimo y los datos fueron recabados sin mayor inconveniente (sólo en una Fiscalía³⁵⁴ no se obtuvo toda la información requerida, lo cual no obsta a los resultados finales obtenidos).

2. a) *Patrones encontrados*

La base de datos referida a los últimos 20 años, como así también los datos que arroja la recolección efectuada en los últimos 4 años, revelan determinados patrones con respecto a la instrucción penal de las denuncias por aborto:

- **Investigación penal de abortos que no están tipificados como delitos:** Si bien de las causas indagadas en los últimos 20 años, se puede apreciar una notoria falta de uniformidad para caratular las que son por aborto, de todas estas, las que resaltan son sin dudas: **aborto espontáneo (sic) aborto espontáneo, aborto natural, aborto incompleto, aborto en grado de tentativa**, y esto en razón de que desde las mismas formas de caratular se **advierte que no son delitos**³⁵⁵. En efecto, ni el aborto espontáneo puede ser delito como así tampoco la tentativa de la mujer (art 88 Cód. Penal); sin embargo, han sido investigadas e instruidas como si lo fueran y he ahí la ambivalencia con relación a la voluntad punitiva estatal, pues si bien pareciera que no existe, en general, una voluntad de persecución y sanción por el número de causas penales que se inician frente al “número real” de prácticas, tenemos ejemplos como estos, que por otra parte no son casos aislados, pues representan **una constante del 9%** de los casos tota-

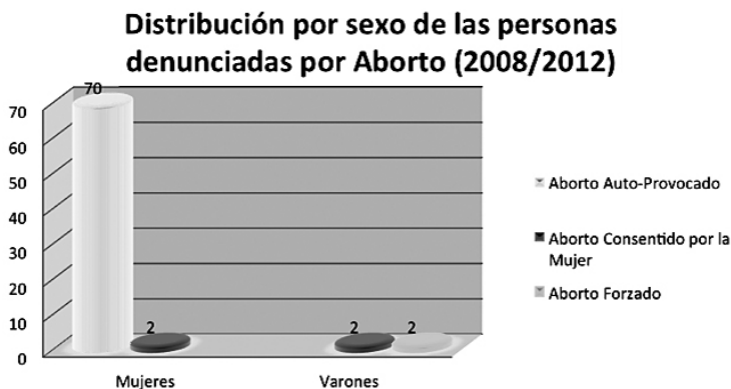
³⁵⁴ Específicamente esto ocurrió en la Fiscalía II, ya que ante al volumen de causas por las cuales se interrogaba, el empleado del mostrador dudó sobre continuar brindando o no la información y acudió a consultar con el Secretario sobre si debía o no brindar la información. El Secretario le ordenó que no dijera más nada, pedimos por tanto una entrevista con el mismo y explicándole los fines de la investigación, decidió sólo facilitar la información relativa al estado de las causas, negándonos las fechas por ejemplo y más detalles sobre los trámites realizados o por realizar y el contenido de los decretos.

³⁵⁵ Este tipo de aborto están expresamente excluidos de punibilidad porque ocurren independientemente de la voluntad de la mujer, es decir son ajenos a la decisión autorreferencial de la mujer de terminar o consentir que un tercero culmine con el proceso gestacional. La tentativa no es punible simplemente porque la mujer continúa en estado de gravidez más allá de que haya intentado o efectuado maniobras tendientes a terminar con el embarazo.

les de abortos a lo largo de los últimos 20 años. Por el **período 2008/2012** este porcentaje en cambio representa un **26.31 %**, ya que son un total de 20 causas sobre un total de 76.

- **Mayoría de denuncias efectuadas ante la policía:** si bien podría intuirse que existen “errores” en la manera de caratular por parte de las fuerzas de seguridad que inician los sumarios (policía), esto no es así ya que esto se observa también en las causas iniciadas ante las mismas fiscalías, aunque en un número menor. De las causas iniciadas por el período 2008/2012, 54 corresponden a denuncias efectuadas ante la policía, mientras que las 22 restantes denuncias son efectuadas ante las mismas fiscalías de instrucción. En el caso particular de los abortos que no son delitos, 15 han sido iniciadas y caratuladas por las fuerzas policiales, mientras que sólo 5 corresponden a las iniciadas ante las fiscalías.
- **Prevalencia de denuncia contra mujeres:** se observa tanto a lo largo de los últimos 20 años como en el período 2008/2012 una prevalencia de denuncia contra mujeres. Así a lo largo de esos 20 años estas están en una relación de un (97% de mujeres) por sobre apenas un 3% de varones, y en el período 2008/2012 la relación es de un **94, 73 %** de mujeres por sobre un **5, 26 %** de varones.
- **Selectividad de la denuncia y la investigación penal:** además de una marcada diferencia de género en la distribución de denuncias nótese que tomando sólo las causas 2008/2012 con un total de 76 causas iniciadas, 70 corresponden a denuncias contra mujeres por aborto auto provocado, mientras que sólo 6 corresponden a denuncias contra terceros, 4 de éstos por la práctica de un aborto con el consentimiento de la mujer mientras que sólo 2 corresponden a abortos forzados o provocados sin el consentimiento de la mujer.
- Es decir, que aquellos terceros que colaboran o facilitan el aborto a mujeres que lo solicitan como las/los profesionales de la salud, partera/os o enfermera/os (en el mejor de los casos, ya que a mayor profesionalidad del interviniente menos son los riesgos para la salud que se enfrentan en un aborto clandestino) o curanderas/os, sólo 4 casos han sido judicializados en los últimos 4 años cuando éstas/éstos se cuentan por cientos, y son uno de los eslabones más beneficiados del negocio montado gracias a la clandestinidad de la práctica.

- Finalmente los casos de aborto forzado son sólo dos, provocados en ambos casos por varones y desarrollados además en un contexto de violencia de género, en donde fueron imputados por otros delitos (amenazas reiteradas y violación de domicilio en un caso y en el otro homicidio calificado en concurso real con aborto).



- **Forma de culminación de los procesos de instrucción:** Las causas del período 2008/2012 en general demuestran un patrón en la forma de tratar los procesos; el “archivo” es la forma más común de “terminar” con los procesos representando un 79% de los casos, mientras que un 15% de las causas continuaban en trámite aún al momento de realizar la investigación, un 5% no tenía ningún tipo de actuación o trámite y apenas el 1% fueron terminadas en sobreseimientos.
- Las únicas causas sobreseídas corresponden a uno de los casos de aborto forzado³⁵⁶, y la otra a la de terceras personas que colaboraron con el aborto voluntario de una mujer³⁵⁷. Las causas que aún continúan en trámite corresponden en su totalidad a las causas por aborto provocado y a dos de personas que realizaron o colaboraron con mujeres que abortaron. Las que se encuentran sin ningún trámite corresponden a las causas de aborto provocado y sólo a una de

³⁵⁶ Causa N° 30403/2008

³⁵⁷ Causa N° 21228/2010

aborto espontáneo. Finalmente, las causas archivadas corresponden en su totalidad a los casos de abortos involuntarios, a 37 causas de abortos provocados, a una por aborto forzado y otra correspondiente a la causa de un tercero que realizó el aborto con el consentimiento de la mujer.

El “archivo” se encuentra regulado en el art. 341 del código procesal penal de la provincia³⁵⁸, y puede proceder tanto a instancias del fiscal como del juez de instrucción. Es una situación procesal particular ya que como advierten Bustillos y Riniero (s/a: 1):

*“(...) el archivo fiscal supone la resolución fundada del representante del Ministerio Público de suspender la etapa de investigación, por considerar que los resultados obtenidos resultan insuficientes para acusar o solicitar el sobreseimiento; no obstante, valga advertir que la figura (...) entiende la posibilidad de incorporar nuevos datos que coadyuven en el esclarecimiento de los hechos. Alberto Binder (1993:220) advierte, que en determinadas situaciones, la investigación penal no arroja suficientes elementos para acusar, ni tampoco la certeza necesaria para pedir una absolución anticipada (sobreseimiento). Ante tales escenarios “existen dos posibilidades, según los códigos: o bien se establece un tiempo límite dentro del cual se debe llegar a uno de los dos estados mencionados – y si no se arriba a ello, necesariamente se sobresee – o bien se permite que la investigación termine de un modo provisional, que implica una clausura provisoria de la investigación o sumario, hasta que se pueda continuar con ella o aparezcan nuevos elementos de prueba” Sin embargo, el referido autor no vacila en advertir que el uso abusivo del archivo fiscal “**implica, de hecho, dejar la investigación en una especie de “limbo”, ya que la persona imputada no llega a saber con precisión cuáles es su verdadera situación***

³⁵⁸ “Art. 341.- ARCHIVO: El fiscal de Instrucción dispondrá, por decreto fundado, el archivo de las actuaciones cuando no se pueda proceder o cuando sea manifiesto que el hecho en ellas contenido no encuadra en una figura penal. En este último caso, si se hubiese imputado a alguna persona, se procederá conforme a lo dispuesto en los artículos 357, segunda parte, y 359 inciso 2. En todos los casos, las partes podrán oponerse a la decisión del fiscal. Cuando medie discrepancia del juez de Instrucción, regirá el artículo 368. El archivo dispuesto por el juez será apelable por el querellante que se haya opuesto. Regirá el artículo 475, y si la decisión del juez fuera revocada, otro fiscal de Instrucción proseguirá la investigación.”

procesal o real". Así pues, el decreto de archivo fiscal debe quedar reducido a aquellos supuestos donde existe alguna posibilidad real y concreta de que la investigación penal sea susceptible de ser reanudada por la incidencia de un ulterior elemento de prueba. De no ser ese el caso, **debe resolverse de modo definitivo, "ya que existe un derecho, también básico, que indica que las personas sometidas a proceso tienen que tener certeza sobre su situación y se debe arribar a una solución definitiva en un plazo razonable". Si existe la plena certeza de que posteriormente no surgirán nuevos elementos de convicción, el acto conclusivo precedente será el sobreseimiento**".

El sobreseimiento³⁵⁹ que puede ser dictado de oficio, cierra irrevocablemente y definitivamente el proceso³⁶⁰ (art. 358 CPPT), situación que difiere diametralmente de lo que ocurre con el archivo³⁶¹, asimismo de conformidad al art. 359 CPPT el sobreseimiento procede cuando **sea evidente**:

"1. Que el hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.

2. Que el hecho no encuadra en una figura penal.

3. Que media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

³⁵⁹ "Art.357.- FACULTAD DE SOBRESEER: El sobreseimiento total o parcial podrá ser dictado de oficio durante la investigación, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 379. En el supuesto previsto en el artículo 359 inciso 4., el sobreseimiento procederá, aun a petición de parte, en cualquier estado del proceso.

En la investigación fiscal, será requerido en forma fundada por el fiscal de Instrucción. En caso de desacuerdo del juez, regirá el artículo 368.

Si hubiese querellante particular, del requerimiento fiscal se le correrá vista. Igual vista se correrá del pedido de sobreseimiento formulado por la defensa en el caso del artículo 359 inciso 4."

³⁶⁰ Art.358.- VALOR: El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta.

³⁶¹ Recientemente este criterio fue reiterado por la Cámara de casación en la causa: Sala I causa n° 43.181/12 "F., M. O. s/ Casación Instrucción 26/155" rta. 9/11/2012, confirmando el criterio de otros fallos similares como por ej.: Sala VI, causa n° 28.073 "Benedetti, Rosa E. s/casación", rta. 21/02/06 y causa n° 36.093 "Ivanich, Ángel". rta. 10/12/08, Sala IV, causa n° 17.547, "Bratch Benegas, Daniel", rta. 28/02/02 y Sala I, causa n° 22.185, "Polverini, Perla M. s/archivo", rta. 3/04/04

4. *Que la acción penal se ha extinguido.*

5. *Que habiendo vencido todos los plazos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas (artículos 346 y 355), no hay suficiente fundamento para elevar la causa a juicio (artículo 363) y no es razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas."*

El hecho de que en ninguna de las causas que fueron archivadas se haya procedido a dictar el sobreseimiento demuestra que las causas abiertas por aborto propio involuntario son consideradas como delitos, a pesar de que en virtud del mismo código penal no lo son en ningún caso, ya que "se espera razonablemente" que aparezcan nuevas pruebas.

La indefinición de la situación procesal de las mujeres denunciadas/imputadas por aborto, sea tanto del inducido como del involuntario, les ocasiona un gravamen que trasciende la existencia misma de la causa penal, lo cual da lugar a una violación al art. 18 de la Constitución Nacional³⁶². Esto sin dudas se proyecta de manera negativa en sus subjetividades y también en sus vidas en relación ya que, al no desvincularlas y clausurar el proceso, no pueden por ejemplo obtener certificados de buena conducta, o bien si piden un certificado de antecedentes penales/policiales surgirá el registro de la causa penal por aborto, lo que por un lado no les permitirá obtener trabajos, y por otro tampoco "despegarse" del hecho por sí doloroso y socialmente mal visto, pues una mujer que aborta responde al estereotipo de una mala mujer, una mujer "desnaturalizada".

Determinado entonces que todos los tipos de abortos que lleguen a conocimiento del poder judicial por medio de denuncias se transforman en causas penales, y que estos son tratados como delitos, a los fines de efectuar un análisis ordenado en este trabajo, se distinguirá cada una de sus instrucciones según la tipificación dada en el código de fondo: 1) Causas ilegalmente instruidas: abor-

³⁶² Debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de toda persona imputada a obtener, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (CSJ, 2000/05/04, "Amadeo de Roth, Angélica L.", La Ley, 2001-A, 514, con nota de Augusto M. Morello - DJ, 2001-1-99 - JA, 2001-IV-674).

tos espontáneos, abortos naturales y tentativa de aborto de la mujer 2) Causas instruidas que tipifican en la figura del aborto propio art 88 Cód. Penal) 3) Causas instruidas por aborto realizado sin el consentimiento de la mujer (figura típica del art. 85 inc. 1) y 4) causas instruidas por aborto provocado por un tercero con el consentimiento de la mujer (Art. 85 inc. 2).

2. b) Causas Ilegalmente Instruidas: Abortos espontáneos, abortos naturales, tentativa de aborto de la mujer: violación de principio de legalidad, de inocencia, víctimas de violación del secreto médico, falta de plazo razonable

Estas resultan ser investigaciones penales ilegales, ya que carecen de una garantía rectora y marco de nuestro derecho penal como lo es la garantía de “legalidad”. Esta garantía se encuentra sintetizada en la máxima “*nullum crimen nulla poena sine proevia lege poenali*”, expresamente receptada en nuestro sistema constitucional por el artículo 18 de la Carta Magna³⁶³, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³⁶⁴ y el art. 9 de la CADH³⁶⁵ que establecen que delito será únicamente aquella

³⁶³ Art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

³⁶⁴ Art. 15: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

³⁶⁵ Art. 9: Principio de Legalidad y de Retroactividad
 “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer

conducta tipificada anteriormente como tal por una ley en sentido formal y material, con alcance general y abstracto.

Asimismo, la garantía de “reserva legal”, que indica que todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido o es legal, se encuentra receptada en el art. 19 de la Constitución Nacional³⁶⁶.

El resultado de combinar ambas garantías es lo que resulta de importancia para estos casos, ya que:

“Los principios de reserva y legalidad penal (nullum crimen sine proevia lege) se proyectan sobre la persecución penal, condicionando su iniciación y subsistencia a que se plantee la hipótesis de un hecho que (...) se encuentre caracterizado como delictivo por la ley sustantiva (...) Funcionan así como una garantía (...) al inicio de la persecución penal, y durante su desenvolvimiento posterior, erigiéndose en obstáculos insalvables respecto a cualquier investigación sobre una persona que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal” (Cafferatta Nores et al 2003:124).

Quedará así también delimitada la órbita de la actuación investigativa y la actividad probatoria de los intervinientes, que no sólo no podrá versar sobre hechos que no sean delictivos, sino que además deberá circunscribirse sólo a éstos y a sus circunstancias jurídicamente relevantes: transponer tales límites con la investigación estatal, comprometerá la zona de libertad del investigado, preservada por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Consecuentemente, los actos de iniciación del proceso deberán señalar expresamente cuál es el delito que se incrimina, es decir el encuadramiento del hecho atribuido en una figu-

pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

³⁶⁶ Artículo 19: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.*

ra penal determinada (argumento de los arts. 8.2.b, CADH y 14.3.a, PIDCP) (...) (Cafferatta Nores, et al 2003:234).

“En el Sistema Interamericano, por su parte: ha establecido que en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo³⁶⁷.”

Asimismo la denuncia penal no puede ser abrevada de cualquier fuente, estos casos poseen una particularidad que hacen que pueda presumirse que no fueron hechos por cualquier persona, como bien se explica en el capítulo pertinente sobre secreto médico, y se asume que un/a profesional de la salud las ha realizado, ya que por ello se tiene la posibilidad técnica de distinguir entre aborto espontáneo o provocado y volcarlo en una denuncia.

En virtud del art. 156 del Código Penal³⁶⁸, la violación del secreto profesional es un delito, mal puede el Estado a partir de un ilícito servirse para someter a investigación a persona alguna, máxime cuando la “noticia criminal” la toma de quien ha acudido a un/a médico/a para salvaguardar su salud o vida. El secreto profesional reconoce su existencia en la protección del derecho a la intimidad; la CIDH ha establecido la estrecha conexión entre el derecho a la integridad y a la intimidad, declarando que la protección a la intimidad incluye *“la protección a la integridad física y moral de la persona y garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo”*³⁶⁹.

El secreto médico no sólo como deber sino también como un derecho de las/los médicos, ha sido tratado en el caso “De La Cruz

³⁶⁷ Caso De la Cruz Flores Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 80, Caso Cfr. Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No 111 párr. 177; y Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107.

³⁶⁸ Art. 156: Será reprimido con multa de \$ 1.500 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

³⁶⁹ Ver caso X e Y c. Argentina, informe núm. 38/96, caso 10.506, sent., 15 octubre 1996, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/11.95, doc.7, rev., 14 marzo 1997, pág. 72, párr. 91.

Flores vs. Perú” del año 2004 por la Corte IDH³⁷⁰ y en el mismo se ha puesto en evidencia que el Estado de Perú violó el principio de legalidad (art. 9 CADH) al vulnerar el secreto médico y pretender servirse de su quebrantamiento para obtener denuncias.

Al respecto es muy ilustrativo el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez del cual se extraen estos párrafos:

“En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no sólo para bien privado, sino también –y quizás ante todo– para bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores. Sobra describir la crisis que traería consigo la subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculpado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión –que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental–, la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo”³⁷¹.

“La idea de que el médico está obligado a atender a todas las personas, por igual, sin entrar en calificaciones acerca de su condición moral o legal, y de que la atención de la salud constituye un deber del facultativo, y simultáneamente un derecho, así como la admisión del secreto médico acerca de las revelaciones del paciente, vienen de tiempo atrás y se han asentado con firmeza en varios de los más notables ins-

³⁷⁰ Caso De la Cruz Flores Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115. Véase puntos resolutivos

³⁷¹ Ídem nota 253 párr. 9 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

*trumentos ético-jurídicos de esa profesión, que contemplan, entre otros extremos, las particularidades de la relación entre médico y paciente y las características de la lealtad que aquél debe a éste (...)*³⁷².

De la misma forma, el Comité de Derechos Humanos recomendó que las legislaciones deben adecuarse para proteger el secreto médico³⁷³.

En los casos de examen las/los facultativas/os violaron su deber de confidencialidad y lealtad a la que hace referencia García Ramírez en su voto, si bien no por orden del Estado, con la aquiescencia de éste, pues es el Estado el que tolera, no castiga las delaciones (no existe una investigación penal por violación de secreto profesional) y hasta se aprovecha de estas prácticas ilegales para dar curso a las investigaciones penales, dando lugar a violaciones de derechos humanos de mujeres que permanecieron ilegalmente investigadas en un promedio de tiempo no menor a seis meses, con todo lo que ello implica, y que inclusive aún no han podido ser desvinculadas de las causas, pues permanecen en el “limbo” del archivo.

Estas causas no debieron por tanto instruirse bajo ningún concepto, sin embargo las mujeres denunciadas permanecieron bajo investigación por períodos de tiempo que van desde los 15 días hasta los 4 años inclusive, es decir el tiempo de prescripción de la acción penal, si se tratase de los casos tipificados en el art. 88 del Cód. Penal.

El código procesal penal marca un plazo de dos meses para concluir la investigación una vez recibida la declaración de la persona imputada, plazo que puede ser ampliado por el doble de tiempo si así es solicitado y fundamentado ante el juez de instrucción³⁷⁴ en los casos de delitos complejos. Sin embargo, nada dice de las causas en las cuales no hay citación como imputada y la investigación prosigue en el tiempo.

³⁷² Ibídem párr.10.

³⁷³ U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.104 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, (1999)

³⁷⁴ Art.346.- “DURACIÓN. La investigación fiscal deberá practicarse en el plazo de dos (2) meses a contar de la declaración de imputado. Si resultase insuficiente, el fiscal podrá solicitar prórroga al juez de Instrucción, quien podrá acordarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá ampliarse hasta por ocho (8) meses más.”

Es claro, sin embargo, que como proyección de los principios de estado de inocencia, legalidad y reserva, el Estado no puede continuar indagando *sine die* en la privacidad de una persona denunciada. Máxime cuando en las causas por aborto, en general, se juegan como en ningún otro caso cuestiones estrechamente vinculadas a la vida, salud, intimidad, sexualidad y vida familiar de las mujeres, esferas de la vida privada que tienen una particular afectación por el sólo hecho de ser mujeres³⁷⁵ y que merecen protección de conformidad a los art. 11 de la CADH³⁷⁶ y al art. 17 inc.1 del PIDCP³⁷⁷.

No se analiza en este acápite si los plazos de investigación son “razonables” toda vez que esto no existe cuando nos referimos a procesos de investigación ilegal, tal como lo ha establecido la misma Corte IDH³⁷⁸. Sin embargo en el gráfico a continuación pueden verse los plazos por los cuales se han tramitado las causas y notar que sólo dos de las causas han tramitado hasta el archivo en el plazo que marca el código procesal penal; las catorce restantes de las cuales se tienen datos, exceden ese período.

³⁷⁵ Véase el capítulo de este trabajo dedicado a los estándares de derecho internacional en materia de criminalización de aborto, en particular el apartado sobre el Comité de CEDAW y el Comité de DESC.

³⁷⁶ Artículo 11. “*Protección de la Honra y de la Dignidad*”

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

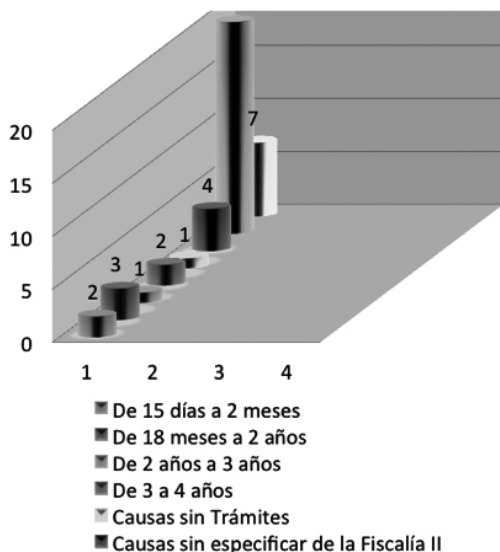
2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

³⁷⁷ Art. 17 inc. 1: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

³⁷⁸ Mutatis mutandi la misma Corte IDH se refirió en términos similares en los casos de detención ilegal: “*Por otra parte, el artículo 7.5 de la Convención Americana establece que la persona detenida “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Toda vez que la detención del señor Acosta Calderón se convirtió en arbitraria, el Tribunal no considera necesario entrar a considerar si el tiempo transcurrido entre su detención y la sentencia definitiva sobrepasó los límites de lo razonable”* (Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C caso Nº 129 Párr. 82, de la misma manera Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador Sentencia de 21 de noviembre de 2007)

Plazos de Instrucción de Causas por Aborto que no son delitos: período 2008/2012



Este tipo de accionar punitivo del Estado está impregnado de una lógica inquisitorial, pues a pesar de que no existe delito de aborto involuntario, “por las dudas” se investiga. ¿Qué razón legítima, concordante con un estado de derecho, puede alegar quien dirige la investigación penal para mantener bajo sospecha/investigación a alguien denunciado por un delito inexistente que se anuncia como tal desde la manera “de caratular” la denuncia?

El escenario que nos queda, entonces, es el de una situación de vulneración gravísima a un conjunto de garantías básicas como no ocurre con otros hechos. Pensemos, un momento siquiera, en cómo se han desarrollado las génesis de estas instrucciones penales: mujeres que ante la pérdida de un embarazo, concurren a atenderse a un servicio de salud y quienes allí las atienden no creen o bien sospechan de sus aseveraciones y de su situación de aborto involuntario. Ante ello y sin más, deciden denunciarlas, aún a costa del deber profesional de guardar secreto y de las obligaciones para con sus pacientes. De los 20 casos, 13 corresponden a denuncias efectuadas ante la policía, mientras que otras 7 son hechas ante las mismas fiscalías.

Los decretos de las causas no sólo reafirman que los abortos fueron espontáneos, sino que estas mujeres fueron víctimas de violencia institucional³⁷⁹ no sólo por parte del sistema de salud, sino también por parte del poder judicial: “surge del informe forense que el feto falleció en forma natural intrauterina”³⁸⁰; “informe médico forense de aborto espontáneo”³⁸¹; “porque según surge del informe del médico forense el feto nació muerto sin signos compatibles con aborto”³⁸². Es decir, fueron re victimizadas y sometidas a estudios médicos, peritajes innecesarios y ultrajantes para cualquier mujer que ha pasado por una situación semejante.

En todas estas causas, en los decretos por los cuales se archiva se destaca de manera similar y coincidente que: “no se cometió delito”³⁸³, “no surgen elementos suficientes para sostener que se haya cometido el hecho delictivo”³⁸⁴; “no puede establecerse comisión de

³⁷⁹ Un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Art. 3: - “Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a: a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones; b) La salud, la educación y la seguridad personal; c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; d) Que se respete su dignidad; e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; g) Recibir información y asesoramiento adecuado; h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;

Art. 6: Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes (...) b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil (...)

³⁸⁰ Causa: 23072/2010

³⁸¹ Causa: 13889/2012

³⁸² Causa: 11777/2012

³⁸³ Causa: 16962/2010

³⁸⁴ Causa: 21034/2008

*ilícito penal*³⁸⁵; “*no encuadra en una figura penal*”³⁸⁶; “*porque no tipifica en figura penal;*”³⁸⁷ o “*por falta de tipificación penal*”³⁸⁸.

2. c). Causas Instruidas que tipifican en la figura del aborto propio (Art. 88 Cód. Penal)

Estas causas, por el contrario de las mencionadas anteriormente, si se encuentran tipificadas por el Código Penal. En esta franja de causas es donde se encuentran las que aún tienen trámite y la mayoría de las que no han tenido ningún tipo de movimiento. Un 76 % de estas causas han sido archivadas. Los decretos de archivo explican esto de diversas maneras: “*porque no se cometió delito*”³⁸⁹; “*porque no surge hecho delictuoso*”³⁹⁰; “*sin prueba*”³⁹¹; “*por falta de elementos probatorios*”³⁹²; o “*por falta de marco probatorio*”³⁹³; “*porque no encuadra en una figura legal*”³⁹⁴; “*porque no surgen elementos de convicción para atribuir comportamiento punible a persona alguna*”³⁹⁵; “*porque no se encuentra a persona que pudiera responder penalmente*”³⁹⁶; “*los fetos estaban muertos sin signos compatibles con aborto*”³⁹⁷; “*por falta de mérito y prueba*”³⁹⁸; “*por falta de elementos para investigar*”³⁹⁹; “*por no ser conducta típica*”⁴⁰⁰; “*en virtud del art. 332 del CPPT*”⁴⁰¹; “*en virtud del 335 C.P.P.*”⁴⁰² (que es

385 Causa: 37098/2010

386 Causa: 11304/2008, 14344/2008, 26547/2010, 23360/2011 y 9921/2011

387 Causa: 7337/2011, 6430/2011 y 11225/2012

388 Causa: 3607/2011.

389 Causa Nº 21492/2010

390 Causas Nº 2384/2012 y 10583/2012

391 Causa Nº 15767/2008

392 Causas Nº 18153/2008, 11551/2008, 13678/2008

393 Causas Nº 4485/2012, 32213/2011, 23036/2012

394 Causa Nº 25704/2010

395 Causas Nº 26884/2008, 21047/2008, 5081/2010

396 Causa Nº 1925/2011

397 Causa Nº 2655/2012

398 Causas Nº 38272/2011, 38268/2011

399 Causas Nº 15634/2008

400 Causa Nº 14321/2012

401 Causas Nº 19995/2008, 21678/2008, 7448/2009, 13467/2009, 33730/2008

402 Causas Nº 19212/2010, 19151/2010

el actual art. 341, al que también hacen referencia las causas más recientes)⁴⁰³, “*porque no se pudieron determinar las causas por las que falleció el feto*”⁴⁰⁴; “*porque no se encuentran reunidos los elementos objetivos ni subjetivos que tipifican el delito*”⁴⁰⁵.

De las especificaciones brindadas sobre el archivo de las causas, de al menos una surgió lo que nos remite al peor efecto de la clandestinidad: la muerte de una denunciada como consecuencia del aborto inseguro al que se había sometido⁴⁰⁶. También que la práctica no distingue edades: otra de las acusadas al momento del archivo de su causa (8 meses después de iniciada) tenía apenas 14 años⁴⁰⁷.

De las causas en trámite, que corresponden a un 15% del total, tienen diligencias pendientes varias, pero al menos en una causa se había dictado el auto de cese de prisión de la acusada⁴⁰⁸, mostrando que la privación de la libertad en los casos de aborto no es una mera amenaza formal.

Entre las diligencias llamativas efectuadas por las fiscalías figuran por ejemplo el envío al Registro Civil de un oficio de “*inscripción de la defunción de feto NN*”⁴⁰⁹, mientras que en otro se solicita que se efectúe el “*reconocimiento del feto en la morgue judicial*”⁴¹⁰. Estos actos que se le aplican al embrión/feto como si se tratase de un caso de homicidio y no un aborto, son los que marcan pauta sobre la “*personificación*” que se hace de estos cuando ello no corresponde, en virtud de normativa como la del art. 74 del Código Civil⁴¹¹.

Otro de los decretos de actuación en una de las causas revela también la profunda vulnerabilidad socio-económica de las muje-

⁴⁰³ Causas N° 13795/2010, 27291/2010, 18584/2008, 24094/2011, 1568/2012

⁴⁰⁴ Causa N° 23343/2011

⁴⁰⁵ Causas N° 8126/2008, 18282/2010

⁴⁰⁶ Causa N° 35280/2009

⁴⁰⁷ Causa N° 5289/2010. La causa plantea un interrogante, ya que si al momento del archivo constataron su inimputabilidad, puede (cómo hipótesis) que al momento del embarazo haya tenido 13 años, con lo cual por la edad también es posible que ese haya sido producto de un abuso sexual (a esa edad es irrelevante el consentimiento) y por tanto el aborto se enmarcara dentro de los permitidos por el art. 86 inc.2

⁴⁰⁸ Causa N° 37618/2008

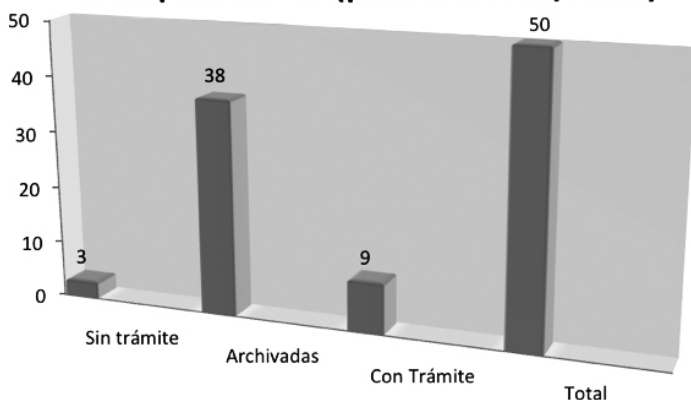
⁴⁰⁹ Causa N° 3222/2012

⁴¹⁰ Causa N° 10167/2012 y en sentido similar Causa N° 7668/2010

⁴¹¹ Art. 74 Cód. Civil: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido”

res que quedan atrapadas en el sistema punitivo, pues *“se oficia a Medicina Legal que remita el examen al laboratorio toxicológico para que remita la pericia a un tallo de perejil”*⁴¹². El método de introducir perejil en la vagina y tomar infusión del mismo es uno de los métodos más inseguros y peligrosos para abortar que utilizan las mujeres de las clases populares de la provincia y al cual se ha referido también Disatnik (véase la introducción de este trabajo).

Estado Procesal de las Causas por Aborto Autoprovocado (período 2008/2012)



De los decretos de archivo, surgen frecuentemente los obstáculos persecutorios que encuentran este tipo de causas en el marco de un proceso penal que sea respetuoso de las garantías, y esto por las características mismas del aborto: se efectúa en ámbitos privados y en el mismo cuerpo de la mujer, con lo cual éste termina constituyéndose a veces en la única prueba de la realización de un aborto. El principio de inocencia y el derecho de defensa (art. 18 CN, art. 8.2, inc. g CADH⁴¹³;

⁴¹² Causa N° 10359/2010

⁴¹³ Artículo 8. *“Garantías Judiciales: (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...)g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”*

art. 14.2, PIDCP⁴¹⁴) contienen expresamente la prohibición de “auto incriminación”:

“(…) para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del derecho a ser oído, (como parte integrante del derecho de defensa) la Constitución Nacional ha prohibido toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar. Esta es la verdadera ubicación sistemática de la regla que prevé que ‘nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo’ y suprime para siempre ‘toda especie de tormento’ (CN, 18): constituye al imputado como órgano eventual de información o transmisión de conocimiento, en sujeto incoercible del procedimiento, cuya libertad de decisión en este sentido debe ser respetada” (Maier 1999:563).

La prohibición de declarar contra sí misma, no se reduce a la confesión, también es un principio que se extiende a las demostraciones corporales de culpabilidad, cuando estas demostraciones no son producto de la decisión libre de la mujer ya sea en el proceso, como en etapas concomitantes o anteriores:

“En cuanto respecta a las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención Americana, observa el Tribunal que si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (artículo 8.3), a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata”⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Art. 14 (...) inc. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (...)

⁴¹⁵ Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Sentencia del 27 de noviembre de 2003 Serie C N° 103. Párr. 120

Al respecto en un caso de aborto el Tribunal Supremo de la Provincia de Formosa⁴¹⁶ resolvió confirmando la nulidad de las actuaciones procesales del caso por haberse efectuado en violación de la prohibición de auto incriminación:

“(...) las manifestaciones de la imputada y la evidencia de los rastros corporales del delito constituyeron una consecuencia directa de su necesidad de asistencia médica, que no puede ser utilizada como medio oponible de transmisión del conocimiento a la autoridad policial, es decir, como elemento que posibilite el despliegue de la actividad estatal persecutoria. Ello pues, ese conocimiento fue adquirido sin que la persona involucrada pudiera optar libremente entre publicar su acción delictiva o no hacerlo. Esa determinación se hallaba compelida por su necesidad vital”.

“La imputada fue la única fuente de transmisión de conocimiento de la actividad ilícita, que ha aportado la información relevante del caso involuntariamente al exhibir su corporalidad y explicar la presunta causa, sin otra opción que el riesgo cierto de la afectación grave de su salud o incluso, su vida, a un médico que, no obstante su calidad de funcionario público, tenía como misión fundamental prestarle su auxilio”⁴¹⁷.

Hemos visto que no pueden instruirse causas en base a la violación del secreto médico, y que el deber de secreto no distingue sobre la atención post-aborto. Que expertos internacionales inclusive han calificado de manera coincidente que la posibilidad de que se instruyan causas con la violación del secreto puede llegar a constituir tortura o trato cruel, inhumano y degradante, a la vez que viole el derecho a la salud de las mujeres que rehúsan recibir atención médica por el temor a ser denunciadas⁴¹⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que:

“La garantía constitucional de defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de

⁴¹⁶ V., S. V., s/aborto - Fallo N° 3388/09 - S.T.J. - Sec. De Recursos

⁴¹⁷ Voto de la Dra. Arminda del Carmen Colman, considerando IX.

⁴¹⁸ Véase el capítulo de este trabajo relativo a mecanismos extra convencionales.

*un plazo razonable (Fallos: 287:248; 289:181; 305:913, entre muchos otros), pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e irreparable perjuicio de quienes los invocan*⁴¹⁹.

Para determinar cuándo un “plazo es razonable” la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencialmente determinados estándares:

*“El artículo 8.1 de la Convención Americana establece como uno de los elementos del debido proceso que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. Al respecto, la Corte ha considerado preciso tomar en cuenta varios elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. No obstante, la pertinencia de aplicar esos criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias de cada caso*⁴²⁰.

*“La razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito y termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme*⁴²¹.

Los plazos observados en este tipo de caso arrojan como resultados que: sólo en un 14 % resultaron tramitados (al menos hasta el ar-

⁴¹⁹ CSJN A, 210, XLIX del 22 de mayo de 2013. Considerando 4º.

⁴²⁰ Caso “Anzualdo Castro vs. Perú” Sentencia de 22 de septiembre de 2009 Serie C Caso N° 202 Párr. 156. (En el mismo sentido Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia Sentencia de 27 de noviembre de 2008; Caso Bayarri vs. Argentina Sentencia de 30 de octubre de 2008, Caso Familia Barrios vs. Venezuela Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Caso Forneron e hija vs. Argentina Sentencia de 27 de abril de 2012, Caso Furlán y Familiares vs. Argentina Sentencia de 31 de agosto de 2012)

⁴²¹ Caso “Caso Baldeón García Vs. Perú” Sentencia de 6 de Abril de 2006 Serie C Caso N° 147 Párr. 150

chivo) en el plazo establecido por el Código Procesal Penal, mientras que en un 80% exceden ese plazo. Del 6 % restante no se tienen datos.

Siguiendo entonces las pautas delineadas por la Corte IDH, si se tiene en cuenta que las causas no son complejas, hay una sola persona denunciada, no hay querellas, la instancia sólo depende del impulso de la fiscalía, y la afectación que se le ocasiona a una mujer sometida a un proceso que no culmina de manera definitiva con el archivo, y le provoca el gravamen continuo de no poder desvincularse de una causa penal, que la fuerza a recordar un hecho privado y doloroso por la inseguridad y clandestinidad que lo rodea y se ha socializado de la forma más estigmatizante como es un proceso penal; se puede concluir que la mayoría de las causas no son tramitadas en un “plazo razonable”.

Plazos de instrucción de las causas por aborto propio. Período 2008/2012



2. d) Causas Instruidas por Aborto en Contra de la Voluntad de la Mujer Gestante (Art 85 inc. 1)

Sólo dos causas corresponden a abortos forzados, con un plazo de tramitación de dos años en la que culminó en sobreseimiento⁴²², y de 10 meses en la que fue archivada⁴²³ por ausencia de pruebas.

⁴²² Causa N° 30403/2008

⁴²³ Causa N° 14420/2009

Si bien el aborto forzado es un acto de violencia de género, es destacable que ambas causas se desarrollaron en ese contexto, pues los abortos fueron provocados en el marco de la realización de otros actos de violencia hacia las víctimas: la causa sobreseída se realizó en concurso ideal con el “homicidio agravado” de la mujer y en la causa archivada por falta de marco probatorio se denunció también violación de domicilio y amenazas.

2. e) *Causas Instruidas contra Terceros por Aborto Provocado con el Consentimiento de la Mujer (art. 85)*

Estas causas son sólo cuatro, dos se encontraban en trámite ante los juzgados de instrucción⁴²⁴, una había sido archivada por prescripción de la acción penal⁴²⁵ y la restante fue sobreseída⁴²⁶. Las causas en trámite llevaban cuatro y tres años de trámite respectivamente, mientras que las otras dos lo hicieron en períodos menores a 6 meses.

Estas causas muestran la característica de que son varias las personas denunciadas, se desconoce si entre éstas hay profesionales de la salud o no, ya que otra consecuencia de la ilegalidad de la práctica es que quienes practican abortos a solicitud muchas veces no son médico/as, por lo cual, los riesgos para las mujeres se multiplican, porque acuden a personas sin la preparación técnica, ante la imposibilidad de costearse un profesional de la salud, que por la ilegalidad de la práctica y la posibilidad de ser inhabilitados (art. 86 1º párr.), cobran cifras imposibles de pagar para la mayoría de éstas⁴²⁷.

El Relator Especial sobre el Derecho toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental resalta que la criminalización no sólo afecta a las mujeres, sino también a las personas que realizan abortos, sean o no médicos, y recomienda que estos/as tampoco sean criminalizado/as, a la vez que recuerda que tampoco podrían serlo en virtud de que no podría utilizarse con-

⁴²⁴ Causa N° 11098/12 y 19006/08

⁴²⁵ Causa N° 12543/2011 (el hecho denunciado se había producido en el año 2001)

⁴²⁶ Causa N° 21228/2010

⁴²⁷ Si bien en los últimos años se ha difundido el uso del misoprostol para abortar (Carbajal, 2010:6) el costo económico de una caja va desde los \$300 a los \$400, pero el acceso y las formas de utilización aún están lejos de popularizarse de manera masiva, mientras que el costo aproximado de un aborto quirúrgico con la participación de un profesional de la salud ronda actualmente entre los \$ 2.000 y \$3000 pesos.

tra ello/as las pruebas obtenidas en violación de la prohibición de auto incriminación de las mujeres que abortaron⁴²⁸.

3. Conclusiones

No hay pieza dentro del sistema de género que demuestre hasta qué punto el derecho ordena a este, que el del tipificar como delito el aborto, pues en efecto, implica imponer la maternidad como destino, el embarazo y el maternaje forzados bajo amenaza de la privación de la libertad. La amenaza más grave que le puede caber a cualquier persona dentro de un Estado de Derecho, ya que por un lado se utiliza el derecho penal, arma siempre de última ratio y por el otro, porque las penas que se imponen hace que la posibilidad de ser privada de la libertad sea concreta.

El orden de criminalización que se configura es claramente de tipo sexista⁴²⁹, clasista y sobre todo violento. Porque para mantenerse necesita de altas dosis de violencia sobre las mujeres, pues hacer del aborto sólo una política criminal más del Estado es ordenarle a todas las mujeres bajo su jurisdicción que siempre se debe ser madre, que siempre es deseable y exigible que lo sean. Funciona como una denegación tácita de ciudadanía porque los ordenamientos que castigan el aborto, reducen a las mujeres a meros receptáculos para reproducir la especie, a la vez que les niegan la facultad básica de discernir si quieren o no ser madres, toda vez que el Estado ya decidió por ellas.

El sistema nos muestra su sexismo y clasismo también porque va dirigido invariablemente hacia las mujeres, las responsabiliza de manera exclusiva por el resultado del ejercicio de su sexualidad, cosa que no sucede con los varones en ningún caso, a la par de que sólo responderán penalmente aquellas que por razones socio-económicas no puedan procurarse la impunidad de un aborto realizado en condiciones seguras sin el riesgo de ser denunciadas.

⁴²⁸ Véase el capítulo sobre mecanismos extraconvencionales, en este mismo libro

⁴²⁹ Alda Facio enseña que: *“El sexismo es la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, creencia que resulta en una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. Estos privilegios descansan en mantener al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función “natural” y única”* (FACIO, 1999).

Se forma así un circuito perverso en el cual, por los costos que entraña una práctica clandestina segura, sólo las mujeres pobres acuden desesperadas a métodos inseguros pero a su alcance, los cuáles provocan que terminen en centros de atención médica públicos para salvar sus vidas, desde donde son denunciadas penalmente y encausadas. La injusticia social planteada por este sistema nos “dice quien está incluido en y quien excluido del círculo de los que tienen derecho a una justa distribución y al reconocimiento mutuo” (Fraser 2008:42) lo que hace que sea incompatible en un sistema democrático.

Así el derecho internacional de los derechos humanos llama a los Estados a despenalizar el aborto atento a las múltiples violaciones a los derechos humanos de las mujeres que ocasiona este tipo de regímenes. Si bien el derecho a la salud ha tenido mayor desarrollo, las dimensiones de autonomía e igualdad han tomado mayor relevancia, de la misma manera que el desarrollo del derecho humano de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, colocando al Estado argentino en una situación de responsabilidad internacional, pues las múltiples violaciones a diferentes derechos humanos que origina la penalización no han sido prevenidas, reparadas ni siquiera aminoradas por ninguno de los poderes estatales.

Recordando además que hasta ahora la prohibición del aborto no ha solucionado ni la morbi-mortalidad materna, ni la cantidad de abortos que se realizan y sólo ha contribuido a vulnerar sistemáticamente los derechos humanos de cientos de mujeres y adolescentes.

Bibliografía

BASCARY, Lourdes (2012) “Aborto legal, seguro y gratuito: las consecuencias de la falta de debate” En *“Derechos Humanos en Argentina”* Informe 2012 del CELS – 1a ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, ISBN 978-987-629-215-3 Disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Informe2012.pdf>

BERGALLO, Paola (Compiladora) (2011) “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate” En *“Aborto y Justicia Reproductiva”*; 1ª Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores Del Puerto.

BIRGIN Haydée (Compiladora) (2000) “Prólogo” En *“Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal”*, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Buenos Aires: Editorial Biblos ISBN: 950-786-259-5.

BUSTILLOS, Lorenzo y RIONERO, Giovanni; (s/a) “Decreto de archivo fiscal” disponible en: <http://www.derechopenalenlared.com/docs/archivofiscallg.pdf>

CAFERATTA NORES, José I., Jorge MONTERO, Víctor M. VÉLEZ, Carlos F. FERRER, Marcelo NOVILLO CORVALÁN, Fabián BALCARCE, Maximiliano HAIIRABEDIÁN, María Susana FRASCAROLI, Gustavo A. AROCENA, (2003) *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. Universidad Nacional de Córdoba.

CARBAJAL, Mariana (2009) *“El aborto en debate, Aportes para una discusión pendiente”* Ed. Paidós. I.S.B.N: 978-950-12-4555-4.

CEJIL (Center for Justice and International Law) (2012) *“Sumarios de Jurisprudencia / Salud y Derechos Reproductivos”* Liliana Tojo, Compiladora, Buenos Aires, Argentina.

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010) Hoja Informativa: “Aborto y Derechos Humanos” Disponible en: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRBAborto%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>

CHANETON, July y VACAREZZA, Nayla; (2011) *“La intemperie y lo intempestivo (Experiencias del aborto voluntario en el relato de mujeres y varones)”*, 1ª ed. Buenos Aires. Editorial Marea.

COOK, Rebecca; Bernard M. Dickens y Mahmoud F. Fathalla, (2003) “Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho”, Oxford.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007) “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas” (OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68) ISBN 0-8270-5074-7

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos” (OEA documentos oficiales; OEA/Ser. L/V/II.Doc. 69) ISBN 978-0-8270-5461-5.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación” (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60) ISBN 978-0-8270-5725-8.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde

una Perspectiva de Derechos Humanos” (OEA documentos oficiales; OEA Ser. L/V/II. Doc.61) ISBN 978-0-8270-5710-4.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud” (OEA documentos oficiales; OEA/Ser. L/V/II. Doc.65) ISBN 978-0-8270-5825-5.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “El Trabajo, la Educación y los Recursos de las Mujeres: La Ruta hacia la Igualdad en la Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (OEA documentos oficiales; OEA Ser. L/V/II.143 Doc.59) ISBN 978-0-8270-5706-7.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica” (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II. Doc.63) ISBN 978-0-8270-5722-7.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación” (OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II.143 Doc.60) ISBN 978-0-8270-5725-8.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE LA MUJER (2012) “Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará” (MESECVI) (OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L) ISBN 978-0-8270-5777-7

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER “Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” CEDAW/C/GC/28 del 16 de diciembre de 2010.

COURTIS, Christian (2010) “La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer” en *“Derechos de las Mujeres en el Derecho Internacional” /Cuaderno de Género, Derecho y Justicia*, Fontamara, Juan A. Cruz Parceros, Rodolfo Vázquez (Coordinadores). México.

DISATNIK, Hilda; Sofía MÁRQUEZ, Elsa COLQUI, y Susana DEMARTINIS (2011) *“Anticoncepción y Aborto la Lucha por la Legalización del Aborto”* (Transcripción textual de la Mesa Redonda “Anticoncepción y Aborto. La lucha por la legalización del aborto”, realizada el 27.11.10 en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA)

Ediciones del Instituto Marxista-Leninista-Maoista de la Argentina. Disponible en: http://www.pcr.org.ar/sites/default/files/archivos_notas/aborto-liviano.pdf

FAUNDES, Aníbal (2011) *“El drama del aborto: en busca de un consenso”* / Aníbal FAUNDES y José BARZELATTO – 1ª ed.- Buenos Aires: Paidós.

FACIO MONTEJO, Alda. (1999) *“Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”*, ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, 3ª. Ed, San José, Costa Rica.

FACIO, Alda y Lorena FRIES Editoras (1999) *“Género y Derecho”* Colección Contraseña, Estudios de Género, American University, Washington College of Law, La Morada, LOM Ediciones. 1ª Edición, Santiago de Chile, Chile I.S.B.N: 952-822-249

FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2011) *“Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”* Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, pp. 531 - 622. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

FRASER Nancy (2008) *“Escalas de Justicia”* traducción de Antoni Martínez Riu. Editorial Herder. Barcelona ISBN 978-84-254-2546-2.

GARGARELLA, Roberto; MIELNIK David (2008) *“Mapa Judicial sobre el Aborto en la Argentina. Un relevamiento de las tendencias judiciales prevalecientes en los tribunales del país”*. Disponible en: http://www.mujeresdelsur.org/sitio/images/descargas/mapa_judicial_sobre_el_aborto_en_la_argentina%5B1%5D.pdf

HITTERS, Juan Carlos (2009) *“Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”* Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

HOPP, Cecilia M. (2012) *“Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate”* *Revista Derecho Penal* Año I - N° 2 - Septiembre Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

HUMAN RIGHTS WATCH (2005) Informe: *“Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina”*, informe fue redactado por Janet Walsh, directora ejecutiva activa de la División de Derechos de las Mujeres, y Marianne Mollmann, investigadora de la División de Derechos de las Mujeres, Julio. Disponible en: www.hrw.org/women/

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2008) "Los derechos reproductivos son derechos humanos" Alda Facio (autora) /Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R.: IIDH. ISBN 978-9968-917-77-3

IPAS (2012) "La mortalidad materna, el embarazo no deseado y el aborto en documentos del sistema internacional sobre los derechos humanos. Primera parte: Textos de tratados, comités de monitoreo de tratados, relatores especiales, cortes de derechos humanos y comisiones de la ONU". Chapel Hill, Carolina del Norte: Ipas.

IPAS (2012) "La mortalidad materna, el embarazo no deseado y el aborto en documentos del sistema internacional sobre los derechos humanos. Segunda parte: Observaciones finales de comités de monitoreo de tratados, grupos de trabajo para los exámenes periódicos universales, comisiones y cortes de derechos humanos y relatores especiales". Chapel Hill, Carolina del Norte: Ipas.

IPAS (2012) "La mortalidad materna, el embarazo no deseado y el aborto en documentos del sistema internacional sobre los derechos humanos. Tercera parte: Observaciones finales de comités de monitoreo de tratados, grupos de trabajo para los exámenes periódicos universales, comisiones y cortes de derechos humanos y relatores especiales (a los gobiernos a-j)" Chapel Hill, Carolina del Norte: Ipas.

LAMM, Eleonora (2008) "Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres". Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/11421>

MAIER, Julio (1999) "*Derecho Procesal Penal*", Tomo I, Fundamentos, segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires.

MARIO, Silvia y PANTELIDES Edith Alejandra (2009) "Estimaciones del aborto inducido en Argentina" / *Revista Nota de Población* N° 87 CEPAL. Disponible en: www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-p_4pdf.

MARTÍN, Claudia (2004) "La Corte Interamericana de Derechos Humanos, funciones y competencias" en "*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*" de MARTÍN Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José; Compiladores, Universidad Iberoamericana A. C., Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario Washington College of Law, American University. Distribuciones Fontamara 1ª edición, ISBN

MEDINA QUIROGA, Cecilia (2003) "*La Convención Americana: teoría y jurisprudencia Vida, integridad personal, libertad personal,*

debido proceso y recurso judicial” Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho- Universidad de Chile.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2005) “Derechos Civiles y Políticos: El Comité de Derechos Humanos, Folleto Informativo n° 15”, Ginebra ISSN 1014-5567 GE.04-436744,650 disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1sp.pdf>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2007) “El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Introducción a los tratados fundamentales de derechos humanos y a los órganos creados en virtud de tratados. Folleto Informativo N° 30”, Ginebra ISSN 1014-5613 GE.05-416964.490 disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30rev.1sp.pdf>

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE SALUD (2007) “Salud en las Américas”, Volumen I – Regional, Publicación Científica y Técnica No 662. Disponible en: <http://www.paho.org/hia/vol1regionalcap2.html>.

PITCH, Tamer (2009) “El Aborto” en *“El Género en el Derecho. Ensayos críticos”* Serie Justicia y Derechos Humanos Neo constitucionalismo y Sociedad, Santamaría Ávila, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares Comp. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. I.S.B.N: 978-9978-92-786-1.

POCHAK, Andrea (2011) “La despenalización del aborto en la Argentina” En *“Derechos humanos en Argentina. Informe 2011”* del CELS - 1a ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. ISBN 978-987-629-165-1 Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS_FINAL_2011.pdf

RODRÍGUEZ, Marcela V. (1997) “Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio”, en *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Ed Del Puerto.

ROMERO, Mariana; ABALOS, Edgardo; RAMOS, Silvina (2013) “La situación de la mortalidad materna en Argentina y el Objetivo de Desarrollo del Milenio 5- OSSYR. Hojas informativas. Disponible en: https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.ossyr.org.ar%2Fpdf%2Fhojas_informativas%2Fhoja_8.pdf

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010) *“Obligaciones internacionales y Control de Convencionalidad Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1 ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

SANTAMARÍA ÁVILA, Ramiro, SALGADO Judith y VALLADARES, Lola; Comp. (2009) “*El Género en el Derecho. Ensayos críticos*”, Serie Justicia y Derechos Humanos Neo constitucionalismo y Sociedad Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. I.S.B.N: 978-9978-92-786-1.

SYMINGTON, Alison (2004) “Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica” de Association for women’s rights in development (AWID), *Revista de Derechos de las mujeres y cambio económico*, No. 9

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA (2006) “Persona, vida y aborto. Aspectos Jurídicos” Foro UCA Vida y Familia disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/persona-vida-aborto.pdf>

WHO (World Health Organization) (1992) “The prevention and management of unsafe abortion”, informe del Technical Working Group, Ginebra.

ZAMPAS, Cristina y TODD-GHER, Jaime; (2011) “El aborto como un derecho humano: estándares regionales e internacionales” en “*El aborto y Justicia Reproductiva*” compilado por Paola BERGALLO. 1º Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.

ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2012) “Aborto y Derechos Humanos” en *Revista de Derecho de Valdivia*, Volumen XXIV, Nº 2.

Otras Fuentes:

ONU: www.ohchr.org

CIDH: www.oas.org/es/cidh

CORTE IDH: www.corteidh.or.cr

ADC: www.adc.org.ar

CELS: www.cels.org.ar

HRW: www.hrw.org

INFOLEG: www.infoleg.gov.ar

IPAS: www.ipas.org

LESBIANAS Y FEMINISTAS POR LA DESCriminalIZACIÓN DEL ABORTO: <http://abortoconpastillas.info>

POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO: www.despenalizacion.org.ar

La objeción de conciencia como herramienta de mayorías⁴³⁰

Soledad Deza

“Nuestro cuerpo es obra nuestra y de otros. Es fuente de elecciones y presiones sociales. Es belleza y fealdad. Es miedo y libertad. Por eso en la historia de nuestro cuerpo se escribe la historia del mundo y de nuestras búsquedas de libertad”

Ivone Gebara⁴³¹

1. La problemática de la objeción en materia de derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos

Los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres se erigen en uno de los pilares fundamentales de su autonomía.

La maternidad como destino y el rol reproductor como estereotipo de género asociado de forma inescindible a lo femenino, son aristas que impiden los ribetes emancipatorios que demanda la construcción de igualdad de punto de partida y una ciudadanía plena para las mujeres.

Los derechos (no) reproductivos, entendiendo por tales aquellos cuyo goce se materializa mediante al acceso a la atención sanitaria

Mi agradecimiento a Marcos Arias por tantas charlas sobre el tema, sin presentar objeción.

⁴³⁰ Este trabajo es parte de una investigación más profunda sobre el tema que llevo adelante en mi Tesis “Objeción de Conciencia: creencias propias y violencias ajenas” de la Maestría de Género, Sociedad y Estado (PRIGEPP- FLACSO).

⁴³¹ Filósofa, teóloga y feminista brasilera.

con fines de anticoncepción (ligadura tubaria, obtención de insumos anticonceptivos) y contracepción (anticoncepción de emergencia y aborto no punible), resultan fundamentales para devolver a la mujer el control sobre su propio cuerpo y reconocerla como artífice del diseño de su propia biografía.

Sin embargo, en nuestro país existe gran resistencia para reconocer un ejercicio pleno de los mismos y facilitar así que niñas, adolescentes y mujeres de nuestra sociedad se perfilen, verdaderamente, como sujetas morales autónomas.

La interrupción del embarazo está criminalizada en Argentina, salvo para el caso de embarazos riesgosos para la mujer o que provengan de una violación. Sólo en estos casos, el aborto es legal.

Si bien uno podría pensar con lógica que al ser legal, el acceso a este derecho no presentaría problemas, la verdad de los hechos es que en Argentina el acceso a la práctica médica del aborto permitido es dificultoso en casi todo el territorio. Pero las resistencias culturales del NOA, son quizás las más crudas a la hora de reconocer este derecho y en general, todo atisbo dirigido a llevar justicia reproductiva y autonomía a las mujeres.

Uno de los obstáculos más comunes es la objeción de conciencia manifestada por los/as profesionales de la salud que se desempeñan en el ámbito público de la atención sanitaria, ya sea en Hospitales y Centros de Atención Primaria (CAPS).

Quien objeta de conciencia en estos casos argumenta, con variantes pero con cierta uniformidad, motivos de índole religiosa, principalmente de la religión católica. Vaya la aclaración preliminar de que objetores/as en materia de aborto se resisten con igual intensidad a llevar a cabo la práctica médica de interrumpir la gestación, a brindar información sanitaria y hasta a atender situaciones post-aborto.

Centrándonos exclusivamente en el ámbito de la prestación pública de la atención sanitaria, este recurso de objetar autoriza al equipo médico a ejercer el poder de obstaculizar el acceso a la salud de una tercera y acotar la libertad reproductiva de otra, anteponiendo sus propias creencias religiosas a las obligaciones legales de prestar asistencia sanitaria, que es para lo cual el Estado lo ha incluido en su planta de agentes.

Pero los impactos de la objeción de conciencia no solo traducen una afectación en la vida de la paciente en cuanto omisión o retaceo de atención sanitaria, sino que termina de configurarse

el cuadro de situación cuando se observa el carácter violento que esta conducta médica puede tomar a tenor de lo normado por la ley 26.529 y 26.485.

Esta tensión entre libertad de profesar libremente un culto de el/la efector/a de salud vs. libertad reproductiva de la usuaria de la salud en el ámbito público de su prestación, demanda un análisis distributivo⁴³² sobre el conflicto, sobre el “peso” de cada uno de los derechos en juego, sobre los discursos que subyacen, sobre los actores involucrados y sobre el contexto que rodea la tensión. Además, un enfoque de género impone analizar las condiciones particulares con las que llegan las mujeres a la “puerta del Hospital” para acceder a la salud.

2. Abordar el discurso de objeción de conciencia y aborto después del fallo F.A.L

Sectores conservadores de nuestra sociedad, a partir del fallo “F.A.L s/Medida Autosatisfactiva” dictado por la Corte Federal en marzo de 2012, se encuentran entretejiendo un discurso confuso sobre la forma de ejercer el derecho a profesar libremente un culto determinado y están dotando a la objeción de conciencia de una robustez que no tiene, con el único propósito de crear obstáculos a prácticas médicas que tengan que ver con la elección de no reproducción de la mujer.

Esta malversación de un instituto noble como es la objeción de conciencia, me condujo a pensar cuál es realmente su contenido y, por ende, cuáles habrían de ser los límites saludables para invocarla, a modo de enquistar un instituto que se muestra como inordinado y hasta peligroso por la afectación de vidas ajenas que es capaz de legitimar.

El objetivo entonces es mostrar la complejidad del fenómeno y la ausencia de una respuesta evidente, especialmente tratándose

⁴³² ALVIAR GARCÍA, Helena y JARAMILLO SIERRA, Isabel C. (2012) *“Feminismo y crítica jurídica”*. Colección Derecho y Sociedad. Ed. Siglo del Hombre. Universidad de los Andes. Bogotá. Colombia. Ambas autoras en su obra, proponen un análisis distributivo del derecho como alternativa crítica al legalismo liberal que domina las aproximaciones a lo jurídico dentro y fuera del litigio. La herramienta del análisis distributivo del derecho propone recurrir a los aportes del feminismo a la crítica del liberalismo para lograr una herramienta que evite la aplicación mecánica de la norma y recurra al análisis de los contextos que rodean los conflictos.

de comportamientos que ponen en peligro la laicidad del Estado y la consolidación de los nuevos derechos y libertades reconocidos.

La tragedia de Antígona⁴³³ se ha utilizado a lo largo de la historia para evidenciar el daño que un Estado (encarnado en Creonte) puede infligir a sus ciudadanos/as cuando es incapaz de respetar sus necesidades religiosas. Nussbaum señala este problema, que en EEUU se identifica como necesidad de una adaptación⁴³⁴, como distintivo del Estado moderno liberal y en general, de todos los gobiernos democráticos cuyas normas son el producto de decisiones tomadas en base a mayorías. En el compromiso de resguardar las creencias privadas de sus ciudadanos/as del peso de lo público, el Estado genera un espacio de permiso para el *“delicado acogimiento de los escrúpulos de conciencia y justicia con las minorías*

⁴³³ **Mito de Antígona:** Luego de la tragedia de Edipo y Yocasta, en Tebas, reina provisionalmente el hermano de Yocasta, Creonte.

Con la mayoría de edad de los hijos varones de Edipo, Eteocles y Polinices, ambos se disputan el trono de Tebas. Polinices se marcha de Tebas y reúne a un ejército con el que ataca la ciudad que defiende su hermano Eteocles. Los dos ejércitos envían a siete capitanes para que se enfrenten entre sí. El sorteo hace que Eteocles y Polinices tengan que luchar y los dos hermanos se matan en el combate. Creonte decreta que se entierre el cuerpo de Eteocles, muerto luchando por Tebas, pero que el de Polinices quede sin sepultura por haber atacado la ciudad. Decreta pena de muerte para quien intente enterrar a Polinices. Antígona no comparte la ley promulgada por Creonte, le parece injusta y considera un deber sagrado, por encima de las leyes de los hombres, el dar sepultura a su hermano muerto. Por eso decide intentar enterrar a su hermano, pese a que su hermana Ismene le aconseja que no lo haga, por temor a que el peso de la ley caiga sobre ella. Los guardias sorprenden a Antígona enterrando el cuerpo de Polinices, la apresan y la llevan ante Creonte que castiga esta desobediencia con la pena de muerte. Antígona es llevada a una cueva y encerrada allí hasta el día de su muerte. La tragedia termina con el lamento de Creonte, que se considera responsable de las muertes de su mujer y de su hijo.

⁴³⁴ Recordemos que en EEUU, respecto de las libertades religiosas y la laicidad del Estado existen dos protecciones bien marcadas que preservan ésta última. Por un lado, una cláusula de no establecimiento en virtud de la cual el Estado no puede tener ninguna norma o ser agente de ningún acto que exteriorice o manifieste una preferencia religiosa. Esto tiene como propósito no generar condiciones de desigualdad entre ciudadanos/as de distintas religiones e incluso que se inclinan por no profesar ninguna, las cuales se derivarían del hecho de fortalecer un culto por sobre otro, en base a la preferencia estatal manifestada abiertamente y/o al apoyo público de alguna religión. Y por otro lado, al estar vedado para el Estado pronunciarse o favorecer prácticas religiosas concretas, la atención de casos particulares que requieren considerar de modo especial el peso que ese no establecimiento puede tener sobre alguna persona, es que existe la cláusula de adaptación mediante la cual, reconociendo expresamente la atribución de conciencia, el Estado adapta la realidad para que resulte vivible para quien ha hecho la petición (una suerte de objeción de conciencia).

que viven en el mundo de las mayorías" (2009:181), y asume que la libertad de conciencia tracciona principios como libertad de culto, igualdad e igual respeto, protección de las minorías, neutralidad del Estado, separación, adaptación y no establecimiento. Y es que históricamente las políticas se han definido según parámetros de las mayorías, imponiendo "una carga trágica"⁴³⁵ (2009: 125) sobre unos/as pocos/as.

Ese fue el origen de la objeción de conciencia, preservar la integridad de la conciencia de quienes en el juego democrático de mayorías, se encontraban ante una ley que reproducía la tragedia de Antígona.

La resistencia a respetar aquellas leyes que se consideran injustas, aquellas normas que se consideran inadecuadas con los rectos mandatos de la creencia propia o bien, aquellas cargas públicas que resultan reñidas con las convicciones personales, no son situaciones nuevas. Lo relevante es detenerse a pensar bajo qué parámetros puede considerarse legítimo esta clase de comportamiento.

Reconocer a cada persona un cierto margen de acción que le permita, a través de un reconocimiento expreso del Estado, apartarse de un status quo legal para mantener incólume la propia conciencia, puede resultar valioso. Pero utilizar la propia conciencia para eludir el cumplimiento de obligaciones y dañar en el camino a terceras, puede ser el fin no querido que anule la excepción.

Bajo parámetros de justicia social, jamás podría exigirse que el costo de la indemnidad de una conciencia o de la fe religiosa de un/a objetor/a, sea afrontado con la libertad y autonomía de terceras, mucho menos si esas terceras vienen rezagadas en términos de igualdad.

Dicho de otra forma, el límite para resistir por motivos de conciencia una obligación de cualquier índole asumida legítimamente, posiblemente esté dado por el daño que se infringe a terceros/as con esa resistencia. Y en el marco de situaciones de aborto, esas personas ajenas que se ven injustamente afectadas por la conciencia de agentes del sector de la salud, resultan ser mujeres en un contexto particular que encierra vulnerabilidad y desigualdad.

⁴³⁵ NUSSBAUM, Martha (2009) *Libertad de Conciencia. Contra los fanatismos*. Ed. Tusquets. España.

3. Construcción de la objeción de conciencia

3. a) *Discurso legal*

Cuando se aborda el tema de objeción de conciencia suele pensarse erradamente en un derecho autónomo y dejarse de lado el concepto de libertad de culto como derecho de toda persona de profesar con libertad una religión determinada (o no profesar ninguna), de conservarla o cambiarla también sin interferencias del Estado o de terceros/as.

La objeción de conciencia como una situación que permite apartarse del cumplimiento de una obligación o que logra se reconozca la posibilidad excepcional para eximirse de un deber, no es una prerrogativa que forme parte de los derechos fundamentales. No existe en nuestra Carta Magna un precepto que reconozca formalmente como derecho a la objeción de conciencia.

Lo que sí existe es el derecho a profesar libremente un culto.

En el plano internacional, el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.

En el ámbito nacional, la libertad de culto está expresamente contemplada en el art. 14 de nuestra Constitución Argentina, que establece:

“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a

saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

En la misma sintonía, en el ámbito provincial de Tucumán, el art. 27 de la Constitución de la Provincia de Tucumán establece que: *“Es inviolable en el territorio de la Provincia el derecho que todo hombre tiene de rendir culto a Dios, libre y públicamente, según los dictados de su conciencia y con sujeción a lo que prescribe la moral y el orden público”.*

Pero en verdad, ¿qué debe entenderse por libertad de conciencia y cual sería la conducta que encuadre como objeción?

La idea de libertad de conciencia tiene un carácter impalpable que la hace difícil de definir, máxime en tiempos actuales donde se supone que rigen el pluralismo democrático y el respeto por la diversidad de cosmovisiones.

Para la Real Academia Española, el término conciencia designa tanto la capacidad del ser humano en reconocerse en sus atributos esenciales, como también su conocimiento reflexivo de las cosas, la actividad mental a la que solo puede acceder él mismo, su proceso de representación mental del mundo, o su conocimiento interior del bien y el mal. Desde el enfoque de las ciencias políticas y jurídicas, el esfuerzo conceptual alrededor de la noción y de sus consecuencias prácticas gira precisamente en torno a este último aspecto, la idea de conciencia moral o bien, el conocimiento de las normas o reglas morales y el desarrollo de las convicciones fundamentales de los individuos.

Usualmente se le reconoce a la libertad de conciencia un estrecho vínculo con la libertad de creencias religiosas o bien, con una religión propiamente dicha⁴³⁶. Pauline Capdeville⁴³⁷ define a la li-

⁴³⁶ Nótese que en la Constitución de Tucumán se hace referencia expresamente a Dios cuando se contempla el derecho a la libertad de culto, lo cual puede visibilizar un sesgo de favoritismo incluso por determinadas religiones o cultos que tengan a Dios como representante, por sobre otros que no lo tengan, que tengan varias divinidades o bien, que no tengan ninguno.

⁴³⁷ CAPDEVILLE, Pauline (2013) *“Laicidad y Libertad de Conciencia”*. Colección Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad. Ed. UNAM. México

bertad de conciencia como *“la posibilidad, para los individuos, de definir sus propios sistemas de moralidad y su aplicación frente a casos concretos. En este sentido, la libertad asume un compromiso más profundo que la libertad de sostener ideas u opiniones”* (2013:6). Esto último para diferenciar la libertad religiosa de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión.

Martha Nussbaum (2010), filósofa estadounidense, entiende la *“conciencia”* como la facultad de los seres humanos con la que buscan el sentido último de su vida y guían su búsqueda interior. Esta autora a su vez, relaciona la libertad de conciencia con la igualdad y con la idea de dignidad de la persona humana, como el reconocimiento de su autonomía moral como fuente de sus derechos y libertades. Pero señala que cuando la reivindicación de la libertad de conciencia y de religión se despliega frente a un mandato legal, o bien, cuando pretende eximir alguna persona de una obligación impuesta por el derecho invocando para ello la afectación de conciencia, la situación se complejiza y es el caso de las objeciones de conciencia.

Los derechos denominados de primera generación, civiles o políticos, dentro de los cuales se encuadran los que tienen que ver con el ejercicio de la libertad, suponen del Estado una obligación de abstenerse de interferir. O lo que es lo mismo en este caso, la creación de las condiciones necesarias para asegurar la práctica libre, auto referente y sin coacciones de una religión determinada.

Sin embargo, ello no debe conducirnos a afirmar que esa libertad de conciencia implica en sí misma el derecho de objetar de conciencia ya que, lo que originariamente se ha reconocido como el derecho fundamental a cultivar una creencia o religión propia de manera libre, podría traducirse rápidamente en algunos casos, en un derecho a imponer la propia creencia a otros/as, aniquilando así el ámbito de libertad que el propio derecho se propone garantizar.

Es así, al amparo de una situación de privilegio, que las objeciones de conciencia por motivos religiosos o de conciencia, han conocido un incremento importante en las últimas décadas.

De los postulados más clásicos como fueron el rechazo del servicio militar, a rendir los honores a los símbolos patrios, a rechazar transfusiones sanguíneas, la sociedad ha migrado a situaciones de mayor complejidad con casos novedosos, tales como el rechazo a los matrimonios entre personas de mismo sexo, el trato indigno a personas transgénero o el repudio y menoscabo de derechos a la

hora de reconocer un estatus legal a la convivencia entre hombres y mujeres e incluso a celebrar las nupcias de parejas diversas⁴³⁸.

Esas situaciones pueden resultar excepcionales en el marco de sociedades que protegen los ideales de libertad e igualdad mediante un sistema de garantías, pero cuando de derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos se habla, es un tema que se ha propagado mucho más de lo saludable.

Una herramienta entonces, que ha sido concebida en sus orígenes para proteger a minorías atribuladas, para garantizar igualdad entre ciudadanos/as, para alivianar la carga excesiva de conciencias apesadumbradas por decisiones injustas para la propia conciencia y por sobre todo, para resistir la opresión de ciertas decisiones injustas de la mayoría de la que algunos/as no forman parte, no puede malversarse y transformarse en una herramienta para aniquilar derechos reproductivos de mujeres pobres. Resultaría contradictorio con los propios términos de su creación.

Es necesario por ello, delimitar las circunstancias en las cuales el apartamiento de la obligación de cumplir cierto deber debería ser reconocido y determinar cuáles conductas podrían entenderse como objeción de conciencia y cuáles no. Para ello, es menester recurrir a la otra parte del discurso jurídico que origina esta idea: la jurisprudencia.

3. b) *La Jurisprudencia, creadora de la "objeción de conciencia"*

La sociedad argentina ha llevado a los Tribunales diferentes peticiones de objetores/as de conciencia y si bien la Jurisprudencia ha tratado en su gran mayoría los casos, la verdad de los hechos es que no ha reconocido más que sustantivamente la existencia posible de afectación de la propia conciencia como situación en tensión, pero no ha reconocido puntualmente el derecho a objetar de ninguno de los actores.

Se inicia así un reconocimiento jurisprudencial de este tipo de situación privilegiada que legitima a determinadas personas, ante determinadas circunstancias, en orden a determinados motivos de

⁴³⁸ "Matrimonio gay: impulsan proyectos de objeción de conciencia en algunas provincias", nota publicada el 3/08/2010 en el Diario La Nación (disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1290869-matrimonio-gay-impulsan-proyectos-a-favor-de-la-objecion-de-conciencia-en-algunas-provincias>) consultado por última vez el 18/07/2013.

conciencia, a apartarse de la obligación común por considerar que la norma cuestionada les impone una carga demasiado pesada sobre algunos/as, como ocurrió a Antígona.

Los primeros casos de objeción de conciencia tuvieron que ver con el servicio militar y fueron de miembros de los Testigos de Jehová quienes impulsaron los litigios que resultaron sistemáticamente rechazados, penalizando a los objetores. El tema llegó a la Corte Suprema durante la dictadura militar en el Caso Lopardo (1982). El primer planteo del recurrente era que le correspondía la excepción al servicio militar prevista en la ley 17.531 para "*los seminaristas y ministros de los cultos reconocidos oficialmente*". Pero la Corte no le reconoció esa calidad, que no poseía. Y tampoco admitió la objeción de conciencia, dado que el artículo 21 de la Constitución obliga a todo ciudadano a "*armarse en defensa de la Patria*", lo que se consideró entonces un deber inexcusable. La doctrina del caso "*Lopardo*"⁴³⁹ fue el fundamento para numerosas condenas a jóvenes testigos de Jehová por parte de la justicia militar.

En el caso "Portillo", el objetor fue un joven católico, que derivaba su objeción de su íntima convicción de que la actividad militar contraría el quinto mandamiento, por lo que estaba dispuesto a servir a la Patria pero en un servicio civil sin uso de armas. La mayoría de la Corte aceptó expresamente que tanto el deber de defensa como el derecho a la libertad religiosa son relativos, y sostuvo que hay que armonizar ambos y ver la razonabilidad de sus reglamentaciones.

Aunque resuelve⁴⁴⁰ reconocer la posibilidad de ciertas eximiciones en orden a la libertad de culto y la libertad religiosa, sienta importantes requisitos para convalidar una situación de excepción.

En primer término, aún cuando se reconoce la posibilidad de cumplir el servicio militar de otra forma que no incluya el empleo de armas, no se le reconoce el derecho de eximirse de la prestación del servicio militar. Por otra parte, la Corte señala como dato importante la falta de tensión entre derechos, indicando que la verdadera pugna es entre derecho y deber de ciudadano⁴⁴¹ y que las circunstancias especiales que rodean el caso, tiempo de paz y no

⁴³⁹ CSJN en Fallo "Lopardo" (304-1524). Reiterada por la Corte en el caso "Falcón", fallado el 21 de junio de 1983 (ED 105-349)

⁴⁴⁰ CSJN en Fallo "Portillo" del 18/04/1989

⁴⁴¹ CSJN en Fallo "Portillo" op. cit.

de guerra, permiten un margen de análisis que no sería posible en otras circunstancias. Reseña además, que no está en juego el alcance jurídico de un dogma religioso puesto que el Tribunal carece de competencias para el análisis de dogmas religiosos⁴⁴² y ahondando, en la objeción de conciencia propiamente dicha, expone el Máximo Tribunal que:

*“ el reconocimiento del derecho de ser excluido del servicio de armas por objeciones de conciencia habrá de ser el resultado de una acabada acreditación y escrutinio de dichos motivos. En tal sentido, parece necesario que quien lo invoque, haya de hacerlo con sinceridad y demostrar que la obligación de armarse le produce un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas contrarias a todo enfrentamiento armado ”*⁴⁴³

A posteriori, en el fallo “Sisto Verónica”, dictado en febrero de 1998, un matrimonio intentó utilizar este mismo dispositivo de excepción y apelar a la objeción de conciencia con el propósito de lograr una anotación marginal en su respectiva Partida de matrimonio que diera cuenta de la renuncia al régimen de divorcio y que por ende, declinaban expresamente la posibilidad de disolver su vínculo que proporcionaba la nueva legislación.

El argumento con el cual judicializaron la petición esgrimía que dicha norma violaba el derecho a la libertad religiosa y de conciencia, imponía un único modelo matrimonial, invadía el ámbito de reserva propio de las personas, afectaba el principio de igualdad ante la ley y la Convención Americana sobre Derechos Humanos – ratificada por la ley 23.054– al adoptar una actitud discriminatoria y disponer la disolubilidad de todo vínculo conyugal.

En este fallo interesante, la Corte Suprema rechazó la demanda y expuso argumentos que refieren a la voluntad del legislador por sobre la del culto respectivo y la conciencia individual, a la existencia de una multiplicidad de creencias en virtud de lo cual no sería apropiado receptor una y descartar otras⁴⁴⁴, del carácter potestativo del divorcio como argumento que lo hace elegible y no obliga-

⁴⁴² Fallo “Portillo” Considerando N° 12.

⁴⁴³ Fallo “Portillo” Considerando N° 13.

⁴⁴⁴ CSJN, Fallo “Sisto Verónica” del 18/02/1.998

torio⁴⁴⁵ y sobre la importancia de la voluntad popular que reflejan las leyes más allá de los de dogmas religiosos⁴⁴⁶, cuya exigencia de aplicación para los casos de la vida civil entrañaría *“una desmesurada ampliación de la órbita de los principios religiosos al marco del orden público de la sociedad civil”*⁴⁴⁷.

Pero quizás la parte más importante de esta sentencia es la que marca un posicionamiento secular y reconoce que el sostenimiento económico de un culto determinado (el culto católico en nuestro caso) no implica una identificación del Estado con los postulados de dicha Iglesia⁴⁴⁸.

También la **“Asociación Testigos de Jehová”** entabló una demanda contra el Ministerio de Educación de Neuquén para que se exima a dos alumnas de un Establecimiento el cumplimiento de la normativa que les ordena venerar símbolos patrios, argumentando objeción de conciencia. Si bien en esta oportunidad el voto de la mayoría decidió que procesalmente no había un “caso” que fallar, resulta interesante el voto en disidencia de la Dra. Haighton de Nolasco por cuanto sostiene que

“la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente

⁴⁴⁵ CSJN, Fallo “Sisto Verónica”, Considerando N° 19: *“Que la pretensión de los recurrentes referente a que el consentimiento manifestado en la ceremonia civil tenga carácter irrevocable para conformarse al canon 1057, 2° párrafo, del Código de Derecho Canónico, evidencia una desmesurada ampliación de la órbita de los principios religiosos al marco del orden público de la sociedad civil. La ley 23.515 ha contemplado la posibilidad de que los cónyuges lleguen a una mera separación personal, sin que se advierta la consagración estatal de una limitación, supuesto que no se produce en el caso desde que la disposición objetada no impone ni obliga a disolver eventualmente el vínculo conyugal”*.

⁴⁴⁶ CSJN, Fallo “Sisto Verónica” Considerando N° 12.

⁴⁴⁷ CSJN, Fallo “Sisto Verónica” Considerando N° 19 op. cit.

⁴⁴⁸ CSJN, Fallo “Sisto Verónica” Considerando N° 16 *“Que los arts. 2 y 14 de la Constitución Nacional invocados por los recurrentes en sustento de su derecho a contraer matrimonio indisoluble, carecen de relación directa con el caso, toda vez que hacen referencia a la libertad de culto y al sostenimiento por el Estado del culto católico apostólico romano respectivamente, circunstancia que no resulta suficientemente demostrativa de que los redactores de la Carta Magna hubieran contemplado una absoluta identidad del Estado con los postulados y modo de reglamentación del matrimonio de la citada iglesia, al punto de impedir de un modo genérico y absoluto toda disolución de su vínculo matrimonial por causa de divorcio”*

los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Ello es congruente con la pacífica doctrina según la cual la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público (Fallos: 304:1524). Además, tal como se estableció en Fallos: 312:496, al reconocerse por primera vez rango constitucional a la objeción de conciencia, quien la invoca debe acreditar la sinceridad y seriedad de sus creencias”⁴⁴⁹.

También se ha litigado la objeción de conciencia en materia de obligaciones electorales, sin éxito. Existe en nuestro país un grupo evangélico cuyos miembros, a partir de la convicción bíblica de que la autoridad proviene únicamente de Dios y es la única fuente con la sabiduría suficiente para escoger gobernantes, reclaman su exclusión de los padrones electorales y solicitan se los libere de la obligación electoral de votar. La Cámara Nacional Electoral en 1991⁴⁵⁰, resolvió de modo desfavorable para el peticionante y la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe también rechazó un planteo⁴⁵¹ con fundamento en la necesidad de armonizar los derechos fundamentales para que no se neutralicen mutuamente, pero haciendo notar que no había conflicto entre dos derechos, sino entre un derecho –la libertad de conciencia –y un deber –el sufragio.

Sin ir muy lejos, nuestra provincia ha sido escenario de un caso de objeción de conciencia acogido favorablemente por la justicia en Argentina, el único acogido favorablemente, al decir de alguna doctrina⁴⁵². En el caso “Alperovich”⁴⁵³, el candidato a gobernador de religión judía, luego electo como tal, planteó la invalidez e inaplicabilidad a su respecto de la norma que le exigía prestar juramento “por los Santos Evangelios”. Señalan los autores que si bien el

⁴⁴⁹ CSJN, en Fallo “Asociación Testigos de Jehová vs. Ministerio de Educación de Neuquén” en Voto en Disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco. Considerando N° 13

⁴⁵⁰ CNE en fallo “Pieroni”, ED 142-555.

⁴⁵¹ CSSF en fallo “Holder, Joel Archie s/recurso de inconstitucionalidad”, ED 162-290 y JA 1995-II-396.

⁴⁵² MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan G. (Coords.): *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española (2006) Madrid, pp. 314/326.

⁴⁵³ CCont. Adm. Tucumán, sala I, 2/5/03, “Alperovich, José c. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo”, ED 4/7/03, p.18

caso no encuadró formalmente la pretensión dentro de la objeción de conciencia, el Tribunal sí consideró esta veta en su sentencia.

El fallo “*Armella*”⁴⁵⁴ si bien abre la puerta a la objeción de conciencia en el ámbito laboral y visibiliza que la conciencia tienen un sentido más amplio que podría, en ocasiones especiales, extenderse hacia las convicciones éticas, filosóficas o morales de un sujeto, de la misma forma que los fallos anteriores en el tema la descarta para el caso puntual.

Recordemos que el actor se había negado a permitir el embarque en un vuelo de Aerolíneas Argentina (su empleadora) al General Antonio Domingo Bussi, reconocido represor de la época del proceso. Como consecuencia de ello, Armella fue sancionado y el Tribunal que analizó su caso, aún cuando reconoció como válida la objeción que excede lo religioso pero compromete la moral, no encontró legítimo su accionar, por haber afectado los derechos de un tercero.

Recientemente el fallo “*F.A.L.*”⁴⁵⁵ dictado por el Máximo Tribunal, aborda el “*derecho a la objeción de conciencia*” para el caso de aborto no punible de una mujer violada y establece una serie de requisitos para que el mismo pueda ejercerse por facultativos/as de la salud.

En el marco de ese pronunciamiento judicial, se dispuso a modo de “*reglamentación*” de lo que se ha dado, entiendo que equivocadamente, en llamar un “*derecho*”, la creación de un Registro de Objetores, la imposibilidad de objeción de conciencia “*institucional*”, la necesidad de que las creencias sean auténticas, la exigencia a los Estados Provinciales de un dictado de Protocolos o Guías Médicas que sirvan de marco legal y se indicó especialmente la obligación del Estado de contar con recursos humanos para las prácticas médicas respectivas en forma “*permanente e inmediata*”⁴⁵⁶, entre otros requisitos destinados a evitar que el ejercicio de este supuesto derecho por parte de médicos y médicas tenga la virtualidad de lograr impedir a mujeres violadas gozar de su derecho a la interrupción del embarazo.

Quizás sería útil detenernos para reflexionar acerca de la importancia de los derechos en juego y las presiones de los actores estratégicos interesados en el resultado del fallo FAL, como un modo

⁴⁵⁴ CNT, en fallo “*Armella*” del 26/10/2000.

⁴⁵⁵ CSJN in re “*F.A.L. s/Medida Autosatisfactiva*”. Fallo del 13/03/2.012.

⁴⁵⁶ Fallo “*FAL*” op. cit Considerando N° 31

de entender cuáles serían las razones por las cuales el Máximo Tribunal, de oficio –sin ninguna objeción de conciencia planteada– es que decide presuponer un efecto de resistencia de parte de la comunidad médica y se podría decir que “reglamenta” una situación que hasta ese momento había requerido de petición expresa.

Pensar en el carácter político de la maternidad y de la reproducción puede dar un indicio sobre qué implican los derechos no reproductivos para la sociedad y por lo mismo, por qué motivos se facilita la objeción para casos que ponen en cuestión esa maternidad.

4. Lo que pone en juego el discurso: sexualidad y maternidad

Sería ingenuo de nuestra parte pensar que la objeción de conciencia interpela con asepsia las conciencias de médicos/as o que se refiere exclusivamente al deseo ferviente de profesar libremente un culto. La objeción analiza conductas ajenas con parámetros de vida propios.

Objetar de conciencia en materia de prácticas médicas no reproductivas, es una conducta que invade la autonomía de las mujeres como agentes morales y que irradia a otras, un modelo de vida. Aborto y objeción conforman un binomio eficaz para interpelar no sólo los inicios y el final de la vida, sino que por lo bajo, el aborto pone en el tapete la validez de ciertos presupuestos políticos, sociales y culturales sobre los que se asienta el Estado Argentino.

Correr ese velo engañoso de inclusión que nos presenta como “neutral” al derecho, requiere advertir por ejemplo, que cuando se criminaliza al aborto se criminaliza a la mujer (el hombre que ha fertilizado a la mujer con su espermatozoide es indiferente para la ley penal), cuando se impone la maternidad como destino se afecta el plan de vida de la mujer (el hombre cuenta con opciones que incluyen reconocer al niño, no hacerlo, alimentarlo, no hacerlo, proveerle de habitación o no hacerlo, proveerle de vestido, educación y cuidado o no hacerlo y para este sinfín de opciones cuenta con la complicidad de una justicia lenta e insensible con las urgencias de madres que una vez no quisieron serlo pero que fueron obligadas por el Estado para la función), cuando se dificulta el acceso a los casos legales de aborto se desgasta la autonomía de la mujer, cuando se niega la práctica médica del aborto se violenta la libertad reproductiva de una mujer y cuando se maltrata a quien solicita acceder a un derecho que le asiste (el aborto no punible), también es una

mujer la que acudirá al circuito clandestino engrosando lamentablemente los índices de la muerte materna.

Por más neutral que pretenda presentarnos el derecho a la cuestión del aborto, es una cuestión de mujeres, que ocurre en el cuerpo de las mujeres y que se cobra la vida o la libertad de las mujeres.

Aceptar que el discurso de derecho es capaz de construir y de destruir es fundamental. El lenguaje construye a diario una realidad determinada, tal y como la nombramos. O incluso tal y como dejamos de nombrarla. El derecho hace lo mismo.

Alicia Ruiz⁴⁵⁷, doctrinaria y Magistrada de la Corte de Buenos Aires, indica que el derecho nos constituye, nos instala frente a otro y ante la ley.

Esta constitución previa del sujeto de derecho no muestra sensibilidad de género y recurre a un supuesto agente universal que sería el denominado “sujeto de derecho” como comprensivo de mujeres y varones, y a la vez de todos los varones y todas las mujeres.

Para identificar de forma más acabada el poder del derecho en la vida de las personas, basta reseñar que a través de este sistema normativo el Estado aprueba o desaprueba modelos de familia, promueve o desarticula planes de vida, delinea como elegibles o descartables ciertas decisiones y torna viable o inviables determinadas elecciones que podrían suponerse propias de una esfera de autonomía privada.

Piénsese que en la actualidad la custodia es otorgada a la madre exclusivamente en el caso de menores de 5 años, que el hogar conyugal debe ser compartido más allá de las convenciones de los contrayentes, que el apellido familiar debe ser el paterno, que el débito conyugal es una obligación legal, etc. Estas directrices que se proyectan a la vida de las personas desde las leyes, las sentencias judiciales, la doctrina de expertos y no tan expertos, las políticas que se implementan para reglamentar determinados derechos e incluso el discurso que nuclea a la gente común (denominado comúnmente imaginario social) dejan entrever un consenso más o menos homogéneo sobre aquello que puede considerarse válido dentro de una sociedad; y también sobre aquello que es censurado por el Poder Estatal, y por ende, se torna reprochable como elección.

⁴⁵⁷ RUIZ, Alicia, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres” en *“El género en el derecho y el derecho en el género”*, comp. Haydee BIRGIN. Ed. Biblos. 2000. Bs.As

En el caso de las niñas, adolescentes y mujeres argentinas es posible identificar un derecho, como sistema, que induce al maternaje, aún cuando su promoción no sea completamente abierta. Este punto de vista se apoya en dos cuestiones.

Por un lado, la sexualidad ostenta una línea divisoria casi imperceptible de la reproducción, y por ende, su debilitamiento en lo que a goce se refiere, se aprecia sobre todo en la falta de implementación de la educación sexual en todos los niveles educativos, en la injerencia legal que se ha previsto de la opinión de padres/madres como si el derecho a la sexualidad no fuera autónomo más que en la mayoría de edad y en las dificultades de acceso a la información sobre métodos de anticoncepción y protección de enfermedades de transmisión sexual y a insumos para el caso, en especial en las franjas más vulnerables.

Y por el otro, existe una fuerte acción del discurso legal en pos del maternaje que acude a la parte más dura de su sistema, la herramienta penal, para convencer a mujeres de todas las edades de que es la cárcel lo que está después del aborto.

Bonnam⁴⁵⁸ indica que en América Latina pueden identificarse varias ideologías detrás del discurso de orden de los derechos sexuales y reproductivos. Estas ideologías son analizadas en lo que ella ha dado en llamar “marcos cognitivos” (2004:11). Estos marcos cognitivos están conformados por varios saberes que confluyen en la construcción.

El marco “religioso” (2004:11) que se sustenta en razones de orden moral y fundamentalmente en la doctrina cristiana. Este saber es encarnado por actores pertenecientes a las estructuras eclesíásticas institucionalizadas y no institucionalizadas como el caso de grupos católicos pro vida. El marco “biomédico” (2004:12) cuyos fundamentos son razones de orden natural, físico y biológico apoyadas por lo general en un discurso de autoridad que se configura desde la medicina, la biología, la genética, la ética y la bioética respecto de asuntos relacionados con la salud. Un tercer marco llamado “político-nacional” (2004:13) que se articula sobre razones de orden social o razones de Estado que delimita aquello que es el bien para la comunidad.

⁴⁵⁸ BONNAM, Claudia (2004) “Derechos Sexuales y Reproductivos, Reflexividad y Transformaciones de la Modernidad Contemporánea”. Paper preparado para PRIGGEP-FLACSO

Lo importante es dejar en claro que todos los sectores interactúan en los diferentes marcos cognitivos como una estrategia de intervenir (controlando o emancipando).

Reconocer que en la conformación multisectorial del discurso que tiene que ver con la reproducción, la sexualidad y el aborto como cuña entre ambos conceptos, se comprometen intereses disímiles que comparten un denominador común, como es la intención de intervenir en la autonomía de las mujeres, es también aceptar que esta libertad reproductiva está devaluada respecto de la de los varones.

Aceptar en pleno siglo XXI la existencia (e influencia política) de sectores conservadores de variadas extracciones que desarrollan tesis, posiciones y discursos tendientes a convencer de parir a mujeres que gestan embarazos no deseados es la prueba más brutal de que el cuerpo femenino debe ser todavía, eje y objeto de debates públicos para poder emanciparse.

Advertir que la derogación del art. 85 del Código Penal no figura en la agenda de reforma del Código o bien, que desde el Estado se niega el debate político/legislativo de la despenalización, muestra como el estatus quo convalida la falta de libertad reproductiva, favorece la desigualdad de género y legitima el control de los cuerpos de las mujeres que se promueve desde diferentes discursos.

Y mientras tanto, la autonomía y la libertad reproductiva de niñas, adolescentes y mujeres argentinas avanza espasmódicamente en temas como la anticoncepción, demagógicamente respecto de la educación sexual y cuanto menos con desidia, en temas como contracepción y aborto.

5. Objeción de conciencia y aborto en la salud pública: modelo para armar

5. a) Poniendo bordes

En materia de derechos sexuales y reproductivos la objeción de conciencia es la pretensión de un miembro del equipo de salud que, invocando convicciones religiosas, es exteriorizada con el fin de evadir el cumplimiento de la obligación legal de brindar información o atención sanitaria.

Sin embargo, debido a que quien se resiste a realizar una ligadura tubaria, a proveer métodos de anticoncepción, a indicar an-

ticoncepción de emergencia o a proveer la medicación pertinente, a practicar un aborto en casos legales o bien, a informar sobre la disponibilidad de alternativas terapéuticas disponibles, afecta con su comportamiento de manera concreta la esfera de autonomía de la usuaria del servicio público de salud, la cuestión no es tan fácil de sopesar.

La relación médico-paciente se presenta asimétrica en términos de poder y cuando desde la “parte fuerte” se intenta traficar “conciencia”, no sólo se pone en juego el derecho a un trato digno y respetuoso que prevé el art. 2 inc. b) de la ley 26.529 de los/las pacientes, sino que además se pone en jaque el derecho a la libertad reproductiva, el derecho a la intimidad, el derecho al plan de vida, el derecho de acceder a la atención sanitaria y el derecho a la salud de toda mujer.

Este compromiso de derechos fundamentales indudable, justifica extremar el análisis sobre la legalidad de una conducta que se traduce, en los hechos concretos de la atención sanitaria pública, en la falta de acceso para la mujer de un estándar de libertad cuanto menos de igual relevancia que la libertad de que quien objetiva pretende preservar.

La Corte ha señalado en el fallo FAL los lineamientos específicos dentro de los cuales podría funcionar una objeción de conciencia para abortos no punibles en casos de violación. Sin embargo, atento el mismo carácter expansivo que el mismo Tribunal le reconoce a este fallo en el considerando N° 5, habrá de considerarse estos mismos requisitos como exigibles para todos los casos análogos. Vale decir, para todas las situaciones en las que se encuentre en juego la resistencia a una práctica médica que tenga que ver con la reproducción.

Para que la invocación de una creencia o religión determinada haga ceder el cumplimiento de una obligación legal, de un deber o de una carga pública, la Corte exige⁴⁵⁹ que la conducta de quien objetiva no se traduzca en dilaciones que entorpezcan el acceso a la

⁴⁵⁹ Fallo FAL “...deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”

práctica médica y que sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades del establecimiento. También se indica la necesidad de creación de un registro de objetores, en atención infiero a que este tipo de exigencias favorecerá que el Estado, como garante de la salud pública, sea capaz de organizar los recursos humanos con los que cuenta para brindar asistencia sanitaria.

Lo mismo ocurre con la subordinación de la conducta de quien objeta a la necesidad de reconocimiento formal y en su caso, que su ejercicio no promueva la disuasión en la paciente o la demora en el acceso a la salud.

Pero además de estos presupuestos que la Corte ha delineado para la objeción en casos de aborto no punible, en sus precedentes se encuentran vigentes otros requisitos: que la objeción sea “auténtica”⁴⁶⁰, que esté sometida a un escrutinio estricto para su procedencia⁴⁶¹, que sea confrontada con la obligación del Estado que se vería afectada de considerarse que debe eximirse del cumplimiento de una obligación a quien objeta de conciencia⁴⁶², que se implique un deber sustitutivo para quien elude una carga legal⁴⁶³, que debe ser analizada en el caso concreto y a petición de cada interesado/a⁴⁶⁴, que no bas-

⁴⁶⁰ Fallo “Portillo” op. cit. “...la sinceridad del peticionario no ha sido puesta en tela de juicio en los autos ni resulta controvertida en esta instancia, por lo cual corresponde tenerla por acreditada”.

⁴⁶¹ Fallo “Portillo” op. cit. “*el reconocimiento del derecho de ser excluido del servicio de armas por objeciones de conciencia habrá de ser el resultado de una acabada acreditación y escrutinio de dichos motivos. En tal sentido, parece necesario que quien lo invoque, haya de hacerlo con sinceridad y demostrar que la obligación de armarse le produce un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas contrarias a todo enfrentamiento armado*”.

⁴⁶² Fallo “Portillo” op. cit. “deberá evaluarse el interés que posea el Estado a los fines de la defensa prevista en el art. 21, con el propósito de sopesar la eventual interferencia que en el logro de aquél pueda producir la falta de dicho servicio armado”.

⁴⁶³ Fallo “Portillo” op. cit. “también deberá hacerse mérito de la posibilidad de que los propósitos de defensa puedan ser satisfechos de una manera que evite el señalado conflicto de la conciencia religiosa del peticionario, atento a la disposición de éste para cumplir servicios sustitutivos de los armados”.

⁴⁶⁴ Fallo “Portillo” op. cit. “*Que, por ende, esta Corte concluye en que cabe reconocer, como principio, el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción -art. 21- pueda ser cumplido sin el empleo de armas, con fundamento en la libertad de cultos y conciencia -art. 14- derecho cuya extensión deberá ser determinada según las circunstancias de cada caso. Asimismo, también es conclusión de este tribunal que, a la sola luz de la Ley Fundamental, no asiste derecho, sobre la base indicada, para eximirse de dicho servicio de conscripción. Luego, la negativa del recurrente al*

ta invocar la sola colisión de la ley con la religión católica⁴⁶⁵, que las profesiones de fe pueden valer solo en el ámbito religioso y no en el civil⁴⁶⁶, que no deben afectar el bien común o el orden público⁴⁶⁷ y que no deben comprometerse derechos de terceros⁴⁶⁸.

Este modelo de objeción de conciencia que la Corte ha venido diseñando aún sin acogerlo para casos concretos, puesto a funcionar en el ámbito de la salud pública es bastante afín con el modelo liberal igualitario que propugna Marcelo Alegre quien al igual que el Tribunal, también le reconoce el carácter de “derecho” a lo que considero implica en el personal sanitario, una situación de incompatibilidad para prestar las funciones para las que ha sido contratado/a por el Estado o bien, lisa y llanamente un privilegio que afecta la igualdad.

Si bien estratégicamente puede haber perseguido el Máximo Tribunal anticiparse a templar los ánimos que remueven un debate sobre la despenalización del aborto que aún nuestra sociedad

llamado del servicio de conscripción no resulta justificada, sin perjuicio del derecho que pueda tener a cumplir ese deber con los alcances señalados en esta sentencia”

⁴⁶⁵ Fallo “Sisto, Verónica” “no basta para cuestionar el art. 230 del Código Civil -conf. ley 23.515- la sola afirmación de los peticionarios respecto a la supuesta colisión con el carácter sacramental que tiene el matrimonio para la religión católica, cuando no se ha cuestionado simultáneamente la facultad del legislador de imponer la celebración de nupcias civiles -al margen de las creencias de los contrayentes- ni establecer el divorcio vincular en términos generales como parte de las normas que se encuentra habilitado a dictar para reglar las relaciones de familia (Fallos: 312: 122).”

⁴⁶⁶ Fallo “Asociación Testigos de Jehová” op. cit. Del Dictámen Procurador. “Las profesiones de fe pueden valer sólo en el plano religioso, pero no causan efecto en el campo de las relaciones civiles.

⁴⁶⁷ Fallo “Asociación Testigos de Jehová” op. cit. Del voto en disidencia: “Que el reconocimiento de la objeción de conciencia con fundamento en una determinada creencia religiosa en modo alguno implica dejar de lado el deber de los ciudadanos para con la sociedad temporal que integran, deber que por ser exigencia de la justicia legal o general es un imperativo de conciencia, exigible por los órganos del Estado. Justamente en este aspecto se considera que muy poco o nada puede afectar al bien común la negativa de rendir homenaje activo a los símbolos patrios de un grupo de docentes”

⁴⁶⁸ Fallo “Asociación Testigos de Jehová” op. cit. Del voto en disidencia: Que la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Ello es congruente con la pacífica doctrina según la cual la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público (Fallos: 304:1524)

no da, o bien, llevar tranquilidad a una comunidad médica socialmente interpelada desde las jerarquías eclesíásticas católicas, no es menos cierto que la transposición del término “derecho” para la objeción de conciencia, merece una vuelta de tuerca que analice cabalmente los pesos y contrapesos de las libertades en juego.

Utilizar la palabra “derecho” para enmarcar cualquier acción, tiene un peso determinado en el discurso jurídico. El derecho, como práctica social discursiva que es, no puede desconocer que al hablar de “derecho” se suele presuponer un punto de partida legítimo para aquel/lla a quien se reconozca como titular.

Hablar de “derecho” usualmente nos remite a la existencia de legalidad o de determinada fortaleza en una posición que torna exigible de otros/as, también un comportamiento de terminado. Por oposición, pero en la misma línea, cuando se quiere significar una injusticia significativa, se suele apelar a la frase “no hay derecho”.

Y es que en general, siguiendo a Dworkin, cuando alguien reconoce que otro/a tiene derecho a algo, se presume un sentido “fuerte” de la palabra para significar que esa persona no podría ser interferida en ese derecho. Sin embargo, la objeción tal y como ha sido delineada por la Corte, debe ser previamente reconocida, constatada en sus requisitos y autorizada para funcionar. No sería lógico entonces, pensar que cuando la Corte habla del derecho de los/as objetores/as esté hablando de un derecho fundamental o de un derecho en sentido fuerte de la idea. Mucho menos si esa objeción se pretende utilizar frente a derechos de otras o lo que es igual, “en concurrencia de derechos”⁴⁶⁹.

En el discurso de derechos reproductivos se imbrican muchos saberes y por ende, muchas voces también. Esta situación reclama dejar en claro que no existe un derecho a la objeción de conciencia, existe un derecho a profesar libremente un culto y de exigir a otros que se abstengan de impedir esta libertad, lo cual, en casos puntuales puede reconocerse como un eximente de prestar ciertas obligaciones o cumplir algún deber. Cuando la Corte refiere la existencia de un “derecho” para los objetores de conciencia, entiendo que es una herramienta semántica discursiva, propia de la “comodidad del lenguaje” desarrollado vía jurisprudencial para algunas ocasiones, pero no el reconocimiento de un derecho fundamental para el caso concreto, con la robustez que ello indicaría.

⁴⁶⁹ DWORKIN, Ronald (2010) “Los Derechos en serio”. Ed. Ariel Derecho. 8º edición.

5. b) *El modelo de objeción “igualitario” de Marcelo Alegre*

Marcelo Alegre⁴⁷⁰ es quien, a mi entender, ha analizado en nuestro país de forma más aguda el tema de objeción de conciencia y derechos sexuales y reproductivos. Identificándose con un modelo liberal igualitario, advierte sobre el rasgo romántico que genera la objeción de conciencia como muestra de “coraje”. Al mismo tiempo, alerta sobre las diferencias existentes con la desobediencia civil y la rebelión, reivindicando la objeción como un “derecho” utilizado históricamente para la protección de minorías. Y al cuestionarse sobre si puede considerarse efectivamente el “modelo igualitario” como un modelo independiente del modelo de la derivación, concluye de manera sensible con la problemática social involucrada en que la diferencia está en matices, como ser “*la aceptación a regañadientes de la derivación*”⁴⁷¹ y que incluso “*podría ser necesario prohibir la objeción*”⁴⁷², pero sosteniéndola como legítima a fin de cuentas, bajo las premisas de cierta regulación muy semejante a la que ha propuesto la Corte Federal en fallo F.A.L.

Si bien el análisis del contexto que efectúa Alegre visibiliza a la mujer pobre como parte crucial de la problemática, peca de descriptivo y no termina de hacerse cargo de ese contexto al cual alude, el cual se encuentra signado por las carencias de los mismos derechos que intenta proteger con la objeción: libertad e igualdad.

Referirse como “derecho” a la objeción de conciencia no es accidental.

Hablar de derecho es hablar de posiciones fuertes, de deseos con cierta dosis de razonabilidad y por sobre todo, con cierto grado de exigibilidad de satisfacción de ese deseo a cargo o por otro (tercero/a o Estado). Hablar de derecho cuando se habla de objeción de conciencia y aborto, implica reconocerle a un comportamiento anómalo en la prestación de un servicio esencial como es la atención sanitaria, una prerrogativa cuyos efectos directo (creación de barreras para el acceso a la práctica médica, imposibilidad de obtener información sobre alternativas terapéuticas, afectacio-

⁴⁷⁰ ALEGRE, Marcelo; “Opresión a Conciencia” disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Alegre_Sp_PV.pdf (consultado por última vez el 7/07/2013)

⁴⁷¹ Ib Idem p. 25

⁴⁷² Ib. Idem p. 25

nes en la salud integral, imposición de un plan de vida forzado, etc.) recaen sobre la espalda de la usuaria que ya viene, a su vez, cargada con una autonomía devaluada por políticas que no le impactan, una libertad intervenida por la escasez de recursos simbólicos y materiales y una desigualdad estructural⁴⁷³ que coloca el punto de partida de su libertad, seguramente mucho más lejos de la libertad de el/la objetor/a.

Alegre parte de presupuestos de igualdad inaplicables en el contexto que se describe y eso lo conduce a un resultado equivocado como es prestigiar la libertad de el/la objetor/a por sobre la libertad de la mujer, como si ambos efectivamente gozaran de las mismas posibilidades y contaran con los mismos medios.

Comete el mismo error en el que incurre, en general, el liberalismo y que consiste en prestar atención a las formas y a las libertades, más que al sustrato. Así, a partir de la formalidad de una igualdad que no siempre existe en lo sustantivo, de una autonomía que no siempre está presente y con argumentos que apelan a la razón, entiendo poder garantizar libertades.

La situación de la “paciente del Hospital” es similar a la de “las mujeres que faltan”⁴⁷⁴ de las que habla Sen. Han llegado tarde al reparto en salud, alimento, educación y por ende, quienes tienen más posibilidades de morir y por ello, necesitan un aditamento a la garantía de libertades. Este aditamento consiste en que se valoren en su contexto las restricciones que su propia realidad de abandono y desigualdad las atraviesa.

Y es que lo que en verdad se intenta transmitir, es que las circunstancias que rodean el contexto en el cual un profesional de la salud objeto de conciencia en materia de derechos no reproduc-

⁴⁷³ Entiéndase por “**desigualdad estructural**”, el concepto que refiere Roberto Saba (2007: 166) cuando encuentra relevante la incorporación de datos históricos y sociales que den cuenta de un fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática en que se encuentran inmersos algunos sectores de la sociedad. Esta desigualdad va más allá del sistema normativo y se hace cargo de desplazamientos de hecho en virtud de la existencia de ciertos derechos que sólo resultan “sólo palabras” para ciertos grupos excluidos. SABA, Roberto (2007) “(Des) igualdad estructural en Argentina” en “*El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*”. ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (Comp) Ed. Lexis Nexos. Bs. As. Argentina

⁴⁷⁴ SEN, Amartya (1991): “Faltan más de 100 millones de mujeres” en “*La mujer ausente. Derechos humanos en el mundo*”. Chile: Isis Internacional, Ediciones de las mujeres, n° 15. 1996

tivos (y sexuales en general), lejos están de la igualdad y la dignidad que podrían justificar el encuadre liberal que propone Alegre.

La objeción de conciencia en el ámbito de la salud pública, realmente tiene como consecuencia altamente probable la de negar el acceso a la atención sanitaria y de facilitar el trato indigno, irrespetuoso y violento.

Recién luego de redistribuir un poder inequitativamente predisuelto al interior de una relación médico-paciente que reproduce el mismo esquema del imaginario social para la mujer –subordinación, subyugación y anulación de las decisiones– es que podría hablarse de un punto de partida cercano al de la libertad de quien objeta. Y sólo reconociendo los esquemas de desigualdad y revisando los contextos puntuales, será posible redistribuir.

Alegre también recalca que esta herramienta ha tenido en miras proteger a las minorías. Sin embargo, la objeción de conciencia respecto del aborto no es cuestión de minorías en Argentina.

La objeción de médicos/as no solo ha sido “llamada”⁴⁷⁵, al menos en Tucumán, por las jerarquías eclesiásticas católicas de forma abierta y pública y se presenta más cercana a la objeción “institucional” o a un mandato partidario si se quiere; sino que además se

⁴⁷⁵ A modo de ejemplo sobre la cruzada mediática que se ha hecho para alentar la objeción de conciencia se ofrece el siguiente clipping: “Monseñor Zecca vuelve a embestir contra el aborto” nota del 1/04/2012 (disponible en <http://www.eldiario24.com/nota.php?id=250299>), “Zecca pidió a los médicos que hagan valer su derecho a la objeción de conciencia” nota del 4/04/2012 (disponible en <http://www.elsigloweb.com/nota.php?id=89144>), “Monseñor Zecca molesto con Alperovich por su postura sobre el aborto”, nota periodística del 4/04/2012 (disponible en <http://www.eldiario24.com/nota.php?id=250740>), “Zecca opone conciencia al aborto” nota del día 8/04/2012 (disponible en <http://www.losprimeros.tv/nota/44257/monsenor-zecca-opone-la-conciencia-contra-el-aborto.html>) “El Arzobispo pidió a médicos tucumanos se nieguen a realizar abortos y a Alperovich que recapacite”, nota periodística del 20/03/2012 <http://www.contexto.com.ar/nota/71771/El-Arzobispo-pide-que-los-m%C3%A9dicos-tucumanos-se-nieguen-a-realizar-abortos-y-que-Alperovich-%22recapacite%22.html>) “Zecca volvió a cuestionar el aborto no punible”, nota del 9/04/2012 (disponible en <http://www.tucumanalas7.com.ar/nota.php?id=57938>) “Las 62 Organizaciones con Zecca en contra del aborto no punible” nota periodística del 10/04/2012 (disponible en <http://www.eldiario24.com/nota/251057/ratificamos-plenamente-nuestra-postura-ya-que-las-circunstancias-politicas-y-la-corrupcion-generalizada-se-han-agravado-peligrosamente.html>) “El Colegio de Abogados de Tucumán repudió el fallo de la Corte sobre aborto no punible” nota periodística del 19/03/2012 (disponible en <http://www.elsigloweb.com/nota.php?id=87950>) “Abogados Tucumanos en contra del fallo de la corte sobre aborto no punible” nota del 15/03/2012 (disponible en <http://www.eldiario24.com/nota/249235/los-abogados-tucumanos-en-contra-del-fallo-de-la-corte-sobre-el-aborto.html>)

ha fortalecido a modo de “cruzada” la conducta de quien oponga resistencia para realizar abortos.

En Tucumán hasta se han realizado misas en las escalinatas de la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes para interpelar a quienes no son objetores/as, desde sectores políticos partidarios se han formalizado denuncias penales⁴⁷⁶ en contra de médicos que han realizado la práctica médica de aborto y se ha mantenido silencio desde el Estado al respecto, lo cual equivale a convalidar un manto de sospecha a cerca de la legalidad de este tipo de interrupciones de embarazo.

No hay romanticismo alguno en la afectación de la autonomía de la paciente que logra quien objeta, como tampoco hay coraje en abusar de una posición fuerte dentro de una relación asimétrica. La objeción de conciencia que reglamenta Alegre, no puede ser aceptada bajo ningún concepto, ni si quiera como un costo marginal de la libertad de culto.

No se trata de prohibir a efectores de la salud pública el derecho a profesar libremente un culto. Tampoco se trata de prohibir la objeción de conciencia. Se trata de sincerar la ineficacia para brindar atención sanitaria de un Estado que es “*garante de la salud pública*”⁴⁷⁷, pero cuyos recursos humanos niegan los estándares de derechos vigentes en nuestro país para las usuarias de la salud pública. Se trata de evidenciar en qué medida el accionar de médicos/as cuyas conciencias se afana Alegre en proteger, impacta en la atención sanitaria que no están dispuestos/as a brindar que se traduce en una “incompatibilidad” con la tarea o función que precede su vínculo laboral, no en objeción.

El contexto que advierte Alegre en la mujer que yo llamo “paciente de hospital” (tercera a quien afecta la objeción de conciencia), lo es todo cuando de igualdad y derechos se habla. No es factible pensar en reconocimiento, expansión y contenido de derechos sin la acción política y la presencia de un Estado comprometido, a través de su diseño institucional, con la redistribución de poder que ha recortado originariamente para la mujer, en beneficio de los varones.

⁴⁷⁶ “Apoderado del PRO contra un aborto no punible” nota periodística del 24/04/2013 en el diario “Tiempo Argentino” (disponible en <http://tiempo.info-news.com/2013/04/24/sociedad-100666-apoderado-del-pro-contra-un-aborto-no-punible.php>)

⁴⁷⁷ Fallo F.A.L op. cit.

El modelo liberal ha instalado entre la persona y Estado una relación de igualdad formal, eximiéndose así de satisfacer cualquier necesidad particular que, como en el caso de las mujeres, no encuadre en el concepto universal que define las demandas propias del poder.

Esta igualdad sustantiva, concebida erróneamente por el modelo liberal como “neutral”, homogeneiza a los individuos tanto como invisibiliza las particularidades que impiden a las mujeres un punto de partida justo. Este desfasaje en el punto de partida de las mujeres, exige del Estado políticas concretas y acciones positivas para reconocer y redistribuir poder. Exige reconocer que la igualdad que se ha pensado para “el hombre” como sujeto universal, no implica igualdad para las mujeres. **Mary G. Dietz (2001)**⁴⁷⁸ advierte, con razón, que para la sociedad liberal, las necesidades de cada persona son concebidas en forma independiente de cualquier condición política o social inmediata, casi desentendiéndose del contexto.

5. c) *Enquiciar la objeción es una acción que demanda enfoque de género*

El análisis que se propone para descartar la posibilidad de objetar la libertad de conciencia en materia de atención sanitaria pública, es un “análisis distributivo”⁴⁷⁹ atravesado por el enfoque de género. Un razonamiento que involucra el contexto de todas las libertades implicadas en la problemática de la no reproducción y que debe disuadir a renunciar al “fetichismo jurídico”⁴⁸⁰ de la aplicación mecánica de normas como signo de eficacia, para aceptar que el derecho es una creación constante y un discurso de poder que legitima realidades, precedido por una realidad que si no es intervenida en el análisis jurídico, pocas posibilidades tiene el derecho de operar cambios.

⁴⁷⁸ DIETZ, Mary G (2001) “El contexto es lo que cuenta: feminismo y teorías de la ciudadanía” en *“Ciudadanía y feminismo. Feminismo y teoría identidad pública/privada”*. Mexico. IFE. Pag. 2-20.

⁴⁷⁹ ALVIAR GARCÍA, H y JARAMILLO SIERRA, I; op. cit.

⁴⁸⁰ ALVIAR GARCÍA, H y JARAMILLO SIERRA, I; op. cit., citando Eduardo Zuleta Angel quien habría utilizado por primera vez en Colombia el término “fetichismo legal”, utilizan esta idea para referir a la creencia de que la ley refleja siempre el interés general y que una correcta aplicación de la ley llevará siempre un incremento de bienestar general, pero que en los hechos sólo reproduce distintos tipos de estatus quo.

De lo que trata el análisis distributivo y el enfoque de género que falta en el modelo de Alegre, es de dotar de un contenido más igualitario a todas las libertades, sin presumir que porque se declamen, existen; y partiendo de la premisa de que la igualdad del modelo liberal es neutral y la neutralidad se ha llevado siempre por delante a las mujeres.

El análisis distributivo desconfía del poder transformador del derecho por considerar que en general, tiende a subestimar el papel de aquellas normas que, aún cuando no parezcan enmarcar un determinado conflicto, juegan en él aunque no directamente relacionadas.

Advertir la rigidez que existe en las transformaciones sociales a pesar de normas y sentencias progresistas, nos devuelve la impotencia del derecho como herramienta estática y la necesidad de dinamismo que reclaman los conflictos para interpelar no sólo las normas que parecen en tensión, sino también todas las que están detrás o bien, debajo, sosteniéndola.

Las normas tienen un peso u otro, según el contexto. Y la volubilidad del contexto demanda visibilizar que el mismo depende también de *“la forma en la que el derecho establece cuáles son los recursos en juego, cuáles son los intercambios y los reclamos posibles y cuáles son las herramientas que tienen a su disposición cada una de las partes y de los actores”* (Alviar García, H et Al, 2013:41).

El enfoque de género poniendo la lupa sobre el aborto en términos de atención sanitaria, será útil para mostrar aquello que está detrás o debajo de la objeción de conciencia.

El anclaje de este rol social en la “naturaleza”, ha condicionado históricamente el diseño de su propia biografía de las mujeres, apropiándole el vientre y confinándola al ámbito privado de su hogar, donde las relaciones de poder enquistadas al interior de la familia también se conjuran para menguar su plan de vida libre y autorreferente (Pateman, C: 1996).

Acotando el análisis de los derechos reproductivos al ámbito de la salud pública, este análisis interrelaciona género con variables como raza, edad, posición económica y demás connotaciones del contexto de la mujer, que son los que plasman en los hechos reales, el concepto de vulnerabilidad que atraviesa esta problemática. La escasez de recursos simbólicos y materiales mengua las posibilidades de construir una decisión libre, autónoma y autorreferente para la niña, adolescente y mujer en estado de vulnerabilidad (paciente de la salud pública) y constituye una piedra de toque fun-

damental a la hora de analizar los alcances y limitaciones de los derechos en materia de sexualidad y reproducción.

El diseño de “políticas corporales” (Harcourt, W 2011) efectivas, eficaces y verdaderamente destinadas a impactar en quienes necesitan realmente de ellas en materia de reproducción, es un indicador importante a tenerse en cuenta a la hora de ponderar las condiciones que propician la igualdad como base de una política que podría permitirse el análisis de tensiones como libertad de culto vs. libertad reproductiva, libertad de culto vs. derecho al plan de vida, libertad de culto vs. derecho de acceso a la atención sanitaria, libertad de culto vs. derecho a la información útil para tomar decisiones sexuales y reproductivas autónomas.

O lo que es lo mismo, interpelar las condiciones que rodean la pugna de libertades de quien objeta vs. libertades de niñas, adolescentes y mujeres estructuralmente rezagadas en sus puntos de partida.

Esta desigualdad estructural que atraviesa a las mujeres que deben caminar en el Hospital para interrumpir un embarazo riesgoso para su vida o fruto de una violación, para obtener anticoncepción quirúrgica, de emergencia o medicamentosa o bien, simplemente conseguir información sobre estas prácticas, conforman la presencia de lo que Iris Marion Young denomina “*grupo oprimido*” (Young, I: 1989) y demandan en términos de democracia, una acción política dirigida a evitar se perpetúe la afectación de la autonomía de un individuo supuestamente neutral, que se niega a tomar en cuenta diferencias de riqueza, estatus, raza o sexo en aras de considerar como real y justa, una igualdad formal propia de la ley, más no siempre de la realidad normada.

La justicia reproductiva para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal o de un esquema que sea indiferente a la desigualdad.

Acceder a la salud es sumamente dificultoso para una mujer con escasez de todas aquellas herramientas que se precisan para actuar de forma autónoma. Tomar la iniciativa de controlar el propio cuerpo, como un síntoma de control sobre la propia vida, es un salto cualitativo impensado para muchas mujeres todavía.

Establecer una relación médico-paciente que tenga que ver con lo sexual, demanda capacidades y funcionamientos impensados para un gran sector de usuarias de la salud pública. El encuentro con el objetor precipita a niñas, adolescentes y mujeres frente a quien encarna los mandatos culturales que intentan revertir. Pero además, las

expone a dilemas ajenos que se enfocan en el feto y se desentienden deliberadamente de las pacientes, como si la relación fuera tripartita.

Y por último, el/la objetor/a encarna todo el poder patriarcal que subyuga históricamente a la paciente violada o cuya salud está en riesgo: “el poder del padre” capaz de censurar, “el poder del familiar” capaz de violentar y “el poder del Estado” capaz de sancionar.

La desigualdad vista así, al margen de la asimetría propia de la relación médico-paciente, es arrolladora para quien buscando un aborto se enfrenta a un/a objetor/a.

La derivación que propone Alegre y la Corte Suprema como salvoconducto que reduzca los daños a las terceras, parece excesivamente onerosa cuando se analiza el contexto, porque la verdad es que antes de acceder definitivamente al aborto no punible, la mujer ha deambulado, rogado, reiterado y padecido hasta encontrar algún/a efector/a empático/a que no vocifere que *“ha estudiado para traer vidas al mundo y no para matar bebés”*.

Cualquier comportamiento que, pretendiendo usufructuar el ropaje del derecho esté destinado a impedir el acceso al aborto de la mujer pobre, requiere tomar conciencia de que la sociedad está estructurada bajo formas de subordinación que han privado y privan a las mujeres del poder de decidir sobre sus cuerpos y su sexualidad como herramienta disciplinadora de un sistema de dominación que subyuga a favor del hombre de innumerables modos.

Y la escasez de recursos propia de la vulnerabilidad que se cierne en la mujer que se atiende en el sistema público de salud, juega con inequidades extra que afectan la igualdad y acotan la libertad. Esta mujer es a la que denomino “la paciente del hospital”.

6. La paciente de Hospital

Debemos pensar cuál es la paciente que accederá a la salud sexual y reproductiva mediante un Hospital Público o Centro de Atención Primaria y al mismo tiempo, reflexionar sobre la posición económica-social de la paciente como determinante casi exclusivo de acceso a uno u otro circuito de atención sanitaria.

6. a) La mujer no-formal

Recientemente, el Poder Judicial de Tucumán ha dado origen a una decisión inédita en materia de salud de mujeres. Un fiscal de Instrucción

en Primera Instancia⁴⁸¹ y un juez de instrucción⁴⁸² a su turno de revisar, sostuvieron que la relación médico-paciente que se establece en el ámbito de la prestación pública de atención sanitaria, es NO-FORMAL⁴⁸³.

Valga la aclaración de que esta afirmación adquiere mayor consistencia cuando se toma en cuenta que lo que ambos debían investigar era una denuncia de violación de secreto médico y violencia obstétrica que una paciente del Hospital había formalizado y que la referencia a la no formalidad, tenía en vista sustraer a las médicas denunciadas de los deberes de confidencialidad, trato digno y respetuoso y demás obligaciones que les impone la ley 26.529 para con las usuarias.

Afortunadamente este pronunciamiento no ha quedado firme, pero alerta la peligrosidad del desarrollo jurisprudencial en esta línea debido al debilitamiento que genera en la posición de la mujer que concurre ya sea en situación post-aborto o bien, a requerir un aborto permitido cuya privacidad, autonomía, dignidad y libertad propias de la relación que se establece entre médico/a y paciente podrían quedar atomizadas en una suerte de buena voluntad samaritana o lo que es peor, una limosna sanitaria propia de un modelo médico hegemónico que subyuga a quienes trata, bajo la acción de lo que el/la médico/a considera “bueno” para sí.

Nada en la actualidad condiciona que la atención de Hospitales Públicos deba ser exclusivamente para personas de bajos recursos, pero es una verdad a voces que es sólo un sector empobrecido de la población el que busca acceder a la salud en este ámbito. La Ley Antidiscriminatoria⁴⁸⁴ señala aquellas características de las personas en virtud de las cuales está prohibido discriminar (religión, raza, nacionalidad, ideología, sexo, opinión política o gremial, posición económica, condición social y características físicas). Esta norma establece sanciones civiles contra aquellos que realicen ac-

⁴⁸¹ Fiscal Arnoldo Suasnabar de la Fiscalía de Instrucción en lo Penal de la VII Nominación

⁴⁸² Juez Francisco Pisa de Instrucción en lo Penal de la IIIa Nominación

⁴⁸³ En el caso que ha tomado estado público como “María Magdalena” (“Dos Médicas con Objeción de Hipócrates” (disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200919-2012-08-13.html>) donde una mujer denuncia por violación de secreto médico y violencia a la residente y jefa de guardia que la asistieron en situación post-aborto, el Fiscal ordena el archivo de la causa, demostrando la negativa lisa y llana a investigar, argumentando que “*de ningún modo se advierte que en la intervención de las profesionales C.C y A.B con la paciente R.M.M, haya habido una formal relación médico paciente*”.

⁴⁸⁴ Ley Nro. 23.592

ciones disvaliosas contra otras personas por su condición asociada a alguna de esas categorías.

Este estándar no es sin dudas el que habrá de acompañar a la mujer que cuente con recursos simbólicos para acceder a una consulta privada. Esta mujer, sin dudas abortará en paz y con la tranquilidad que sólo algunos servicios rentados pueden dar.

Pero esto ¿es justo?

El ámbito privado de la prestación sanitaria, por sus costos, precisa para su acceso un caudal de recursos materiales determinados que deja afuera un gran número de mujeres y niñas que no cuentan con medios económicos para ello. Al estar definida la salud como un derecho humano básico, la atención sanitaria está garantizada por el Estado y las prestaciones médicas se brindan principalmente en Hospitales y Centros de Atención Primaria para un sector considerable de la población.

Por este motivo, para evitar rotulaciones que podrían homogeneizar al grupo de mujeres que acceden a derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud pública (v. gr pobre, rural, de escasos recursos, vulnerable, desaventajada etc.), al referir a esta niña, adolescente o mujer la denominaré “paciente del Hospital”.

Veamos, en primer lugar la relación médico-paciente está contemplada en la ley 26.529 que rige **“Los derechos de los pacientes en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”**, establece en su art 2º que los derechos del paciente a la asistencia, al trato digno y respetuoso, a la intimidad, a la confidencialidad, a la autonomía de la voluntad, a la interconsulta médica y a la información sanitaria *“Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate”*.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ T.O según Ley 26.529 **“Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”**, publicada el 21/10/2.009. Art. 2 inc. a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;c) Intimidad. Toda actividad médico -

Conforme se aprecia del texto transcrito, la ley no hace distinción según la relación se establezca en el ámbito público o en el ámbito privado, razón por la cual cualquier distinción que sobre el particular quisiera efectuarse implicaría configurar un doble estándar que encubriría un sesgo discriminatorio en materia de poder adquisitivo de quien intenta acceder a la atención sanitaria.

Interpretar la existencia de dos tipos de relaciones médico-paciente según la misma se concrete en el circuito pago de la salud o bien, en el ámbito de la prestación pública que brinda el Estado, no sólo no tiene apoyatura legal, sino que además pone en juego una “categoría sospechosa”⁴⁸⁶ disvaliosa para la paciente de Hospital que contribuye a profundizar la desigualdad estructural de punto de partida, teniendo como criterio circunstancias exclusivamente basadas en la posición económica de una persona.

Por otra parte, al hablar de un status de “no formalidad” se podría, erradamente, debilitar el vínculo entre equipo de salud y paciente o entre Instituciones de la salud y paciente y con ello, también debilitarse las obligaciones y las responsabilidades del Estado en la prestación de ese servicio de salud, con lo cual condenaríamos a la posición debilitada de quien no cuenta con recursos económicos suficientes para atender su salud, a recibir “limosna sanitaria” en vez de atención médica.

asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley Nº 25.326;d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. (...)f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

⁴⁸⁶ Para profundizar el concepto de “categoría sospechosa”, se recomienda ver Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?, en Roberto GARGARELLA, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008

Reconocer, desde lo fáctico, que la atención sanitaria en el ámbito público es de diferente calidad o recopila mayores deficiencias que aquella atención sanitaria que se consigue mediante consulta privada, puede resultar repugnante, pero es parte de la honestidad brutal que reclama un debate pendiente en la sociedad sobre cuáles son los costos que un Estado debe (y cada Estado puede) afrontar para asegurar la salud en sus ciudadanos y ciudadanas. Ahora bien, legitimar desde lo jurídico un doble estándar de salud según la posición económica de la paciente, recrudece un escenario de inequidad y desigualdades desgarradoras.

Educación, anticoncepción, contracepción y acceso a la atención sanitaria son eslabones de una cadena que tracciona la “salud” con todas las aristas de integralidad que se han definido desde Organismos Internacionales pero con diferente intensidad según la mujer-paciente acceda a ella en el ámbito público o en el ámbito privado. Estos eslabones fundamentales, no son bienes distribuidos de la misma forma para todas las personas. Por el contrario, niñas, adolescentes y mujeres provenientes de sectores desaventajados contarán naturalmente, con menos herramientas para enfrentar decisiones autónomas que se imbrican en este plano de la vida personal.

6. b) *La mujer “Rural”*

Desde la sociología, Vázquez Loba⁴⁸⁷ delinea con detalle los obstáculos que enfrenta la mujer rural para acceder a la salud sexual y reproductiva, identificando por lo menos tres situaciones bien marcadas que sortea (si puede) la población femenina de estos escenarios: los estereotipos culturales que atraviesan las conformaciones familiares y que acotan la noción sobre el cuidado de la propia salud, las distancias simbólicas que propone el discurso de autoridad en la relación médico-paciente y las connotaciones fácticas propias de vivir fuera del égido urbano.

Señala esta autora que la sobrecarga que vive la mujer rural en el seno de su familia, en virtud de la concentración del rol repro-

⁴⁸⁷ VÁZQUEZ LABA, Vanesa (2011) “Diferencias y Salud Reproductiva. Obstáculos en la atención de la salud en mujeres rurales en la Argentina” en *“Seminario de Acceso a la Justicia Reproductiva”*. Publ. INSGENAR y Católicas por el Derecho a Decidir-Argentina.

ductor al cual se adiciona muchas veces la jornada de trabajo fuera de las casas, mengua las posibilidades ciertas de disponibilidad de tiempo para abocarse a la atención de la propia salud.

A ello se suma el rol de cuidadora que la mujer desempeña dentro de la familia, el cual no se circunscribe necesariamente a la atención de la propia prole sino que incluye también el cuidado de adultos mayores y familiares enfermos. Esta situación se agrava aún más con las elevadas tasas de fecundidad y su avance principalmente en adolescentes.

Apoyándose en cifras oficiales⁴⁸⁸, la autora resalta un nivel diferencial de fecundidad entre mujeres en condición de pobreza, ya que mientras para este sector el promedio de hijos asciende a 4, *“entre las mujeres no pobres el promedio es menor al 2.5 hijos, bastante mas cercano al modelo reproductivo europeo”* (2011:82).

Como un segundo eje de precariedad de la salud sexual y reproductiva de las mujeres en situación de pobreza, cabe tener en cuenta las distancias que propone un discurso médico impregnado de sexismo que desestimula la consulta profesional. Las barreras culturales que atraviesan a la mujer rural, pocas veces son tomadas en cuenta por la comunidad médica lo cual facilita lo que ellas denominan en entrevistas como *“maltrato por parte de los/as profesionales”* (2011:86).

Este maltrato, producto del “choque cultural” que refiere y que se cristaliza en un diálogo entrecortado, poca capacidad de escucha y aplicación mecánica de rutinas médicas predisuestas para un universo que se considera erróneamente homogéneo como es el del grupo de las mujeres, tiene la virtualidad de entorpecer la creación de un espacio cómodo en el cual se desenvuelva con fluidez el trato médico-paciente y contribuye a profundizar una brecha de asimetría de poder característica de toda relación de este tipo.

La relación médico-paciente constituye en sí misma una relación de desigualdad de poder en la cual el profesional de la salud, como sujeto supuesto de saber, se encuentra ubicado en condiciones de mayor solidez (lo que podría denominarse en lenguaje de consumidores “posición dominante”) respecto de la paciente. Una mujer que se siente frágil por la propia condición de “paciente”, que se ve obligada a revelar datos de su intimidad que por estar relacionados con la sexualidad no son fáciles de transmitir y por sobre todo,

⁴⁸⁸ ECV del INDEC 2006.

que se ve en muchas oportunidades expuesta injustamente a recibir opiniones personales respecto de una porción de la vida de toda persona que merece respeto a la autonomía, como es la vida sexual, reproductiva y no-reproductiva.

Finalmente, bajo lo que podríamos unificar como datos fácticos del contexto de pobreza y exclusión que provoca vivir fuera de lo que llamamos zona urbana, cabe referenciar las largas distancias entre centros médicos correctamente equipados para la atención sanitaria integral, las dificultades propias del transporte urbano de pasajeros y las limitaciones inherentes a una posición económica precaria que habrá de lograr, casi como recorte inmediato aquellos que se presenten como superfluos.

Pero además, en el imaginario de esta paciente de Hospital, la necesidad de atención en materia de salud suele asociarse a dolencias físicas y en general tan agudas como puntuales. La salud sexual y reproductiva se presenta, cuando se conoce, como irrelevante.

Estas limitaciones, se abonan con un fuerte estereotipo de maternaje como destino lo cual facilita el ideal de mujer múltipara y dificulta instalar el derecho a la planificación familiar, como ejercicio emancipatorio de diseño de la propia biografía.

6. c) *La mujer “vulnerable”*

Desde la bioética, **Florencia Luna**⁴⁸⁹, desgaja estas situaciones reales que atraviesan la vida de las mujeres y condicionan sus potencialidades, con su teoría de las capas de vulnerabilidad. Esta autora, intentando rebatir las críticas que se formulan desde la ética en investigación al concepto de vulnerabilidad como concepto que podría homogeneizar a grupos de personas, propone un concepto dinámico que permita ser removido. De esta manera sostiene que *“no hay una sólida y única vulnerabilidad que agote la categoría, pueden haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas pueden superponerse y algunas pueden estar relacionadas con problemas del consentimiento informado, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales”* (2008: 66). Siguiendo a Luna puede observarse que en el caso del ejercicio de derechos

⁴⁸⁹ LUNA, Florencia (2008) *“Vulnerabilidad: La Metáfora de las Capas”*. Jurisprudencia Argentina, T IV, p: 30-67.

sexuales y reproductivos por parte de mujeres, estas capas de vulnerabilidad serían varias y se acumularían.

En primer lugar, la pertenencia a lo que la autora denomina como un país intolerante a este tipo de derechos ya otorga una capa de vulnerabilidad y en lo sucesivo, habrán de sumarse tantas “capas” como variables que acoten las posibilidades de acción según el caso.

La falta de educación y recursos materiales, evidentemente limitará el curso de acción de la mujer ante un embarazo no querido y determinará el acceso a un aborto seguro en el caso de una mujer de buena posición económica y el aborto clandestino, en el caso de la mujer pobre. La educación facilitará en quien la tenga, el acceso a métodos anticonceptivos que alejen una maternidad prematura y sin embargo, en el caso de la mujer pobre que concentra altos índices de analfabetización y casi nulo acceso a la educación sexual, lo más probable es que continúe el mandato reproductivo que la cultura le impone con lo cual adquiere ya otra capa de vulnerabilidad.

Pero si además esa mujer pertenece a poblaciones originarias o migrantes, recibirá otras capas de vulnerabilidad propias del bagaje y los mandatos acuñados por las propias tradiciones.

Y es que la vulnerabilidad de una mujer pobre tiene la posibilidad de cobrar dimensiones desproporcionadas cuando de autonomía sexual y reproductiva se trata. Esto dificulta un punto de partida justo y genera desigualdades que signan sus vidas con experiencias sexuales desprotegidas y maternidades muchas veces forzadas.

Registrar la vulnerabilidad no como una etiqueta sino como una herramienta capaz de prestar atención a los diferentes contextos como eficaces para convertir en vulnerables a ciertas personas, es de gran utilidad a la hora de analizar las asimetrías propias de la relación médico-paciente y de cualquier relación que sostenga desigualdad de poder entre sus integrantes.

Finalmente, estas circunstancias específicas de la vida de las mujeres que podrían llamarse variables de discriminación o bien, capas de vulnerabilidad, han sido recogidas por la **Organización Mundial de la Salud** ⁴⁹⁰ como aspectos relacionados directamente con la muerte materna. Subraya:

⁴⁹⁰ OMS Nota Descriptiva N° 348 de Mayo de 2012 “Muerte Materna”. Disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/#> (consultado por última vez el 25/3/2013)

“El alto número de muertes maternas en algunas zonas del mundo refleja las inequidades en el acceso a los servicios de salud y subraya las diferencias entre ricos y pobres (). Las mujeres pobres de zonas remotas son las que tienen menos probabilidades de recibir una atención sanitaria adecuada”. Asimismo, señala como “otros factores que impiden que las mujeres reciban o busquen atención” los siguientes: “la pobreza, la distancia, la falta de información, la inexistencia de servicios adecuados, las prácticas culturales. Para mejorar la salud materna hay que identificar y eliminar los obstáculos al acceso a servicios de salud de calidad en todos los niveles del sistema sanitario”.

6. d) La mujer “diversa”⁴⁹¹

Una mujer “diversa”, siguiendo las definiciones de la Real Academia Española⁴⁹², es una mujer de “distinta naturaleza”, una mujer “desemejante”.

Para desentrañar esa diversidad aplicada al caso de la mujer que decide abortar por cuanto rechaza la maternidad para sí, es necesario identificar cuáles son las representaciones que construyen lo femenino en el imaginario social, para que sea posible identificar qué es aquello que se considera diferente en términos de identidad o que transita por fuera de lo que se ha impuesto como “naturaleza” para la mujer.

Los Principios de Yogyakarta establecen que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual y la identidad de género”*⁴⁹³

⁴⁹¹ Esta idea motivó una ponencia de mi autoría aceptada en el Primer Congreso de Filosofía Norte Grande en el mes de Septiembre de este año, titulada *“La mujer que aborta se perfila como diversa”*. Trabajo actualmente en prensa.

⁴⁹² **diverso, sa.** (Del lat. *diversus*, part. pas. de *divertĕre*). 1. adj. De distinta naturaleza, especie, número, forma, etc. 2. adj. **desemejante**. 3. adj. pl. Varios, muchos. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=DIVERSA> (consultado por última vez el 15/08/2013)

⁴⁹³ La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la

son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso”.

La robustez del mandato de maternidad es de tal entidad que incluye la herramienta penal como ejercicio de poder Estatal para disuadir a quien intente rechazarlo. Esta fractura entre lo que un sector de la sociedad imagina es correcto para las mujeres y lo que el Estado pretende de sus ciudadanas, por un lado; y el embarazo y la maternidad, aún no deseados, como rasgos que condicionan la identidad, adscripción y pertenencia social, por otro lado, evidencian que el aborto no es una posibilidad legal ni socialmente aceptada.

La idea del aborto como elección que se opone a mantener disponible el cuerpo para otro/a, visibiliza que no es verdad que las mujeres son madres naturales en potencia y equivale a aceptar que la maternidad no es un instinto.

Pensar el aborto como deseo de no poner el cuerpo, implica afirmar que la maternidad es tan pasible de ser elegida como descartada y contribuye a restarle, todo lo “natural” que se le ha ido endilgando a lo largo de la historia.

Una mujer que decide poner fin a su embarazo, trastoca el orden natural normado que asocia sexualidad a reproducción, reproducción a maternidad y maternidad a lo femenino. Una mujer que decide abortar trasciende la “naturaleza”, puesto que para el imaginario social dominante la mujer adquiere “*estatuto humano cuando se hace madre*”⁴⁹⁴, ante lo cual el aborto refiere algo que no es lo esperado y entraña un comportamiento que se sale de los cánones de “normalidad”.

Abortando o eligiendo la anticoncepción como una forma de diseñar de manera autorreferente su plan de vida sin centrarlo en el servicio de la maternidad, la mujer pone en jaque la construcción social de lo femenino. Subvierte su propia identidad.

El concepto de diversidad ha estado exclusivamente reservado para poner en crisis el paradigma de heteronormatividad que aso-

misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. “Principios de Yogyakarta” disponible en http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf (consultado por última vez el 15/08/2013)

⁴⁹⁴ ROSTAGNOL, Susana (2006) “Lugares y sentidos voluntarios del aborto voluntario: un diálogo con la bioética” en Rev. “*Perspectivas Bioéticas*” Año 11, N° 21, Segundo Semestre p. 55

ciaba sexualidad con reproducción y ambos con género. Tomando el concepto de identidad de los Principios de Yogyakarta, es válido sostener que a toda mujer que quiere abortar estaría al margen de *“la vivencia interna e individual”* que el imaginario social ha pre-dispuesto para el género femenino.

Una mujer que decide voluntariamente terminar con una gestación, no encuadra en los parámetros culturales normados para el sexo asignado en su nacimiento –sexo femenino– como sexo que gesta. Es más, el hecho del aborto en sí, como acto médico que puede precisar de un procedimiento quirúrgico para concretarlo, involucra en cierta forma *“la modificación de la función corporal”* biológica de gestar que podrá ser aislada (aborto) o bien definitiva y permanente (si incluye una histerectomía o ligadura tubaria).

Como se vislumbra, la categoría diversidad acuñada para la defensa de la libertad, identidad y dignidad Lesbianas, gay, travestis, transexuales, intersex y queers; ya no aparece como exclusiva y mucho menos excluyente de otro sector cuya identidad está en jaque por las directrices dominantes que performan su subjetividad.

El deseo manifiesto de no ser madre perfila a la mujer como “desemejante” o “de distinta naturaleza” de la idea que de ella se ha figurado la mayoría. No encajar en patrones culturales valorados positivamente por la mayoría descubre el uso de la presión social y el castigo penal para moldear madres y muchas mujeres autoperibirse féminas, más allá de un vientre ocupado o de una función orgánica.

Estas nociones de identidad “diversa” formateada culturalmente para el género femenino imponen deconstruir, también desde lo cultural, lo que se afina bajo el paradigma de lo “natural”.

Sin embargo, lo femenino tiene que poder desmaternizarse para que la noción de cuerpo no se acote exclusivamente al útero en la etapa fértil de la vida y también para que la mujer sea capaz de obtener una identidad de género, en tanto que mujer.

La mujer precisa con urgencia el reconocimiento de su identidad autopercebida, elegida y valorada desde su interior y no impuesta, disciplinada y dirigida desde afuera.

No es descabellado afirmar que la Paciente del Hospital por concentrar otras variables de discriminación, recibirá con mayor fuerza el impacto de la censura, el castigo y el crimen que traen aparejadas las cuestiones de “diversidad”.

6. e) *La paciente como beneficiaria de “limosna sanitaria”*

Ya sea desde la sociología, desde la bioética o bien, desde el campo de la medicina, existe coincidencia en cuanto al hecho de que la pobreza constituye una barrera para el acceso a la salud en países en vía de desarrollo o subdesarrollados.

Existe también coincidencia en que las variables que tienen que ver con el contexto de las mujeres (etnia, edad, ubicación geográfica, religión, estereotipos culturales, etc.) limitan las elecciones libres en materia de sexualidad y reproducción.

Y existe un consenso amplio acerca de la necesidad de optimizar el acceso a la salud como requisito para la equidad de género y la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres. A través de la ratificación de la CEDAW, el Estado se compromete a garantizar servicios apropiados para la atención del embarazo, parto y puerperio, así como la información y los medios para decidir en forma libre y responsable el número y la frecuencia de los hijos a concebir denominada también, planificación familiar.

Especialistas en el análisis de cuestiones de igualdad entre mujeres y varones plantean que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD⁴⁹⁵- considera a la equidad de género un elemento esencial dentro del paradigma del Desarrollo Humano. Según este enfoque, estrictamente emparentado desde lo conceptual a la construcción teórica y normativa de los Derechos Humanos, se trata de un valor universal. La discriminación por género no es justificada como un posible emergente cultural de ciertas tradiciones, sino denunciada por ser fuente de desigualdad, de pobreza endémica y de bajo crecimiento económico; es origen de una alta prevalencia del VIH SIDA y otras enfermedades, de falta de acceso a la educación y a otras oportunidades para una vida mejor como son los derechos sexuales y reproductivos en cuanto favorecen la concreción de planificación familiar.

En síntesis, se trata de una negación de los Derechos Humanos y un obstáculo al desarrollo humano.

Entrecruzando realidad con derecho surgen estos interrogantes: la verdad a voces de que la atención pública de salud dispone de menos recursos o de recursos menos especializados que la prestación

⁴⁹⁵ BONDER, Gloria y ROSENFEL, Mónica; “*Equidad de Género en Argentina*” disponible en http://www.undp.org.ar/docs/Libros_y_Publicaciones/03_Equidad_Genero_ARG.pdf (consultado por última vez el 25/03/2013).

privada, ¿Justifica convalidar una atención diferencial de menor calidad? ¿Debe esta realidad insensibilizarnos ante lo que constituye una inequidad para toda persona que accede a la salud en Hospitales y CAPS o más bien, debiera servir de motor para impulsar políticas de mayor impacto y optimización de recursos públicos en materia de salud? Partiendo de la premisa de que la paciente de Hospital está en una situación de inferioridad de condiciones respecto de las mujeres que cuentan con medios para solventar una consulta privada en salud, ¿no debiera desde todos los poderes del Estado accionarse positivamente para atomizar esa desigualdad de punto de partida y medios? Ignorar desde el Estado esa desigualdad estructural que golpea duramente a la mujer con escasez de recursos simbólicos y materiales, ¿no implica acaso asegurarle una desigualdad también de resultados? ¿Contribuye a la construcción de una ciudadanía plena la convalidación de un doble estándar en salud según el/la paciente sea pobre o no lo sea? ¿O en el mejor de los casos fomenta una profundización de una asimetría de poder que mella desde su nacimiento la vida de mujeres en situación de vulnerabilidad?

Es una verdad casi indiscutida que una mujer accederá a un aborto seguro en una clínica paga, donde además contará con información detallada sobre sus alternativas terapéuticas según el período gestacional del embarazo que quiera interrumpir, tendrá a su vez garantizada la confidencialidad por parte de quien dirija la práctica médica y además, llegar a esa situación será quizás menos probable porque en el ínterin habrá contado con educación que minimice los riesgos de embarazos no deseados.

Sabemos también que en paralelo, ese no es el esquema de posibilidades de la Paciente del Hospital.

Por el contrario, la educación sexual tiene deficiente o nula implementación a nivel provincial, la provisión de anticonceptivos no es uniforme y depende en gran parte de la voluntad y cosmovisión de los médicos/as con quien se tope la mujer en la consulta y la obligación de brindar información sanitaria, por otra parte, no siempre es entendida y lejos de empoderar a la paciente con opciones, quien la trata le induce el plan de vida propio.

Además, las denuncias sobre aborto y situaciones post-aborto, la judicialización de casos que encuadran en abortos no punibles y la resistencia general de la comunidad médica a la implementación de prácticas médicas puntuales que tengan que ver con derechos se-

xuales, reproductivos y no reproductivos de las mujeres, son todos ingredientes de la atención sanitaria brindada en el sector público.

A esta situación preocupante es a la que habría que añadirle como dato fáctico de relevancia, la objeción de conciencia abierta de la mayoría del equipo de salud.

¿Pero es justo retacear aún más una salud ya devaluada para la mujer pobre?

6. f) *La mujer “deportada”*

Un nuevo tipo de usuaria de la salud pública de nuestro país, más precisamente de las provincias del norte, es el de la mujer “deportada”.

Aquella que teniendo derecho a acceder a determinadas prácticas médicas que debieran estar disponibles en su centro de vida, es enviada a fuera de las fronteras para poder ejercer sus derechos.

Recientemente en las provincias de Tucumán y Salta han tenido lugar dos casos paradigmáticos en lo que “deportación” y salud se refiere.

En Tucumán, una niña de 16 años que se encontraba cursando un embarazo producto de una violación fue derivada informalmente desde la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes que es a donde acudió en búsqueda de la interrupción del embarazo que la ley le acuerda como derecho, hacia Capital Federal.

También en Salta tuvo lugar un caso semejante, pero esta vez la deportada fue una niña de 14 años también víctima de violación. Lamentablemente en esta oportunidad hasta la connivencia del Poder Judicial estuvo presente a la hora de vulnerar derechos humanos.

Ambas niñas pudieron obtener las prestaciones médicas conducentes para concretar la interrupción de sendos embarazos, pero fue recién en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde encontraron un equipo de salud empático con su problemática y un espacio de respeto a sus derechos fundamentales.

Estas desafortunadas realidades tienen como causa eficiente la objeción de conciencia que manifiestan sin cortapisas los miembros del equipo de salud Instituciones Públicas. Siempre avalados además, por un Estado provincial cómplice de la violación de derechos de las mujeres, que contrata o mantiene subsistente el vínculo laboral con agentes públicos que no están dispuestos a cumplir ni

las obligaciones propias de su trabajo, ni aquellas que su empleador se ha obligado internacionalmente a garantizar.

Es un alivio que esas niñas finalmente, aún lejos de su casa y con el peso del desarraigo, hayan podido acceder a la salud. Pero que ese alivio de lo urgente no nos distraiga de lo importante: obtener salud a miles de kilómetros de distancia entraña una violación de derechos humanos básicos.

A la violencia sexual que precede la violación que ha signado a esa mujer que busca atención sanitaria, se suma ahora la revictimización a manos de un Estado que se niega a brindarle atención médica y que además, la “esconde” y la “oculta” enviándola fuera de sus dominios.

Silenciar este tipo de realidades o bien, pretender que porque ciertas cosas terminen ocurriendo en otro lugar son cosas que no existen, son mecanismos de negación sumamente estériles a la hora de brindar soluciones y por sobre todo, altamente dañinos a la hora de respetar la dignidad de esas mujeres.

Al fin y al cabo, se deporta a los delincuentes, a los indocumentados/as o a las personas que están al margen de la ley. ¿Con qué derecho un Estado se siente capaz de estigmatizar a una mujer violada como culpable de algún delito? ¿En qué momento de nuestra vida democrática la conciencia de algunos/as tomó más valor que la integridad física, psíquica y mental de otras?

7. Mecanismo de la objeción en Tucumán

7. a) ¿Que argumenta quien objeta? Religión y Moral

La objeción ha sido “llamada”⁴⁹⁶ a viva voz desde múltiples sectores políticos y religiosos en Tucumán.

Cuando hablamos de aborto, existe una tendencia generalizada desde sectores conservadores, preferentemente católicos de nuestra sociedad, a promover determinados posicionamientos afincados en dogmas religiosos, con el propósito de convencer a médicos/as de objetar de conciencia toda práctica que tenga que ver con la interrupción de un embarazo, de disuadir a los poderes públicos para que eviten dictar guías o protocolos que faciliten administra-

⁴⁹⁶ Ver nota al pie nº 475 que contiene clipping acerca de los mandatos eclesíásticos en torno al tema.

tivamente el acceso a la práctica y a la opinión pública en general para que condene socialmente a la mujer que aborta.

Quien mayores reparos y más activismo promueve desde su sector, es la Iglesia Católica. Hace unos años era impensable conocer visualmente lo que ocurría durante la gestación en el útero, pero desde que el “misterio de la vida” ha sido mostrado por cámaras que transmiten imágenes del proceso de formación de un ser humano, esto ha ido cambiando. Con fundamento en dogmas religiosos exclusivos de su propio credo, desde sectores institucionalizados y no institucionalizados del culto católico, se alienta abiertamente a médicos y médicas la objeción de conciencia en materia de aborto.

La posición de la Iglesia Católica frente a todo aquello que suponga una intervención en los procesos de la vida nace, para Marta Lamas⁴⁹⁷, del dogma religioso de que la mujer y el hombre no dan la vida, sino que son depositarios de la voluntad divina. De ahí que la religión católica considere que desde el momento de la fecundación, el ser humano en formación tienen plena autonomía al igual que la mujer, cuyo cuerpo es un “mero instrumento divino”; y por eso, cree también que, desde ese mismo momento de la concepción, el producto en formación es alguien absolutamente equiparable al ser humano nacido, pues desde el primer instante tiene “alma”.

El denominador común de sectores religiosos institucionalizados o no que activan en contra del aborto y alientan la objeción de conciencia como herramienta para debilitar derechos sexuales, es un discurso disciplinador que promueve el maternaje como rol natural para la mujer y la sexualidad como un proyecto asociado exclusivamente a la reproducción.

El valor de la “representación simbólica de la mujer-madre como un mandato inexcusable y naturalizado” en la comunidad, evidencia que “entre la construcción de la condicionamientos con los que las mujeres deben lidiar desde su propia subjetividad y su entorno social, maternidad y la penalización del aborto hay una validación recíproca, que contribuye a tonificarlos” (Ramón Michel: 152)⁴⁹⁸ y a pretender como válida la exigencia de parir aún aquello que no

⁴⁹⁷ LAMAS, Marta (2003) “Aborto, derecho y religión en el siglo XXI”, en “*Debate Feminista*”, Año 14. Vol 27. Abril, México D.F. Pág. 139-164.

⁴⁹⁸ RAMÓN MICHEL, Agustina (2011) “El fenómeno de la inaccesibilidad al aborto no punible” en “*Aborto y Justicia Reproductiva*”; Paola BERGALLO (comp) Ed. Del Puerto, Bs.As. Argentina p. 152-153.

se ha deseado ni planificado. Todo en la ingenua construcción social de que al representar la maternidad el fin natural de la mujer, la misma será idónea para borrar las huellas de la violencia física, psicológica y moral que la conjure.

También se oponen al dictado de protocolos o guías médicas o bien a sus reglamentaciones administrativas para el acceso al aborto no punible, con base en un reconocimiento casi “luminoso”⁴⁹⁹ de derechos para el feto (siendo que su estatus moral, su condición de persona y por ende, su existencia como sujeto de derecho no obtiene consenso científico) y promoviendo gran “oscuridad” en lo que se refiere a los derechos de la mujer que gesta de forma forzada o riesgosa.

Se alienta a analizar el concepto de “persona” bajo premisas científicas, morales y religiosas no universales que no se condicen con la conformación plural y democrática de un Estado laico, que aún cuando sostenga económicamente el culto católico, no pierde el rasgo de laicidad que lo ha conformado políticamente.

Desde la antropología se señala que en los últimos años han sido los argumentos biomédicos los que intentan sentar las bases del comienzo de la existencia como persona. Si bien tradicionalmente se trataba de un argumento moral, del cual el derecho –en tanto disciplina– y la filosofía daban cuenta; ahora es el biomédico el discurso más legitimado. Sin embargo, se mantienen algunos cuestionamientos. Existen pocos desacuerdos sobre la perspectiva biológica de individualidad en desarrollo, pero existen grandes desacuerdos en relación a la etapa en la cual las formas particulares de vida humana son titulares de cualquiera sean los derechos que una comunidad garantiza para sus miembros (Rostagnol: 2008)⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ 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 grávidos 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 estetoscopio, 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 pública”

⁵⁰⁰ ROSTAGNOL, Susana (2008) “El conflicto mujer-embrión en el debate parlamentario sobre aborto” en *“Revista Estudos Feministas”*, Florianópolis, Mayo-agosto. Brasil

Y respecto del carácter de persona del feto, es claro que son los Códigos Civiles de los distintos países los que en definitiva definen las características necesarias para acceder a la titularidad de derechos, y esto depende de la definición de persona. Los argumentos acerca de las reacciones biológicas del feto y los logros científicos que hacen que un feto sea viable a tempranas etapas, no clarifican este asunto y el resultado depende de una definición normativa, el atributo de un status específico.

Estas cosmovisiones morales que se “importan” desde las creencias religiosas pretenden complejizar el tema del aborto más allá de la ley y más allá de los términos de “persona” y “aborto no punible”. Estas creencias tienden a “autonomizar” (Rostagnol: 2006)⁵⁰¹ el feto frente a una mujer que queda reducida a útero gestante o vientre ocupado, son las mismas que desconocen el carácter de sujeto moral autónomo de la mujer como agente capaz de decidir.

Ferrajoli⁵⁰² advierte respecto del carácter “moral” del concepto de persona, que siempre que se comparta el principio laico y liberal de la separación entre derecho y moral, 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”. Luego este autor, refiere al “pluralismo moral” como la única herramienta con la que el derecho podrá establecer convenciones acerca de cuándo una cuestión deja de ser solamente una opción moral y justifica su afirmación argumentando que “...la laicidad del estado y del derecho moderno, no pueden privilegiar a ninguna de las diversas concepciones morales que conviven en una sociedad al punto de prohibir un determinado comportamiento solo porque algunos aunque sean la mayoría, lo consideren pecado” (2002:257).

Partiendo de que somos una sociedad laica que vive dentro de un estado también laico, debemos reconocer que existen diversas

⁵⁰¹ ROSTAGNOL, Susana (2006) “Lugares y sentidos voluntarios del aborto voluntario: un diálogo con la bioética” en Rev. “*Perspectivas Bioéticas*”, Año 11, N° 21, Segundo Semestre, p. 52

⁵⁰² FERRAJOLI, Luigi (2002), “La cuestión del embrión entre derecho y moral”. Biblioteca de Investigaciones Jurídicas de al UNAM. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art15.pdf>. Consultado por última vez el 18/07/2013)

cosmovisiones morales posibles sobre cuestiones puntuales como el aborto y por lo mismo, vale la pena tener presente que el papel normativo del derecho no podrá hacerse eco de ninguna de estas posiciones en particular, sino por el contrario, deberá estar al principio de lesividad como único criterio de justificación de la limitación de la libertad. Ferrajoli se refiere a este principio como un “segundo corolario de la separación entre derecho y moral” y explicita que “Solo las conductas que ocasionan daños a terceros pueden ser prohibidas por el derecho” (2002:260).

Engelhardt⁵⁰³ cree que es imposible construir puntos de vista moralmente normativos aceptados por todos, dado que los juicios acerca de lo que es bueno son condicionados cultural e históricamente. Querer que todos compartan mi propia creencia está “bien”, pero pensar que otros seres racionales estén obligados también a compartirla, atenta contra la autonomía y sería “injusto” hoy.

Además, no parece factible que una persona pueda desear, libre y racionalmente, que cualquier otra distinta de sí misma venga a imponerle por la fuerza una creencia distinta de la propia. Esta acción se evidenciaría inmoral al intentar universalizar la norma que la rige.

Nadie que haya aprendido a hacer un uso moral de la razón optaría por obligar a otros a compartir la misma creencia. No es cierto que en términos morales, el aborto no encuadre. **Díaz Amado**⁵⁰⁴ 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 procedimental para resolver los dilemas morales que se presentan en el seno de nuestra sociedad plural y que

⁵⁰³ ENGELHARDT, H Tristan. *Los fundamentos de la bioética*. 1ª ed. Barcelona: Paidós; 1995. Este autor acerca del pluralismo moral, afirma que hay “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).

⁵⁰⁴ DIAZ AMADO, Eduardo (2002) “De moralidad y eticidad. dos dimensiones para la bioética”, *Acta Bioética 2002*; año VIII, nº 1. p 13.

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 pretender 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”* (2013:13).

Pero más allá de la inmoralidad que constituye otorgar carácter expansivo a la propia visión sobre lo bueno y lo malo (a la propia moral), e incluso yendo más allá de cuan extraños/as o amigos/as podamos resultar en una comunidad moral determinada, cierto es que el consenso sobre el aborto no punible ha sido cerrado al momento de legalizar la práctica del aborto para casos de violación y riesgo para la mujer. Allá por 1921, cuando se sancionó el art. 86 del Código Penal. Y por lo mismo, no cabe a estas instancias reinstalar un dilema moral propio, como si perteneciera a la comunidad toda.

Lo que urge saldar en este punto, es que los discursos entrecruzados en materia de reproducción, son numerosos y evidencian una resistencia afincada con dogmas religiosos principalmente católicos, los cuales, en un estado laico, no resultan suficientes para enervar la validez de ciertos derechos.

7. b) ¿Que objeta quien objeta? No toda práctica es objetable

La objeción para poder ser acogida, precisa de un reconocimiento expreso para el caso puntual. Para ser reconocida precisa de una acreditación sincera auténtica de culto o religión cuya profesión se pretende proteger⁵⁰⁵, y que se den las circunstancias propicias para que el incumplimiento del deber o de la obligación que se pretende declinar, no afecte los derechos de otras personas.

⁵⁰⁵ Sólo a modo de ejemplos, una persona divorciada o que viviera en pareja sin haber contraído nupcias católicas no podría no objetar de conciencia invocando su religión católica ya que su objeción no se presenta como “sincera” o “auténtica”. No podría objetar de conciencia por motivos religiosos quien siendo soltero/a no sea casto/a. Tampoco podría invocar motivos religiosos para abortar quien realiza fertilización asistida o quien prescribe viagra por afectar ambos actos médicos los planes de dios.

Cabe sin embargo tener presente que, atento a que en el caso de la objeción de conciencia del médico/a de la salud pública, la tensión de derechos es entre derecho del médico/a a profesar libremente su culto y derechos de terceras, el escrutinio debe ser estricto a la hora de considerar qué se considera práctica objetable y cuál práctica está fuera de posibilidad de objetar por no interferir con la profesión libre del culto.

En nuestra sociedad, la resistencia a practicar abortos no punibles proviene en gran medida del sector católico que abona el principio de la santidad de la vida humana. Sin embargo, ni para la religión católica este principio es absoluto ya que por la doctrina del “doble efecto” se justifica en ciertos casos elegir entre una vida u otra, lo cual supone violar la santidad de una de las dos vidas.

Para responder qué objeta quien objeta, primeramente sería válido considerar cuáles son los actos médicos susceptibles de objetar. Según los términos en que se ha diseñado la objeción de conciencia por la Jurisprudencia, la misma debe necesariamente interferir con la profesión de un culto por implicar un deber u obligación capaz de comprometer la propia religión.

Pero el/la profesional de la salud debe tener claro que no en todas las situaciones médicas que rodean la práctica médica del aborto son agentes responsables, ni agentes del mismo. Partiendo de la base de que un agente moral es quien ejecuta una acción moral sobre la base de una norma moral, que es prescrita como un “deber ser”, sería acertado afirmar que “*el agente moral es aquél que no sólo es identificable, que es responsable, sino más fundamentalmente todavía aquél que hace que se produzca la acción*”⁵⁰⁶.

El aborto medicamentoso se realiza mediante la toma de un medicamento que solicita, adquiere e ingiere la propia mujer.

Vale decir, la agente del aborto, quien lleva a cabo realmente la práctica médica de interrumpir el embarazo y quien en última instancia, aún dentro de los parámetros de la religión católica sería quien transgrede la santidad de la vida humana, es verdaderamente la paciente. El/la médico/a limita su conducta a informar sobre esta alternativa terapéutica y si se quiere, a prescribir mediante receta la droga conocida como Misoprostol.

La conducta médica que despliega el/la médico/a es la de brindar atención sanitaria y en su caso, ante la petición de una mujer que

⁵⁰⁶ RICOEUR, Paul; “*El Discurso de la Acción*” Pág. 101, (1972). Editorial Cátedra. Madrid.

tiene derecho a interrumpir un embarazo ya sea porque es producto de una violación o porque le representa un riesgo, tiene la obligación de brindar a su paciente información sanitaria que incluya las alternativas terapéuticas disponibles, con un trato digno y respetuoso que demanda no afectar la conciencia de la mujer.

En los casos en los cuales la agente moral autónoma que decide y lleva a cabo la conducta de abortar mediante la ingesta de un medicamento determinado es la mujer, no se observa margen ninguno de acción capaz de impedir que el/la médico/a vea restringido su derecho a profesar libremente su fe. Está claro que quien invoca motivos religiosos para objetar, no optaría jamás por la interrupción de un embarazo aún en caso legales, más no se observa de qué forma el accionar de una tercera puede afectar su esfera de creencias personales o el derecho a vivir según sus dogmas religiosos.

Un médico/a de la salud pública difícilmente podría ser agente moral de un aborto medicamentoso, dado que es la mujer quien decide y además ingiere las pastillas.

Tampoco es agente moral del aborto el profesional de la salud cuando informa sobre alternativas terapéuticas a una paciente que le requiere interrumpir un embarazo, ni lo es cuando atiende situaciones post-aborto donde el aborto llega incompleto o séptico desde la clandestinidad.

En estos casos, en los cuales quien brinda atención sanitaria no forma parte de la acción material de interrumpir una gestación, está claro que no podrían ser prácticas susceptibles de impedir al profesional de la salud su libertad de culto o creencia. Ergo, no pueden ser prácticas objetables por ningún agente de la salud pública.

El caso del legrado o el A.M.E.U podrían apreciarse diferente, pero es preciso observar que este tipo de procedimientos solo podrían resultar necesarios, por sobre la posibilidad del aborto medicamentoso, allí donde el plazo de gestación fuera tan avanzado que posiblemente descarte incluso la existencia un aborto y lo acerque más a una inducción de parto, donde las limitaciones y dilemas involucrados podrían ser otros, como se verá más adelante.

7. c) ¿La creencia religiosa puede funcionar como objeción al aborto?

La Jurisprudencia indica que debe escrutarse cada caso de forma particular atendiendo a la sinceridad de quien pretende apartarse de una obligación legal puesto que, además de invocar un

motivo religioso, el/la objetor/a debe acreditar la sinceridad y autenticidad de su conflicto. O lo que es lo mismo, debe demostrar en qué forma la conducta que le es exigida le impide profesar libremente su culto.

Puntualmente en el caso de Tucumán, a fines del año 2012 cuando ya los sectores de la Iglesia Católica con mayor poder se habían manifestado públicamente en el llamado a objetar de conciencia, el Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT), Dr. Demetrio Martínez, organizó la “Segunda Jornada del Derecho a la Vida” en conjunto con las Arquidiócesis de Santiago del Estero y Salta con la visita de gente del Vaticano y otros países.

El impacto fue grande, pero por sobre todo es significativo demostrar como estos actos juegan con doble efecto. Por un lado despiertan en la opinión pública opiniones encontradas respecto de la posibilidad legal de interrumpir un embarazo forzado o riesgoso; pero por otra parte, debilitan la idea de un motivo “auténtico” o “sincero” a la hora de objetar de conciencia, debido a que con tanta presión pública sobre el tema, es muy difícil hablar de espacio privado atribulado y por el contrario, pareciera quedar claro que el/la atribulada/o sería quien no acatará la línea objetora.

De reglamentarse efectivamente el Registro que ha reglamentado la Corte en fallo F.A.L., no se entiende cómo es que se acreditaría la autenticidad religiosa (v. gr libreta de bautismo, certificado de comunión, fotografías concurrendo dominicalmente a misa, etc.), o bien cuáles serían los parámetros para medir la sinceridad de una creencia.

Por otra parte, dado los ribetes francamente clericales que ha tomado en la provincia de Tucumán todo lo atinente al aborto no punible y la “cruzada objetora” que ha promovido la máxima autoridad de la Iglesia Católica sobre la comunidad médica, debería tomarse con pinzas la objeción con motivos religiosos por cuanto más que a convicciones personales y a atribuciones internas, pareciera ser el producto de un mandato partidario; y se corre con ello el riesgo de legitimar una objeción que tiene más de acción política que de cosmovisión personal.

El poder desmesurado de la Iglesia Católica y el carácter expansivo de la presencia de las jerarquías eclesásticas en temas de agenda política, se ha recrudecido desde la elección del famoso Papa argentino al punto tal de asistir a nuestros días a la validación desde el

Poder Judicial de la educación católica en la escuela pública⁵⁰⁷, a la negativa lisa y llana de garantizar derechos encarnada en un Poder Judicial como el de Córdoba que con visión misógina ha descartado cualquier acceso al aborto no punible⁵⁰⁸, el comportamiento clerical del Poder Legislativo de Tucumán⁵⁰⁹ y la desidia de la cartera ministerial de Salud que teniendo a su cargo todas las competencias para respaldar una política clara en materia de acceso a esta práctica, con su silencio, empuja más a la clandestinidad que a la legalidad a la interrupción de embarazos permitidos.

Este juego de poder de sectores conservadores institucionalizados y no institucionalizados, no es nuevo.

El norte de nuestro país es bastante recalcitrante y reacio a los cambios culturales que impriman redistribución de poder entre los sexos y que subviertan roles sociales que se presumen naturales. Este escenario, plagado de objeciones públicas/políticas al aborto, opaca la sinceridad de la creencia y por ello resulta inmejorable para el/la objetor/a e indescriptiblemente nefasto para la paciente del Hospital.

Sin embargo, lo que en un principio abonó el terreno de la objeción de conciencia del sector de la salud pública –la arena pública y el mandato de objeción de las jerarquías eclesiásticas– es lo mismo que mina por su base el carácter privado y personal de la conciencia que se invoca atribulada.

Y es también la causa de que se halla perdido de vista que al ser Argentina un Estado Laico, un/a católico/a por más adeptos que crea tener de su lado, sigue teniendo que justificar una objeción y

⁵⁰⁷ CJS en fallo “Castillo” del 12/07/13 (disponible en <http://www.justiciasalta.gov.ar/images/uploads/Castillo659%207-Apel-.pdf>)

⁵⁰⁸ “Declaran la inconstitucionalidad del aborto no punible en Córdoba” Nota periodística del 21/05/2013 publicada en el diario “La Voz” (disponible en <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/aborto-no-punible-camara-declaro-inconstitucional-guia-provincial>)

⁵⁰⁹ “Legisladora Beatriz Avila (Presidenta de la Comisión de Salud de la Legislatura): En contra de los protocolos” nota periodística del 21/04/2013 publicada en el diario La Gaceta (disponible en <http://www.lagaceta.com.ar/nota/541676/politica/contra-protocolos.html>), “Pretenden impedir el aborto no punible en Tucumán” nota periodística del sitio Comunicar Igualdad: <http://www.comunicarigualdad.com.ar/pretenden-impedir-el-derecho-al-aborto-no-punible-entucuman/> “Piden a la Justicia garantizar el aborto no punible en Tucumán” Nota periodística del 24/04/2012 disponible en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/tucuman-piden-a-la-justicia-garantizar-el-aborto-no-punible-257.html>

sigue teniendo que explicar la forma en que determinadas acciones se traducen en una interferencia con su culto.

La Corte ha dejado sentado en el fallo “**Sisto, Verónica Eva**” que la sola afirmación de la supuesta colisión de las normas con la religión católica, no es suficiente justificación para configurar una objeción de conciencia y a la vez el Dictamen del Procurador, previo a la sentencia en cuestión, afirmó que “*las profesiones de fe pueden valer sólo en el plano religioso, pero no causan efecto en el campo de las relaciones civiles*”.

De la misma forma en que vía jurisprudencial se denegó la objeción de conciencia que perseguía contraer nupcias de forma indisoluble, por entender la Corte que “*la libertad de culto y el sostenimiento por el Estado del culto católico apostólico romano respectivamente, no resultan suficientemente demostrativas de que los redactores de la Carta Magna hubieran contemplado una absoluta identidad del Estado con los postulados (...) de la citada iglesia*”, corresponde cuestionar si la prestación de un servicio que se contrata por parte del Estado, puede ser válidamente ajustada a los lineamientos de un culto determinado. O bien, si el hecho de que ciertas prácticas médicas que forman parte del núcleo de competencias, habilidades e incumbencias específicas que motivan que un/a efector/a sea contratado por el Estado pueden luego justificar una negativa o incumplimiento de los deberes asumidos.

En los casos donde podría discutirse efectivamente la condición de agente moral del aborto del profesional de la salud (a modo de justificar la existencia de una acción que pudiera justificar la objeción de conciencia), entiendo que la ponderación que se impone es rigurosa y que la balanza no puede volverse ciega a las circunstancias de género que rodean esta práctica que tiene exclusivamente a mujeres como actoras.

El análisis de las particularidades que reúne la llamada paciente del Hospital, demandan en el ejercicio de redistribuir libertades en tensión, un análisis apegado al concepto de igualdad tanto como al de desigualdad.

No aparece como un acto que se haga cargo del contexto de la atención sanitaria que el Estado está obligado a brindar a usuarias, pretender que las convicciones religiosas personales de los agentes de la salud hagan ceder los términos de la relación de trabajo para la cual ha sido contratado/a y que, en el interín, queden los derechos de niñas, mujeres y adolescentes que acceden sólo en el ámbito público a la salud, sin atenderse, no parece algo justo.

Aún reconociendo la libertad de conciencia como un derecho fundamental, cualquier ponderación sobre su afectación como piedra de toque con la posibilidad de objetar en el marco de la prestación pública de salud, implicará sopesar cuánto de libertad de profesar libremente un culto se afecta cuando un/a médico/a con convicciones religiosas férreas realiza un aborto, por un lado; y cuánto de la libertad reproductiva de la Paciente del Hospital se afecta si se la obliga a parir. Ello, con el propósito de justificar cuál de esas libertades es menos costosa sacrificar en términos de resolución de conflicto de derechos.

7. d) Objeción en el marco de una relación de trabajo

La fuente de resistencia en materia de interrupciones de embarazo en casos permitidos que se ha analizado, proviene del sector de la atención sanitaria pública. Al estar criminalizado el aborto a requerimiento, no es posible dar una cifra certera sobre la cantidad de abortos que se realizan en el ámbito privado de la atención médico-paciente, sin embargo la existencia de estas prácticas no puede por ello negarse.

Médicos y médicas que objetan, equipo de salud en sentido amplio, forman parte de la planta de empleados y funcionarios estatales que conforman el recurso humano a través del cual el Estado, como garante y responsable del acceso al derecho humano básico de la salud, concreta en cada caso el goce de ese derecho en las personas que acuden a Establecimientos Públicos de atención sanitaria.

Prestar funciones en el sistema público de salud tucumano no inhabilita la matrícula para el ejercicio privado de la profesión⁵¹⁰ y es usual que médicos/as incursionen tanto en la actividad pública como privada en forma simultánea aunque en diferentes horarios.

Además, tampoco es incompatible con la docencia, con lo cual, al estar organizada la currícula médica con el sistema de practicantado rotatorio que utiliza los Establecimientos Públicos Asistenciales como Hospitales Escuelas, es común que los Jefes de Sala sean do-

⁵¹⁰ Esto sí ocurre con otras profesiones como la de Abogado/a y Procurador/a, los cuales deben optar entre trabajar dentro del Poder Judicial o bien, ejercer libremente la profesión por ser incompatibles ambas tareas. De hecho, el ingreso a la planta de empleados/as o funcionarios/as judiciales, bloquea la matrícula profesional.

centes universitarios al igual que los Jefes de Servicio y médicos de planta. Ello, a los fines de justificar que aún cuando todo trabajo entraña un rasgo alimentario que puede limitar las libertad de elecciones de sus agentes, este no parece ser el caso por cuanto los profesionales de salud son privilegiados en lo que a disponibilidad de opciones para realizarse laboralmente se refiere.

La Corte en el fallo FAL refiere a la objeción de conciencia en materia de aborto no punible y establece claramente que ella no podrá obstaculizar el acceso a la práctica médica puntual, ni mucho menos 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 esta práctica, condiciona la misma a que se encuentre efectivamente disponible para las pacientes en forma “permanente e inmediata”. Esto obligaría al Estado, como garante de la administración de la salud pública, a extremar las medidas para que cada Hospital conozca cuáles son efectivamente sus recursos humanos con los que cuenta y saber de esta forma, si efectivamente tiene disponible la práctica de interrupción de embarazo en la forma indicada por el Máximo Tribunal.

También exigiría que sus servicios se organicen de tal manera que a toda hora cuenten con profesionales de la salud no objetos/as. Para asegurar que la prestación médica de no reproducción estuviere disponible, el Estado, como empleador estaría facultado para ejercitar el *ius variandi* (potestad de cambiar las condiciones de trabajo de sus agentes cuando circunstancias excepcionales así lo exigen) y en su caso, redistribuir los recursos humanos y las tareas de forma equitativa en cada centro de atención pública.

No parece real que un Hospital que tenga una planta de empleados/as en su mayoría objetores, 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 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.

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 le afectan su religión? ¿Podría un adventista solicitar al dueño del establecimiento comercial para quien trabaja que abra las puer-

tas luego de las 17 hs. porque le afecta su conciencia? ¿Podría una persona judía declinar válidamente 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?⁵¹¹ ¿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? No pudo “Armella”, en el marco de una relación de trabajo deshacerse de la sanción que se le impuso por negarle el permiso de embarcar a un represor militar de la dictadura como Bussi, con condena penal por crímenes de lesa humanidad en su haber ¿podría un/a médico/a impedir a una paciente abortar?

La respuesta que cabe es negativa y en gran parte, ello se debe al marco laboral que vincula a quien pretende objetar con el Estado que lo emplea y que tiene la potestad de liberarlo de su obligación. Nótese que no es el mismo caso del servicio militar, donde la tensión se presenta entre deber y derecho.

En el caso del médico/a de la salud pública existe una relación de trabajo entre el/la pretendido/a objetor/a y el Estado que se justifica en la necesidad de contratar recursos humanos que le permitan a éste último, al Estado, como garante de la salud pública, tener disponible médicos/as para brindar asistencia sanitaria en el sector público.

El/la objetor/a también se relaciona directamente con una tercera a quien la negativa de brindar determinada atención, información y/o facilitar cierta práctica médica por cualquier motivo que fuera, le afecta su derecho de acceso a la salud, su autonomía, su libertad reproductiva, su dignidad y su plan de vida.

Esta doble circulación evidencia diferentes tensiones de derechos entre quien pretende objetar de conciencia una práctica médica en el ámbito de la salud pública y la mujer que busca salud. Ello exige extremar el análisis de procedencia de la objeción y poner en su juicio lo que a mi juicio, por las particularidades del caso, no puede funcionar como un privilegio.

Pero volviendo al caso del aborto, si la única opción terapéutica para poner fin a un embarazo en casos permitidos fuera la de

⁵¹¹ Agradezco a Mariela Puga el ejemplo.

un legrado o un AMEU, procedimientos ambos que demandan del profesional de la salud una acción específica y concreta destinada a poner fin a la gestación, ello no implica lisa y llanamente la procedencia de la objeción de conciencia.

Por el contrario, habrá de evaluarse el interés que posea el Estado en que efectivamente los servicios sanitarios a su cargo permitan el acceso a la salud de las mujeres en condiciones de abortar y el interés del Estado en proteger una libertad de conciencia que precisa el/la objetora/a. Al margen de que también habrá de hacerse mérito en el análisis, a la factibilidad que otorga a los propósitos de garantizar la atención sanitaria, la contratación de profesionales que se reconocen incapaces de cumplir con las tareas inherentes al cargo.

Quienes recurren a esta figura de la objeción de conciencia, invocan generalmente, sin entender muy bien por qué lo hacen, su religión católica. Si bien se conoce los dogmas religiosos que se ponen en juego ante el deseo no reproductivo, no se alcanza a comprender en qué forma una decisión autónoma de la mujer que tiene que ver con su propia vida es capaz de afectar la libertad de conciencia del equipo de salud.

La vigencia del derecho a interrumpir un embarazo en casos de violación y riesgo para la mujer, se remonta a 1921 que es cuando se sanciona el Código Penal.

Quienes aceptaron una relación de trabajo con el Estado, conocen de la vigencia (o debieran conocer) de este derecho, de la necesidad de atención médica que el goce de este derecho demanda y de las alternativas terapéuticas a través de las cuales el aborto, puede tener lugar en el cuerpo de la mujer.

Son incumbencias propias que hacen a la *lex artis* por la cual se vinculan laboralmente con el Estado como prestadores de atención sanitaria. ¿Sería válido que acepten un trabajo, perciban una remuneración por el mismo y luego se muestren renuentes a cumplir las obligaciones que forman parte de ese trabajo alegando una atribulación de conciencia?

Estas limitaciones, que tienen que ver con la imposibilidad de cumplir ciertas funciones que manifiestan objetores/as respecto del aborto invocando libertad de culto, encarnan en realidad una incompatibilidad para el trabajo mismo que pretenden hacer y por el que, seguramente, también pretenderán cobrar.

Esta incompatibilidad para el trabajo que esgrime quien objeto realizar un aborto en la salud pública, es las que impediría al

Estado contar entre su planta de agentes, con médicos/médicas que no estén dispuestos a asegurar el acceso un procedimiento de interrupción de embarazo legal como es el del aborto no punible.

8. Conclusión: la clave está en las terceras

La objeción de conciencia como negativa para atender sanitariamente a una mujer que requiere un aborto permitido (art. 86 inc. 1 y 2 Cód. Penal) en el Hospital Público, no se presenta como un derecho. O bien, no puede la protección de la libertad de profesar libremente un culto o creencia ponderarse (Alexy 2007)⁵¹², en términos de justicia de género, por sobre el derecho a la atención sanitaria y a la libertad reproductiva de las mujeres.

Ambas cuestiones, libertad de conciencia de el/la médico/a y libertad reproductiva de la niña, adolescente o mujer analizadas a lo largo de este trabajo, muestran que el contexto que rodea el aborto no punible en sectores vulnerables no puede afectar válidamente la libertad de la Paciente del Hospital sin que preceda una situación de igualdad, por lo menos, incipiente. Y ello no ocurre en el caso de Tucumán.

Los fallos que han trazado un recorrido de la objeción de conciencia en nuestro país, disponiendo límites y alcances para cualquier ámbito, han referenciado el daño a otras personas como un

⁵¹² Este autor indica que la ponderación sigue un juicio de valor y como el lo afirma, *“que es lo importante en las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, por un lado y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro”*. El mecanismo de que trata el juicio de ponderación, indica cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Alexy, plantea que la ponderación apunta primero a la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto, apuntando a que los dos principios que se encuentran en colisión sean sopesados y se busca entonces, cuál de los dos principios precede al otro, por una aplicación positiva de la disposición de carácter normativo que encuentra el fundamento para la no aplicación del otro principio en colisión. Alexy, Robert (2007) en *“Teoría de los derechos fundamentales”*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal pulido, 2ª edición, centro de estudios políticos y constitucionales de Madrid, 2007. P. 54.

La base está constituida por el principio de proporcionalidad que demanda que, a la hora de sopesar las razones a favor o en contra de un determinado principio, debe justificarse racionalmente la decisión, con la medida de aplicación del mismo principio, en oposición del otro. Es decir, en primer lugar se justifica, porque se debe aplicar un principio, y como el otro se deja a un lado, en la aplicación del caso concreto. Las razones de peso en la determinación argumentativa, son las que van a permitir que se pondere o no cada uno de los valores en juego.

dato fáctico relevante a la hora de delimitar la legalidad del ejercicio de libertades. La libertad absoluta no es posible en una sociedad organizada y las restricciones que de ella se hagan, deben ser razonables.

La posibilidad de profesar libremente un culto o de no profesar ninguno, debe ser un espacio de libertad protegido de las interferencias por un Estado. Pero con la misma intensidad, esas interferencias de las que pretende librarse quien objeto de conciencia, son capaces de convertirse en un arma de doble filo cuando las libertades se nutren de un contexto de desigualdad estructural.

El modelo igualitario de Alegre que toma la Corte Suprema, resuelve la tensión de derechos al estilo liberal, identificando el umbral de intervención del Estado en el grado permisible de interferencia en la esfera privada que presume libre. Por eso decide reglamentar la objeción. Sin embargo, no es cierto que así logre la convivencia de ambas libertades.

Por el contrario, la libertad de conciencia de objetores/as al ser parte de una mayoría que ha logrado el apoyo social, moral, religioso y hasta político del estatus quo, es una libertad vitaminizada que asedia a una libertad reproductiva raquítica de tanto juicio de valor que soporta la mujer que va a abortar.

Acoger la objeción de conciencia como una opción disponible dentro del sector público de atención sanitaria, tal cual lo propone la Corte en fallo FAL, entraña un error que consiste en ponderar tensiones como si tuvieran lugar entre individuos autónomos y en un escenario de igualdad, soslayando que en ese análisis de libertad e igualdad presupuesto, no encaja la realidad de "*la Paciente del Hospital*".

En palabras de MacKinnon⁵¹³ (1995:347), comete el error de todo liberalismo que es definir -en este caso reglamentar- la realidad desde el punto de vista masculino, como si ello fuera un punto de partida neutral. Y cuando se pierden de vista las particularidades de ciertos contextos y se trata a mujeres y varones como si fueran personas sin género, lo que se logra no es igualdad, sino desigualdad.

Si se considera válido que la decisión de abortar de una mujer pudiera interferir con las creencias de otra persona, ocurre lo mismo al revés. La objeción de quien objeto también interfiere con la autonomía de la mujer.

⁵¹³ MACKINNON, Catherine (1995); "*Hacia una teoría feminista del Estado*". Ed. Cátedra. Madrid.

La diferencia es que la interferencia que le propone el/la objetor/a esta mujer se traduce en lo inmediato, en el retardo o negativa para lograr la atención sanitaria que le permitirá el diseño libre de su propia biografía; y en lo mediato, puede hasta lograr la imposición de llevar a término un embarazo riesgoso o forzado.

El encuentro con un/a objetora/a promueve para una "Paciente del Hospital" que está en condiciones legales abortar dos alternativas: "militar" su aborto seguro decidiendo y confirmando cuantas veces sea necesario –a veces frente a más de un profesional– el deseo de no parir; o bien, acudir al circuito clandestino que le deparará lo que pide junto a posibilidades ciertas de muerte y morbilidad.

La Paciente del Hospital es la que sufre el mal trato de quienes incumpliendo su obligación de no afectar con sus creencias a las creencias de la paciente, la censuran moralmente. La Paciente del Hospital es 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 supererogatorias como gestar el fruto de la violación.

Las otras, las pacientes 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.

La asimetría que se da entre médico/a, como sujeto supuesto de saber, y la paciente, genera desigualdad en el punto de partida para quien carga con capas de vulnerabilidad. Pero además, genera desigualdad entre las mismas mujeres según las capacidades y funcionamientos (Nussbaum: 2002) de esas capacidades con que cuente cada una.

El aborto no punible es una cuestión de derechos humanos, pero por sobre todo, el aborto no punible es una cuestión de clase social. Este doble estándar de moral puede que sea aceptado por algunos/as, pero no puede ser convalidado bajo las premisas nobles de la objeción de conciencia.

Si, el daño para las terceras cuando la objeción de conciencia se desquicia, es innegable.

Un Estado que se precia de haber asumido compromisos internacionales de acción positiva para la igualdad de las mujeres, no puede permitir interferencias violentas a la autonomía de ellas, ni convalidar interferencias externas con su vida reproductiva.

Un Estado ocupado de la igualdad de punto de partida de las mujeres, velará para que las interferencias estatales en la esfera

de autonomía de niñas, mujeres y adolescentes que dependen de su atención sanitaria, no provengan de su propio recurso humano que está en esa situación por elección libre de su relación de trabajo (ni la mujer violada, ni la mujer cuya salud está en riesgo, han elegido estar en ese lugar).

Un Estado que salda inequidades de género, se hará cargo de este contexto y velará por fortalecer a quienes cargan con la tragedia de la escasez y la debilidad de ser menos, independiente del número.

En este contexto, un Estado igualitario pondrá en paréntesis la objeción de conciencia en la prestación de atención sanitaria pública para cuando verdaderamente estén dadas las condiciones de igualdad en la relación médico-paciente. Pondrá en paréntesis a objetores/as hasta tanto las pacientes del Hospital sean repatriadas del lugar de exclusión del cual el Estado igualitario todavía no puede traerlas.

Visibilizar que en la objeción de conciencia frente al aborto se juegan presupuestos políticos sobre los que se asienta la conformación de este Estado que es laico, pero que no se comporta como tal, también es parte del problema.

Identificar que en el discurso de la objeción se imbrican actores que exceden la comunidad médica y que no entran abiertamente a la arena pública, pero que juegan igual que un partido político, es útil para sincerar posiciones.

La objeción de conciencia frente al aborto es mucho más que una tensión de libertades individuales entre miembros del equipo de salud. El poder de gestar pareciera ser de las mujeres, sin embargo, la criminalización de la elección de no ser madre demuestra que ese poder es de quienes diseñan las estructuras: de los hombres.

Y los intersticios por los que ese poder se fractura –como en los casos de aborto permitidos– ponen en jaque a la estructura patriarcal.

Redistribuir poder es imprescindible para construir igualdad. El punto de partida es un importante referente para sincerar la libertad de elecciones.

Es falso que *la mayoría todo lo puede*, como se suele afirmar por estas épocas. Los derechos son un límite de las mayorías⁵¹⁴ Así na-

⁵¹⁴ Como bien lo indica Ronald Dworkin: “*Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer...*”. (1993:37)

ció la objeción de conciencia, como una protección a las minorías encarnadas en la tragedia de Antígona.

Pero está claro que acá, las mayorías son las objetoras.

Bibliografía

ALEGRE, Marcelo (2008). "Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva" en *"Derecho y sexualidades"*, Ed. Librería. Argentina

ALEXY, Robert (2007). *"Teoría de los derechos fundamentales"*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal pulido, 2ª edición, centro de estudios políticos y constitucionales de Madrid.

ALVIAR GARCÍA, Helena y JARAMILLO SIERRA, Isabel C. (2012). *"Feminismo y crítica jurídica"*. Colección Derecho y Sociedad. Ed. Siglo del Hombre. Universidad de los Andes. Bogotá. Colombia

BONAN, Claudia (2004). *"Derechos Sexuales y Reproductivos, Reflexividad y Transformaciones de la Modernidad Contemporánea"*. Paper preparado para PRIGGEP-FLACSO

BONDER, Gloria y ROSENFEL Mónica. "Equidad de Género en Argentina" disponible en http://www.undp.org.ar/docs/Libros_y_Publicaciones/03_Equidad_Genero_ARG.pdf (consultado por última vez el 25/03/2013)

CAPDEVILLE, Pauline (2013). *"Laicidad y Libertad de Conciencia"*. Colección Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad. Ed. UNAM. México

DIAZ AMADO, Eduardo (2002). *"De moralidad y eticidad. dos dimensiones para la bioética"*, Acta Bioética 2002; año VIII, n° 1

DIETZ, Mary G (2001). *"El contexto es lo que cuenta: feminismo y teorías de la ciudadanía"*, en *"Ciudadanía y feminismo. Feminismo y teoría identidad pública/privada"*. México. IFE

DWORKIN, Ronald (1993). *"Los derechos en serio"*, (Planeta-Agostini, Barcelona, 1993).

ENGELHARDT, Tristan. *"Los fundamentos de la bioética"*. 1ª ed. Barcelona: Paidós; 1995

FACIO MONTEJO, Alda (1.992) *"Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)"*. Ed. ILANUD. San José. Costa Rica.

FERRAJOLI, Luigi (2002). "La cuestión del embrión entre derecho y moral". Biblioteca de Investigaciones Jurídicas de al UNAM. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/>

rev/facdermx/cont/245/art/art15.pdf. Consultado por última vez el 18/07/2013).

- GALEOTTI, Giulia (2004). *"Historia del Aborto"*. Ed. Nueva Visión. Bs As
- GEBARA, Ivone (2011). *"La Trama de la Vida"*. Ed. Doble Clic. Bs. As.
- LAMAS, Marta (2003) "Aborto, derecho y religión en el siglo XXI". En *"Debate Feminista"*, Año 14. Vol 27. Abril, México D.F
- LUNA, Florencia (2008), *"Vulnerabilidad: La Metáfora de las Capas"*. Jurisprudencia Argentina, T IV, págs. 30-67.
- ENTELMAN, Ricardo (2006). "Discurso normativo y organización de poder" en *"Materiales para una teoría crítica del derecho"*, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan G. (Coords.): *"La libertad religiosa en España y Argentina"*, Fundación Universitaria Española (2006) Madrid.
- MACKINNON, Catherine (1995). *"Hacia una teoría feminista del Estado"*. Ed. Cátedra. Madrid.
- MOLLER OKIN, Susan (1996). "Liberalismo, justicia y género" y "Desigualdad de género y diferencias culturales" en *"Perspectivas Feministas en teoría política"* Carmen CASTELLS (Comp) Ed. Paidós Estado y Sociedad. España.
- NUSSBAUM, Martha (2002). *"Las mujeres y el desarrollo humano"*, Ed. Herder. Barcelona.
- NUSSBAUM, Martha (2009). *"Libertad de Conciencia. Contra los fanatismos"*, Ed. Tusquets. España.
- PATEMAN, Carol (1996) "Críticas Feministas a la dicotomía público/privado" en *"Perspectivas Feministas en teoría política"*, Carmen CASTELLS (Comp) Ed. Paidós Estado y Sociedad. España.
- RAMON MICHEL, Agustina (2011) "El fenómeno de la inaccesibilidad al aborto no punible" en *"Aborto y Justicia Reproductiva"*, Paola BERGALLO (comp) Ed. Del Puerto, Bs.As. Argentina.
- RICOEUR, Paul. *"El Discurso de la Acción"*, pág. 101.
- ROSTAGNOL, Susana (2006) "Lugares y sentidos voluntarios del aborto voluntario: un diálogo con la bioética" en Rev. *"Perspectivas Bioéticas"*, Año 11, N° 21, Segundo Semestre.
- ROSTAGNOL, Susana (2008) "El conflicto mujer-embrión en el debate parlamentario sobre aborto" en *Revista Estudios Feministas*, Florianópolis, mayo-agosto. Brasil.
- RUIZ, Alicia, "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres" en *"El género en el derecho y el derecho en el género"*, comp. Haydee Birgin. Ed. Biblos. 2000. Bs. As.

SABA, Roberto (2007) "(Des) igualdad estructural en Argentina" en *"El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario"*. ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (Comp); Ed. Lexis Nexis. Bs. As. Argentina.

SEN, Amartya (1991): "Faltan más de 100 millones de mujeres" en *"La mujer ausente. Derechos humanos en el mundo"*. Chile: Isis Internacional, Ediciones de las mujeres, n° 15. 1996.

VAZQUEZ LABA, Vanesa (2011) "Diferencias y Salud Reproductiva. Obstáculos en la atención de la salud en mujeres rurales en la Argentina" en *"Seminario de Acceso a la Justicia Reproductiva"*. Publ. INSGENAR y Católicas por el Derecho a Decidir-Argentina.

YOUNG, Iris Marion (1996) "Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal" en *"Perspectivas Feministas en teoría política"*, Carmen CASTELLS (Comp), Ed. Paidós Estado y Sociedad. España.

Tucumán y el Aborto No Punible después del Fallo “FAL” (o de cuando los poderes juegan con la vida, la salud y la libertad de las mujeres)

Mariana Soledad Alvarez

1. Introducción

El fallo “FAL, s/medida autosatisfactiva”⁵¹⁵ fue dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 13 de marzo de 2012, y su principal aporte fue el de clarificar lo que el legislador penal redactó en 1921. Esto es, establecer con claridad cuáles son los supuestos en los cuales un aborto inducido⁵¹⁶ es legal o no punible.

Antes del fallo de la Corte Suprema se habían sucedido y judicializado casos dramáticos de inaccesibilidad de abortos no punibles en diversas provincias⁵¹⁷, inclusive uno de ellos fue llevado como un caso de litigio estratégico al Comité de Derechos Humanos por

⁵¹⁵ CSJN F. 259. XLVI “F .A. L. s /medida autosatisfactiva”, sentencia del 13 de marzo de 2012.

⁵¹⁶ Aborto inducido es: “La interrupción del embarazo mediante el empleo de medicamentos o intervención quirúrgica después de la implantación y antes de que el conceptus (el producto de la concepción) sea viable de manera independiente” (FIGO citada por Faundes, 2011:57).

⁵¹⁷ Sólo por citar ejemplos los casos de la muerte de Ana María Acevedo en la provincia de Santa Fé porque se negaron a brindarle atención médica adecuada para su cáncer por cursar un embarazo; “LMR” en Guernica, provincia de Buenos Aires, quien a pesar de hasta haber conseguido una autorización judicial de la Corte Suprema Bonaerense tuvo que acudir a una práctica clandestina; y “A.K”, también en la provincia de Buenos Aires, en donde esperaron que su salud se deteriora con riesgo de muerte hasta que pudo acceder a la práctica.

parte de un consorcio de organizaciones de la sociedad civil⁵¹⁸. Esto marcó un antes y después en la materia ya que, por primera vez, el Estado fue declarado internacionalmente responsable por la violación de derechos humanos al no haber garantizado la práctica de un aborto no punible.⁵¹⁹

En el caso particular de Tucumán, el panorama de inaccesibilidad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres se mantiene inalterable. Se trata de una provincia que carece de políticas públicas⁵²⁰ y de un interés en crearlas para revertir la situación, lo cual en gran medida responde a una ausencia de laicismo arraigado en el Estado lo cual dificulta que se tenga una perspectiva de derechos y ciudadanía en la materia.

El exhorto de “FAL” produjo diversas reacciones que, sin embargo, derivaron en una “suerte de pacto” de mantenimiento del silencio y el statu quo. Esto sólo se vio alterado el día 19 de marzo de 2013 cuando saltó a los titulares del diario “La Gaceta” la realización de un aborto no punible a “Silvina”⁵²¹, una niña de 11 años que cursaba un embarazo de 20 semanas como resultado del abuso sexual de su padre.

La niña, acompañada de su madre, fue internada y la práctica se concretó sólo dos días después, mediante cesárea. Ni su madre ni la niña conocían la posibilidad de efectuar un aborto no punible, se enteraron de manera fortuita, no se lo dijeron ni en la fiscalía donde ingresó la denuncia por el delito de abuso sexual, ni en la comisaría donde efectuaron la denuncia, ni en el centro de atención primaria donde recibió la noticia del embarazo, sólo tomo conocimiento cuando, por el cuadro traumático general la niña, fue enviada a un servicio de salud mental desde donde un profesional

⁵¹⁸ Las organizaciones fueron: Instituto de Género, Desarrollo y Derecho (INSGENAR), Comité de América Latina y El Caribe por la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) y Católicas por el Derecho a Decidir de Argentina (CDD ARGENTINA).

⁵¹⁹ Dictamen del Comité de Derechos Humanos, Comunicación No 1608/2007 de fecha 29 de marzo de 2011 (CCPR/C/101/D/1608/2007). Para un análisis profundo del caso puede verse la obra colectiva de Estela Díaz, Cristina Zurutuza, Susana Chiarotti, Silvia Juliá y Marta Alanís “LMR Contra Estado Argentino Acceso a la Justicia en un caso de Aborto Legal” del año 2011, editado por Mariana Carbajal (CCD-Argentina y el INSGENAR).

⁵²⁰ Véase al respecto el capítulo sobre “La Ausencia de Legislación como forma de Discriminación a la Mujer. Marco Normativo sobre Salud Sexual y Reproductiva” escrito por Alejandra Iriarte.

⁵²¹ Ese es el nombre que utilizaremos para preservar la identidad de la niña.

del mismo le explicó que dadas las condiciones del caso y la solicitud de la niña, podía acceder a un aborto legal en el Instituto de Maternidad Nuestra Señora de la Merced de la Provincia⁵²².

Hasta entonces la posibilidad de acceder a un aborto no punible en el ámbito de la salud pública no era algo dado a conocer públicamente, incertidumbre que se mantiene en la actualidad, con lo cual puede colegirse, con cierto grado de certeza, que en la provincia ante un embarazo que sea producto de una violación o bien que afecte la salud de manera grave o ponga en riesgo la vida de la mujer gestante los caminos posibles para estas son: el embarazo, parto y maternaje forzados o bien la práctica de un aborto legal en la clandestinidad.

“Resulta difícil estimar cuántos de los abortos “clandestinos” podrían resolverse en ámbitos institucionalizados por tratarse de casos despenalizados, pero lo cierto es que las barreras en el acceso a los abortos legales constituyen una disfunción vergonzosa para un país con los datos de mortalidad y morbilidad que tenemos, al tiempo que esas barreras explican, en gran parte, la decisión de las mujeres de acudir a circuitos informales para practicarse un aborto, pese a encontrarse en las circunstancias que les permitirían interrumpir legalmente su embarazo. Es decir, las instituciones contribuyen a situar el aborto en la zona de la “clandestinidad” (Ramón Michel 2011:140).

De la recolección de datos de los últimos veinte años sobre aborto en la justicia penal capitalina se desprende que todo caso de aborto, aun cuando ni siquiera sea el caso de un aborto inducido, que llega a conocimiento de alguna autoridad, es inmediatamente sometido, sin más, al escrutinio del poder punitivo. También, que después del fallo “FAL” no cambió la práctica forense jurisdiccional y policial al respecto, y que a mayor abundamiento, inclusive, el número de causas por aborto sólo en la primer mitad del 2012 habían sido mayores a las de los años anteriores.

⁵²² La noticia del caso llegó al diario porque desde adentro del centro asistencial se violó la confidencialidad y la intimidad de la niña y su familia. Nota de *La Gaceta* del 19 de marzo de 2013, “Interrumpen el embarazo de una menor violada” <http://www.lagaceta.com.ar/nota/541346/sociedad/practicaron-aborto-no-punible-maternidad-menor-fue-violada.html>

Este trabajo de tipo descriptivo intentará dar cuenta de las reacciones y discursos de los diferentes poderes de la provincia frente al aborto no punible, luego de dictado el exhorto en “FAL”; como así también los diferentes factores y actores que juegan a la hora de impedir continuamente que los derechos humanos de las mujeres tucumanas se cumplan y aquellos que exigen su cumplimiento. Se utilizaron como fuente sobre todo los medios de prensa locales y sus notas relativas al tema durante los años 2012 y 2013.

2. Lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el “Fallo FAL”

El artículo 86 del Código Penal, en su segundo párrafo dispone desde el año 1921 que:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Sin embargo, la aplicación del segundo párrafo causaba divisiones doctrinarias alrededor de su alcance. En concreto, una parte de la doctrina postulaba que la despenalización del caso sólo correspondía estrictamente si el embarazo se producía como razón de una violación a mujer con discapacidad mental, mientras que otro sector postulaba que el aborto legal procedía a opción de toda mujer con prescindencia de su capacidad intelectual siempre que el embarazo provenga de una violación⁵²³.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de referirse concretamente a este tema en el caso “FAL s/medida Autosatisfactiva”, zanjando la disputa definitivamente a favor de la postura amplia.

⁵²³ Para una profundización de este tema puede verse “Inaccesibilidad al aborto no punible en Argentina. Obstáculos de jure y obstáculos de facto” de Mercedes CAVALLO. Disponible en: *Revista Cuestión de Derechos* N° 1, julio 2011 - ISSN 1853-6565. www.cuestiondederechos.org.ar

El caso llegó a conocimiento de la Corte en razón de que la Corte Suprema de Chubut había resuelto favorablemente el pedido efectuado por la madre de una niña de 15 años –embarazada como consecuencia de la violación de su padrastro– y en razón de ello el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut, en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en representación del “nasciturus”, en el entendimiento de que el fallo de la Corte chubutense revestía “gravedad institucional” ya que, según su criterio, el artículo 86 inc. 2º del Código Penal debía interpretarse de manera restrictiva en virtud del plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (art. 75. inc. 23 de la Constitución Nacional; art. 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 3º y 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 3º y 6º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 6º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Preámbulo, art. 1º y 6º de la Convención de Derechos del Niño) (considerando 3º).

Sintéticamente, en este trabajo⁵²⁴ diremos que, por un lado, la Corte decidió referirse al caso, para prevenir que el Estado argentino sea responsabilizado internacionalmente y, por el otro lado, para que sirva de lineamiento en futuros casos (considerando 5º y 6º y 18º). En ese sentido la Corte resolvió en primer lugar que el artículo 86 del Código Penal es constitucional y convencional (considerandos 6º y 9º a 13) ya que la protección del “nasciturus” no es absoluta y el derecho a la vida se aplica respecto de las personas nacidas, interpretación reforzada por las recomendaciones efectuadas a Argentina por los órganos de interpretación en el sentido de que debían garantizar de manera amplia el acceso de las mujeres a los abortos legales. Por otra parte, estableció que la única interpretación ajustada a la correcta hermenéutica del derecho de los derechos humanos que corresponde al mencionado artículo es la interpretación amplia (Considerando 8º y 14º a 18º), de conformidad a los art. 16 de la Constitución Nacional, artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2º y 7º de la Declaración Universal de Derechos

⁵²⁴ Para un análisis más detallado del “Fallo FAL.” véase la última parte del capítulo *“Judicialización del Aborto”*, escrito por Alejandra Iriarte.

Humanos, artículos 2.1º y 26º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2º y 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 1.1º y 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 2º, 3º y 5º a 16º Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4º.f y 6º .a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Para garantizar el ejercicio del derecho a un aborto legal, el artículo 86 debe ser interpretado de la siguiente forma:

- Desjudicialización y privacidad de la práctica: en los casos de despenalización planteados en los incisos 1 y 2 del art. 86 del código penal, se prevé que la práctica del aborto es una cuestión privada entre el médico y la paciente, totalmente desprovista de consecuencias penales y sin que sea necesario que se cuente con ninguna autorización judicial de ningún tipo. (Cons. 22º y 23º)
- Participación de sólo un profesional de la salud: en la realización del aborto sólo debe participar un profesional de la salud, las disposiciones que exijan más de un profesional de la salud, como así también las interconsultas y la necesidad de obtención de dictámenes exigen trámites burocráticos dilatorios que conspiran contra los derechos de las víctimas de violación y *“llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto contra legem– del aborto autorizado por el legislador penal”*. (Cons. 24º)
- Acceso al aborto legal como un derecho en los casos previstos por el art. 86, que por tanto es el Estado como garante de la salud pública el obligado a garantizarlo en condiciones médicas e higiénicas para *“llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura”*. (Cons. 25º)
- Innecesaridad de exigencia de denuncia policial como prueba de la violación, como así tampoco su determina-

ción por un órgano jurisdiccional. Lo único que puede exigirse a la víctima o su representante legal es que manifiesten mediante declaración jurada que el embarazo es producto de una violación. No pudiendo solicitarse requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal. (Cons. 27º)

Finalmente, en los últimos puntos resolutivos de la sentencia, la Corte exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles, a que se realicen campañas explicativas sobre esta práctica; que se garantice la confidencialidad de la víctima de abuso sexual; se eviten procedimientos administrativos que retrasen innecesariamente la atención; y se articulen mecanismos que permitan resolver los eventuales desacuerdos que pudieran existir entre el médico y la paciente respecto de la práctica (Cons. 29º). Asimismo, insta a brindar a las víctimas de violencia sexual asistencia inmediata, adecuada e integral que evite la re victimización; a brindar tratamientos médicos para reducir los riesgos específicos de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso (Cons. 30º). Para esto considera:

“(...) indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación (...) que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas (...)”
(Considerando 31º).

Es importante resaltar en este punto que el fallo es de cumplimiento obligatorio para las provincias en la medida, en que al haber emanado del máximo tribunal de la República, sus fallos son parte de la Constitución misma:

“(...) el derecho judicial desarrollado por la Corte Suprema de Justicia participa de la misma supremacía de

la Constitución a la que interpreta y aplica, y por ende, las leyes no pueden prescindir de ella bajo pena de consumar una flagrante violación (Bidart Campos, 2000:430) Es que siendo el Alto Tribunal el máximo y último intérprete de la Constitución, y significando el derecho judicial emanado de sus sentencias una fuente vital de la Constitución material, no es posible arribar a otro postulado estructural del Estado constitucional de derecho argentino (Gil Domínguez 2011:116) (...) Las Constituciones provinciales, las leyes provinciales, los decretos provinciales y la totalidad de las normas y actos provinciales se subordinan a la Constitución argentina (por imperio del art. 31) y a los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional (por imperio del art. 75 inciso 22) (Bidart Campos, 1988: 59). Dicha subordinación comprende los mandatos emergentes de las normas constitucionales y trasnacionales “más” la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia y por los órganos de aplicación e interpretación de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional”.

“Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la obligación constitucional de hacer efectiva la interpretación establecida por la Corte Suprema de Justicia en el caso “F.A. L. s/ medida Autosatisfactiva”, por cuanto esto implica en resguardo de la garantía federal, respetar la plena vigencia de los mandatos previstos por la Constitución argentina y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional” (Gil Domínguez, 2012).

Asimismo, como ya lo ha advertido la misma Corte, la implementación efectiva de los permisos para abortar contenidos en el artículo 86 del Código Penal resulta indispensable para evitar que el Estado Argentino resulte responsable internacionalmente por la violación de derechos humanos. Que las causales de salud y violencia sexual contemplados en el mencionado artículo en el derecho internacional de los derechos humanos son considerados como “el piso mínimo” de descriminalización, en la medida en que los organismos recomiendan a los Estados que revean sus legislaciones en la materia. De la misma manera que cada vez que un caso de aborto no punible ha

sido llevado ante un órgano del sistema sea regional o universal de derechos humanos, los Estados han terminado siendo condenados por la violación de los derechos humanos de las mujeres a las cuales no se les garantizó el acceso a la práctica de un aborto legal⁵²⁵.

Sin embargo, las reacciones de las provincias fueron disímiles. Siguiendo la clasificación hecha por Cavallo y Amette (2012) se pueden distinguir las jurisdicciones que obedecieron la exhortación de la Corte como Chubut, Santa Fe, Chaco, Jujuy y Tierra del Fuego; las jurisdicciones que obedecieron parcialmente la exhortación (todas, de distintas forma, incorporan requisitos que pueden funcionar como barreras de acceso al aborto no punible): como Salta, La Pampa, Córdoba, Entre Ríos, Provincia de Buenos Aires, Ciudad de Buenos Aires, Río Negro y Neuquén; y finalmente se ubican aquellas jurisdicciones que aún no obedecieron la exhortación: Mendoza, San Luis, Misiones, La Rioja, Santiago del Estero, Tucumán, Formosa, Corrientes, Catamarca, San Juan y Santa Cruz.

⁵²⁵ Con relación al aborto por causal salud o terapéutico véanse los casos resueltos por la Corte Europea de Derechos Humanos: “Tysiac vs. Polonia” Demanda N° 5410/03 Sentencia del 20 de marzo de 2007, “R.R. vs. Polonia” Demanda N° 27617/04 Sentencia del 26 de mayo de 2011; por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) “L.C vs. Perú” Comunicación N° 22/2009 Decisión del 17 de octubre de 2011 y por el Comité de Derechos Humanos “K.L.H vs. Perú” Comunicación N° 1153/2003 Decisión del 24 de octubre de 2005.

Por la causal violación: del Comité de Derechos Humanos “L.M.R. vs. Argentina” Comunicación N° 1608/2007 Decisión del 29 de marzo de 2011, en el que el Estado Argentino fue declarado internacionalmente responsable por la violación de una violación de los artículos 7 (prohibición de tortura, trato cruel, inhumano y degradante) 17 (derecho a la privacidad) y 2, párrafo 3 (derecho a un recurso efectivo) en relación con los artículos 3 (igualdad) 7 y 17 del Pacto. Al obligar que la víctima acuda innecesariamente a la justicia para obtener un permiso de aborto legal que no necesitaba y que además de obtenido el mencionado permiso no se le realice la práctica y deba finalmente acudir a una práctica clandestina, con el detrimento a la salud física y mental que conllevó todo el proceso y el paso del tiempo, teniendo en consideración además la discapacidad mental pre existente en la víctima.

Otro caso importante por la relevancia que tuvo para la región fue el caso llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México” Petición 161-02 Informe N° 21/07 de Solución amistosa del 9 de marzo de 2007. El caso fue el primero en su tipo; Paulina menor de edad y embarazada producto de un abuso sexual no pudo acceder a un aborto legal en su país en virtud de la información errónea y falaz que los médicos le dieron a su madre porque no querían interrumpir el embarazo, además durante todo el proceso fue continuamente presionada y hostigada por grupos religiosos “pro vida” por lo cual el Estado de México terminó arribando a una solución amistosa reconociendo su responsabilidad internacional en el caso.

Tucumán sigue sin cumplir con la exhortación de la Corte, no sólo con la falta de dictado de un protocolo o adhesión expresa a los existentes del Ministerio de Salud de la Nación⁵²⁶, por ejemplo, sino que además no ha cumplido tampoco con ninguna de las otras exhortaciones hechas por el máximo tribunal como el de implementar medidas de atención a las víctimas de violencia sexual o el implementar campañas de difusión destinadas sobre todo a las víctimas más vulnerables para que sepan adonde pueden realizarle la práctica médica. La situación de incumplimiento por parte del Estado Provincial en materia de derechos humanos, sin embargo, no es novedosa ni exclusiva de los derechos sexuales y reproductivos.⁵²⁷

Es interesante, por ejemplo, ver el último Examen Periódico Universal (EPU)⁵²⁸ rendido por Argentina y comprobar que las recomendaciones de los Estados apuntan hacia la efectivización de los derechos humanos en el interior del país, en relación específica con el aborto no punible, como así también la respuesta del Estado Argentino que resulta una “verdad a medias” sobre la situación real de las provincias, ya que de una lectura rápida y sin conocer las situaciones locales, pareciera que el aborto no punible es plenamente garantizado en las provincias también.

⁵²⁶ Estos protocolos/guías son la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles del Ministerio de Salud de la Nación” y el “Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violaciones Sexuales”, por lo que se presume que estos “se aplican” ante la ausencia de normativa local específica. Ambos materiales están disponibles en www.msal.gov.ar/saludsexual

⁵²⁷ V.gr. lo que ocurre en materia contravencional. Por ejemplo, a pesar de la Sentencia de la Corte Interamericana en el “Caso Bulacio vs. Argentina” en donde el Estado asumió el compromiso de adecuar su normativa contravencional o de faltas a los estándares mínimos de derechos humanos en materia de debido proceso, Tucumán es una de las pocas provincias del país que continúa manteniendo una norma de la época dictatorial, y por tanto continuamente violentando derechos humanos y comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado (Véase Caso “Bulacio vs. Argentina” Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100) Asimismo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación conocido como “Núñez” “JN N. 56. XLIV. N., J. G. s/ infr. art. 15, inc. 4°, LCP s/ incidente de inconstitucionalidad.”

⁵²⁸ El Examen Periódico Universal (EPU), establecido por la resolución 60/251 de la Asamblea General es un nuevo mecanismo de derechos humanos. Con este mecanismo, el Consejo de Derechos Humanos revisa periódicamente el cumplimiento de cada una de los 192 Estados Miembros de las Naciones Unidas en cuanto a las respectivas obligaciones y compromisos en el ámbito de los derechos humanos.

3. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal de Argentina, del 12 de diciembre de 2012⁵²⁹

Con relación a los derechos sexuales y reproductivos las recomendaciones que se le efectuaron a Argentina fueron

99.89: *“Garantizar el pleno reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos (Francia).”*

99.90: *“Adoptar las medidas que procedan con respecto a la decisión de la Corte Suprema de 12 de marzo de 2012 de que las mujeres y niñas víctimas de una violación tengan la posibilidad efectiva de abortar en condiciones de seguridad y legalidad (Alemania).”*

99.91: *“Hacer efectivo el derecho al aborto de las víctimas de violación en todo el país de conformidad con el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia (Noruega).”*

99.92 *“Introducir medidas jurídicas y de otra índole para reducir la mortalidad y morbilidad maternas que son consecuencia de los abortos practicados en condiciones peligrosas (Países Bajos).”*

99.93 *“Reforzar los esfuerzos tendientes a reducir la tasa de mortalidad infantil procurando especialmente disminuir el número de defunciones a consecuencia de abortos practicados en condiciones peligrosas (Noruega).”*

99.94 *“Seguir reforzando las políticas y las medidas destinadas a garantizar a la mujer el acceso a productos y servicios de salud reproductiva (Eslovenia).”*

99.95 *“Lograr, lo antes posible, la aplicación efectiva de la guía técnica para la atención de los abortos no punibles a*

⁵²⁹ A/HRC/22/4, Consejo de Derechos Humanos, aprobado en el 22º Período de Sesiones.

nivel nacional, a fin de que el acceso al aborto legal esté verdaderamente garantizado (Suiza)”.

99.96 “Reforzar la utilización de las disposiciones jurídicas y administrativas existentes que garantizan la salud sexual y reproductiva, con el objetivo de proteger mejor los derechos de las mujeres y prevenir la mortalidad materna (Uruguay)”.

La respuesta Argentina fue dada el día 21 de febrero de 2013⁵³⁰ y con relación a las recomendaciones efectuadas sobre derechos sexuales y reproductivos respondió lo siguiente:

“16. Argentina acepta las recomendaciones 99.90, 99.95 y 99.97 y considera que se están ejecutando a través de programas destinados a garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y para la remoción de barreras en el acceso a los servicios de salud de mujeres indígenas, migrantes y privadas de libertad.”

“17. Argentina toma nota de las recomendaciones 99.91, 99.92, 99.93 y 99.94.”

“18. Argentina toma nota de la recomendación 99.96 y pone de relieve que el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación actualizó y difundió en las provincias, en 2010, la Guía Técnica para la Atención de los Abortos No Punibles (2007). Esta Guía reconoció que el artículo 86 del Código Penal establece como causal de aborto no punible la violación de cualquier mujer, e indicó que la declaración jurada de la mujer es suficiente elemento legal para habilitar el aborto no punible.”

“19. Argentina manifiesta que siendo un país federal, cada provincia tiene la potestad de ajustarse a las recomendaciones planteadas por dicho ministerio adoptando las guías

⁵³⁰ A/HRC/22/4/Add.1, Consejo de Derechos Humanos, aprobado en el 22º Período de Sesiones.

mediante una resolución del Poder Ejecutivo provincial, o a partir de legislaciones provinciales.”

“20. Nuestro máximo tribunal ha solicitado a las autoridades que implementen protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles y pidió a los jueces “abstenerse de judicializar el acceso a estas intervenciones, las que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico”.

4. Las respuestas del Poder Ejecutivo Provincial frente al exhorto de la Corte

Una vez que el fallo de la Corte fue dado a conocer, la primera reacción del gobernador de la provincia José Jorge Alperovich (PJ) fue el desconocimiento, intentando no fijar posición: *“No conozco bien el tema. Si hace falta o no protocolo, la verdad es que desconozco”*⁵³¹.

Su esposa Beatriz Rojkés de Alperovich (PJ), Senadora, por el contrario mostró su “beneplácito” en el Senado de la Nación al conocer el fallo⁵³², lo que dio la pauta de que podría haber un pronunciamiento “favorable” por parte de su marido. Finalmente, el 3 de abril de 2012, el gobernador rompió el silencio y manifestó que *“Este gobierno está a favor de la vida y tenemos que apoyar el fallo judicial, no podemos desobedecer a la Justicia, si lo hiciéramos viviríamos en una anarquía”*, al tiempo que agregó que: *“la Corte dijo que si es por violación o porque la madre puede perder la vida, la Justicia avala el aborto. Todos los argentinos debemos aceptar esa decisión que es bastante claro en estos dos casos”*⁵³³.

⁵³¹ Nota de *La Gaceta*: “El PE aún no sabe si fijarán pautas para practicar abortos” de 27 de marzo de 2012 <http://http.lagaceta.com/nota/483146/pe-aun-no-sa-be-se-fijaran-pautas-para-practicar-abortos.html>

⁵³² Expte: 618/12 del 23 de marzo de 2012, ingresado por la Senadora Beatriz Liliana Rojkés de Alperovich <http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpte.php?origen=S&numexp=618/12&tipo=PD&tConsulta=1> Nota de *Página 12*, “El mapa del derecho a decidir” del 1 de abril de 2012 <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-190882-2012-04-01.html>

⁵³³ Nota de *La Gaceta* “Alperovich: “Tucumán acatará el fallo a favor del aborto no punible” del 3 de abril de 2012 <http://www.lagaceta.com.ar/nota/484443/politica/alperovich-tucuman-acatara-fallo-favor-aborto-no-punible.html> En el mismo sentido: nota de Infobae “Tucumán es la 11ª provincia en acatar el fallo de la Corte de aborto no punible” del 3 de abril de 2012 <http://www.infobae.com/>

Asimismo desde el SI.PRO.SA⁵³⁴ sólo la Dra. Adriana Álvarez, (en ese momento) Coordinadora del Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva del Sistema Provincial de Salud se manifestó públicamente: “*La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el fallo, nos dijo a los médicos que dejemos de judicializar temas que no deberían estarlo, porque ya están incluidos en el Código Penal argentino*”, ratificando así que seguirían actuando ante los casos de abortos no punibles según el protocolo dictado por el área respectiva de la Nación⁵³⁵.

Sin embargo, las reacciones contra el fallo tampoco se hicieron esperar. Así el primero en hacer manifestaciones de repudio fue el arzobispo Alfredo H. Zecca⁵³⁶, quien manifestó en una entrevista realizada a una semana de dar a conocer el fallo: “*La vida es un derecho absoluto. ¿Y entonces por qué vale más la vida de un hijo querido que la que es producto de una violación? Porque si usted me dice que se puede interrumpir el embarazo en ese caso, está haciendo una discriminación: la vida de uno es distinta a la vida del otro. Esto es un disparate y yo no puedo reconocer autoridad a quien diga que esto es así ¡Por más que sea la Corte Suprema de Justicia! Si no, caemos en pleno positivismo jurídico, quedamos sujetos a los jueces. ¡Tiene que haber una instancia racional!*” (...) “*Y en última instancia, si perdemos la discusión en el Congreso de la Nación, no hay nada que justifique el aborto; ni la violación, ni que el feto viene con deformaciones. ¿Qué quiere eliminar un embarazo porque tiene muchos hijos? Bueno, muy bien, entonces elimine al mayor. ¡Pero tiene 10 años! Bueno, al menos vivió 10 años ¿no? Claro, si lo llevamos al absurdo? todo puede ser. La mujer tiene derecho sobre su propio cuerpo. Estoy de acuerdo. No le gusta el lunar que tiene ¡que se lo saque! Pero un hijo no es un lunar, es otra vida, distinta, con el código genético del hombre que será. ¿Que es un problema religioso? ¡Mentira! Es un tema de la biología y el que no lo quiere ver así es un ignorante*”⁵³⁷.

notas/640369-Tucuman-es-la-11-provincia-en-acatar-el-fallo-de-la-Corte-de-aborto-no-punible.html

⁵³⁴ Sistema Provincial de Salud.

⁵³⁵ Nota de *La Gaceta*: “El Siproza respeta la directiva” del 29 de Abril de 2012 <http://www.lagaceta.com.ar/nota/488573/politica/siproza-respeta-directiva.html>

⁵³⁶ Arzobispo de Tucumán.

⁵³⁷ Entrevista de *La Gaceta* al Arzobispo Alfredo Zecca “No puedo reconocer autoridad a quién defiende el aborto” del 20 de marzo de 2012. <http://www.laga->

Asimismo, al conocer además los dichos del gobernador expresó: *“Respeto que el gobernador tenga sus opiniones, espero que recapacite, que comprenda que ese fallo no obliga a nadie, es un fallo sobre un caso en particular” (...)* *“no existe ninguna ley, ni en la Nación ni en la provincia, que obligue a que se practiquen abortos aún en caso de violación. De manera que a ese fallo hay que tomarlo como tal. Es un fallo desgraciado, es lamentable que haya ocurrido” (...)* *“No puedo ocultar mi desconcierto por el hecho de que el gobernador, que es un hombre que siempre ha defendido la vida, justamente en la Semana Santa se pronuncie a favor de este fallo, dando a entender como que él apoyara el cumplimiento de una Ley –me parece que así se ha expresado–, pero resulta que es una Ley que no existe o sea que espero que en un diálogo con él pueda recapacitar” (...)* *“Estoy dispuesto al diálogo, lo dije desde que llegué a la provincia, con todos los sectores, seguramente insistiré e insistiré en mi reclamo en que el aborto es un crimen abominable”*⁵³⁸.

El desconcierto por la actitud del gobernador respondía a que éste, en el mes de septiembre de 2011, había manifestado públicamente su posición en contra del aborto⁵³⁹. La posterior amenaza

ceta.com.ar/nota/482072/politica/no-puedo-reconocer-autoridad-quien-defiende-aborto.html

⁵³⁸ Nota del diario 24.com: “Monseñor Zecca, molesto con Alperovich por su postura sobre el aborto”, del día 6 de abril de 2012, <http://www.eldiario24.com/nota/250740/monseor-zecca-molesto-con-alperovich-por-su-postura-sobre-el-aborto.html>. En el mismo sentido nota del diario “El Intransigente”: “Monseñor Zecca está desconcertado por la postura de Alperovich”, del día 6 de abril de 2012, <http://www.elintransigente.com/notas/2012/4/6/aborto-punible-monsenor-zecca-desconcertado-postura-alperovich-127683.asp>

⁵³⁹ Las expresiones del gobernador fueron: *“¿Quién puede estar a favor del aborto? Nadie” (...)* *“Una persona que se hace un aborto tiene un sufrimiento de por vida; nadie tiene que estar a favor de esa práctica” (...)* Tucumán acababa de ser sede de la firma del “Protocolo por la Vida y la Familia” en la Casa Histórica. Fue elegido por la Iglesia y referentes nacionales y provinciales de la oposición para hacer un fuerte pronunciamiento en contra de la despenalización de cualquier tipo de práctica abortiva, y de la eutanasia (...) contó con la asistencia de la senadora nacional por San Luis, Liliana Negre de Alonso (Peronismo Federal); la diputada por Buenos Aires, Cynthia Hotton (PRO); el arzobispo de Tucumán, monseñor Alfredo Zecca; el obispo auxiliar de Santiago del Estero, monseñor Ariel Torrado Mosconi; y los enviados del Estado del Vaticano, Jean Laffitte y Carlos Simón Vázquez, secretario y subsecretario Pontificios del Consejo de Familia, respectivamente también los referentes locales de la oposición estuvieron los diputados Norah Castaldo y Juan Casañas (ambos de la UCR); el legislador laborista Osvaldo Cirmigliaro; los candidatos a diputados por el MIJD Felipe Salas y Mara Mockevich; y el concejal electo por Yerba Buena, Pablo Berarducci.” Nota de La Gaceta “Nadie puede estar a favor del

velada, “estoy dispuesto al diálogo”, que muchas veces podemos escuchar de sindicalistas antes de que estalle el conflicto gremial, por ejemplo, o de otros actores políticos para evitar algún conflicto, demuestra hasta qué punto él tiene asumida su posición de interlocutor necesario en el tema y así lo hace saber.

Detrás de él se alinearon las 62 Organizaciones Justicialistas del NOA, NEA y Nuevo Cuyo (quienes a pesar de pertenecer al PJ son disidentes de la conducción actual del partido) y expresaron su respaldo al Arzobispo *“en su cruzada contra el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la no punibilidad del aborto en los casos de violación”*. Juan Jesús Soria, líder de este sector de las 62 Organizaciones, expresó: *“Prendemos exponerle aunque sea en parte la problemática que afecta moral, económica y espiritualmente al pueblo trabajador de nuestra provincia”*. El dirigente le remitió al prelado las copias de las notas dirigidas durante 2011 a su antecesor, el arzobispo Luis Héctor Villalba, y al obispo de la Diócesis de Concepción, José María Rossi, donde expresan su clara postura en contra de la interrupción del embarazo en cualquier caso: *“(…) Ratificamos plenamente nuestra postura, ya que las circunstancias políticas y la corrupción generalizada se han agravado peligrosamente, al punto de que hoy se pretende legalizar el aborto, como si el divorcio, el casamiento entre personas del mismo sexo y la adopción de niños por parte de éstas últimas no fueran poco para destruir las bases de la familia cristiana”(…)* *“Es evidente que el materialismo ateo está ganando la batalla a quienes defendemos los valores humanos y espirituales como último recurso para no transformarnos en víctimas de la seducción inmoral de quienes nos gobiernan”*⁵⁴⁰.

La sociedad de Ética Médica de Tucumán a través de Pedro Aramburo y Hormando Hurtado Cuellar expresó que *“aprobar el aborto es abrir las puertas para que los detractores de la vida propongan la eutanasia, o el alquiler de vientres (…)* *La sangre de inocentes no disminuye la superpoblación, ni las violaciones, ni los índices de criminalidad”*. *“Deberían luchar por los dos: madre e hijo”*, recal-

aborto, afirmó Alperovich” del 27 de septiembre de 2011 <http://www.lagaceta.com.ar/nota/457207/politica/nadie-puede-estar-favor-aborto-afirmo-alperovich.html>

⁵⁴⁰ Nota del diario 24.com: “Las 62 Organizaciones, con Zecca en contra del aborto no punible”, del 10 de abril de 2012, <http://www.eldiario24.com/nota.php?id=251057>. A los dos días se produjo el encuentro: Nota de La Gaceta “Peronistas en contra del aborto”, del 12 de abril de 2012, <http://www.lagaceta.com.ar/nota/485788/pizarra-politica.html>

caron y añadieron que “*sería un acto anti médico hacerlo*” y que el profesional tiene la “*libre objeción de conciencia*”⁵⁴¹.

El Arzobispo asimismo durante las ceremonias de Pascua (unas semanas antes de realización de la nota a la Sociedad de Ética Médica) llamó a los médicos, entre otros profesionales, a “*apelar a la objeción de conciencia*” en estos términos: “*Ruego a los poderes provinciales, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, a los políticos, a los juristas, y especialmente a los médicos, a que se pongan a la altura de la gravedad de las circunstancias. Especialmente los médicos deben hacer valer su derecho a la ‘objeción de conciencia’ y negarse a practicar abortos en cualquier caso que fuera. Nunca se justifica el crimen, y menos el de un inocente que no puede defenderse*”, argumentó [] “*desgraciadamente Argentina, como en tantas cosas, también en este terreno del aborto está ‘de ida’ cuando los países que lo aprobaron ‘vienen de vuelta’*. Por poner un ejemplo, en Italia, que aprobó el aborto en 1978, crece en grandes proporciones la ‘objeción de conciencia’ de los ginecólogos y, en general, de todo el personal sanitario (...)”⁵⁴²

El reconocimiento de la ‘objeción de conciencia’ en las/los profesionales de la salud es una de los grandes obstáculos⁵⁴³ que encuentran las mujeres que intentan acceder a sus derechos sexuales y reproductivos en general y esto alcanza dimensiones dramáticas en los casos de aborto, razón por la cual, se le ha dedicado un capítulo completo en este libro. Acá solo diré que puede verse como la apelación a la objeción de conciencia es una herramienta política por parte de estos sectores, nótese que el arzobispo hace una llamada a objetar colectivamente a médicos, y al resto del personal sanitario, y a las semanas la Sociedad de Ética Médica también hace el mismo pedido a sus colegas.

⁵⁴¹ Subnota de *La Gaceta*, “Deberían luchar por ambos”, en nota de *La Gaceta*: “El Siproza respeta la directiva”, del 29 de Abril de 2012, <http://www.lagaceta.com.ar/nota/488573/politica/siproza-respeta-directiva.html>

⁵⁴² Nota de *Diario El Siglo*: “Zecca pidió a los médicos que hagan valer su derecho a la “objeción de conciencia”, del 8 de abril de 2012. <http://www.elsigloweb.com/nota.php?id=89144>

⁵⁴³ Existen restricciones jurídicas de otra índole que también dificultan el acceso al aborto legal. Las leyes de objeción de conciencia levantan barreras que dificultan el acceso, ya que permiten que los profesionales de la salud y el personal auxiliar, como los recepcionistas y farmacéuticos, se nieguen a prestar servicios de aborto, a proporcionar información sobre procedimientos y a derivar a las interesadas a centros y proveedores de servicios alternativos (Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/66/254 Asamblea General de la ONU 66ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos, 3 de agosto de 2011, Párr. 24)

Finalmente, los legisladores de la “oposición” José Páez (Democracia Cristiana), Silvia Elías de Pérez (Unión Cívica Radical) y Ricardo Bussi (Fuerza Republicana). Habían cuestionado que el gobernador salga públicamente a manifestar que acataría el fallo, Páez expresó: *“Si el Gobierno provincial debe o no acatar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que permite interrumpir embarazos en casos de abuso sexual, merece un tratamiento y un debate mucho más profundo en la Legislatura”*. *“¿Qué autoridad tiene una encargada del programa de salud sexual para instruir a los profesionales del SI.PRO.SA prosa sobre este tema?”* [Refiriéndose a la Dra. Adriana Álvarez] *“El fallo es equívoco, confuso y autocontradictorio. No es una ley o una norma para aplicar o acatar. El Poder Legislativo debe expedirse sobre el tema, y el Poder Ejecutivo en su más alto nivel decidir las políticas a implementar, dictando en todo caso las normas a aplicar. No tenemos dudas de que el acatamiento del fallo está en la línea de consentir las medidas en favor del aborto, porque si bien no fueron resueltas por el Gobierno nacional, cuentan con indudable simpatía del PEN”*⁵⁴⁴.

5. “No enseñarás, no te reunirás, ni difundirás”

El 9 de agosto de 2012, se intentó llevar a cabo un curso de capacitación cerrado destinado al personal de salud de la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes en el MUNT, sobre “Atención integral de abortos no punibles y a víctimas de violencia sexual”; dicho curso era avalado por el Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema Provincial de Salud (Siprosa). Como el protocolo de Nación no ha sido refrendado por una resolución ministerial, en ese momento, la directiva se había traducido en la realización de capacitaciones de las cuatro Maternidades de la provincia para sensibilizar a los profesionales de la salud. Pues, según confirmaciones al diario Página 12 por parte de la Coordinadora del Programa Provincial de Salud Sexual y Reproductiva, Adriana Álvarez, *“hay muchos médicos objetores de conciencia en todas las maternidades. Más del 50 por ciento”*⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Nota de *La Gaceta*: “Instan a Alperovich a desoír un fallo”, del 6 de abril de 2012, <http://www.lagaceta.com.ar/nota/484811/instan-alperovich-desoir-fallo.html>

⁵⁴⁵ Nota de Mariana Carbajal para *Página 12*: “Los tres proyectos de la Polémica”, del 12 de mayo de 2012. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-193847-2012-05-12.html>

La capacitación no pudo ser desarrollada con normalidad porque organizaciones identificadas como “pro vida” y políticos en la misma línea, protestaron de manera estruendosa⁵⁴⁶ en la puerta del lugar donde se llevaba a cabo. Con el transcurrir de las horas y ante la persistencia de la protesta, los profesionales se fueron retirando, y finalmente, el ministro de Salud provincial, Pablo Yedlin, dio la orden de suspender el curso. Este nunca más fue reanudado ni continuado.

Entre las ONG “pro vida” que protestaban se encontraba “La Red Federal de Familias”, cuyo referente Andrés Miranda refirió: *“estamos haciendo un acto de repudio a un curso que es indignante por su contenido, sus objetivos y por el secreto en que se ha manejado”*. *“Nuestra intención es obstaculizar todo un proceso de degradación llevado a la práctica a través de este protocolo venenoso para el sistema de salud”* (...) *“Nuestra posición tiene un fundamento que es cultural, histórico, una posición pro vida: La vida es sagrada, la nación necesita que su pueblo crezca. Argentina necesita 90 millones de habitantes para empezar a desarrollarse, así lo dicen los especialistas en población y demografía. En estos momentos en el país, el Estado nacional ha dado un 0-800 para castrar padres y madres. Nos indigna esta prepotencia de la Nación que está siendo obsecuente a una receta a internacional que atenta contra la población del país, su cultura y sentido común”*.⁵⁴⁷

Mara Mockevich, asesora legal de la misma ONG, afirmó: *“queremos que entiendan que abortar es matar y que los médicos tienen derecho a hacer objeción de conciencia antes de practicar un aborto. Además, quien debe ser castigado por el delito de violación es el que lo cometió, no el bebé, quien tiene derecho a nacer. Si la madre no lo quiere puede entregarlo en adopción”* (...) *“este protocolo pro-*

⁵⁴⁶ Autoras como Sgro Ruata (2011: 164) hablan de *“prácticas públicas políticas”* en donde los sectores más conservadores *“buscan mantener y consolidar ciertos sentidos de familia y de sexualidad realizando prácticas de intervención en el espacio público tanto para incidir en los debates sobre legislaciones como para disputar los sentidos puestos en relevancia y circulación por parte de los sectores que pretenden una ampliación en el reconocimiento y ejercicio de una sexualidad diversa”*.

⁵⁴⁷ Nota de Argentinos Alerta: *“Tucumán: Ministro de Salud suspende curso sobre aborto ante contundente protesta de organizaciones pro vida”* en fecha 11 de agosto de 2012 <http://www.argentinosalerta.org/node/2155> en el mismo sentido la Nota de *La Gaceta* del 9 de agosto de 2012, *“Protestan contra un curso a profesionales de la salud sobre abortos no punibles”* <http://http.lagaceta.com/nota/504981/protestan-contra-curso-profesionales-salud-sobre-abortos-no-punibles.html>

pone que el médico que sepa que se ha violado a una mujer no debe realizar una denuncia, cuando el profesional tiene la obligación de, ante el conocimiento de la comisión de un delito, realizar la denuncia respectiva, por más que sea un asunto privado, como lo es la violación. Porque de lo contrario, el médico, aparte de destruir la prueba del delito como lo es el bebé, posibilita que se deje libre al violador para que siga cometiendo el acto, de esta forma se fomenta a que la mujer no lo denuncie” (...) “La Corte se ha equivocado, el aborto fue, es y será delito siempre. La Corte no ha legislado, falló para un caso concreto. Pero lo que dice el Máximo Tribunal no es ley y por un fallo equivocado no se pueden estar dictando cursos para aplicar este protocolo. Además, debe recordarse que este protocolo no es un acto administrativo válido, el ministro (de Salud nacional) Juan Manzur el 20 de Julio de 2010 negó haberlo firmado, y sin su firma este acto es nulo. Entonces, cómo pueden implementar este curso donde se ejecuta un manual de matar” (...) “Hay un sistema progresista, desde el momento en que se les enseña a los chicos desde los cinco años en la escuela que da lo mismo que les pueda gustar un varón o una mujer indistintamente, lo cual es gravísimo y tremendo porque toda forma parte de un plan bien organizado y orquestado. Al comienzo, intentaron legalizar el aborto a través del Congreso, pero como les va a costar, directamente a partir de un fallo dudoso de la Corte, todos lo toman como ley y lo empiezan a implementar los ginecólogos, como lo es el curso de hoy. Esto es un macabro plan donde todos los poderes tienen mucho que ver a través de su participación”⁵⁴⁸.

Entre los políticos participantes se encontraban: José Páez (DC), Claudio Viñas (FR) y Dora Bianco (Bloque por Yerba Buena).

El legislador José Páez manifestó que *“el aborto es un delito. Y un fallo de la Justicia no puede modificar el Código Penal. Simplemente, se expide sobre un caso particular. Con este curso se está buscando que los médicos apliquen un protocolo que es ilegal. En la Legislatura hay un proyecto que presentó la legisladora Silvia Pérez y que nosotros acompañamos para rechazar estos protocolos”⁵⁴⁹.*

El diputado nacional Juan Casañas (UCR) expresó antes del inicio del curso: *“Me preocupa que el Estado esté involucrado en estos cursos como si el aborto fuera una práctica común y aprobada por la ley. La Corte admitió el aborto ante ciertas circunstancias, pero*

⁵⁴⁸ Ídem nota 33

⁵⁴⁹ Ídem nota 33.

*de ahí a andar generando capacitaciones cuando la sociedad ni el Congreso pudieron dar el debate correspondiente sobre el tema me parece incorrecto y poco respetuoso hacia la gente*⁵⁵⁰.

La concejala de la ciudad de Yerba Buena, Dora Bianco consideró que el curso: *“atenta contra la seguridad pública, al pretender imponer un protocolo de la muerte. Qué señales estamos dando a nuestros jóvenes del valor de la vida, si permitimos que se mate a un ser humano desde el momento en que es concebido. Este tipo de políticas está llevando a la desesperanza de los jóvenes, y de esta forma, salir a la calle con un arma de fuego a matar a alguien poco importa porque el valor de la vida humana no tiene sentido”*⁵⁵¹.

Además de la experiencia violenta que implica el no poder difundir y recibir información por este tipo de acciones, hay que tener presente que en este caso la información técnica que se brindaba podía ser vital⁵⁵². El hecho de que no se haya hablado más sobre el tema marca también la pauta del poder de censura que tienen determinados sectores fundamentalistas⁵⁵³ que se auto denominan “pro vida” pero que

⁵⁵⁰ Ídem nota 33.

⁵⁵¹ Ídem nota 33.

⁵⁵² Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha expresado que: *“Los Estados también están obligados a adoptar medidas de protección contra la vulneración del derecho a la salud por terceras partes. En los Estados en que el aborto está prohibido no pueden existir reglamentaciones de salud y seguridad públicas relativas al aborto, como normas sobre capacitación y certificación de los profesionales de la salud, por lo que aumentan las posibilidades de que se practiquen abortos en condiciones peligrosas. La despenalización del aborto, junto con una reglamentación adecuada y la prestación de servicios seguros y accesibles, es el método más expeditivo para proteger íntegramente el derecho a la salud contra posibles violaciones cometidas por terceras partes. Los Estados también deben adoptar medidas para proteger a quienes desean prestar servicios de aborto y conexos frente al acoso, las agresiones, los secuestros y los asesinatos perpetrados por actores no estatales (por motivos religiosos o de otra índole)”* (A/66/254. Asamblea General de la ONU 66ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos, 3 de agosto de 2011) párr.28.

⁵⁵³ *“La expresión ‘fundamentalismos religiosos’ nace a principios del siglo pasado como una manifestación de los movimientos de renovación religiosa cristiana que pretendían retornar al paradigma medieval y contra reformista de la iglesia, en el que ésta ejercía funciones sociales y políticas –además de las religiosas– que incrementaban su poder. Constituyen una respuesta tradicionalista, conservadora y de rechazo a la modernidad y a la secularización, que sustenta una concepción patriarcal de la sociedad y de la familia”* (Vasallo citada por Puyol y Condrac 2011: 233).

“Son impuestos por las religiones en todo el mundo y en nuestro contexto latinoamericano y argentino, por la jerarquía de la Iglesia Católica, pero son utilizados por

en realidad, como bien observan Puyol y Condrac (2011:240), son “anti derechos de las mujeres”, porque las “*principales víctimas del accionar de estos grupos son las mujeres pobres, ya que se encuentran en una clara situación discriminatoria frente a las mujeres de clase alta y media*” ya que estas son las que en su mayoría va a recibir atención médica en el sector público de salud. En igual sentido se expresa González Prado (2011:259) quien las denomina “*promuerte de las mujeres*”⁵⁵⁴.

Desde el SIPROSA y el Poder Ejecutivo, en general, se optó por el mutismo en torno a los abortos no punibles. Nunca se iniciaron campañas de difusión, ni se puso en conocimiento de las mujeres en general que poseen el derecho a un aborto legal de conformidad al art. 86 del Código Penal, sobre todo a aquellas que están en una situación más vulnerable⁵⁵⁵. Tal situación de silencio se mantuvo inclusive lue-

todos los sectores de poder que defienden el pensamiento único, la globalización de mercado y el modo de producción capitalista” (Puyol y Condrac loc. cit.).

⁵⁵⁴ “*Denominaré promuerte de las mujeres, a los sectores del fundamentalismo católico, que a título particular, bajo formato de ONG o asociación, intervienen ante solicitudes de abortos no punibles, para impedir las u obstaculizarlas cuando menos, violando de esa manera derechos humanos de las mujeres. Estas organizaciones fundamentalistas que se manifiestan y accionan en contra de la despenalización/legalización del aborto, el uso de anticonceptivos y la educación sexual en las escuelas; que pretenden imponer la heterosexualidad como norma en las políticas públicas, justifican abusos a menores, patologizan la homosexualidad, entre un largo etcétera de violaciones a los derechos humanos se autodenominan pro vida por su defensa a una mórula, un cigoto o una blástula. Dado que sus planteos avalan la muerte de cientos de mujeres-en su mayoría pertenecientes a los sectores subalternos en Argentina-, entiendo necesario vincular sus prácticas y posiciones a las muertes de las mismas*” (GONZÁLEZ PRADO 2011: 259).

⁵⁵⁵ La CSJN exhortó al respecto, y también la CIDH: “*los Estados tienen la obligación de capacitar a sus profesionales para informar a las mujeres en lo referente a su salud, incluyendo información en aspectos relacionados con la salud reproductiva. En este sentido, la CIDH considera que el acceso a la información en materia sexual y reproductiva requiere una respuesta multisectorial de los Estados. Si bien el informe se basa principalmente en aspectos del acceso a la información en el ámbito de la salud, el derecho de acceso a la información en materia sexual y reproductiva exige el involucramiento de diversos sectores para abordar esta temática de forma integral.*” (2011:14).

“(…) *En la jurisprudencia de algunos Estados americanos se ha desarrollado el concepto de acceso a la información en el ámbito de la salud como un obligación de garantía de los Estados (..) la Corte Europea de Derechos Humanos sancionó a uno de sus Estados miembros por no proporcionar información sobre los servicios de salud permitidos por ley. La Corte determinó que la falta de provisión de dicha información constituye una violación al derecho a recibir y a impartir información [y] resaltó particularmente el efecto perjudicial que puede tener la falta de información en determinados casos, en los que una prohibición de entregar información puede tener efectos más adversos en las mujeres que no tienen los suficientes recursos o sin el nivel de educación necesario para acceder a fuentes alternativas de información (Open Door and Dublin Woman V. Ireland, 1992) (...) En otra sentencia la Corte (...)*

go de que se hiciera público el caso de “Silvina” y de que supieran que todo el personal de la Maternidad (empleados públicos provinciales) había sido denunciado penalmente. Este “silencio” sin embargo también fue compartido curiosamente por el arzobispo Horacio Zecca.

En una entrevista realizada por Sandra Chaher a un profesional de la salud que trabaja en la Maternidad (que se mantuvo en el anonimato) dejó de manifiesto que: *“La posición del Ministerio de Salud de la provincia es, según explican las/os efectoras/es de salud entrevistadas/os por este medio, “ni”. “Dicen que hay que acatar el fallo pero no adhieren a la Guía Técnica de Nación ni sacar un protocolo acorde al fallo de la Corte. Saben que hay que hacer si o si los no punibles, pero al existir esta ambigüedad de la ausencia de protocolo es muy dificultoso, con un alto costo emocional. Con este último caso, entre que la nena llegó⁵⁵⁶ y se le práctico el aborto pasó un día y medio, a nosotros nos parecieron 15 días. Mucha gente intervino, muchas personas quedaron expuestas, incluso ella y su familia. Además muchos médicos se agarran de la ausencia de protocolo para declararse objetores de conciencia, sólo dos personas en todo el servicio no lo son”⁵⁵⁷* (Resaltado añadido).

Esta visión “desde dentro” del sistema contrasta con la nota periodística que dio para el diario Página 12 el Ministro de Salud Pablo Yedlin cuando manifestó en mayo de 2012 que *“hay una decisión política y sanitaria de avanzar con el uso del protocolo nacional”* de atención de los abortos no punibles y *“de no judicializar los casos”*, en línea con el fallo de la Corte Suprema. *“Los pedidos (de aborto no punible) deben resolverse en el ámbito de la salud”* (...) *“Hay que reconocer que vivimos en una sociedad que tiene fuerte influencia religiosa en algunos temas. Nuestra Constitución provincial marca el derecho a la vida desde la concepción. Pero nuestra idea es seguir trabajando con la Guía del Ministerio de Salud de la Nación”⁵⁵⁸*.

agregó que en el contexto del embarazo, el acceso efectivo a información importante sobre la salud de la madre y el feto es directamente relevante para el ejercicio de la autonomía personal, específicamente en donde la legislación nacional permite el aborto en determinadas circunstancias” (R.R. v. Poland, 2011) (CIDH op.cit:17).

⁵⁵⁶ Se refiere al caso de “Silvana” narrado en la introducción de este trabajo.

⁵⁵⁷ Nota: “Pretenden impedir el aborto no punible en Tucumán” por Sandra Chaher para Comunicar Igualdad del 20 de mayo de 2013. <http://www.comunicarigualdad.com.ar/pretenden-impedir-el-derecho-al-aborto-no-punible-en-tucuman/>

⁵⁵⁸ Nota de Mariana Carbajal para Página 12: “Los tres proyectos de la Polémica” del 12 de mayo de 2012. <http://www.pagina12.com.ar/diario/socie->



La foto corresponde a la misa celebrada por el sacerdote Miguel Alderete Garrido en las escalinatas de la Maternidad el 21 de abril de 2013 "por las víctimas del aborto"⁵⁵⁹.

Es ese "ni" desde el Poder Ejecutivo de la provincia, que se traduce en la falta de una política pública clara de implementación de los abortos no punibles, lo que hace no sólo más dificultoso el acceso a las mujeres a la práctica, sino que contribuye de manera decisiva a la confusión sobre la legalidad de estos abortos. En ese sentido el comportamiento sinuoso del SIPROSA, como si los casos de aborto legal no lo fueran, terminan corriendo a los márgenes de la clandestinidad la práctica en dos sentidos: para con las mujeres que no conocen que les asiste el derecho y las expulsa por fuera del sistema público de salud para la concreción de la práctica y para con sus propios profesionales empleados que, ante la falta de una directiva clara, y ante el temor a sufrir represalias o cualquier consecuencia jurídica o social optan directamente por evitar la práctica.

Prueba de lo afirmado lo constituye que al momento de escribir este trabajo sólo se habían efectuado seis ANP en la Maternidad, lo cual da una pauta de que a 16 meses de "FAL" resulta un número minúsculo frente a los casos que podrían haberse presentado, máxime si se tiene en cuenta que, según las organizaciones de mu-

dad/3-193847-2012-05-12.html

⁵⁵⁹ <http://argentinosalerta.org/noticia/2452-tucum%C3%A1n-aborto-ni%C3%B1o-con-20-semanas-de-gestaci%C3%B3n>

jeros, la violencia sexual ha aumentado y que por la baja prevalencia de denuncias en estos casos hay “una cifra negra” al respecto.

6. Las respuestas en la Legislatura

A diferencia del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo en pleno –sin distinguir de partidos, alianzas o mandatos partidarios⁵⁶⁰– unánimemente, se mostraron en contra de la práctica de abortos no punibles en la provincia.

Conocida la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la posterior opinión “favorable” del gobernador, a quien responde políticamente la mayoría del cuerpo legislativo, la respuesta corporativa de las/los legisladores fue de resistencia y oposición unánime a discutir y mucho menos aprobar una ley que protocolice la forma en que se harán operativos los abortos no punibles en el ámbito del sistema provincial de salud y que satisfagan las directrices dadas por la Corte. Antes bien, las ideas de los proyectos legislativos presentados⁵⁶¹ (que pueden verse en el anexo a este mismo trabajo) es tornar inaplicable el artículo 86 segunda parte del código penal en toda la provincia, o bien volverlo inaccesible.

La reacción no es sorpresiva, ya que contemporáneamente al pronunciamiento “FAL”, en la legislatura local se discutía un proyecto legislativo del ex legislador Roberto Palina (Partido de los Trabajadores) que tenía iniciativa aprobada de declarar a Tucumán provincia “Pro Vida”. Asimismo, se discutía una medida similar para que por ley se conmemore el 25 de marzo el “Día del Niño por Nacer”.⁵⁶²

⁵⁶⁰ El caso de la desobediencia de la radical Silvia Elías de Pérez ilustra al respecto, ya que su partido, por medio de la mesa de conducción nacional, expresó el mandato partidario de hacer respetar y cumplir con el fallo “Fal” toda vez que celebraron que una medida de esas características pudiese servir para bajar los elevados índices de mortalidad materna asociados a los abortos inseguros. http://www.ucrcapital.org.ar/noticias_detalle.php?id=6533

⁵⁶¹ En los medios se hace referencia a tres y también a cuatro proyectos sobre prohibición y obstaculización de ANP, para este trabajo sólo se encontraron tres proyectos efectivamente presentados en la legislatura. Debido a que los proyectos legislativos no se dan a conocer públicamente en la página web de la legislatura, como ocurre por ejemplo con la página web de diputados o senadores de la nación, resulta bastante dificultoso el acceso a los mismos, aun solicitándolos en la misma legislatura. De todas formas, es coincidente la versión de que ninguno de los proyectos se adecúa a lo exhortado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁵⁶² Nota de *La Gaceta* “Pese al fallo de la Corte, en la Legislatura sólo se escuchan voces en contra del aborto no punible” del 29 de abril de 2012 www.lagaceta.com

Simultáneamente a estas manifestaciones se efectuaron dos marchas dirigidas a la Legislatura, una el día 25 de abril de 2012 por la mañana y encabezada por MUMALÁ (Mujeres de la Matria Latinoamericana), para pedir que se acate en el ámbito del Sistema Provincial de Salud (Siprosa) el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las mujeres de la agrupación destacaron: *“Nos surge la preocupación sobre la efectiva implementación en la provincia del artículo 86 del Código Penal, recientemente interpretado por la Corte, y ante la presentación de legisladores para que el Siprosa no garantice el cumplimiento de los derechos de las mujeres víctimas de violación a interrumpir un embarazo producto del mismo”* [lo cual] *“se sumaría a otra situación que vulnera nuestros derechos: como la no adhesión de la provincia a la ley de salud sexual y reproductiva”,* [por lo que pidieron a] *“los y las legisladores/as a cumplir, garantizar y defender el fallo y las medidas para su efectiva aplicación”* (...) *“una mujer víctima de violación es una persona a la que se le han violentado el derecho a la seguridad, a su integridad física, psicológica y social, a no ser maltratada, a la salud integral y a una vida sin violencia”* (...) *“la mujer tiene derecho a decidir sobre su cuerpo”* [y] *“el Estado debe garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio del mismo”*⁵⁶³.

La otra marcha, fue convocada para el día siguiente, por una recientemente creada “Multisectorial por la vida” con la premisa de que *“marchan por la vida y para decirle no al protocolo del aborto”,* y con la consigna *“Vos podés evitarlo”*. Uno de sus voceros, Rafael López Guzmán, expresó: *“Solicitamos que no se aplique el protocolo del aborto en la provincia. La defensa de la vida desde el momento de la concepción está garantizada por nuestra Constitución. Una resolución de naturaleza administrativa no puede ir en contra de un mandato constitucional”* (...) *“La violación es un delito, y como tal la determinación de su existencia es responsabilidad del Poder Judicial”*. *“Aun suponiendo que efectivamente se tratara de un caso*

com.ar/nota/488572/politica/pese-al-fallo-corte-legislatura-solo-se-escuchan-voces-contra-aborto-no-punible.html

⁵⁶³ Nota del diario 24.com: “Pedirán que Pedirán en la Legislatura que se acate el fallo de la Corte sobre el aborto”, del 24 de abril de 2012, <http://www.eldiario24.com/nota/252290/pediran-en-la-legislatura-que-se-acate-el-fallo-de-la-corte-sobre-el-aborto.html>

de violación, es irrazonable que se castigue con pena de muerte a un inocente, como son las personas por nacer"⁵⁶⁴.

A pesar de que las expresiones dentro del cuerpo eran unánimes en contra del protocolo el Arzobispo se reunió con ellos el viernes 11 de mayo de 2012, y allí les recordó que: "*Bajo ningún aspecto aceptaremos que se avale el aborto*"⁵⁶⁵.

Por su parte, las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la defensa de los derechos de las mujeres y a los derechos humanos como Abogados y Abogadas del Noroeste en Derechos Humanos y Estudios Sociales (Andhes), el Comité de América Latina, El Caribe por la Defensa de los Derechos de la Mujer (Cladem) y Acción por los Derechos del Noroeste (ADN), Cruzadas, Tucumán Diverso, Las Lilith, Abrojos – Colectivo de Educación Popular, Club de Osos Tucumán, Federación Argentina LGBT, Campaña Interamericana por una Convención por los Derechos Sexuales y Reproductivos y la Campaña Nacional por el derecho al aborto legal, seguro y gratuito les advirtieron a los legisladores mediante un comunicado y una posterior reunión que: "*Se están vulnerando los derechos humanos de las mujeres. Advertimos que avanzar en este sentido no sólo implica una regresión respecto del estándar legal constitucional previsto por el artículo 86 del Código Penal, sino que además se haría incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional y esto constituye violencia institucional*"⁵⁶⁶.

Finalmente concluido el año 2012, ningún proyecto fue tratado en el recinto, y tampoco se presentaron otros que sean respetuosos de las directrices dadas por la Corte Suprema de la Nación.

Con el caso de "Silvina" volvieron a estar en el foco de atención, y allí las y los legisladores dejaron en claro con quien se reúnen a tomar decisiones en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: "*(...) en la Legislatura hubo consenso en que no se firmará ese protocolo y en que no avanzará ninguna ley que habili-*

⁵⁶⁴ Nota del diario 24.com "Tucumanos marchan contra el protocolo del aborto", del 25 de abril de 2012, <http://m.eldiario24.com/nota.php?id=252453> de manera coincidente también <http://www.tucumanalas7.com.ar/nota.php?id=59185>

⁵⁶⁵ Nota del diario *La Gaceta* "Los legisladores aún no saben qué hacer respecto del aborto", del 14 de mayo de 2012, <http://www.lagaceta.com.ar/nota/490751/politica/legisladores-aun-no-saben-hacer-respecto-aborto.html>

⁵⁶⁶ Ídem nota 47 y asimismo nota de *La Gaceta* "Andhes visitó la Cámara para hablar del aborto no punible", del 18 de abril de 2012, <http://www.lagaceta.com.ar/nota/491479/andhes-visito-camara-para-hablar-aborto-no-punible.html>

te, en ningún caso, un aborto. Así (...)” la legisladora Adriana Nájjar -PJ-, presidenta de la comisión de Familia. “Hablamos con el arzobispo y con el ministro Yedlin. El tema no se tratará en el cuerpo”, afirmó la legisladora.⁵⁶⁷

El ministro de Salud, Pablo Yedlin, por su parte al respecto señaló: “hay una decisión de no declarar nada más que lo que ya se ha dicho públicamente”⁵⁶⁸.

La legisladora Beatriz Ávila (PJ) presidenta de la Comisión de Salud expresó: “Luego del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [] presentamos un grupo de legisladores oficialistas un proyecto de ley el 17 de abril de 2012 para que se suspenda la aplicación de cualquier procedimiento administrativo que implique desconocer el respeto a la vida humana desde el momento de la concepción. Esto es porque entiendo que la Constitución Nacional reconoce en forma expresa el sistema de derecho que protegen al niño por nacer desde el embarazo hasta su finalización. Además, la legislación civil reconoce los derechos del niño por nacer desde la concepción. No obstante, nuestra legislación penal prevé situaciones especiales de aborto no punible, las que dieron lugar a distinto fallos intentando conciliar las normas en pugna. Sin embargo, no es posible por vía administrativa adoptar prácticas que impliquen violentar el derecho de preservación de la vida desde su concepción, por más dolorosas que sea la situación. Es un tema donde es fundamental la participación de todos los sectores, sin exclusión.”⁵⁶⁹

Por su parte el Legislador José Luis Páez (DC) esta vez fue más allá, y habría presentado un proyecto de ley⁵⁷⁰ para declarar “inadmisible” el fallo de la Corte Suprema de la Nación. Entre los fundamentos de su proyecto legislativo se encontraría que: “el Papa Francisco ratificó la posición antiabortista que sostuvo cuando era Cardenal Primado de la Argentina en un mensaje dirigido a la feligresía de todo el mundo”. Páez resaltó que el sumo pontífice desta-

⁵⁶⁷ Nota de *La Gaceta*: “La práctica de aborto no punible divide opiniones”, del 21 de abril de 2013. <http://http.lagaceta.com/nota/541674/politica/practica-aborto-no-punible-divide-opiniones.html>

⁵⁶⁸ Ídem a nota anterior.

⁵⁶⁹ Subnota de *La Gaceta*, Punto de Vista II, “En contra de protocolos”, del 21 de abril de 2013. <http://http.lagaceta.com/nota/541676/politica/contra-protocolos.html>

⁵⁷⁰ Al momento de escribir este trabajo no se tuvo acceso al mismo, salvo por la noticia periodística de su existencia.

có la necesidad de “*garantizar la protección jurídica del embrión, al avalar la campaña de recolección de firmas de católicos italianos en defensa de la vida*” y que para Francisco, “*se debe tutelar cada ser humano desde el primer instante de su existencia*” (...) “*Los legisladores de Tucumán tienen la última palabra frente a la definición de su santidad Francisco*”⁵⁷¹.

Organizaciones como CLADEM enviaron notas al Presidente del Cuerpo Legislativo Regino Amado a los fines de manifestarle su preocupación en torno a los dichos de las y los legisladores, mientras que organizaciones como “La Casa de las Mujeres Norma Nassif” y APDH delegación Tucumán no sólo instaron a que se discuta en el recinto un protocolo acorde al fallo FAL sino que además enviaron la elaboración de un proyecto propio respetuoso de los estándares internacionales en Derechos Humanos⁵⁷².

7. ¿Qué dicen los proyectos?

Si bien hay que dejar en claro que la ausencia de una ley local de reglamentación no impide ejercer el derecho otorgado por el código penal, también es necesario aclarar que la ausencia de un protocolo de actuación conforme a los estándares dados por el CSJN es un obstáculo para las mujeres que quieren acceder al derecho (cfr. Cavallo y Amette 2012: 61).

Ninguno de los proyectos que se comentan a continuación tuvo lo oportuno de ser tratado en el recinto, todos fueron presentados en el año 2012, si bien cuando el caso de “Silvina” puso el foco de atención en los abortos no punibles, las y los legisladores volvieron a reflotarlos, ya que no existe norma expresa al respecto del tiempo en que un proyecto legislativo posee estado parlamentario.

El proyecto de Elías de Pérez (UCR) directamente apunta a que se prohíba en que en el ámbito del SIPROSA se apliquen protocolos por el que se practique la interrupción del embarazo, por la sola petición de la gestante (Art. 1).

Los fundamentos de su proyecto estribarían así en la “inconstitucionalidad” de una ley o protocolo, pues lesionarían los artículos

⁵⁷¹ Nota de diario *El Siglo*, “Páez pide tratar un proyecto contra el aborto no punible”, del 14 de mayo de 2013. <http://www.elsigloweb.com/nota/116423/paez-pide-tratar-un-proyecto-contra-el-aborto-no-punible.html>

⁵⁷² La presentación tiene como número de expediente: Expte: 38-VL-13

40 inciso 1º, 146 e incluso la declaración contenida en el preámbulo de la Constitución provincial⁵⁷³, en los que se expresa la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida desde el momento de su concepción. Asimismo cita normativa internacional y a la misma Constitución Nacional para fundamentar la protección jurídica absoluta del “nasciturus”.

Por un lado vale aclarar que la misma Corte Suprema de la Nación (última y única interprete autorizada de la misma) ya ha dejado en claro en “FAL” que no existe tal protección en la Constitución Nacional ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos que también son citados por Pérez.

Ahora bien, la Constitución Provincial si cuenta con normativa expresa acerca de la protección que debe el Estado “a la vida desde la concepción”. En este sentido el derecho público provincial parecería colisionar con la existencia de una ley o protocolo que reglamente u operativice el artículo 86 del Código Penal. Sin embargo, eso no es más que apariencia, ya que por un lado el artículo 86 es constitucional y convencional, y por el otro la despenalización de los supuestos de aborto por las causales de salud, vida y violencia sexual también se encuentran respaldados por una amplia gama de tratados internacionales de derechos humanos de la misma jerarquía, que reclaman idéntica atención y efectivización al momento de valorar el conflicto de intereses en juego.

Para resolver el conflicto pueden perfectamente “mutatis mutandi” aplicar a esta situación (por las similitudes de los derechos

⁵⁷³ Preámbulo de la Constitución Provincial de Tucumán: “Nos, los representantes del pueblo de la Provincia de Tucumán, reunidos en Convención Constituyente, por su voluntad y elección, con el objeto de afirmar su autonomía y afianzar el federalismo, organizar sus instituciones y promover el desarrollo humano en una democracia participativa y pluralista fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, **garantizando la vida desde su concepción**; procurar el desarrollo económico, la equitativa distribución de la riqueza, la integración regional y latinoamericana y garantizar la autonomía municipal; con el propósito de asegurar e impulsar el bienestar de los que habitan esta tierra y el libre ejercicio de sus derechos, invocando la protección de Dios y la guía de nuestra conciencia, sancionamos y ordenamos la presente Constitución.”

Art. 40 de la CPT: “Dentro de la esfera de sus atribuciones, la Provincia procurará especialmente que las personas gocen de los siguientes derechos: 1º) **A una existencia digna desde la concepción** con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad en las oportunidades (...)”.

Art. 146 de la CPT: “El Estado reconoce la salud como derecho fundamental de la persona. Le compete el cuidado de la salud física, mental y social de las personas (...) **El Estado garantizará el derecho a la vida desde la concepción.**”

en pugna) la solución a la que arribó la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso “Artavia Murillo c/ Costa Rica”⁵⁷⁴. Si bien el caso versaba sobre la técnica FIV (Fecundación in Vitro) la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica dictó un fallo que prohibió a las parejas acceder a la práctica en el entendimiento de que una regulación administrativa (protocolo) no podía restringir derechos fundamentales, ya que el Estado Costarricense entendía que no caben distinciones entre las personas por nacer y las nacidas:

*“(...) en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”*⁵⁷⁵. (...) *El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que (...) no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. (...) los embriones (...) son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos (...) cualquier eliminación o destrucción de concebidos (...) viola su derecho a la vida, (...)”*⁵⁷⁶.

La Corte Interamericana, que es la única intérprete autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos, al analizar el status jurídico del embrión también a la luz de otros tratados de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención de Derechos del Niño, arribó a la misma conclusión que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y, de hecho, cita a “FAL” como un antecedente jurisprudencial que marca un estándar en la materia⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Serie C caso N° 257 del 28 de noviembre de 2012. Véase en el capítulo: “Estándares en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos Referidos a la Persecución Penal del Aborto”, los extractos del fallo en lo referente al status jurídico del embrión y lo que resuelve la Corte Interamericana en el caso.

⁵⁷⁵ Considerando 74.

⁵⁷⁶ Considerando 76.

⁵⁷⁷ Considerando 262.

Así la Corte IDH va a dejar en claro: ***“que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida”***.⁵⁷⁸ Y con respecto a la cuestión puntual de interpretación que debe realizarse si un Estado otorga una protección mayor del derecho a la vida en sus ordenamientos internos expresó [que]:

“No es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta (...) esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos (...) Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”⁵⁷⁹.

En conclusión, la legislatura provincial no tiene obstáculos constitucionales o convencionales que puedan esgrimirse como excusas para no tratar, dictar, prohibir o restringir la aplicación de un protocolo de acceso a los abortos no punibles.

Los proyectos de Páez (DC) y Caponio (PJ) parten de la misma premisa que el de Elías de Pérez (UCR) sobre ***“la protección absoluta de la vida desde la concepción”***⁵⁸⁰ por lo cual caben las mismas explicaciones ya vertidas anteriormente. Estos proyectos por su parte apuntan a ***“la protección de la mujer en conflicto con su embarazo”*** y disponen desde medidas del tipo disuasivas y obstaculizadoras de la libre opción de la mujer en el caso de que se encuentre en los casos dispuestos por el art. 86 del código penal⁵⁸¹, hasta las

⁵⁷⁸ Considerando 253.

⁵⁷⁹ Considerando 259.

⁵⁸⁰ Artículo 1 del proyecto de Páez y 1° y 2° del proyecto de Caponio.

⁵⁸¹ Capítulo IV del proyecto de Caponio.

prohibitivas de carácter absoluto⁵⁸². Prevén para ello medidas asistenciales de tipo económica, psicológica, y hasta “*espiritual*”⁵⁸³, las cuales se canalizaran desde organismos creados al efecto y también desde organizaciones de la sociedad civil como asociaciones o fundaciones.⁵⁸⁴

Ambos proyectos tienen la adopción⁵⁸⁵ como una “*solución definitiva y sustitutiva*” del aborto legal previsto a opción de la mujer víctima de violencia sexual. Así poco les importa a ambos legisladores la doble imposición de violencia a la víctima, pues esta ya fue violentada y debió soportar la agresión sexual, ahora los legisladores en una prolongación de la vejación también tienen la misma idea de que “soporte” un poco más para luego cumplir un anhelo totalmente ajeno a la subjetividad, deseos y libertad de la mujer como lo es la adopción.

El proyecto del legislador Caponio bastardea la sentencia de la Corte utilizando inclusive los mismos términos con un sentido totalmente opuesto⁵⁸⁶, así por ejemplo, habla de brindar información sobre los efectos “adversos” cuando la Corte ordenó informar sobre los derechos que le asisten a la víctima para acceder a éste, y crea requisitos adicionales que configuran violencia psicológica, simbólica e institucional⁵⁸⁷ contra la mujer, como el de obligarla a ver

⁵⁸² Art. 1 y 2 del proyecto de Páez.

⁵⁸³ Artículo 19.a del proyecto de Caponio y art.1 del proyecto de Páez.

⁵⁸⁴ Artículos 9 al 14 del proyecto de Caponio y 3 a 8 del proyecto de Páez.

⁵⁸⁵ Art. 18 del proyecto de Caponio, 8º y 9º del proyecto de Páez.

⁵⁸⁶ Capítulo IV art. 19 y subsiguientes

⁵⁸⁷ Así en los términos del artículo 3º, 5º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Art. 3: - “*Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a: a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones; b) La salud, la educación y la seguridad personal; c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; d) Que se respete su dignidad; e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; g) Recibir información y asesoramiento adecuado; h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad.*”

una ecografía para que proceda la intervención del aborto no punible⁵⁸⁸. Asimismo coloca al personal de salud en el inaceptable e incompatible papel de policías de las mujeres, a los fines de que si “sospecha” de la veracidad de los dichos de una mujer, sobre si el embarazo es producto de un abuso sexual debe “denunciarlas y dar aviso al defensor de menores”⁵⁸⁹.

Finalmente, prevé la objeción de conciencia, la cual puede realizarse de manera “institucional”, además de ignorar que sólo se puede predicar “conciencia” de una persona individual, nunca de una institución que carece a todas luces de ella, no respeta tampoco las pautas dadas por la misma Corte al respecto en “FAL”.⁵⁹⁰

Entonces el “no” en bloque y como única respuesta por parte del órgano legislativo, sin distinción de oficialistas u opositores, además de ser violatorio de derechos fundamentales, infunde terror por la indolencia: ni un solo legislador o legisladora fue capaz de tomar como interlocutoras a las mujeres, ni a los movimientos que

Art. 5: “Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer (...) 2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación (...) 5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.”

Art. 6: “Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes (...) b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.”

⁵⁸⁸ Artículo 19 inc. “c” del proyecto de Caponio.

⁵⁸⁹ Artículo 21. Véase al respecto lo ya mencionado con relación al tema de secreto profesional en “La Instrucción Penal de las Denuncias por Aborto en Tucumán: Apreciaciones desde una Perspectiva de Género y Derechos Humanos”, y el capítulo sobre “Secreto Médico” escrito por Soledad Deza.

⁵⁹⁰ Artículo 20. Véase al respecto el capítulo dedicado al tema de la Objeción de Conciencia escrito por Soledad Deza.

representan a las mismas, a sus propias votantes y por quienes tienen mandato, aun cuando estas representan más de la mitad del padrón electoral y son las principales afectadas por la violencia sexual y sus consecuencias. Ningún legislador, ni legisladora, fue capaz de diferenciar sus creencias personales de los deberes que tienen ante todo como funcionarias/os públicos elegidas/os por la ciudadanía.

Dan sobradas muestras de desconocer la ley y el derecho internacional de los derechos humanos de manera pasmosa, por ello también abrevan de las manifestaciones del actual Papa como si fuesen fuente de derecho de algún tipo. Se niegan siquiera a discutir el tema, por el miedo a la ira del Arzobispo, un hombre sin ningún tipo de legitimación en el tema ya que ni siquiera sufrirá un embarazo producto de una violación y mucho menos la clandestinidad de un aborto.

La mirada estereotipada sobre las mujeres, hace que el hecho de concebir (sea por medio de la violencia o no, ya que pareciera que eso es lo de menos) y la maternidad sea un solo acto y que además sea consustancial a las mismas, es *“un acontecimiento inscrito en las capacidades reproductivas femeninas y contemporáneamente en un régimen de sexualidad fuertemente marcado por la dominación de un placer sexual masculino que coincide con el coito. Sin embargo, no todas las mujeres pueden o desean ser madres, o serlo en ese momento. La injusticia de la que son víctimas, entonces, es en primer lugar la sustracción del poder de decidir qué hacer una vez que se ha concebido”* (Pitch 2009, 343).

La subordinación de las mujeres, en general, alcanza un punto máximo cuando sólo se las ve como simples medios, úteros gestantes, para poder llegar a otro fin “superior”. Este “fin” por más altruista que pudiese parecer (la gestación, el nacimiento de un bebé y la posterior entrega en adopción) es contrario al principio de dignidad humana y de la prohibición de instrumentalización que se deriva de este.

8. En espera de una respuesta del Poder Judicial

El caso de “Silvina”, como se ha visto, dio lugar a una cadena de reacciones de los sectores más conservadores de la provincia, que no admiten ceder ni un ápice del monopolio que mantienen en materia de derechos sexuales y reproductivos, mucho menos ante la pieza de piezas dentro de estos cómo lo es el acceso al aborto, y así

en lo que puede leerse como una falta de apoyo explícito a los profesionales de la salud que intervinieron en el caso y la falta de una política institucional clara en materia de aborto no punible. Todo el personal de la maternidad fue denunciado por Arturo Forenza (h), apoderado del partido "PRO", en la causa 1634/13, bajo los cargos de aborto, abuso de autoridad e incumplimiento de deberes de funcionario público. El expediente, tras las declaraciones de incompetencias del fiscal de la Vº y de la VIIº Nominación, recayó finalmente en la Fiscalía VI a cargo de la Fiscalía Adriana Reinoso Cuello, ante lo cual la ONG "LA CASA DE LAS MUJERES NORMA NASSIF" en el entendimiento de que se trataba de una burda maniobra de amedrentamiento, ya que no existe delito alguno en el médico que practica un aborto no punible, y de una clara muestra de violencia institucional solicitó el archivo de la causa y que se investigue por violencia institucional al apoderado del partido "PRO". Con idéntico objetivo al pedido de archivo se sumó también la organización de derechos humanos APDH delegación Tucumán (Asamblea Permanente por los Derechos Humanos). Hasta comienzos del mes de julio la causa continuaba reservada en el despacho de la Fiscalía sin movimiento.

8. a) Amparo y medida cautelar

La legisladora Elías de Pérez interpuso una acción de amparo y una medida cautelar en la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo expte. 160/13 a cargo de la Jueza Dra. Ebe M. Lopez Piossek y del Juez Sergio Gandur contra la Provincia de Tucumán y el Sistema Provincial de Salud con el objeto de que se les ordene *"que se abstenga de aplicar protocolos en virtud de los cuales se practique la interrupción del embarazo por la sola petición de la gestante que mediante declaración jurada manifieste haber sido violada conforme lo estableciere la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reciente antecedente y tal cual lo establece la Guía Técnica para la Atención de abortos no punibles []"*.

Asimismo la legisladora realiza la presentación en su calidad de *"Ciudadana de la República Argentina y habitante de la provincia de Tucumán que como miembro activo de la Iglesia Católica Apostólica Romana y de la Congregación de Lourdes que promueve fervientemente el valor de la vida humana [] para evitar que se continúe matando seres humanos inocentes caso contrario se*

presta el consentimiento para su muerte en connivencia con agentes públicos"⁵⁹¹.

La Cámara le dio trámite y ya otorgó la posibilidad de que el amparo tramitase como un amparo de incidencia colectiva, y así llamó a organizaciones que tengan un interés legítimo en los resultados del caso a sumarse a la Litis como terceros. Al momento de terminar este escrito sólo se tienen constancias de que presentaron escritos en calidad de "amicus curiae" las organizaciones ANDHES, CLADEM y Amnistía Internacional.

Es imposible no relacionar estas causas con otras similares que se iniciaron en otras provincias a los fines de obstaculizar y prohibir judicialmente el derecho a acceder a un aborto en condiciones de legalidad y seguridad, como en Córdoba⁵⁹². Sin embargo, también es cierto que en otras circunstancias como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la justicia sirvió como garantía para poder implementar los ANP ante la negativa de los poderes políticos de llevarlo adelante, como ocurrió con el veto de Mauricio Macri⁵⁹³. En la provincia mientras tanto sólo resta esperar la reacción del poder judicial frente a "FAL" y esperar que la respuesta desde ese poder sea "un sí" a los derechos humanos de las mujeres tucumanas, y que se encuentren a la altura de las circunstancias para resolver los casos.

Bibliografía y Fuentes:

CAVALLO Mercedes y Roberto AMETTE (2012) "Aborto no punible. A cuatro meses de "F.A.L. s/medida autosatisfactiva". ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener? En Revista Cuestión de Derechos N° 2 –primer semestre 2012– ISSN 1853-6565 disponible en: www.cuestiondederechos.org.ar

CAVALLO Mercedes y Roberto Amette (2012) Informe de Actualización "Aborto no punible. A nueve meses de "F.A.L. s/medida autosatisfactiva". ¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener?"

⁵⁹¹ Páginas 9 y 10 del Expediente 160/30.

⁵⁹² Sentencia N° 38 de la Cámara Tercera de Apelaciones Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba del 21 de mayo de 2013.

⁵⁹³ Causa "Rachid María de la Cruz y otros contra GCBA sobre amparo" (art. 14 C.CABA) Expte: 45722/0 y su acumulado Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GGCBA sobre amparo (art. 14 C.CABA) Expte 4602/0 Secretaría 4°.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL) (2012) “Sumarios de Jurisprudencia/Salud y Derechos Reproductivos” Compilado por Liliana Tojo, CEJIL.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2012) Comentario del 24 de marzo a “Lecciones de derecho constitucional para Urtubey, Pérez, Vidal y Jorge sobre los alcances del caso FAL” Blog de Andrés Gil Domínguez “Under Constitucional”: Consulta 20 de mayo de 2013 <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2012/03/lecciones-elementales-de-derecho.html>

JULIÁ, Silvia (2011). “L.M.R. vs Estado Argentino: Patrón de violaciones” en “L.M.R contra Estado Argentino. Acceso a la Justicia en un caso de aborto legal” de Estela Díaz, Cristina Zurutuza, Susana Chiarotti, Silvia Juliá y Marta Alanís. Editado por Mariana Carbajal. Católicas por el Derecho a Decidir, Insgenar, Cladem y Ministerio de Asuntos Exteriores de la Cooperación, Buenos Aires.

MORÁN FAUNDES, José Manuel, María Eugenia MONTE, Laura Judith SÁNCHEZ y Raquel Irene DROVETTA (2011) “La inevitable maternidad. Actores y argumentos conservadores en casos de aborto no punible en la Argentina” En “Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina” por PEÑAS DEFAGO, Angélica y Juan Marco VAGGIONE, comp. Colección Religión, Género y Sexualidad Edición Especial Católicas por el Derecho a Decidir, Córdoba.

PEÑAS DEFAGO, Angélica y Juan Marco VAGGIONE compiladores (2011), “Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina” Colección Religión, Género y Sexualidad Edición Especial Católicas por el Derecho a Decidir, Córdoba.

PITCH, Tamer (2009) “El Aborto” en “El Género en el Derecho. Ensayos críticos” Serie Justicia y Derechos Humanos Neo constitucionalismo y Sociedad, Santamaría Ávila, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares Comp. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. I.S.B.N: 978-9978-92-786-1.

PUYOL Lucila y Paula CONDRAC (2011) “La muerte de Ana María Acevedo: bandera de lucha para el Movimiento de Mujeres” En “Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina” por PEÑAS DEFAGO, Angélica y Juan Marco VAGGIONE, comp. Colección Religión, Género y Sexualidad Edición Especial Católicas por el Derecho a Decidir, Córdoba.

RAMÓN MICHEL, Agustina (2011) “El fenómeno de la inaccesibilidad al aborto no punible” en “El aborto y Justicia Reproductiva”

compilado por Paola Bergallo. 1º Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.

SGRO RUATA María Candelaria (2011) “Prácticas Públicas Políticas. Marchas y movilizaciones conservadoras en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina” En *“Actores y discursos conservadores en los debates sobre sexualidad y reproducción en Argentina”* por PEÑAS DEFAGO, Angélica y Juan Marco VAGGIONE, comp. Colección Religión, Género y Sexualidad Edición Especial Católicas por el Derecho a Decidir, Córdoba.

ZAMPAS, Cristina y Jaime TODD-GHER (2011) “El aborto como un derecho humano: estándares regionales e internacionales” en *“El aborto y Justicia Reproductiva”* compilado por Paola BERGALLO. 1º Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Del Puerto.

Argentinos alerta: www.argentinosalerta.org

Diario 24. com: www.eldiario24.com

El Intransigente: www.elintransigente.com

El SIGLO: www.elsigloweb.com

La Gaceta: www.lagaceta.com.ar

Diario Página 12: www.pagina12.com.ar

Infobae: <http://www.infobae.com>

Anexo: Proyectos Legislativos de Marcelo Caponio, Silvia Elías de Pérez y José Luis Páez

Proyecto de Marcelo Caponio (Frente para la Victoria)

Capítulo I

Principios Generales

Artículo 1. OBJETO: La presente ley tiene como objeto la configuración de un marco jurídico de protección y atención social a la maternidad, que comprende el diseño de medidas y acciones positivas dirigidas a garantizar y proteger los derechos de la mujer embarazada, a ser apoyada y contenida integralmente durante y después del embarazo, y a ser informada de ese derecho y de los programas y mecanismos de apoyo dispuestos a su favor, así como la implementación de medidas positivas para garantizar el derecho a la vida desde la concepción, propiciando el establecimiento de los medios necesarios de carácter social, jurídico, educativo, sanitario o asistencial que permitan llevar a término el embarazo y la crianza del niño, en un ambiente sano y seguro que permita y facilite su desarrollo integral, hasta su mayoría de edad.

Artículo 2. PRINCIPIOS GENERALES: Son principios rectores de la presente ley:

1) La protección, armonización y promoción de los derechos civiles y constitucionales de la mujer embarazada y del niño, desde el momento de la concepción hasta su mayoría de edad.

2) El fomento de la maternidad y paternidad responsables.

3) El derecho de los niños a desarrollarse en un ámbito familiar alternativo al biológico cuando este no sea en absoluto propicio, y la consiguiente promoción de la adopción.

Artículo 3. PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO POR NACER: El Estado Provincial garantiza la protección integral de los derechos del niño por nacer, en particular su derecho humano a la vida desde el momento de la concepción, sin distinción ni discriminación de ninguna naturaleza.

Artículo 4. NO DISCRIMINACIÓN AL NIÑO POR NACER: Queda absolutamente prohibida la discriminación al niño por nacer gestado por causa de violación. En el ámbito de la provincia, no se reconoce la categoría discriminatoria de “niños deseados” y “niños no deseados” por ser contraria a la garantía constitucional de igualdad, y a los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional.

Artículo 5. PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA MUJER: El Estado Provincial garantiza la protección integral de los derechos de las mujeres embarazadas, y brindará especial protección a las mujeres víctimas de delitos contra la integridad sexual.

Artículo 6. COMPATIBILIZACIÓN DE DERECHOS: El Estado Provincial procurará que, bajo ningún punto de vista, entren en contradicción el derecho de la madre a su integridad psicofísica con el derecho a la vida del niño por nacer.

Artículo 7. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: Se reputará como un caso de violencia contra la mujer, toda interferencia externa, sea estatal o particular, que tenga por objeto inducir o convencer a la mujer embarazada a la práctica de un aborto.

Capítulo II

Medidas de acción para garantizar el derecho a la vida

Artículo 8. CAMPAÑAS DE CONCIENTIZACIÓN DEL VALOR DE LA VIDA: El Estado Provincial deberá realizar campañas periódicas sobre el valor de la vida humana desde el momento de la concepción.

Artículo 9. SUBVENCIONES Y CONVENIOS: La provincia podrá conceder subvenciones y establecer convenios, en el marco de la legislación aplicable, con fundaciones o asociaciones civiles sin fines de lucro que se comprometan a ofrecer apoyo, asistencia y asesoramiento para un mejor cumplimiento de la presente ley.

Artículo 10. REDES DE VOLUNTARIOS: La provincia propiciará la creación de redes de voluntariado de apoyo a las mujeres embarazadas que las asistan durante la gestación y en los primeros meses tras el nacimiento, igual que apoyará las ya existentes.

A este efecto, se realizará anualmente una convocatoria pública, a la que se deberá dar la suficiente publicidad, para recibir ofertas de personas o entidades con el fin de disponer de un número suficiente de voluntarios para la creación y apoyo de esas redes de voluntarios.

Artículo 11. ASISTENCIA TELEFÓNICA Y POR INTERNET:

1) El Estado pondrá a disposición de toda mujer embarazada un número de teléfono de acceso general y gratuito que permitirá de manera directa conectar con los centros de atención a la maternidad.

2) De la misma manera se facilitará a través de internet la información general prevista en la presente Ley, y se informará de la existencia y de las funciones de los centros de atención a la maternidad.

Artículo 12. GUÍA DE RECURSOS Y ASISTENCIA A LA MATERNIDAD:

Con la finalidad de propiciar la máxima difusión de la información prevista en la presente Ley, el Estado Provincial elaborará una guía de recursos, apoyo y asistencia a la maternidad con el siguiente contenido mínimo:

1) La identificación de los centros, las prestaciones y las ayudas a las que puede acceder la mujer gestante desde que acredite su embarazo.

2) Las medidas a disposición de las mujeres gestantes o de las madres para el acceso al empleo, la formación, y otras prestaciones sociales.

3) La relación de entidades de interés general que, en el ámbito de la provincia, colaboran para la consecución de los fines previstos en la presente Ley.

Capítulo III

Centros de Atención a la Maternidad

Artículo 13. CENTROS DE ATENCIÓN A LA MATERNIDAD:

1) Créanse los centros de atención a la maternidad, como centros de asistencia integral, apoyo e información a las mujeres gestantes, a las madres y a los padres, pudiendo establecerse a tal fin los protocolos que se consideren convenientes.

2) Los centros podrán prestar asistencia al conjunto de la unidad familiar, si así lo solicitan las mujeres gestantes menores de edad y sus padres.

3) El Estado Provincial podrá concertar el desarrollo de labores de información, apoyo y asistencia humana y económica con asociaciones civiles sin ánimo de lucro, que tenga idéntica finalidad que los centros de atención a la maternidad.

Artículo 14. EQUIPOS PROFESIONALES: En cada uno de los centros de atención a la maternidad, existirán equipos formados por profesionales que proporcionen a las mujeres gestantes asistencia, apoyo e información sobre los aspectos que prevé esta Ley.

Artículo 15. ANÁLISIS CIRCUNSTANCIADOS:

1) Los centros de atención a la maternidad deberán efectuar a la mayor brevedad un análisis de la situación socioeconómica y de las circunstancias personales de la mujer gestante que así lo solicite para evaluar la posibilidad de ser beneficiaria de ayudas y prestaciones, tanto durante el embarazo como después de producirse el nacimiento.

2) Este análisis deberá ser comunicado en el menor plazo posible a la solicitante. El contenido de ese análisis deberá ser transmitido a la solicitante de modo personalizado, suficiente y comprensible.

3) los centros de atención a la maternidad deberán respetar en todo caso la confidencialidad de los datos que obtengan de las madres gestantes y de los padres.

Artículo 16. MADRES EN SITUACIÓN DE RIESGO: Se considerarán mujeres gestantes en especial situación de riesgo aquellas que, por motivos de edad, cultura, salud, situación socioeconómica, situación de exclusión social o cualquier otra circunstancia personal o social, encuentran específicas dificultades para llevar a término el embarazo.

Artículo 17. PRIORIDAD EN LAS POLÍTICAS ASISTENCIALES:

1) En todas las políticas asistenciales e informativas se establecerá como prioridad la atención de las mujeres gestantes en especial situación de riesgo para acceder a las prestaciones, ayudas o programas de actuación de que se trate, siempre que sean adecuadas a su situación.

2) La provincia, en el ámbito de sus competencias, establecerá ayudas, prestaciones y programas de actuación, encaminados a la protección de las mujeres gestantes en especial situación de riesgo.

Artículo 18. FOMENTO DE LA ADOPCIÓN:

En caso de que la mujer embarazada manifieste, en cualquier momento, que no puede hacerse cargo de la crianza tras el nacimiento o no desea llevar a término el embarazo, el Estado Provincial promoverá la adopción como alternativa eficaz y real para permitir

a la mujer gestante llevar adelante el embarazo, y al niño por nacer el pleno goce de su derecho a la vida.

El fomento de la adopción constituirá un principio rector de la política social del Estado Provincial.

También impulsará, a través de la sensibilización social y de las prestaciones necesarias, la adopción como alternativa efectiva de integración familiar en todos los supuestos en que el interés superior de un menor así lo requiera.

El Estado Provincial podrá concertar convenios de apoyo y asistencia humana y económica, con fundaciones o asociaciones civiles sin fines de lucro, que tengan como objeto todo lo relacionado con la adopción.

Capítulo IV

Mujeres víctimas de delitos contra la integridad sexual

Artículo 19. PRINCIPIOS GENERALES: En la atención a mujeres víctimas de delitos contra la integridad sexual, el Estado deberá implementar las siguientes medidas:

a) Asistencia Integral: El Estado Provincial brindará a la mujer víctima de violencia sexual, de manera inmediata y permanente, asistencia integral médica, psíquica, psicológica, sexual, reproductiva, legal, y espiritual –en este último caso, a requerimiento de la víctima–, así como la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito. Esta asistencia deberá efectuarse en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática.

b) Información: La mujer víctima de violencia sexual deberá ser informada en forma completa y detallada de las consecuencias físicas y psicológicas que apareja un aborto, tanto en su integridad psicofísica como en la del niño por nacer. Igualmente, deberá ser informada de las alternativas al aborto, como continuar adelante con el embarazo y la crianza del niño –con la debida y completa asistencia del Estado–, o dar al bebé en adopción.

c) Ecografía: Una vez informada y asistida la mujer, conforme las previsiones de los apartados a y b, previo a cualquier práctica de tipo abortivo –cualquiera sea la causa invocada– se deberá realizar de manera obligatoria una ecografía, como parte integrante del derecho de la mujer a la salud y a la información.

Artículo 20. OBJECIÓN DE CONCIENCIA: Las instituciones de salud y el personal sanitario podrán ejercer, en cualquier momento, el derecho de objeción de conciencia, sin que el Estado pueda oponer ningún tipo de limitaciones ni formalidades.

Queda absolutamente prohibido discriminar al personal sanitario que se niegue, por motivos de conciencia, a participar en procedimientos abortivos. Cualquier interferencia o impedimento al ejercicio de este derecho, será considerada un abuso de autoridad.

Artículo 21. DECLARACIÓN FALSA: Cuando el personal sanitario interviniente tuviere fundadas sospechas de la inexistencia de delito contra la integridad sexual, deberá efectuar de inmediato la denuncia ante el Fiscal de turno y requerir la intervención del Defensor de Menores.

Capítulo V

Disposiciones complementarias

Artículo 22. DISPOSICIÓN DEROGATORIA: Queda derogada toda disposición normativa que se oponga a los principios y normas de la presente ley.

Artículo 23. REGLAMENTACIÓN: El Poder Ejecutivo deberá reglamentar la presente ley en un plazo de treinta (30) días contados desde su promulgación.

Artículo 24. PRESUPUESTO: Facultase al Poder Ejecutivo a reestructurar, modificar o reasignar las partidas presupuestarias que resulten necesarias para dar cumplimiento a la presente ley.

Artículo 25. Comuníquese.

*Dr. Marcelo Caponio
Legislador*

Proyecto de Elías de Pérez (UCR) Proy: 62-PL-12

TUCUMÁN

LA HONORABLE LEGISLATURA DE TUCUMÁN SANCIONA CON FUERZA DE LEY

Art.1) En consonancia con el art.40 inciso 1° de la Constitución Provincial, prohíbese que el SISTEMA PROVINCIAL DE SALUD,

aplique protocolos por el que se practique la interrupción del embarazo, por la sola petición de la gestante.

Art.2) De forma.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La protección de la vida, que es el bien máspreciado de la humanidad, ciertamente constituye el primer deber de un gobierno democrático. La Constitución de la Provincia, en su art.40 inciso 1° reconoce el derecho “ A una existencia digna desde la concepción con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad en las oportunidades”.

La norma no necesita de interpretaciones. Dice que el estado dentro de sus atribuciones, brindará protección a las personas desde la concepción misma. Esta norma de jerarquía superior en la Provincia, no puede ser derogada de facto por la opinión de ningún funcionario que dice haber leído la sentencia de la Corte Suprema en un caso sobre violación, autorizando la interrupción del embarazo de una menor.

Además, el art.40 inciso 1° de la Constitución de la Provincia, está en línea con el texto fundamental de la Nación y los Tratados Internacionales que se han incorporado a ella, por la reforma constitucional de 1994.

En efecto, el art.75 inciso 22 de la Constitución Nacional ha incorporado tratados internacionales de jerarquía superior al derecho interno, y entre esos tratados la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, afirma que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, en tanto la Convención Americana de Derechos Humanos afirma en su art.1.2 que “Todo ser humano es persona” y en el art.4 agrega “ Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.”

Por su parte nuestra Constitución en su art.75 inciso 23, 2° párrafo, dice que es obligación del Congreso “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental”

Es decir nuestra legislación de más alta jerarquía, reconoce que la vida comienza con la concepción, dando por tierra con aquellas consignas que sostienen que la mujer es dueña de su cuerpo, sin advertir engañosamente, que la persona por nacer es un cuerpo distinto que solo se alimenta y crece dentro de la madre.

Por su parte, la Academia Nacional de Medicina en pleno con fecha 30 de Septiembre de 2010, consideró necesario: “recordar principios básicos de la ciencia y la práctica médicas que obligan y vinculan a todos los profesionales del país. La salud pública argentina necesita de propuestas que cuiden y protejan a la madre y a su hijo, a la vida de la mujer y a la del niño por nacer. La obligación médica es salvar a los dos, nada bueno puede derivarse para la sociedad cuando se elige a la muerte como solución. Si el aborto clandestino es un problema sanitario corresponde a las autoridades tomar las mejores medidas preventivas y curativas sin vulnerar el derecho humano fundamental a la vida y al de los profesionales médicos a respetar sus convicciones. Por ello, la Academia Nacional de Medicina considera: “Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción”.

Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país. Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano. Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento. Que el derecho a la “objección de conciencia” implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (Art.14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional).

El hospital público de la Provincia, no puede ser obligado a incumplir una normativa de rango constitucional, cual es preservar la vida, incluso la de la persona por nacer. En consecuencia, el SISTEMA PROVINCIAL DE SALUD (SIPROSA) no puede aplicar protocolos que impliquen la interrupción del embarazo, por la sola denuncia de la gestante, de que ha sido objeto de una violación, porque la calificación del delito es una atribución exclusiva y excluyente de los magistrados judiciales, y esa atribución, de carácter constitucional, no puede ser desplazada por la capacidad del profesional médico para determinar si la violación a existido o no, porque esa opinión es válida, si es un juez el que la requiere.

La sentencia de la Corte Suprema de la Nación, autorizando el aborto de una menor de edad, solo ha resuelto el caso, según nuestro sistema, que no admite sentencias con el carácter de declaración general. Tampoco las consideraciones efectuadas en dicha sentencia –fuera del contexto estricto del caso a resolver– pueden ser aplicadas como si se tratara de una ley del Congreso la Nación o consejos o sugerencias del más alto tribunal de la República, sino como opiniones de los magistrados que la suscribieron, porque es notorio que conforme nuestro sistema, los tribunales dictan fallos en casos concretos y cuyos contenidos no pueden ser aplicados erga omnes, como parecen entenderlo algunos funcionarios del área de la salud pública.

Si se admitiera que por sola manifestación de la gestante de que ha sido violada, el profesional médico este obligado a proceder a la interrupción del embarazo, en realidad estamos despenalizando de hecho el aborto, aunque hipócritamente se mantenga tipificada la figura del aborto en nuestro Código Penal.

El aborto pasará a ser un mero acto administrativo y lo que es más grave, llevado adelante por el estado, cuya primera obligación es garantizar la vida, como lo admite el referido art. 40 inciso 1° de nuestra Constitución Provincial.

En los últimos tiempos, hay sectores que suponen que es progresista el alquiler de vientres, no preservar los valores de la familia, o auspiciar la supresión de la persona por nacer. No hablamos de principios religiosos, sino de simples y elementales valores éticos a los que se pretende sepultar bajo una legislación o interpretación de la ley, que prometen hacerlo, en nombre de supuestas ideologías progresistas.

Nuestro propósito es que se cumpla con el mandato constitucional de preservar la vida desde la concepción y a ello apunta el presente proyecto de ley.

Al respecto hemos leído con asombro que el Señor Gobernador afirma que va a cumplir con el fallo dictado recientemente por la Corte Suprema, aunque va de suyo que la Provincia ni el Señor Gobernador han sido parte de ese proceso, y por tanto, atento nuestro sistema, ningún fallo de ningún tribunal es aplicable a quien no fue parte en la causa sujeta a la jurisdicción de que se trate, lo que llama la atención sobre cuál es la fuente jurídica de la que abreva nuestro gobierno.

Atento ello y en salvaguarda de la vida, pido a mis pares apoyen el presente proyecto.

Proyecto de José Páez (Democracia Cristiana) Proyecto 91-PL-12*TUCUMÁN*

La Legislatura de la Provincia de Tucumán, sanciona con fuerza de:

LEY

ARTÍCULO 1°.- Se ordena esta ley a la protección de la persona por nacer desde el primer instante de la concepción, entendiéndose por tal la fecundación del óvulo humano por el gameto masculino de la misma especie. Dicha protección se efectivizará a través del apoyo material y espiritual a la mujer embarazada en situación de conflicto.

ARTÍCULO 2°.- Considerase mujer embarazada en situación de conflicto a los fines de esta ley a aquella que carezca de las condiciones subjetivas y objetivas indispensables para afrontar el proceso gestacional y/o la maternidad.

ARTÍCULO 3°.- Fondo Provincial para la Vida. Créase el Fondo Provincial para la Vida el que se constituye para financiar en el territorio provincial, los programas de apoyo a la mujer embarazada en situación de conflicto.

ARTÍCULO 4° Recursos. El Fondo Provincial para la Vida, se integrará:

a) Los recursos que le asigne anualmente el presupuesto provincial.

b) Legados y donaciones.

ARTÍCULO 5°.- Administración. La administración del Fondo Provincial para la Vida será ejercida por la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia, quién deberá supervisar la aplicación de las asignaciones a los fines específicos de la presente ley.

ARTÍCULO 6°.- Destino. El apoyo a la mujer embarazada en situación de conflicto y la aplicación al efecto del Fondo Provincial para la Vida se efectuará en forma exclusiva a través de asignaciones a las instituciones públicas o privadas que manifiesten su voluntad de acogerse a los beneficios de esta ley.

ARTÍCULO 7°.- Instituciones - Requisitos. Para participar de las asignaciones del Fondo Provincial para la Vida, las instituciones deberán cumplir las siguientes condiciones:

I.- Instituciones Públicas:

- a) Poseer una estructura de organización específicamente destinada al apoyo de la mujer embarazada en situación de conflicto;
- b) Disponer de los recursos materiales y humanos suficientes para cumplir su cometido.

II.- Instituciones Privadas

- a) Poseer personería jurídica en la modalidad de asociación civil sin fines de lucro o fundación;
- b) Que con arreglo a sus estatutos se propongan de manera exclusiva asistir a la mujer embarazada en situación de conflicto;
- c) Encontrarse inscrita en el Registro Nacional de Entidades de bien público equivalente si lo hubiera en la Provincia.
- d) Disponer de los recursos materiales y humanos suficientes para cumplir su cometido.

ARTÍCULO 8°.- Misión: Será cometido de las instituciones el apoyo material y espiritual a la mujer embarazada en situación de conflicto para que acepte y proteja a su hijo.

Es misión inexcusable de las instituciones que se acojan a la presente ley, procurar que la mujer no interrumpa el proceso gestacional.

ARTÍCULO 9°.- Prohibición. Las instituciones beneficiarias se abstendrán en forma absoluta de intermediar en la colocación de niños o soluciones equivalentes. En el caso que las instituciones no logren por parte de la mujer la aceptación del hijo antes o después del parto, deberán orientarla hacia la autoridad competente en adopciones.

ARTÍCULO 10°.- Solicitud. Efectuada la solicitud de acogimiento a la presente ley, por parte de las instituciones, será privativo de la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia otorgar o denegar la petición. Dicha Secretaría de Estado podrá requerir los informes pertinentes previamente.

ARTÍCULO 11 °.- Sanción. El incumplimiento por parte de la institución de los objetivos y requisitos a ella exigidos por la presente ley, implicará la suspensión o el cese definitivo de los beneficios otorgados, según su caso.

ARTÍCULO 12°.- Las instituciones que reciban asignaciones en virtud de esta ley deberán rendir cuentas de su inversión a la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia.

ARTÍCULO 13°.- Inspección. La Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia podrá inspeccionar el funcionamiento de

las instituciones que se acojan a la presente ley cuando lo considere conveniente.

ARTÍCULO 14°.- Comuníquese.-

Fundamentos:

Sobre el tema que nos ocupa ha dicho Teresa de Calcuta: "Vayamos todos a salvar a los niños por nacer . Vayamos a darles la posibilidad de vivir".

En momentos en que todo el país reabre el debate sobre el tema del aborto y que pareciera va a ser tópico del Congreso Nacional, someto a consideración de la Honorable Legislatura el presente proyecto de ley que se ordena a la protección de la persona por nacer a través del cuidado debido a la mujer embarazada en situación de conflicto.

Ambos (el niño y la madre) constituyen dos rostros inescindibles de una misma realidad con la cual la sociedad tiene una importante deuda por saldar.

La mujer embarazada en situación de conflicto está descripta convenientemente como aquella que carece de las condiciones subjetivas y objetivas indispensables para afrontar el proceso gestacional y la maternidad. Se refiere al aspecto subjetivo, a la persona de la mujer, a su propia personalidad, al nivel cultural, coeficiente intelectual que esta posea para la comprensión del suceso maternal. Se encuentra en situación de conflicto la mujer embarazada por su edad o desarrollo, padezca de graves defectos en la discreción del juicio a cerca de los derechos y obligaciones esenciales de la maternidad. Esta es una hipótesis, pero debe haber muchas más que hagan a la situación de la madre durante el proceso gestacional.

Las condiciones objetivas apuntan fundamentalmente al apoyo necesario del padre del hijo por nacer y/o el núcleo familiar en el caso de la mujer que se encuentra sola. Se trata del apoyo material y espiritual que toda mujer necesita en proceso gestacional, en el parto, y luego, en los primeros tiempos de la crianza del niño. Las carencias de tales apoyos, colocan a la mujer en forma evidente en situación de conflicto.

En los artículos: 3°, 4° y 5°, el proyecto se refiere a la creación del Fondo Provincial para la Vida, que se constituye para financiar en el territorio provincial, los programas de apoyo necesarios . Tal fondo se constituye con recursos provenientes del Presupuesto provincial, legados y donaciones, siendo la administración del mismo ejercida por la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia.

Los fondos para los programas de apoyo a las mujeres embarazadas en situación de conflicto se destinarán exclusivamente a las instituciones públicas y privadas que se acojan a los beneficios de esta ley (artículo: 6°). Se trata en especial de lograr los aportes de las genuinas vocaciones solidarias que existen en el cuerpo social de la Provincia, las que se expresan en instituciones privadas o públicas.

Si esta ley cumple los objetivos para los que está destinada, seremos más justos con muchas mujeres tucumanas, ayudaremos a que vean la luz del sol muchos inocentes, se encausarán, muchos embarazos no deseados al camino de la adopción, habrá más niños para adoptar y así se diluirá la comercialización de la vida humana.

Epílogo

El recorrido de este libro, que si bien analiza el comportamiento político-social-institucional de la provincia de Tucumán frente a las mujeres que abortan es asimilable al de otros territorios de nuestro país e incluso de Latinoamérica, tuvo en miras evidenciar que a la soberanía sobre el cuerpo le es negada a muchas mujeres cuando se involucra la maternidad.

El control sobre el propio cuerpo se ha politizado de tal manera para las mujeres, que se ha puesto al útero en un lugar público, con todo lo que ello implica a nivel de desempoderamiento en cuanto crea el escenario propicio para someter decisiones privadas al escrutinio de terceros.

El acceso al aborto en casos permitidos por la ley debe estar disponible y cuando eso no ocurre, debe el Estado responder como garante de la salud pública.

Baste recordar que la responsabilidad de Argentina en la falta de garantía y de provisión de servicios asistenciales que se tradujeron finalmente en el impedimento cierto del derecho a interrumpir un embarazo en un caso de aborto no punible quedó demostrada en el caso *“LMR vs Estado Argentino”*, donde además de imponer la obligación de responder pecuniariamente indemnizando los daños y perjuicios ocasionados a la mujer víctima de violación a la cual se le negara el acceso al aborto no punible, le recordó que: *“El Estado tiene la obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro”*⁵⁹⁴.

Se suele esquematizar las obligaciones del Estado en relación a los derechos humanos que se implican en el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos en tres grupos: Obligación de Respetar,

⁵⁹⁴ CCPR/C/201/D/1608/2007

de Proteger y de Garantizar⁵⁹⁵, sin embargo, pueden ser las mismas descritas en dos bloques:

a) **Obligación de Respetar:** demanda del Estado primero el reconocimiento en hechos de la existencia de derechos reproductivos asumiendo que no debe privar a las personas de cualquiera de ellos en razón de costumbres o creencias religiosas. En general, se presenta como una obligación negativa puesto que supone un límite del ejercicio del poder que pudiera amenazar el acceso de la población a los servicios de salud reproductiva dado el caso⁵⁹⁶.

b) **Obligación de Proteger y Garantizar:** implica que el Estado debe regular el acceso a la salud sexual y reproductiva de manera tal que las personas marginadas y vulnerabilizadas vean sus derechos seguros. Esta obligación incluye no sólo la legislación concreta que posibilite el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, sino además la implementación de políticas conducentes a dotar de accesibilidad a esos derechos de manera tal que sus efectos se irradian en forma igualitaria hacia la totalidad de la población, sobre todo aquellos sectores que precisan de la salud pública como factor determinante para su salud.⁵⁹⁷

Esta obligación de garantía no se agota en la mera regulación a nivel legislativo y la puesta en actos a nivel administrativo o de gestión, aún cuando este sea un paso de vital importancia y un puntapié inicial augurioso. Esta obligación demanda la previsión presupuestaria y financiamiento real⁵⁹⁸ para la ejecución de las acciones políticas que se precisen en la implementación de esas políticas de índole sexual y reproductiva; e incluye también la obligación de investigar los incumplimientos que coadyuven a impedir el goce de los derechos sexuales y reproductivos.

La obligación de investigar que dota al Poder Público de todas las herramientas para determinar fehacientemente la implemen-

⁵⁹⁵ IIDH Op.cit p. 74-80

⁵⁹⁶ Caso "K.L.C. Perú", comunicación N° 1153/2003 UNDoc CPR/C/85/1153/2003 (2005) Una niña peruana de 14 años con un embarazo de un feto anencefálico que ponía en peligro su salud fue obligada a dar a luz luego de que se le negara el aborto terapéutico. Además fue obligada a dar de mamar durante varios días hasta la muerte del niño. En este caso el CDH dictaminó el incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones de respetar las obligaciones asumidas frente al Pacto.

⁵⁹⁷ CIDH, "Cantoral Huamaní vs. Perú" del 10 de julio de 2007, Serie CN° 167

⁵⁹⁸ FEMENÍAS, M. L et Alt (2005) "El derecho a la salud de las mujeres" en *"Perspectivas Bioéticas"*, FLACSO. p. 125

tación de las políticas diseñadas para el acceso efectivo a la salud sexual y reproductiva, genera a su vez diferentes niveles de responsabilidades estatales según se haya investigado o no, según se haya disipado o no las limitaciones detectadas y también, según se haya sancionado o no a los responsables de restringir derechos en perjuicios de terceros/as.⁵⁹⁹

La judicialización por parte de un sector de la sociedad de una cuestión atinente a la salud pública o bien, la falta de Protocolos o Guías Médicas en algunas provincias son realidades que conlleven como principal objetivo impedir que un sector vulnerable de mujeres de la población ejerza un derecho humano básico o bien, entorpecer el acceso a una atención sanitaria que el Estado está obligado a garantizar, situaciones ambas reñidas con el derecho.

La falta de cumplimiento en el dictado de los Protocolos o Guías provinciales para el caso de aborto no punible, si bien no desvirtúan la existencia y exigibilidad de tal derecho, tienen la capacidad de crear un escenario propicio para la dilación, la confusión e incluso la negativa por parte de los efectores de salud para concretar esta práctica médica de aborto. Es una estrategia política de status quoque, asentada en la ignorancia, no sólo confunde, sino dificulta el acceso a derechos.

Pero las obligaciones que pesan en cabeza del Estado no son a título informativo, como tampoco lo es su responsabilidad.

Las responsabilidades pecuniarias, sin dudas reivindicatorias, son insuficientes. Y resulta primordial destacar que la indemnización llega tarde en la mayoría de las veces y no alcanza ni remotamente a reparar el daño que a una mujer violada o cuya salud está en riesgo, como agente moral autónomo que es, le infringe la afectación de su cuerpo, de su psiquis y de su plan de vida.

Un concepto de ciudadanía plena para la mujer excluye la posibilidad de imponer el rol reproductor como modelo de vida y obliga a la sociedad a replantear el mensaje de sobrevaloración que se expresa desde el imaginario social sobre el maternaje. Además, la ciudadanía plena debería disolver el binomio mujer-madre como

⁵⁹⁹ CIDH Caso Goiburú y otros. Sentencia del 22 de Septiembre de 2.006, Serie C N° 153, parr. 88, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia, Sentencia del 5 de Julio de 2006, Serie C N° 150, parr 66; CEDAW Doc. N.U A/52/38 Rev. I, parte II, pars 304 y 318-319 y Observaciones Finales del Comité para Colombia , 4 de Febrero de 1.999

única categoría válida para las mujeres que se intenta contrabandear desde los credos más irreductibles.

Al margen de los consensos legales vigentes, urge abrir la agenda política-pública para debatir qué clase de beneficios reporta a un Estado de Derecho la penalización del aborto y la criminalización de mujeres abortantes, si es que como de verdad ocurre, solo es selectivo el castigo y a la vez inútil para revertir la interrupción de embarazos no deseados.

El conflicto que se ha intentado acá dejar en claro es que en el marco de una ciudadanía informada por los derechos humanos, ninguna persona tiene derecho a usar y disponer del cuerpo de otra persona sin su permiso. En términos morales no es aceptable instrumentalizar a ningún ser humano, tampoco a las mujeres.

Actualmente, la ley no obliga a las personas a donar sus órganos (un riñón, por ejemplo) para salvar a otras. ¿Por qué, entonces, las mujeres debemos prestar nuestros cuerpos para mantener con vida a otra persona? ¿Por qué la ley exige de las mujeres lo que no exige de ningún otro ciudadano? Tal como plantea la filósofa **Judith Jarvis Thomson**⁶⁰⁰, si uno se despertara un día en la cama de un hospital y advirtiera que lo han conectado, por medio de aparatos y tubos, a un violinista muy famoso y el médico le dijera que deberá permanecer así durante los siguientes nueve meses con el objetivo de salvar la vida del violinista, nada nos obligaría a permanecer en cama ni siquiera un segundo.

El cuerpo de las mujeres no puede seguir permaneciendo en JAQUE, sea que la jugada provenga del Estado, de sectores conservadores, del hombre, del patriarcado, de ciertos mandatos culturales o de la religión.

Soledad Deza

⁶⁰⁰ JARVIS THOMSON, Judith “Una defensa del aborto” en *Controversias sobre el aborto* Margarita VALDÉS (compiladora), UNAM y FCE, México, 2001.

Se terminó de imprimir en el mes de junio de 2014 en los talleres de
Grafica Laf S.R.L. Montegudo 741, Villa Lynch, Pcia. de Buenos Aires.