



Acceso Universal a la Salud Sexual y Reproductiva

Un desafío para las Políticas Públicas

Silvia Juliá
Hilda Kohan
Nelly Minyersky





Acceso universal a la salud sexual y reproductiva

Un desafío para las políticas públicas

Silvia Juliá

Hilda Kohan

Nelly Minyersky



Acceso universal a la salud sexual y reproductiva
Un desafío para las políticas públicas

Silvia Juliá, Hilda Kohan, Nelly Minyersky

Producción:

Católicas por el derecho a decidir

Av. Colón 442- Piso 6/ Dpto. D (5000) Córdoba

AGRADECEMOS A LAS AUTORAS por sus valiosas colaboraciones y al UNFPA ya que por su apoyo posibilitó la realización de esta publicación

Córdoba, 2009.

INDICE

Prólogo.....

**Derechos reproductivos: discriminación,
mortalidad y aborto inseguro**

Ab. Silvia Juliá

**Políticas de acceso a la salud-jurisprudencia
de la Suprema Corte de Justicia de Bs. As**

Dra. Hilda Kohan.....

**Aborto no punible. Análisis del artículo 86
del Código Penal**

Dra. Nelly Minyersky.....

Prólogo

En un contexto de avances en relación al derecho de acceso a la Salud Sexual y Reproductiva, reflejado en los marcos normativos internacionales y nacionales así como en la existencia de políticas públicas, no desconocemos también las dificultades que se presentan para su ejercicio concreto principalmente por las mujeres.

Junto a los avances en la agenda de los derechos sexuales y reproductivos en Latinoamérica se han fortificado, paradójicamente, las posturas más absolutistas y fundamentalistas al interior de la Iglesia Católica que boicotean la vigencia de estos derechos como una forma de mantener su poder social. La incorporación de la salud sexual y reproductiva a las agendas políticas ha implicado la reactivación de los sectores religiosos que dogmáticamente defienden una postura única excluyendo a importantes sectores de la población del goce integral de la salud y del derecho a decidir sobre el propio cuerpo. De allí la urgencia, hoy más que nunca, de defender el acceso universal a los derechos sexuales y reproductivos, no sólo como un conjunto formal de reglas sino como espacios para el empoderamiento de la ciudadanía.

Sabemos que los obstáculos para el acceso a estos derechos son parte de la dificultad que tiene el Estado, como arena política de negociación, de poder implementar efectivamente programas y acciones, ya que en su interior muchos de los agentes portan ideologías conservadoras que traban la implementación de las políticas a favor del derecho a decidir de las mujeres.

Por estos motivos desde la sociedad civil difundimos los derechos y monitoreamos el efectivo cumplimiento de las normas y programas que permiten que las mujeres accedan al cuidado de su salud sexual y reproductiva.

La LXI Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado como nueva meta del milenio el acceso universal a la salud reproductiva para el año 2015, dentro del quinto Objetivo

de Desarrollo, reconociendo la importancia de los servicios de prevención, tratamiento y cuidados en este campo para mejorar la salud de las mujeres y para salvar la vida de más de medio millón que mueren cada año por problemas relacionados embarazo y el parto. Esta inclusión constituye la culminación de una intensa campaña llevada a cabo por las numerosas organizaciones que trabajan por la salud y los derechos sexuales y reproductivos. Como organizaciones de la sociedad civil postulamos que los esfuerzos destinados a reducir y erradicar la pobreza y la desigualdad en el mundo, deben tomar en cuenta la incidencia que el acceso universal a servicios de salud sexual y reproductiva tiene en la calidad de vida de las personas y en sus opciones de futuro ya que el derecho a gozar de una buena salud sexual y reproductiva es un derecho humano universal que debe ser protegido y tiene que ser promovido por todos los Estados.

El acceso universal a los Servicios de Salud Sexual y Reproductiva está asegurado en nuestra Constitución Nacional mediante la incorporación a la misma de los Tratados de Derechos Humanos, entre ellos la "Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" y la "Convención Sobre los Derechos del Niño", por Leyes Nacionales como la ley 25.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, la ley 26.130 que garantiza la Anticoncepción Quirúrgica, el Protocolo de Atención para el Aborto No Punible y El Protocolo de Atención Humanizada Post Aborto.

Estas son herramientas legales y legítimas para demandar el acceso a la salud sexual y reproductiva ya que imponen

al Estado el deber de asegurar políticas públicas garantizando su ejercicio.

Como parte de los movimientos de mujeres y feministas sostenemos que ni el Estado ni la Iglesia tienen derecho a controlar la sexualidad de las personas y el cuerpo de las mujeres. Demandamos del Estado el reconocimiento de la diversidad de creencias – religiosas o no- existente en nuestras sociedades y en consecuencia exigimos la vigencia del principio de laicidad como garantía de la no discriminación y del respeto a los derechos humanos de todas y todos.

Como mujeres católicas proclamamos la importancia de la laicidad del Estado porque con ella también se protege el derecho a la libertad de conciencia que nos permite tomar decisiones y ejercer nuestros derechos reproductivos -aún en disidencia con la jerarquía de nuestra iglesia- garantizando también el derecho de todas las mujeres a vivir su sexualidad de forma plena, sin condicionamientos religiosos ni políticos, sin excepción de clase, etnia, credo, edad y opción sexual.

Afirmamos que las mujeres somos sujetas de derecho y en consecuencia tenemos derecho a elegir: con el conocimiento, la información y la orientación de nuestros principios éticos, según nuestras convicciones y posibilidades, el ejercicio de una sexualidad placentera separada de la procreación. La sexualidad es una dimensión básica de nuestra condición humana y de nuestra espiritualidad, en ella hay una invitación a vivir no en soledad sino en relación profunda con los otros y otras. Comprometidas con la búsqueda de la justicia social y el cambio de patrones culturales, rechazamos las posiciones patriarcales dentro de la iglesia católica y dentro del Estado que nos arrebatan nuestra autonomía y nuestra capacidad ética de decidir sobre nuestro cuerpo y nuestra vida.

Esta publicación tiene por objetivo difundir entre los/as profesionales del derecho y de la salud, legisladoras/es,

activistas de derechos humanos, mujeres y varones que defienden el derecho a decidir, el pensamiento jurídico que contiene argumentos para la defensa de estos derechos.

Compilamos en ella las ponencias presentadas en el **“Seminario Nacional Sobre Acceso Universal a la Salud Sexual y Reproductiva”** organizado por Católicas por el Derecho a Decidir y realizado en la Asociación de Magistrados de la ciudad de Córdoba en el mes de Julio de 2.008 con el apoyo de UNFPA- Argentina.

En primer término figura la ponencia de la Abogada *Silvia Juliá*, integrante de Católicas por el Derecho a Decidir, cuya finalidad es dar a conocer los principales consensos suscriptos por la mayoría de los países del mundo en relación a los derechos reproductivos de las mujeres. En el mismo se realiza un análisis de las declaraciones y de la jurisprudencia internacional que emergieron como resultado de procesos de debates e incidencia política promovidos por los movimientos feministas y de mujeres durante décadas, en los que hubo pronunciamiento favorable al derecho de las mujeres a acceder al aborto legal y seguro.

Luego se incorpora la ponencia Dra. *Hilda Kohan*, magistrada de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, quien realiza un análisis de los avances habidos en la jurisprudencia en relación al acceso universal a la salud sexual y reproductiva, tomando como eje algunos casos resueltos por la Corte que integra, sobre aborto no punible, garantías constitucionales en caso de denuncia frente a abortos, anticoncepción quirúrgica, entre otros.

Finalmente se agrega la presentación realizada por la Dra. *Nelly Minyersky* de la Asociación de Abogados de Buenos Aires sobre aborto no punible, en el que efectúa un estudio en profundidad de los alcances del art. 86 del Código Penal Argentino.

Esperamos con esta publicación haber motivado más personas a trabajar para que el acceso universal a la salud sexual y reproductiva sea una realidad y no un compromiso pendiente.

Católicas por el Derecho a Decidir
Córdoba – Argentina

DERECHOS REPRODUCTIVOS: DISCRIMINACIÓN, MORTALIDAD Y ABORTO INSEGURO

Ab. Silvia Juliá.

Integrante del equipo coordinador de CDD (Córdoba),
Coordinadora colegiada de la Red Latinoamericana de Católicas
por el Derecho a Decidir

A quince años de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo realizada en El Cairo estamos muy lejos de cumplir con las grandes metas de acceso universal a la salud reproductiva y de disminución de la mortalidad materna en dos tercios propuestas para el 2.015.

Pese a estos compromisos y a que la mortalidad materna es considerada internacionalmente uno de los indicadores más claros de las desigualdades de género, de clase y étnicas - pues se trata de muertes prevenibles, evitables- los Estados de la región, que suscribieron aquéllos objetivos, poco o nada han hecho para revertir una situación que afecta de manera desproporcionada a las mujeres.

El hecho de que la mortalidad materna sea en gran medida prevenible –es decir, que se tienen identificados ciertos elementos que la causan, así como se han determinado los factores que la pueden evitar- la ubica como un problema de salud pública que evidencia las desigualdades económicas sociales y culturales.

Diversas investigaciones han determinado que la muerte materna no es accidental, es el resultado de una serie de

relaciones económicas, sociales y culturales que ubican a las mujeres en una posición de franca desventaja.

En nuestros países se da también una evidente relación entre la ilegalidad del aborto, su realización de manera insegura y la muerte de las mujeres gestantes. Esta ilegalidad afecta principalmente a las mujeres pobres y muchas veces se traduce en discriminación y maltrato por parte de los efectores del sistema de salud pública – incluida la denuncia penal- hacia las mujeres que han recurrido a abortos y que las disuade de utilizar esos servicios ante las complicaciones, lo cual incrementa el riesgo de muerte.

Esta situación es un problema de Derechos Humanos (DDHH) cuya resolución debe darse en ese marco, de manera integral, a la luz de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales.

Por esto es que el motivo central de este trabajo sea dar a conocer los principales consensos suscriptos por una abrumadora mayoría de países en relación a los derechos reproductivos de las mujeres y analizar declaraciones y jurisprudencia internacional que emergieron como resultado de procesos de debates e incidencia política promovidos por los movimientos feministas y de mujeres durante décadas, en los que hubo pronunciamiento favorable al derecho de las mujeres a acceder al aborto legal y seguro.

Al revisar estos procesos y sus logros no deja de sorprendernos la distancia que aún existe entre los textos acordados y su aplicación concreta a la vida de las mujeres. El alto número de muertes de mujeres así como el sufrimiento y el daño físico que provoca la situación de ilegalidad e inseguridad en que se realizan los abortos en nuestro país y en Latinoamérica no han sido suficientes para sensibilizar a los gobiernos sobre la necesidad urgente de cambiar la leyes locales y arbitrar políticas y programas que den respuesta a las necesidades de las

mujeres en el marco del más estricto respeto a sus derechos humanos.

Junto a los avances, la persistencia en la región de la ilegalidad del aborto y la negativa de los hospitales públicos a realizar esta práctica cuando es legal, sumado al maltrato que deben soportar las mujeres de parte de las instituciones que deberían proteger sus derechos y su salud, nos vuelve a interrogar sobre cuánto más será necesario que sus vidas sean expuestas públicamente para dejar de ser una cifra que causa vergüenza en países que proclaman a los derechos humanos como política de Estado.

RESOLUCIONES BASADAS EN CONFERENCIAS INTERNACIONALES

Existe un convencimiento de que el Derecho Internacional de los DDHH puede apoyar y proporcionar una igualdad sustancial para las mujeres si se adopta un criterio, para establecer la existencia de la discriminación, basado en la falta de poder, la exclusión y la desventaja.

Una prueba adoptada por la Corte Suprema de Canadá explica y determina la discriminación en términos de desventaja. Si un miembro de un grupo que se encuentra en desventaja crónica es capaz de demostrar que una ley, una política o un comportamiento perpetúan o empeoran esa desventaja entonces esa ley, política o comportamiento es discriminatorio.

Este fue el espíritu con que feministas y mujeres de un movimiento social amplio e internacional, realizaron incidencia logrando que, en las conferencias de Naciones Unidas durante la década del 90, el tema de los derechos y la salud reproductiva fuera abordado analizando de manera sistémica la discriminación contra las mujeres

Según el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (Cairo, 1994) las

complicaciones relacionadas con el embarazo y el parto figuran entre las principales causas de mortalidad de las mujeres en edad de procrear en muchas partes del mundo en desarrollo, y provocan la muerte de alrededor de medio millón de mujeres cada año, el 99% de ellas en países en desarrollo. La edad a la que las mujeres empiezan a tener hijos o dejan de tenerlos, el intervalo entre los nacimientos, el número total de embarazos a lo largo de la vida y las circunstancias socioculturales y económicas en que viven las mujeres son factores que influyen en la morbilidad y mortalidad maternas. Aunque aproximadamente el 90% de los países del mundo tienen políticas que permiten el aborto en diversas situaciones jurídicas para salvar la vida de la mujer, una proporción significativa de los abortos son inducidos por las propias mujeres o se efectúan en malas condiciones, y son la causa de un gran porcentaje de fallecimientos de las madres o de lesiones permanentes en las mujeres afectadas.

Los objetivos acordados en la conferencia son: promover la salud de las mujeres y la maternidad sin riesgo; lograr una reducción rápida y sustancial en la morbilidad y mortalidad maternas, reducir las diferencias observadas entre los países desarrollados y los países en desarrollo, y dentro de cada país, y, sobre la base de un esfuerzo decidido por mejorar la salud y el bienestar de la mujer, reducir considerablemente el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones. También se recomienda que se adopten medidas para mejorar la situación de salud y de nutrición, especialmente de las mujeres embarazadas y las madres lactantes.

En el documento se exhorta a reducir la mortalidad materna a la mitad de los niveles de 1990 para el año 2000, y a lograr una nueva reducción a la mitad para el año 2015.

El texto completo del párrafo 8.25, relativo al aborto, es el siguiente: *"En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos."*

Para la IV Conferencia Internacional de la Mujer (Beijing 1995) *"La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia."*

Este documento plantea que la salud de la mujer está expuesta a riesgos particulares debidos a la inadecuación y a la falta de servicios para atender las necesidades relativas a la salud sexual y reproductiva. En muchas partes del mundo en desarrollo, las complicaciones relacionadas con el embarazo y el parto se cuentan entre las principales causas de mortalidad y morbilidad de las mujeres en edad reproductiva. Existen en cierta medida problemas similares en algunos países con economía en transición. El aborto en condiciones peligrosas pone en peligro la vida de un gran número de mujeres y representa un grave problema de salud pública, puesto que son las mujeres más pobres y jóvenes las que corren más riesgos.

En la mayor parte de los países, la falta de atención de los derechos reproductivos de la mujer limita gravemente sus oportunidades en la vida pública y privada, incluidas las oportunidades de educación y pleno ejercicio de sus derechos económicos y políticos. La capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos. Asimismo, la discriminación social contra las mujeres ha sido señalada como un elemento que contribuye a su mala salud.

La Plataforma de Acción reconoció asimismo que la salud de la mujer incluye su bienestar emocional, social y físico; contribuyen a determinar su salud tanto factores biológicos como el contexto social, político y económico en que vive. Ahora bien, la mayoría de las mujeres no goza de salud ni de bienestar. El principal obstáculo que impide a la mujer alcanzar el más alto nivel posible de salud es la desigualdad entre la mujer y el hombre y entre mujeres en diferentes regiones geográficas, clases sociales y grupos indígenas y étnicos. En foros nacionales e internacionales, las mujeres han hecho hincapié en que la igualdad, incluidas las obligaciones familiares compartidas, el desarrollo y la paz son condiciones

necesarias para gozar de un nivel óptimo de salud durante todo el ciclo vital.

En fecha más reciente la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución 60/1 "Documento Final de la Cumbre Mundial de 2.005" en el cual se reitera la decisión de los Estados de asegurar el cumplimiento oportuno y cabal de los objetivos y metas de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas. En el párrafo 57 g) se hace referencia de manera especial a *"lograr el acceso universal a la salud reproductiva para el 2.015, según lo estipulado en la Conferencia Internacional de la Población y el Desarrollo, integrar ese objetivo en las estrategias encaminadas a alcanzar los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente, incluidos los que figuran en la "Declaración del Milenio" orientados -entre otros- a reducir la mortalidad materna, mejorar la salud materna y promover la igualdad entre los géneros. En el mismo documento al párrafo 58 "Igualdad entre los géneros y empoderamiento de la mujer" se resuelve promover la igualdad y erradicar la discriminación por género "asegurando la igualdad de acceso a la salud reproductiva" (58.g)*

La ratificación de los compromisos de Cairo y Beijing realizados en los años 2.004 y 2.005, así como la resolución 60/1 reafirmaron el deber de los Estados de reconocer al aborto ilegal e inseguro como un grave problema "específico" de salud pública que evidencia de manera particular la discriminación hacia las mujeres así como las desigualdades económicas, sociales y culturales, cuya resolución requiere de estrategias que van más allá de la atención misma de la salud, que incluye la promoción de reformas legales así como cambios sociales y culturales en un marco del respeto a los DDHH de las mujeres.

RESOLUCIONES DE LOS ORGANISMOS BASADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES

El lugar que ocupa el aborto clandestino e inseguro en el porcentaje total de las muertes maternas refleja una violación sistemática de los derechos consagrados en los tratados de DDHH.

En este sentido el derecho de las mujeres a acceder al aborto bajo determinadas circunstancias, surge en la última década de las recomendaciones y dictámenes de los organismos basados en tratados de DDHH, logrando un mayor impacto por el carácter vinculante que éstos detentan. La mayor importancia les ha sido adjudicada también en razón de que estos Comités señalan los criterios interpretativos de los tratados, de modo que los Estados que no los siguen están alterando las condiciones de su vigencia efectiva y en consecuencia incumpléndolos.

La denegación de este derecho ha sido considerada por los diferentes Comités como violaciones a los derechos humanos de las mujeres:

1. Como una violación al derecho a la vida establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto este establece que *"El derecho a la vida es inherente a la persona humana"*.

- **Observaciones y dictámenes del Comité PIDCP**

El Comité de Derechos Humanos ha señalado en sus observaciones finales y recomendaciones de manera expresa su preocupación por estas violaciones, entre ellas en la Observación General N° 28 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres), señalando a los estados que al presentar informes sobre el derecho a la vida deberán aportar datos sobre el número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo y deberán proporcionar información sobre las medidas que hubieran adoptado para que las mujeres no tengan que recurrir a

abortos clandestinos que pongan en peligro su vida (29/03/2000- Ob.Gral 28/ parr.10). Asimismo ha expresado: *"El comité observa con preocupación: a) las leyes estrictas sobre el aborto que llevan a la práctica de un elevado número de abortos clandestinos con los riesgos concomitantes para la vida y la salud de las mujeres"* (Observaciones finales, Poland 29/07/99 CCPR/C/79/Add.110).

También ha manifestado (O.F. Perú 18/11/96 – CCPR/C/79/ Add.72) la preocupación de *"que el aborto esté sujeto a sanciones penales...y de que el aborto clandestino sea la mayor causa de mortalidad materna ..."* y ha recomendado expresamente *"una revisión de las disposiciones del Código Civil y del Código Penal a la luz de las obligaciones establecidas en el Pacto... así como "tomar las medidas necesarias para evitar que las mujeres deban arriesgar su vida en razón de la existencia de disposiciones legales restrictivas sobre el aborto"* (El Salvador 2003 CCPR) *"El Comité expresa su inquietud por la severidad de las leyes vigentes en el Estado parte que penalizan el aborto, especialmente en vista de que los abortos ilegales tienen consecuencias negativas graves para la vida, la salud y el bienestar de la mujer. El Estado parte debe tomar las medidas necesarias para que su legislación se ajuste a las disposiciones del Pacto en materia del derecho a la vida (artículo 6) a fin de ayudar, en particular, a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tenga que recurrir a abortos clandestinos que puedan poner en peligro su vida, conforme a la Observación General N°. 28."*

Asimismo se ha expresado en la evaluación sobre el informe presentado por Paraguay:

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS - CCPR/C/PRY/CO/2
- 24 de abril de 2006 - 85° período de sesiones - EXAMEN
DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS
PARTES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 40 DEL PACTO -
Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos –

PARAGUAY. *"El Comité toma nota de las medidas adoptadas por el Estado Parte con relación a la planificación familiar. Sin embargo, sigue preocupado por los altos índices de mortalidad infantil y materna, especialmente en zonas rurales. El Comité reitera su preocupación por la legislación indebidamente restrictiva del aborto que induce a las mujeres a recurrir a formas inseguras e ilegales de aborto con riesgos latentes para sus vidas y salud".* (Artículos 6 y 24 del Pacto). *"El Estado Parte debe adoptar medidas efectivas para reducir la mortalidad infantil y materna mediante, entre otras, la revisión de su legislación relativa al aborto para que concuerde con el Pacto, y el acceso de la población a los medios anticonceptivos, especialmente en zonas rurales".*

2. Como una violación a los derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en cuanto este protege el derecho a la salud y a la atención médica

- Observaciones y recomendaciones del Comité PIDESC

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación general N° 14 ha señalado: *"8. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica" y "entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar el más alto nivel posible de salud".* En el apartado 21 el CDESC ha dado claras indicaciones de que para suprimir la discriminación contra la mujer y garantizar su derecho a la salud los Estados Partes se deben *"suprimir todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva".* Tal como se establece al punto III, 46 de la observación general sobre la identificación de las violaciones al derecho a la salud, la

violación de la obligación de respetar se produce por medio de acciones, políticas o leyes de los Estados susceptibles de producir una morbilidad innecesaria y una mortalidad evitable consignándose además que: *"la no adopción de un enfoque de salud basado en la perspectiva de género y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad materna"* constituyen violaciones de la obligación de cumplir con el art. 12 del PIDESC, (el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud).

Recomendaciones a los países:

Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales 21° período de sesiones (15 de noviembre al 3 de diciembre de 1999). *"El Comité insta al Estado Parte a que examine sus políticas de salud y, en particular, a que preste atención a las cuestiones de salud mental, mortalidad materna, embarazos en la adolescencia y VIH/SIDA, y a que le facilite datos estadísticos suficientemente amplios en su próximo informe periódico"*

En el año 2.001 emite las siguientes recomendaciones:

Sobre Colombia *"El comité pide...información sobre las medidas legislativas o de otro carácter que haya adoptado para proteger a las mujeres contra los riesgos del aborto clandestino en condiciones peligrosas..."*

Sobre Bolivia *"el Comité pide "adopte medidas para reducir la incidencia de las muertes causadas por abortos ilegales"*

En el año 2.003 al examinar el informe de Brasil: *"El Comité pide que revise su actual legislación para proteger a la mujer del aborto clandestino y el practicado en condiciones de riesgo"*

También se expide sobre el tema en el año 2004 en varios casos:

Al examinar a Chile: *"Al Comité le preocupan las consecuencias para la salud de la mujer de la prohibición legal del aborto, sin excepciones..."* *"El Comité*

recomienda al Estado Parte que revise su legislación y despenalice el aborto cuando se trate de abortos terapéuticos y cuando el embarazo sea consecuencia de violación o incesto."

Y en las *"Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Malta. 14/12/2004. E/C.12/1/Add.101 El Comité observa con inquietud que el aborto es siempre ilegal en el derecho del Estado Parte. El Comité está preocupado por la falta de servicios de salud reproductiva y sexual en el Estado Parte. El Comité insta al Estado Parte a que revise su legislación en materia de aborto y a que estudie la posibilidad de prever excepciones a la prohibición general del aborto para los casos de aborto terapéutico y los embarazos resultantes de violación o incesto."*

3. Como una violación de los derechos establecidos en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en cuanto ésta protege el derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades y de trato

- Recomendaciones y observaciones del Comité CEDAW:

Recomendación general 24: *"Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios"... "El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que*

penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones”.

Recomendación general 21: *“Las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan a su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene”*

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 31° período de sesiones (6 a 23 de julio de 2004). El Comité examinó el informe de seguimiento del quinto informe periódico de la Argentina (CEDAW/C/ARG/5/Add.1) y aprobó las siguientes observaciones finales:

El Comité insta al Estado Parte a que vele por asegurar que en el momento actual se garantice a las mujeres y las adolescentes el acceso a los servicios de salud, en particular de salud reproductiva y sexual. Exhorta al Estado Parte a asegurar que en todas las escuelas se imparta educación en materia de salud sexual y reproductiva. Asimismo insta al Estado Parte a que tome todas las medidas necesarias para reducir la elevada tasa de mortalidad materna... El Comité pide al Estado Parte que en su próximo informe periódico incluya información completa sobre la evaluación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

Por otro lado, el Comité CEDAW al examinar el quinto informe periódico de la República Dominicana (CEDAW/C/DOM/5) le señaló que observaba con preocupación que la aprobación del actual proyecto de Código Penal implicaría un retroceso en los avances alcanzados en materia de derechos humanos de la mujer, como la penalización del aborto en casos de violación y

emitió las recomendaciones siguientes: *“el Comité recomienda que el Estado Parte preste, entre sus servicios de salud, la interrupción del embarazo cuando sea resultado de una violación o cuando esté en peligro la salud de la madre”*.

En relación a Paraguay el Comité examinó los informes periódicos tercero y cuarto combinados y quinto (CEDAW/C/PAR/3 y 4 y CEDAW/C/PAR/5 y Corr.1) en sus sesiones 671a y 672a, celebradas el 14 de enero de 2005 (véase CEDAW/C/SR.671 y 672), reiteró la recomendación formulada en anteriores observaciones finales y exhortó al Estado parte a que actuara sin dilación y adoptara medidas eficaces para resolver el problema de la elevada tasa de mortalidad materna y para impedir que las mujeres tuvieran que recurrir a abortos peligrosos y para protegerlas de sus efectos negativos sobre su salud, de acuerdo con la recomendación general 24 del Comité sobre el acceso a la atención de salud y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. El Comité instó al Gobierno a que fortaleciera la ejecución de programas y políticas encaminados a brindar un acceso efectivo a las mujeres a la información sobre la atención y los servicios de salud, en particular en materia de salud reproductiva y métodos anticonceptivos asequibles, con la mira de prevenir abortos clandestinos. Además, recomendó que se celebrara una consulta nacional con grupos de la sociedad civil, incluidos los grupos femeninos, para examinar la cuestión del aborto, que era ilegal de acuerdo con el derecho vigente y que constituía una de las causas de las elevadas tasas de mortalidad de las mujeres.

En agosto de 2006, el comité de la CEDAW indicó en el informe sobre México que: El Comité nota con preocupación que el aborto sigue siendo una de las principales causas de las muertes maternas y que, pese a la legalización del aborto en casos específicos, las mujeres no tienen acceso a servicios de aborto seguro y a una amplia gama de anticonceptivos incluyendo la anticoncepción de emergencia.

Recientemente también ha manifestado que *“la muerte materna en Nicaragua es un problema de salud pública, siendo una de las principales causas la inaccesibilidad de los servicios de aborto terapéutico y las complicaciones que tienen mujeres, jóvenes y niñas que interrumpen su embarazo en condiciones de riesgo”* (Carta del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a Diputados de la Asamblea Nacional, República de Nicaragua, 16 de octubre de 2006).

4. Como una violación al PIDCP, en cuanto protege la integridad física y moral de las personas (art.7) y a la Convención sobre la Eliminación de la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

Resolución del Comité de Derechos Humanos, 70º período de sesiones (16 de octubre al 3 de noviembre de 2000). El Comité examinó el tercer informe periódico de la Argentina (CCPR/C/ARG/98/3) y adoptó las siguientes observaciones finales:

“El Comité recomienda además que... “en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención. Se debe modificar la legislación nacional para autorizar el aborto en todos los casos de embarazo por violación”.

El Comité de Derechos Humanos también ha señalado recientemente en su decisión en el caso: *Karen Noelia Llontoy vs. Perú* que un Estado causa sufrimiento físico, moral y psicológico cuando deniega a una mujer el beneficio del aborto terapéutico, especialmente cuando se trata de una menor de edad. En este caso una joven de 17 años de edad, cuando tenía 14 semanas de embarazo, se le diagnosticó *“anencefalia”* (ausencia de estructura cerebral) en el feto y solicitó la interrupción de su embarazo por motivos terapéuticos, causal permitida por el Código Penal del Perú.

Sin embargo el pedido fue rechazado y la joven se vio obligada a proseguir con un embarazo de alto riesgo y

dar a luz a una niña que vivió cuatro días, todo lo cual le ocasionó graves daños en su salud psíquica. El Comité condenó al Estado Peruano también a la reparación económica de la denunciante y a adoptar medidas que garanticen la no repetición de estos casos.

Asimismo el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, respecto del caso chileno ha expresado su preocupación por el hecho de que *"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 quiénes practicaron dichos abortos. Esas confesiones se utilizarían posteriormente en causas instruidas contra ellas y por terceras partes, contraviniendo así lo preceptuado por la Convención"*. Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones del Comité Contra la Tortura: Chile. 14.06.2004. CAT/C/CC/32/5, párr. 6.i).

5. Una violación de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH) en cuanto este protege, entre otros, el derecho a la igualdad, la no discriminación y a vivir libres de la violencia basada en el género.

En el año 2.007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó un acuerdo amistoso en el caso demandado por la violación de los derechos humanos en perjuicio de la menor Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, quien, fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada, y fue obstaculizada por las autoridades estatales para ejercer su derecho a interrumpir el embarazo según lo establecido por ley mexicana.

Como consecuencia de ese acuerdo el Gobierno del Estado de Baja California debió presentar un pronunciamiento público, reconociendo que la falta de un adecuado marco normativo en la entidad en materia de aborto generó la violación de los derechos humanos de la joven violada: *"Con lo anterior, queda establecido y se*

reconoce plenamente que en el tiempo en que se dio la violación a los derechos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, el Estado de Baja California, no contaba con un marco normativo adecuado a la circunstancia que se presentó y esto le impidió, ejercer el derecho que reclamaba.”

Al aprobar el acuerdo amistoso la Comisión se expidió en los siguientes términos:

“La CIDH ha señalado reiteradamente que, proteger y promover los derechos de las mujeres es una prioridad para los Estados Miembros de la OEA, con el fin de garantizar el goce pleno y eficaz de sus derechos fundamentales, en especial a la igualdad, la no discriminación y a vivir libres de la violencia basada en el género”.

“La CIDH observa la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos”.

En el mismo sentido se expidió la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la CIDH en el informe sobre la prohibición del aborto terapéutico en Nicaragua: *“Considera importante destacar que el aborto terapéutico es reconocido internacionalmente como un servicio de salud especializado y necesario para las mujeres. La negación de este servicio de salud atenta contra la vida, integridad física y psicológica de las mujeres. Igualmente presenta un obstáculo al trabajo de los profesionales de salud, cuya labor es la de proteger la vida y prestar un tratamiento adecuado a sus pacientes”*

La Relatoría observa asimismo pronunciamientos de los Comités para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura, el Relator Especial de la Naciones Unidas sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel de Salud Física y Mental y la Organización Mundial de la Salud sobre el impacto negativo en las mujeres de las leyes que prohíben todo tipo de aborto, que resultan en altos índices de mortalidad materna, y por consiguiente en un problema de salud pública.

OTRAS RESOLUCIONES BASADAS EN TRATADOS DE DDHH

Resolución de la Corte Europea de Derechos Humanos:

En el año 2.005 la Corte dictaminó que Alicja Tysiac, mujer polaca de 35 años a quién el año 2000 se le negó el derecho a un aborto terapéutico, deberá recibir 25.000 euros en compensación por los daños que le causó la negativa del Estado polaco de practicarle este procedimiento. En dicho país, la interrupción del embarazo se permite por razones terapéuticas, es decir, para proteger la salud y la vida de la mujer, pero frecuentemente la ley no logra ser aplicada.

En este caso la denunciante, luego del nacimiento del niño sufrió una hemorragia en la retina y aunque superó el problema no puede ver objetos que estén situados más allá de un metro y medio de distancia, por lo cual teme quedar totalmente ciega. Aunque fue advertida por los médicos de que la gestación y nacimiento podrían causarle la ceguera, el aborto finalmente no fue autorizado por los especialistas.

La Corte de Estrasburgo dictaminó que la negativa había violado al menos tres derechos humanos de la mujer: a la vida, a la salud y a la privacidad. Su dictamen obliga a los

46 miembros de los Estados que conforman el Consejo de Europa a asegurar el acceso al aborto donde este procedimiento sea legal.

Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa:

En el año 2.008 la Asamblea dictó la Resolución 1607 promoviendo la despenalización del aborto según el sistema de plazos en los países asociados.

“La Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa

...a despenalizar el aborto en los plazos de gestación razonables si aún no es así; ...a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal; ... a respetar la autonomía de elección de las mujeres y a ofrecer las condiciones de una elección libre e informada, sin promover especialmente el recurso al aborto; ...a suprimir las restricciones que obstaculizan, de hecho o de derecho, el acceso a un aborto sin riesgo, y, en particular, a adoptar las medidas necesarias para crear las condiciones sanitarias, médicas y psicológicas convenientes y garantizar una asunción financiera adecuada;...”

CONCLUSIONES

Necesitamos apropiarnos de estos textos para exigir que los derechos sexuales y los derechos reproductivos – contenidos en normas de rango constitucional- se apliquen de manera integral en nuestros países.

Es importante mostrar los avances que constituyen el nuevo piso -y no el techo- de un proceso de reformulación y reinterpretación de los derechos humanos que seguiremos impulsando. Porque son el resultado del trabajo incansable de muchas personas decididas a que la

libertad y la igualdad proclamada en la Declaración Universal de Derechos Humanos sean *"el fruto de un proceso concreto que vaya derrumbando las barreras de la exclusión, a partir del reconocimiento de nuestras diferencias y desigualdades reales en el acceso a los derechos con respecto a un modelo privilegiado: masculino, blanco, occidental, heterosexual, adulto y sin incapacidades visibles"* (Manifiesto Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos).

Si la jurisprudencia internacional ha podido avanzar de la manera expuesta nada impide su aplicación por los tribunales nacionales. En este sentido las directrices de los Comités de los Pactos, Tratados y Convenciones pueden constituirse en la bisagra de un proceso de cambios que haga posible terminar con la muerte y el daño ocasionados por la ilegalidad e inseguridad en que se realizan los abortos.

Es imprescindible garantizar la vigencia del principio de laicidad de los Estados para que el ejercicio de los derechos humanos sea posible. Solo en democracias fortalecidas con la participación ciudadana, con poderes públicos que no apelen a la legitimación proveniente de instituciones eclesiásticas, podremos recorrer el camino que media entre el discurso de los derechos humanos y su práctica.

Teniendo como referencia este marco normativo internacional, necesitamos asegurar que nuestros Estados sean laicos, libres de fundamentalismos de cualquier tipo, que contemplen los intereses de todas las personas, reconozcan y valoricen la diversidad y pluralidad existente en nuestras sociedades, y garanticen políticas públicas sobre Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos basadas en el respeto a la libertad de conciencia y el derecho a decidir.

POLÍTICAS DE ACCESO A LA SALUD-JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BS.AS

Dra. Hilda Kohan

Magistrada de la Suprema Corte de
la Provincia de Buenos Aires

“La mortalidad materna ha sido una tragedia descuidada, y se ha descuidado porque las que sufren son personas ignoradas, con menos fuerza e influencia sobre cómo se emplean los recursos nacionales, son pobres y por encima de todo, son mujeres” (Halfdan T. Mahler, Nairobi, 1987).

El reconocimiento de los derechos humanos implican para el Estado distintos niveles de obligaciones, que le son exigibles, pero la vigencia de los mismos no lo son sólo en el ámbito público, sino que deben estar ligados a las violaciones que se producen en el ámbito privado.

Uno de los motivos del reconocimiento de derechos plasmados en tratados internacionales o establecidos en las constituciones locales consiste en la posibilidad de reclamos de cumplimiento de esos compromisos por parte de las personas.

Sobre cada uno de los derechos reconocidos es posible identificar distintos niveles de obligaciones:

* De respetar: deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho.

* De proteger: consiste en impedir que terceros injerian, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes.

* De garantizar: supone asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por si mismo.

* De promover: caracterizado por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien (Derechos humanos y sexualidad- CEDES, 2007).

Con el objeto de que cada Estado cumpla con esas obligaciones, desde la arena internacional a través de numerosos Tratados y Convenciones se ha intentado por medio del compromiso asumido por los países miembros impulsar a la realización de aquéllas.

Como ejemplo de ello, el Pacto de San José de Costa Rica en su Art. 4 inc. 1º, bajo el título Derecho a la Vida establece: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."*

En consonancia con dicha declaración la Constitución de la provincia de Buenos Aires en su art. 10 declara: *"Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida"...*

La trascendencia de la consagración de este derecho supremo, es sin dudas inobjetable e imprescindible, pues es el bien jurídico que merece el mayor de los resguardos por ser indiscutiblemente el más valioso; pero lamentablemente no obstante la multiplicidad de Pactos, Tratados, Convenciones y leyes que lo reconocen y amparan continúa siendo en cierta medida el más vulnerable.

Los factores de riesgos que atentan contra el ejercicio y la consagración plena de aquél son múltiples y básicamente encuentran su causa en la pobreza y la desigualdad. Entre las causas que derivan del tratamiento desigual deben contarse aquéllas que se sustentan en la diferencia de género, ya que crean el marco a través del cual la vida de

las mujeres por el sólo hecho de serlo se halla en ciertas circunstancias frente a un más alto grado de vulnerabilidad.

Para dimensionar esta realidad y hablar de hechos concretos, es preciso mencionar un estudio realizado por la ONU en el año 2005 sobre el estado de la población mundial, en el que esta organización destacó como dato relevante y preocupante que: *“cada minuto muere una mujer por causas relacionadas con el embarazo. La causa de mayor injerencia en estas muertes evitables radica en los 19 millones de abortos en malas condiciones que se realizan”*.

Un diagnóstico sobre la situación de la mortalidad materna realizado en el año 2004 por el CEDES en seis provincias argentinas: Chaco, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luís y Tucumán, determinó que el nivel de subregistro de defunciones maternas fue de 9,5% para el conjunto de las seis provincias y que de 95 defunciones maternas ocurridas, las complicaciones de aborto fueron la primer causa: 27,4%; ubicándose en segundo lugar las que reconocen su causa en hemorragias: 22,1%.

Frente a la urgente necesidad de diseñar una política integral para reducir las muertes maternas en nuestro país, es preciso que los diferentes actores políticos se empapen en esta problemática, se involucren y adquieran un compromiso activo para desarrollar las intervenciones necesarias, alentando cada uno desde sus lugares la generalización del nivel de concientización social requerido para que la prevención obtenga resultados y para que ante la situación concreta de vulneración de derechos las víctimas de esa conculcación reciban amparo.

Es de cara a estas situaciones cuando el Estado debe encaminar todos los medios de los que pueda servirse para cumplir con las obligaciones antes enunciadas de: promover, respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos, sin importar en qué ámbito se produzcan las

violaciones a los mismos (público o privado) ya que las potenciales víctimas están legitimadas para reclamar el cumplimiento de esos compromisos asumidos.

CASO

La Suprema Corte de Buenos Aires tuvo oportunidad de ser testigo directo y presencial de esta realidad, convirtiéndose en la artífice y protagonista de la puesta en funcionamiento del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en relación a esta problemática precisa en dos casos concretos:

1) P. 86.052 del 7 de junio de 2006: autoincriminación forzada (caso perejil): una mujer que fue a un hospital para que la atendieran por los dolores que estaba padeciendo en virtud de la realización de una práctica abortiva, fue denunciada por los médicos y condenada por la Cámara al considerarla penalmente responsable del delito de aborto.

Hechos: La causa tuvo inicio con la recepción de un certificado médico en las oficinas de guardia de la seccional policial, que daba cuenta del ingreso de una mujer que refería maniobras abortivas.

Como consecuencia de ello comienza la investigación penal. El juez de primera instancia absuelve a la mujer por considerar que la prueba aportada no tenía entidad suficiente como para incriminarla, en virtud de que no se podía inferir que las maniobras que pusieron fin a la vida del feto se las hubiera provocado ella misma.

El pronunciamiento fue revocado por la alzada que la condenó al tenerla como autora responsable del delito de aborto.

La defensa de la mujer condenada interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. La Corte de la

Provincia de Buenos Aires al tomar conocimiento del recurso interpuesto, estableció que en el caso el punto crucial a deliberar y establecer era si los órganos encargados de la persecución penal podían iniciar válidamente un proceso criminal contra la acusada, ello en razón de que el único cauce de investigación fue la prueba involuntariamente producida por la denunciada al exhibir su propio cuerpo y referir maniobras abortivas al profesional de la salud en procura de auxilio médico, esto es para preservar su integridad física. Lo cual implicaba que ella era la única fuente de transmisión de conocimiento de la actividad ilícita.

En tal sentido se consideró que no era la denuncia del profesional la reprochable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal anoticiado implementaran sobre la base de ella contra la persona obligada por las circunstancias. Así, se señaló que el artículo 18 de la Constitución Nacional y el art. 29 de la Constitución Provincial, y numerosas convenciones internacionales indican que: "*nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*". En razón de ello se concluyó que la circunstancia de que la mujer imputada hubiera presuntamente cometido un delito, no implicaba en modo alguno que quedase desprovista de la protección otorgada por la Constitución.

En virtud de que se consideró que en el caso no estaba en juego la decisión legislativa de sancionar el aborto, ya que la cuestión a dilucidar versaba en relación a si el proceso de naturaleza penal podía validamente tramitarse en las condiciones en que se lo hizo, fue que se resolvió por la Suprema Corte a través de la mayoría de sus miembros: declarar que correspondía anular de oficio el procedimiento en razón de sus insalvables vicios de origen, por haberse configurado una trasgresión al principio de no declarar contra sí mismo, consagrado por el art. 18 de la CN y en consecuencia se decidió absolver a la imputada.

2) Ac. 98.830 sentencia del 31 de julio de 2006: una menor con retraso mental moderado que queda embarazada al ser violada presuntamente por su tío (art. 86 inc. 2° CP)-

Hechos: la madre de la menor se presenta ante la justicia para denunciar que su hija de 19 años de edad, quien padece un retraso mental moderado con un nivel madurativo de una niña de 8 años, se encontraba embarazada, producto de un hecho de violación, ocurrido presuntamente en el ámbito intrafamiliar.

La asesora de Menores e Incapaces es puesta en conocimiento a través del titular del Centro de Atención a la Víctima de que la madre y la menor habían manifestado que en virtud de su situación económica y la discapacidad de la misma deseaban interrumpir el embarazo.

La titular a cargo de la investigación de la denuncia de violación, remitió con carácter urgente copias de la IPP al juzgado de menores y a la UFI en turno.

La jueza de menores decidió no hacer lugar al pedido de autorización (nunca realizado) para efectuar prácticas abortivas sobre la menor. En oportunidad de fundar su decisión expresó: *"no hay dudas que la joven...es víctima de un abuso sexual, pero la agresión injusta sufrida no se repara con otra agresión injusta contra la nueva víctima inocente"*.

La Cámara interviniente confirmó el pronunciamiento de origen y sostuvo que pese a lo afirmado por la Asesora de la víctima –que no se había pedido ninguna autorización para llevar adelante la práctica en cuestión, existía una expresa solicitud por parte de la madre de interrumpir el embarazo, denegándose en virtud de ello la realización de la misma.

La asesora de menores interpuso ante la Suprema Corte recurso de inaplicabilidad de ley y señaló que la Cámara vulneró el art. 86 inc. 2° del CP, pues pese a reunir la

menor los requisitos exigidos por la norma para la realización de un aborto de acuerdo a sus términos, el Tribunal negó la práctica de un acto permitido expresamente por la ley. Sostuvo además, que nunca se formuló ante la autoridad judicial ningún pedido de autorización para abortar y que el mismo no puede ser condicionante del actuar médico.

Para resolver la Corte tuvo en especial consideración que el art. 86 inc. 2° establece: *"El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible: si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto"*.

A partir de ello ponderó que en el caso particular la discusión doctrinaria sobre la interpretación del artículo analizado no tenía relevancia, dado que las circunstancias de hecho, esto es: que la menor padecía un retraso mental moderado y que el embarazo había sido concebido a través de una violación, no estaban cuestionados y por tanto se estaba frente al supuesto contemplado en el art. 86 2° párrafo.

En virtud entonces de las conclusiones arribadas sobre la causa sometida a su análisis, la Suprema Corte por votación mayoritaria de sus miembros declaró: la aplicación del art. 86, inc. 2° del CP no requiere de autorización judicial; ya que encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico, por lo que no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven, en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de su reglas del arte de curar. Son los médicos intervinientes quienes se encuentran capacitados para realizar las prácticas médicas que resulten más adecuadas, pues cotejadas las circunstancias de hecho que requiere el art. 86 inc. 2°, así

como la autorización de la representante de la mujer embarazada, es innecesaria la autorización judicial previa.

Conclusión: Es muy importante resaltar que a partir de la sentencia del tribunal supremo de la provincia de Buenos Aires, el Ministerio de Salud de la provincia el 29-01-07, aprobó la resolución n° 304/07 a través del cual se aprobaba el Protocolo de detección y asistencia a mujeres víctimas de maltrato, de aborto no punible y de acción ante víctimas de violación que declara en su parte pertinente:

... "la interrupción del embarazo en los casos mencionados en los incisos 1° y 2° del artículo 86 del CP no requieren autorización judicial.

Todo personal de los efectores de salud afectados a temáticas de salud sexual y reproductiva debe conocer las instancias para la atención y contención y/o eventual derivación a hospital de referencia para la solicitud (o práctica) de aborto no punibles".

Esta resolución fue derogada por otra posterior del Ministerio de Salud, publicada el 26-11-2007, en la cual nada se establece respecto al Protocolo de Aborto No Punible sobre el cual la anterior resolución hacía expresa mención.

De tal modo y aunque la Corte de la Provincia de Buenos Aires ya manifestó su postura a través del caso citado precedentemente, hemos desandado camino en relación a esta problemática, ya que la resolución 304/07 era contundente y no daba lugar a una interpretación diferente en cuanto al procedimiento a seguir en caso de que una situación de estas características volviera a presentarse.

SALUD EN GENERAL

No caben dudas en relación a que el derecho a la vida constituye la base sobre la que se edifican, consagran y amparan el resto de los derechos, cuyo fin primero en definitiva no es otro que asegurarlo.

Bajo esta perspectiva es posible afirmar que el derecho a la vida necesita del establecimiento de otros derechos para ser garantizado, entre los cuales debe contarse por ser imprescindible para su realización: el derecho a la salud.

El derecho a la salud es definido por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) como el estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no sólo la ausencia de afecciones y enfermedades.

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos (P.S.J.C.R.) declara: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”* (art. 5).

En tal sentido, el derecho a la salud se inserta en este plexo de derechos cuya satisfacción puede alcanzarse a través de la defensa de los derechos humanos que se encuentran involucrados.

En relación a la comprobación de los niveles de resguardo y acceso a la salud con los que cuentan las mujeres a nivel mundial un estudio realizado por la ONU en el año 2005 muestra que las complicaciones de salud durante el embarazo y el parto son responsables del 18% de la carga global de enfermedad de las mujeres entre 15 y 44 años de edad en el mundo entero. En América Latina y el Caribe, más de 500.000 mujeres padecen problemas crónicos de salud como consecuencia de una inadecuada atención del embarazo, parto y puerperio. Los factores que contribuyen a las muertes maternas son múltiples y en su gran mayoría evitables. La prevención de las muertes maternas se reconoce como una prioridad internacional y su reducción en $\frac{3}{4}$ para el 2015 es un compromiso asumido por la Argentina en las Metas del Milenio.

De acuerdo con este informe sobre el Estado de la Población Mundial 2005 de las Naciones Unidas: *“cada año, solamente en el mundo en desarrollo hay 76 millones de embarazos no deseados que podrían prevenirse de haber un mejor acceso a los servicios de planificación familiar, reduciendo además las defunciones maternas entre un 20 y 35 por ciento”*.

En nuestro país el derecho a la planificación familiar y salud sexual han encontrado amparo legal a partir de la sanción de la ley nacional 25.673 (año 2002) a través de la cual se crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable cuyos fines principales son evitar embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual. La provincia de Buenos Aires se hizo eco de esta tendencia legislativa y promulgó la ley 13.066 (año 2003) sobre salud reproductiva, la cual se ha convertido en la herramienta principal con la que cuenta el gobierno local para instalar en la agenda pública esta problemática.

Con el fin de asegurar aun más los postulados tenidos en miras en el ámbito internacional y nacional para garantizar el ejercicio pleno de este derecho, para abarcarlo y comprenderlo desde todos los supuestos que lo puedan vulnerar, el Poder Legislativo nacional, como correlato lógico de la sanción de la ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, sancionó la ley 26.130 (2006) de contracepción quirúrgica, que establece en su art. 1º: *“toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía en los servicios del sistema de salud”*. El requisito que dicha ley impone para que puedan ser llevadas a cabo estas prácticas es únicamente: el consentimiento informado.

A su vez, la provincia de Buenos Aires con el objeto de alcanzar y darle apoyatura a ese emprendimiento legislativo, adhirió a la ley nacional que permite la

práctica de ligadura de trompas en forma gratuita en todos los hospitales del país.

Es importante resaltar que a partir de entonces y hasta el 31-08-2007 fueron efectuadas 1.603 ligaduras de trompas y tres vasectomías en este territorio. Los datos son demostrativos de la cantidad de casos de embarazos no deseados que han sido evitados a través del dictado y puesta en marcha de esta norma.

Es evidente que los alcances prácticos de la misma no se agotan en la posibilidad por parte de las parejas de planificar la constitución y conformación de su núcleo familiar, sino que su fin principal es: la protección a la salud de la mujer. Ello es así, ya que, la ley ha tenido en miras evitar los casos en que la concepción por la edad o por el padecimiento de patologías específicas pueda provocar la muerte de la mujer que no se encuentra en condiciones físicas de afrontar un embarazo.

CASO

La Suprema Corte ha tenido oportunidad de conocer un ejemplo contundente sobre esta problemática a través de la causa:

Ac. 95.464 del 27 de junio de 2005: Riesgo de vida para la madre embarazada, mujer que solicita la interrupción del embarazo en razón de correr serios riesgos su vida si continuara con el mismo.

Hechos: La actora requirió por sí y en representación de sus hijos autorización judicial para interrumpir su embarazo con motivo de padecer miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular.

El tribunal de familia mantuvo la decisión del juez de trámite y declaró que se encontraban facultados los profesionales correspondientes para realizar la práctica

médica más adecuada destinada a interrumpir el embarazo.

El asesor de incapaces interpuso ante la Corte de la provincia de Buenos Aires recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en representación de la persona por nacer.

En virtud de ello la Corte declaró que al encontrarse comprobadas las circunstancias de hecho establecidas en el art. 86 inc. 1° del CP, es decir cuando se halla acreditado el riesgo para la vida o para la salud de la madre, habiendo prestado la misma su consentimiento debidamente informado, la única conclusión a la que debe arribarse es que la actuación de los profesionales de la salud autorizados debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de requerimiento de autorización judicial.

Conclusión sobre el caso: más allá de que la Corte con mayoría que integró haya decidido sobre el caso en cuestión que es innecesaria la autorización judicial para el supuesto comprendido en el art. 86 inc. 1° del CP, es posible afirmar que de haber existido la ley de ligadura de trompas con anterioridad, la puesta en riesgo de la vida de esta mujer a causa su embarazo, el posterior aborto y los consecuentes daños psíquicos derivados de aquél se habrían evitado de haber tenido la posibilidad esta justiciable de efectuar la práctica a la que la ley le permite acceder sin más requisito que su consentimiento informado.

Como se ha dicho hasta aquí, el avance a este respecto en nuestro país es bienvenido, necesario y significa una muestra contundente de los vientos de cambio que soplan en relación a esta temática; de todas maneras y a pesar del esfuerzo asumido, los casos de riesgos para la salud a causa de embarazos mal asistidos, embarazos peligrosos o por interrupción de embarazos no deseados continúan sucediéndose en nuestro país.

Las consecuencias inmediatas de los mismos pueden ser visualizadas en estadísticas y datos numéricos de manera más o menos precisa, pero su alcance en relación al daño psicológico sufrido por las víctimas es imposible de graficar y conmensurar. Por tanto, no debe perderse de vista que es también tarea del Estado propender a su eliminación, ya que el cuidado y preservación de la salud mental de las mujeres forma parte, íntegra y hace a su salud y por tanto las políticas que se encaren en relación al aseguramiento de este derecho deben tener en especial consideración su cuidado.

En tal sentido y como ya se ha referido, la OMS define a la salud como el estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no sólo la ausencia de afecciones y enfermedades.

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos (P.S.J.C.R.) declara: "*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*" (art. 5).

VIH-SIDA

Otro de los grandes problemas que pone en jaque al Estado en relación al aseguramiento del ejercicio irrestricto del derecho a la salud, es el impacto que provoca la epidemia del VIH/SIDA y que genera que su eliminación y control esté catalogado como uno de los retos más formidables para la vida y la dignidad humana por afectar el ejercicio pleno de los derechos.

Los trastornos producidos por esta pandemia pone nuevamente en el tapete la necesidad de eliminar las diferencias existentes respecto al género y la vinculación directa que esa desigualdad genera en relación al acceso a una vida saludable por parte del sexo femenino.

En tal sentido, la Declaración de Compromiso contra el VIH/SIDA de la Asamblea General de la ONU del año

2001, llama a propender la igualdad de género y al fortalecimiento de la mujer en ese sentido, por considerar que la desigualdad de poder en las relaciones entre hombres y mujeres es un obstáculo para "*el sexo seguro*" cuya eliminación constituye un elemento esencial para la reducción de la vulnerabilidad de las mujeres y niñas, entre quienes el número de casos nuevos ha ido aumentando más rápidamente.

Así, un informe realizado en el año 2004 por la ONU, señala que las mujeres son las más perjudicadas por el virus y refiere que constituyen algo menos de la mitad de todas las personas que conviven con el VIH. Concluye el informe, que la diseminación cada vez más pronunciada del virus entre ellas no sólo halla su razón en que en una relación heterosexual tienen dos veces más riesgo de contraer la infección que el varón, sino en la carencia de estrategias que aborden las desigualdades existentes en virtud del género.

Cabe afirmar entonces, que toda norma o política que tenga por fin propender a la igualdad entre hombres y mujeres tendrá injerencia directa en la disminución de casos de mujeres infectadas.

En nuestro país el mayor avance a este respecto lo conforman las ya citadas leyes de salud reproductiva, en virtud de que no sólo establecen en su articulado que el objeto de las mismas es la prevención y detección de patologías genitales y mamarias y infecciones de transmisión sexual (I.T.S.), especialmente del VIH/SIDA, sino que coloca en un pie de igualdad a hombres y mujeres en relación a prácticas sexuales y responsabilidades derivadas de las mismas, lo cual crea un ámbito tendiente a la eliminación de las desigualdades existentes entre ellos en razón del género.

La importancia de hallar políticas adecuadas para la disminución de casos de mujeres infectadas, cobra especial relevancia en virtud de la transmisión vertical que se da a través del embarazo –transmisión del virus al feto-

, por esa razón la detección del estado de portadora del virus del VIH en la embarazada es el primer evento en la sucesión de estudios y decisiones para disminuir el riesgo de transmisión.

CASO

En relación con este aspecto concreto sobre esta temática particular, la Cámara Civil y Comercial de esta provincia, integrada por los Dres. Roncoroni-Perez Crocco en la causa caratulada "R.N.A. s/ Autorización judicial para ligamento de trompas" (año 1998) ante la solicitud de llevar adelante esa práctica por una mujer que padecía VIH falló:

"Si bien las prácticas que conlleven la esterilización de una persona están prohibidas, tal prohibición desaparece frente a una indicación terapéutica perfectamente determinada. Y no podía ser menos, tanto cuando no existe otra posibilidad de terapia que garantice con idéntica o similar eficacia la vida actual del paciente, como cuando, es necesario erradicar la temida muerte futura que podrá provocar otro embarazo de esta mujer, que (madre ya de seis hijos y esperando el séptimo) se encuentra afectada por el virus HIV, en un estadio III del SIDA, con una marcada inmunodepresión que se acentúa en situación de embarazo, con todo el cuadro de patologías secundarias que desembocan en el síndrome de desgaste que detalla la historia clínica y que, en íntima, decisión, ha elegido no tener más prole, no sólo en resguardo de su propia vida (esterilización preventiva), sino, por negarse a traer al mundo nuevos hijos afectados por el mismo mal (esterilización eugenésica) que ya transmitiera a sus dos últimos descendientes".

En relación a esta enfermedad, es claro que lo trascendental para alcanzar el control de esta epidemia y conseguir que las personas infectadas puedan tener una vida digna, es buscar la implementación absoluta de las leyes sobre salud reproductiva -en pos de detectar los

casos y prevenirlos- y apuntalar todos los recursos económicos y humanos necesarios para la incorporación dentro de los sistemas de cobertura de salud -públicos y privados- de las prestaciones médicas y farmacológicas referidas al VIH/SIDA con el fin de brindar atención completa a los ya infectados.

CASO

Sobre esta cuestión específica he tenido oportunidad de conocer y sentenciar en el año 1997 sobre la obligación de las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga de otorgar como mínimo la misma cobertura dispuesta para las Obras Sociales en las leyes 23.660 y 23.661.

* Expte. 18855/97 "Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ Amparo".

Hechos: El Hospital Británico interpuso acción de amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.754 que establecía que las medicinas prepagas debían cubrir como mínimo las mismas prestaciones dispuestas por ley para las Obras Sociales.

La amparista sostenía que la aplicación de la ley vulneraba su derecho a la propiedad y a la igualdad consagrados por la CN y a tal fin argumentaba que la implementación de tratamientos en casos de SIDA y drogadicción implicaría obligatoriamente elevar los costos de los planes de asistencia médica, lo cual llevaría al abandono servicio por parte de los asociados.

Al resolver el planteo se dijo: la atención a personas infectadas de VIH tiene un profundo sentido ético social que conlleva la posibilidad y hasta la necesidad de que la Nación elabore planes y políticas tendientes a afianzar la salubridad, la moral y la conveniencia colectiva de la

comunidad por encima de los intereses particulares de las medicinas prepagas.

Los derechos a la salud en contraste con el resto de los derechos humanos exigen del Estado una actividad positiva, en salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, evitando todo tipo de discriminación respecto de los mismos. Es por ello que el derecho a la salud se encuentra jerárquicamente por sobre el derecho a la propiedad.

A modo de reflexión final el objetivo de analizar los casos es poder evaluar cómo tanto la normativa como la jurisprudencia argentina ha avanzado en lo que a respetar los derechos sexuales y reproductivos se refiere, amparándose en tratados internacionales y encuadres legales nacionales; sin desconocer que todavía nos falta un camino a recorrer, en el cual estamos involucrados todos los actores que estamos relacionados con la problemática de la efectiva consecución de los derechos de las mujeres.

ABORTO NO PUNIBLE. ANALISIS DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO PENAL

Dra. Nelly Minyersky.

Asociación de Abogados de Buenos Aires

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de la interrupción voluntaria del embarazo es arena donde se dirimen conflictos de índole jurídica impregnados de argumentos ético-teológicos.

Sucede que en el debate acerca del aborto, la controversia remite a un cuestionamiento radical del modo en que es pensado el orden social y el poder, dado que pone en escena la problemática de la discusión moral (y religiosa) y su deslizamiento hacia lo jurídico, interpela al orden patriarcal, remite a la inequidad de género, desnuda las problemáticas de la salud reproductiva, reformula la dimensión de lo público y lo privado, explicita la escisión placer/reproducción, pone entre paréntesis el modelo de familia hegemónico, redefine la libertad de las mujeres para decidir sobre su destino y, sobre todo, revierte la lógica de una sexualidad normativa y "*natural*".¹

Ahora bien, si lo que se pretende es formular un análisis jurídico del tema, debemos ceñirnos al ámbito de las

¹ Gutiérrez, María Alicia, "Silencios y Susurros: la cuestión de la anticoncepción y el aborto", *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Facultad de Derecho, Vol. XXXVIII, sept.-dic. 2003, N° 1, pág. 263.

normas y de la estructura del edificio normativo. No obstante, este análisis no puede desentenderse de la realidad en la que el derecho opera a riesgo de caer en la mera normatividad.

Para poder manejarnos con rigor conceptual debemos aclarar que, desde 1921 en nuestro país el aborto está despenalizado. El art. 86 del Código Penal declara no punibles los abortos consentidos, en los siguientes supuestos: a) con el fin de evitar un peligro para la vida de la mujer, b) con el fin de evitar un peligro para la salud de la mujer, c) si el embarazo es producto de una violación.²

Sin embargo, y pese a la expresa autorización legal, son frecuentes los casos de mujeres embarazadas cuya vida o salud corre peligro a quienes se obliga a requerir una autorización judicial para efectuar una práctica médica que, estando justificada, no esta prohibida. De la misma manera, periódicamente nos encontramos que salta a los titulares el caso de una niña o mujer discapacitada que resultó embarazada debido a una violación y que es obligada a solicitar la venia judicial para que se le practique un aborto, aún cuando la ley no lo requiere.

La repetición de estas actitudes médicas fue traduciendo a letra muerta la legalización del aborto en las circunstancias determinadas en el art. 86, vulnerándose de esta manera derechos humanos fundamentales (a la vida, a la salud, a la intimidad y a la igualdad) de aquellas mujeres que fueron obligadas a ventilar ante los tribunales cuestiones reservadas a su fuero intimo y que nunca debieron ser discutidas públicamente.

Esta situación no es privativa de nuestro país, según la Organización Panamericana de la Salud, en los países en los cuales las mujeres están legalmente autorizadas para

² Gil Domínguez Andrés; *“Aborto Voluntario: La constitucionalización de la pobreza”*, LL 1998 F 552

tener un aborto no se les garantizan los debidos servicios para realizarlo, colaborando con que se trate de la principal causa de muerte de mujeres en edad reproductiva.³

Por ello, en orden de cumplir con el principio constitucional de *"afianzar la justicia"*, se impone la necesidad de buscar vías de acción que garanticen el acceso a un aborto legal y seguro a las mujeres cuya situación encuadra en los casos en que el aborto es permitido.

Estos caminos serán necesariamente procedimentales y actuarán ratificando y no modificando ni interviniendo el tipo penal, y contribuirán a clarificar y facilitar la aplicación del art. 86 CP, colaborando en la aplicación y el respeto de la ley.

No esta de más, entonces, recordar que en este trabajo se analizará un hecho no punible y el significado que tiene tal aserción cuando se habla del art. 86 del Código Penal.

II. DERECHO A LA VIDA vs DERECHO AL ABORTO

Como ya se ha dicho, al abordar la problemática del aborto se lo hace generalmente desde posiciones principistas y, por lo tanto, en cierto modo irreductibles.

Desde una supuesta posición "pro-vida" se sostiene una actitud refractaria al aborto, al que se tacha de ilegalidad con el argumento de que el Derecho a la Vida que asiste a la persona por nacer sería de carácter absoluto. En consecuencia, se defiende la persecución penal como único instrumento adecuado para resguardar la vida del nasciturus.

³ Aborto sin riesgos, Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud, Organización Mundial de la Salud, 2003.

Esta concepción es propia de una bioética religiosa que entiende a la vida como una concesión divina. Ahora bien, es importante recordar que cuando hablamos de aborto nos referimos a una legislación que corresponde al mundo civil y no al canónico. De la misma manera, no podemos dejar de destacar el necesario carácter laico del estado en sociedades caracterizadas por la pluralidad como son las actuales. En estas sociedades, en las que los ciudadanos tienen distintas actitudes filosóficas y religiosas ante la vida, la laicidad del estado implica el reconocimiento de que todos los seres humanos tienen derecho al respeto de su libertad de conciencia, algo que sólo puede lograrse asegurando la igualdad de trato entre quienes profesan diferentes religiones y convicciones. Así, en orden de garantizar esta igualdad y aquella libertad, resulta necesario que el orden político tenga la libertad de elaborar normas colectivas sin que se imponga una cosmovisión particular con carácter hegemónico. De allí, que sea el principio de laicidad el que debe regir los necesarios debates sobre sexualidad y bioética.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el concepto de aborto reviste una complejidad que no puede ajustarse a visiones dogmáticas. Ello es así en tanto que, como ha dicho Bidart Campos, *"no se trata de postular y defender principios nada más que por respetables razones de ética o fe religiosa, ya que en el mundo jurídico los principios se tienen que defender y aplicar cuando en cada caso esa defensa y tal aplicación son eficaces"*.⁴ En el caso del aborto, aproximaciones estadísticas que señalan la práctica de alrededor de quinientos mil abortos por año y el hecho probado de que sean las complicaciones que resultan de su práctica clandestina la principal causa de muerte en mujeres en edad de concebir, nos habla a las claras de la ineptitud de la persecución penal para

⁴ Bidart Campos German J, *"Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico"*, LL 1998 F 545.

proteger la vida no sólo del nasciturus sino también de la mujer gestante.

De este modo, en tanto nos encontramos frente una realidad que nos enrostra las trágicas consecuencias que se derivan para la vida y salud de las mujeres que se someten a abortos sépticos, sumada a la insultante afrenta que esto implica en el orden de la igualdad en tanto se trata, por lo general, de personas provenientes de los sectores de menores recursos; resulta indispensable desplegar precisiones terminológicas que nos permitan aproximarnos adecuadamente a la noción del aborto.

Etimológicamente, la palabra "*aborto*" deriva del latín *abortus*, que se compone de *ab*: partícula privativa y *hurtos*: nacimiento. Con lo cual su significado es "*no nacimiento*". También se encuentra el origen del término en el vocablo aborire: "*nacer antes de tiempo*". En cualquier caso, la palabra aborto quiere decir destrucción de un organismo antes de su nacimiento.

No existe definición jurídica del término aborto en la legislación penal argentina; se castiga a quien lo cause. La doctrina y el Derecho Comparado permiten entender que se trata de la interrupción voluntaria del embarazo en cualquier momento de la preñez, o del *iter gestationis*.⁵

Cabe recordar que la doctrina ha definido al aborto como "*la muerte inferida al feto*"⁶. De esta definición se deduce que el bien jurídico que se intenta amparar mediante el tipo penal es la vida del embrión.

Ahora bien, no podemos dejar de señalar que la tutela prestada a la vida admite gradaciones y en modo alguno puede decirse que reviste carácter absoluto. Esta afirmación se sustenta en una lectura integral del

⁵ Fellini Zulita, "Interrupción del embarazo", *Revista de Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales, pág. 137.

⁶ Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1956, pág. 110.

ordenamiento jurídico argentino que, si bien protege la vida desde la concepción hasta la muerte, no lo hace siempre con la misma intensidad.

Lo dicho es susceptible de observarse no sólo por el distinto tratamiento que el derecho penal da a los delitos de homicidio y aborto -y a la consecuente diferenciación en las penas que caben al autor en uno y otro caso- sino que es una idea que recorre todo el edificio jurídico. También debemos tener presente lo establecido en el art. 89 del CP en orden a la no punición de la tentativa de aborto de la mujer y, de otro lado, que la destrucción culposa del feto no encuentra previsión en el cuerpo criminal argentino⁷, de modo que no puede hablarse de homicidio cuando aquel muere por mala praxis médica o durante el parto ya que sólo podrá hablarse de homicidio a partir que el ser humano naciente pueda ser visto separado del seno materno, ya que es cuando adquiere su existencia individual.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en la ley civil el *nasciturus* no es titular de derechos ni en la forma ni en la medida que el ser nacido, y que los derechos que a aquel le son reconocidos están condicionados al nacimiento con vida⁸ de acuerdo con lo establecido en los arts. 70 y 74 del Código Civil⁹. Esta disposición se ve reforzada por la nota al art. 3290 del mismo cuerpo normativo cuando indica que el hijo en el seno materno tiene sólo una vida

⁷ CNACyC, Sala 5^a, F., E.L. y otros.

⁸ Gil Domínguez Andrés; *“Aborto Voluntario: La constitucionalización de la pobreza”*, LL 1998 F 552.

⁹ Artículo 70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre. Artículo 74. Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido.

en común con la madre y que solo el nacimiento puede darle una vida individual.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales. En este sentido se ha dicho: *“Aun repasando el detallado inventario de la capacidad jurídica de la persona por nacer, es evidente que la protección normativa de la persona por nacer se encuentra diferenciada con relación a la que el ordenamiento brinda a la persona nacida —en el caso, se confirmó la resolución que autorizó a una menor de catorce años, violada por su padrastro, a efectuar un aborto debido al daño psíquico que el embarazo le ocasionaba— y que, consecuentemente, la igualdad y protección absolutas que se pregonan no son tales.”*¹⁰

En el mismo sentido se orienta lo dicho por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al resolver que *“Si bien en el ordenamiento vigente la decisión de interrumpir el proceso de gestación y alumbramiento está fundamentalmente vedada y en la generalidad de las circunstancias es merecedora de reproche penal, ello no lleva consigo que el nasciturus sea receptor o centro de una protección jurídica totalmente idéntica a la de la persona ya nacida o titular de un derecho absoluto que pueda ser impuesto siempre en desmedro de la vida, la salud o la dignidad de la mujer embarazada”*.¹¹

Llegado este punto es pertinente tener en cuenta el análisis que realiza Edgardo Donna del tipo penal aborto a la luz de la teoría de las normas. Al respecto, recuerda Donna lo dicho por Binding en torno a que el tipo penal debía interpretarse como una proposición que esta en contradicción con las normas de conducta existentes que

¹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II • 21/02/2007 • O., M.V. • La Ley Online

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 31/07/2006 • R., L. M. - LA LEY 2006-F, 152.

es lo que realmente el delincuente transgrede, y que en el caso del aborto se expresa en la prohibición de matar al feto.¹²

Acto seguido, aclara que constatada la violación de la norma, queda la tarea de analizar si esa conducta también es antijurídica para lo que se requiere examinar la cuestión en contraste con las llamadas causas de justificación a las que define como "*metanormas*" que vienen a regular la colisión de bienes jurídicos entre sí. Entonces nos recuerda que esta estructura del tipo norma, antijuricidad y permiso se aplica al delito de aborto como a cualquier otro.¹³

De lo dicho se desprende que en determinadas situaciones la conducta censurada por el tipo penal esta permitida. De este modo, podemos decir que la no punición en los supuestos que la ley contempla supone decidir, por razones de política criminal, que al hecho de abortar en las circunstancias concretas que sirven de presupuesto a la exclusión no deben asociarse consecuencias penales.

El recorrido seguido hasta aquí nos permite visualizar tres cuestiones centrales con relación al aborto legal: En primer lugar, la tutela asignada a la vida por el ordenamiento tiene dos momentos -antes y después del nacimiento- en los que difiere en intensidad, en segundo término surge claramente que la protección de la vida (por nacer o nacida) admite excepciones; y en tercero, no hay razones para dar al aborto un tratamiento diferenciado en cuanto delito y por lo tanto es susceptible de admitir causas de exclusión del injusto como cualquier otro.

¹² Donna Edgardo Alberto, "*La necesidad como base del aborto justificado*", Revista de Derecho Penal 2=2006, Rubinzal Culzoni.-

¹³ Donna Eduardo Alberto, Op. Citada.

Luego, una vez aceptado que el Estado puede despenalizar el aborto en circunstancias determinadas, deberá tenerse en cuenta que la legislación penal actual sobre interrupción del embarazo debe ser analizada en el conjunto del ordenamiento. Así, ya no es pertinente hacer referencias a las normas del Código Penal Argentino de manera aislada y sin conexión con la normativa nacional sobre salud sexual y procreación responsable¹⁴, ya que estas normas están referidas al ejercicio de los derechos reproductivos y brindan el marco dentro del cual estos deben interpretarse.¹⁵ Deberá tenerse en cuenta, entonces, lo establecido por la ley 25.673 en su artículo 2, inciso f), donde establece como uno de sus objetivos primordiales *"garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable"* y tiene entre sus metas la reducción de la mortalidad materna y el incremento de la oferta anticonceptiva para reducir la fecundidad no deseada.

De lo afirmado hasta aquí se colige que en la temática del aborto nos encontramos ante una real colisión de derechos entre el Derecho a la Vida que asiste a la persona por nacer y los Derechos de la Mujer (Vida, salud, dignidad, intimidad, igualdad) que el aborto legal viene a garantizar.

Ante situaciones como esta, nos dice Andrés Gil Domínguez que *"en un estado constitucional de derecho - como el argentino- todos los derechos fundamentales y humanos tienen a priori idéntica jerarquía; y en el caso de verificarse una colisión entre dos o mas derechos humanos, el método válido para su resolución consiste en ponderar los derechos en juego y, mediante el principio*

¹⁴ Ley 25.673 que crea el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, ADLA 2002 E 5119.-

¹⁵ Chiarotti Susana, *El aborto en el marco de los Derechos Humanos*, pag. 103.

*de proporcionalidad, establecer una relación de preferencia condicionada*¹⁶. El mismo autor señala que es ésta la única forma de garantizar la existencia de una constelación plural de valores y evitar la imposición solapada (a veces bajo el disfraz del técnico recurso jurídico) del pensamiento único.¹⁷

Ahora, si bien la resolución de una colisión de derechos en principio está en la órbita de ejercicio del órgano jurisdiccional, ya fue saldada en determinados supuestos por la propia legislación. Esto es lo que ocurre cuando se dan las circunstancias extraordinarias previstas por el art. 86 del código penal. De allí que podamos afirmar que, en los casos alcanzados por la norma permisiva, existe un verdadero derecho al aborto en cabeza de la mujer embarazada.

III. ABORTO LEGAL EN ARGENTINA

Cuando el art. 86 incisos 1) y 2) del Código Penal excluye de la punición determinados escenarios nos está diciendo, en consonancia con el principio de legalidad de raigambre constitucional, que en esas circunstancias es legal la interrupción voluntaria del embarazo. Dicho de otro modo, cuando se presentan determinadas situaciones extraordinarias previstas por ley, el legislador se ha inclinado por legalizar el aborto voluntario.

¹⁶ Gil Domínguez Andrés, *“Aborto Voluntario y Estado Constitucional de Derecho”*, La Ley 2006 – D, pag. 1429.-

¹⁷ Gil Domínguez Andrés, *Reflexiones sobre el aborto voluntario: un nuevo aporte a un debate necesario.*, LL 2006- F-1521.-

Para ser más precisos, corresponde afirmar que el Código Penal Argentino adoptó el modelo puro de indicaciones¹⁸, despenalizando el aborto. Ello implica una renuncia formal de accionar mediante el sistema penal en los supuestos contemplados por la ley, y así lo han reconocido los propios tribunales de justicia al sostener que *“Debe interpretarse el art. 86 del Cód. Penal de manera amplia, lo que hace que no sean punibles los abortos cuando el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente o bien 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”*¹⁹.

Afirmado el Derecho que asiste a la mujer a interrumpir el embarazo en las situaciones previstas por la ley, corresponde establecer los alcances de la norma permisiva y la naturaleza jurídica de la autorización.

A) Alcances de la norma permisiva

Una interpretación del art. 86 CPN²⁰ en consonancia con una mirada holística del ordenamiento nos permite afirmar que el médico y la mujer no incurrir en delito de aborto por estar ejerciendo un derecho, en las siguientes situaciones:

¹⁸ Gil Domínguez Andrés, *“El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los Hospitales Públicos lo pueden practicar sin requerir autorización.”*, LL 2005 D 664

¹⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II • 21/02/2007 • O., M.V.

²⁰ Art. 86 CPN : “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.”

- a) en caso de peligro para la vida de la mujer (art. 86 inc. 1 CPN)
- b) en caso de peligro para la salud de la mujer (art. 86 inc. 2 CPN)
- c) cuando el embarazo sea producto de una violación (art. 86 inc. 2 CPN)
 - c') cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente (art. 86 inc. 2 CPN)

No caben dudas que en todas estas indicaciones de existir un conflicto de intereses, el Derecho Penal lo ha resuelto a favor de la mujer gestante con base en las siguientes razones.

a) La Indicación de peligro para la vida de la mujer.

Ante un conflicto de intereses que enfrenta la vida de la madre y la del nasciturus y que sólo puede ser resuelto mediante la realización del aborto, establece la legislación que la solución menos perjudicial que resuelve la antinomia es la muerte del feto. Ello así por cuanto en nuestra legislación "*la vida de la madre tiene mayor valor*"²¹. Esto es evidente si se compara la pena que le cabe al autor de un homicidio y la que corresponde al aborto; y tienen en cuenta las diferentes penas que caben al homicidio y al aborto; a lo que cabe agregar lo dicho en orden a la condicionalidad de los derechos del nasciturus y la efectividad de los derechos de la mujer gestante.

Estamos aquí frente a una causa de justificación similar al estado de necesidad, con la particularidad de que requiere la intervención de profesionales médicos y la autorización expresa de la mujer.

²¹ Donna Edgardo Alberto, Ob. Citada pág. 695

Es pertinente aclarar que el único autorizado para determinar la existencia del riesgo (y la inexistencia de un medio alternativo para sortearlo) es el médico en ejercicio del arte que le es propio.

Por último, y en orden a lo dicho en el párrafo precedente, corresponde agregar que se trata también de una ampliación del ámbito de la exigencia de ejercicio legítimo de la profesión médica, a la que se atribuye la naturaleza de una causa de justificación. Esto último genera una consecuencia muy importante en cuanto a que, actuando el médico en forma lícita, no será posible emplear la “legítima defensa a favor del feto” por parte de un tercero.²²

b) *La indicación de peligro para la salud de la mujer.*

Con relación al segundo supuesto contemplado en el inc. 1 del art. 86 habrá que tener en cuenta particularidades que hacen a la amplitud que debe darse a la protección a la salud (acotada a la salud física o inclusiva de la salud mental).

Al respecto y en primer lugar, entendemos que deberá tenerse en cuenta que la constitución de la OMS dice que *“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no una mera ausencia de enfermedad o dolencia. El disfrute del mas alto nivel obtenible de la salud constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”*.

Si bien es mucho lo que se ha dicho sobre los peligros que podría acarrear la inclusión del daño psíquico dentro del aborto terapéutico, lo cierto es que los jueces cuentan hoy con los suficientes elementos para delimitar el daño

²² Abraldes Sandro F. y De la Fuente Javier Esteban, *“El aborto no punible en el sistema de las indicaciones”*, Revista de Derecho Penal 2 – 2006, pág. 519.

psíquico que amerite la excepción del aborto terapéutico de otros daños psíquicos irrelevantes.²³

Por lo demás, en la medida en que el texto de la ley no especifica a que tipo de salud se refiere, el concepto debe ser interpretado de manera integral ya que es una regla general del derecho que debe estarse por la interpretación más amplia en orden al reconocimiento de derechos y permisos (y consecuentemente con la más restrictiva en orden a la prohibición).

En este sentido, estamos de acuerdo con lo afirmado por Donna respecto a que *"sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, como ser graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc. Es más, si la continuación del embarazo o el parto puede producir una alteración de la psiquis de la mujer, aunque no sea una genuina enfermedad mental... el aborto estaría justificado."*²⁴

Esta interpretación fue adoptada por la CSJN cuando dijo *"Es procedente brindar la autorización para la inducción al parto de un feto que posee una patología que provocará su incapacidad para subsistir luego del nacimiento, pues el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del "nasciturus" no puede prevalecer ante el grave daño psíquico que padecerá la madre gestante y su grupo familiar, lesionando su derecho a la salud protegido por tratados de rango constitucional."*²⁵

En igual sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al fallar en el caso *"C.P.d.P., A.K s/ Autorización"* cuando dijo que el aborto puede realizarse como medida terapéutica ante la

²³ Cardinaux Nacny, "Aborto Ley vs Jurisprudencia", JA 1995 4 965

²⁴ Donna Eduardo Alberto, Ob. Citada pág. 697

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación • 07/12/2001 • B., A. • DJ 2002-1, 945 - LA LEY 2002-D, 574.

necesidad de evitar un grave e inminente peligro para la vida, la salud o la integridad de la madre.

Por último, destacar lo dicho por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata en autos O., M.V. *"Corresponde confirmar la resolución que autorizó a una menor de catorce años a someterse a un aborto, si el embarazo es producto de la violación de su padrastro y su continuación generaría una patología psiquiátrica severa e irreversible, configurándose un grave riesgo a la salud de la menor, pues el caso encuadra en el inciso 1 del art. 86 del Código Penal que abarca tanto la salud física como psíquica, es decir, el derecho a la salud integral."*²⁶

En cuanto a la evolución legislativa de este inciso, será analizado conjuntamente con el inciso 2° del artículo en el apartado siguiente.-

En cuanto a la naturaleza de la causa de justificación, entiendo que se repiten aquí las causas de exclusión del injusto reseñadas con relación a la indicación de peligro para la vida de la mujer: Estado de Necesidad y Ejercicio Legal de la profesión médica.

c) Indicación criminológica

Al analizar el art. 86 inc. 2 del Código Penal nos encontramos frente a una norma que ha sido objeto de diversas interpretaciones en especial por olvidar que las normas del derecho penal existen y se desarrollan dentro de un sistema jurídico y así como todo el sistema jurídico existe y subsiste en cuanto respete los derechos que surgen de las normas de jerarquía superior por las que emanan de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución

²⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II • 21/02/2007 • O., M.V. • La Ley Online

Nacional). Esta exigencia también es válida cuando se trata de normas penales. Por otro lado no se ha cumplido en esas interpretaciones con el requisito de aplicar la ley más benigna, ni que en caso de duda debe estarse a favor del imputado.

Haremos una breve reseña histórica. El Código Penal de 1886 no aceptó excepciones de impunidad.

La comisión del Senado en 1919 introdujo reformas en esta temática; modificaciones que fueron tomadas del Anteproyecto del Código Penal Suizo.

El Código Penal de 1921 recibió 2 causas de justificación en relación al inc. 2 en estudio. Establecía que el aborto no es punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, estableciendo que en este último caso se requiere el consentimiento de su representante legal.

Por esta indicación se concede la posibilidad del aborto lícito cuando el embarazo es producto de violencia sexual. En primer lugar es evidente que el estado no puede forzar a una mujer a aceptar al hijo que le fue impuesto por la violencia.

A fin de dar cobertura legal al aborto realizado en estas circunstancias podríamos remontarnos al origen de la norma jurídica permisiva, la que a su vez se remonta a la versión francesa del proyecto suizo de 1916 que, por su parte, sigue en esta cuestión al derecho alemán que al establecer nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de una mujer idiota o demente permitiría afirmar la impunidad sancionada en el artículo 86 alcanza todo caso de violación y no sólo al de la mujer idiota o demente ²⁷.

Por otra parte, ateniendo que la deficiente técnica legislativa del artículo en análisis da lugar a

²⁷ Soler Sebastián, Ob. Citada.-

interpretaciones diversas en orden a los alcances de la permisión, cabe recordar lo dicho con relación a la prelación que debe darse a las lecturas que plantean permisos sobre aquellas que plantean criminalizaciones cuando de leyes penales se trata.

A lo dicho hasta aquí en orden a reconocer la legalidad de esta indicación, cabe agregar la interpretación que sostiene parte de la doctrina que plantean que ante tal situación jurídica puede hacerse una interpretación del texto legal para que opere la violación como causa de justificación de la interrupción del embarazo o, de lo contrario, puede acudirse al juicio de reproche sosteniendo que a esa mujer no se le puede exigir que dé a luz a un ser no deseado y a quien rechace durante el resto de su vida por el horrible trauma de una concepción ultrajante y una maternidad no querida²⁸, llegando así por vía de una causa de inculpabilidad a la exclusión de la punibilidad.

La redacción ajena a nuestros usos hizo que durante décadas la interpretación del artículo fuera restrictiva y sin analizar seriamente los antecedentes, con una mirada impregnada de discriminación.

Juristas de nota y maestros²⁹ ³⁰de Derecho Penal argumentaron a favor de la interpretación correcta, o sea,

²⁸ Fellini Zulita, *“Interrupción del embarazo” Revista de Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales, pág. 143.

²⁹ Donna, Edgardo Alberto, *“Derecho Penal –Parte Especial Tomo I, Rubinzal Cuzoni Editores, Buenos Aires, 1999, Pág. 86 y ss.- “...no hay duda de que aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El Derecho no puede exigir héroes. De esta forma juega como causa que excluye la atribuibilidad tal como lo hemos sostenido en nuestro libro basado en criterio de prevención general. Adviértase que quien aborta, en esas condiciones, no tiene una posición contraria al Derecho. Es más, en situaciones normales, es seguro que esa mujer no abortaría...”*

³⁰ Soler Sebastián, Ob. Citada.-

pusieron el acento en el delito de violación se tratara de mujer capaz o no.

A los fines de cesar con las distintas lecturas en la materia, existieron proyectos de modificación al Código Penal que intentaban aclarar el texto del Código de 1921, y la redacción que se asumía en general era la siguiente: *“Art. 86: Sustitúyanse los incs. 1º y 2º por los siguientes: 1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un grave 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 por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.”*³¹ Esta es la redacción que puso en vigencia la ley 17.567.

El denominado aborto ético o sentimental con esa clara redacción, fue receptado en los Proyectos COLL-GÓMEZ, art. 124, y PECO, art. 121, y fue incorporado al proyecto Soler de 1960³² que con leves cambios fue introducido al Código Penal en 1967 por la ley 17.567, la cual fue dejada sin efecto en 1973 por la ley 20.509.-

³¹ Reforma introducida por la Ley 17.567 sancionada el 6.12.1967.- Este proyecto fue elevado al Poder Ejecutivo de la Nación con la siguiente nota: “ABORTO IMPUNE (Art. 86) Inc. 1º) Calificamos como “grave” el peligro; Inc. 2º) Fue una de las disposiciones del Código que dio lugar a interpretaciones más dispares, sobre todo por la inclusión de la frase ‘o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente’. Dejemos perfectamente aclarado que el aborto es impune cuando el embarazo proviene de una violación y se practica en las condiciones indicadas por la ley. Requerimos, además, que la acción penal por delito de violación haya sido iniciada.”

³² Art. 126 Proyecto Soler: “No es punible el aborto practicado por un médico, con consentimiento de la mujer encina: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un serio peligro para la vida o graves y permanentes consecuencias para la salud de la madre, y este peligro no podía ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Si la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”

Dicha redacción fue repuesta por la ley 21338 en 1976 y nuevamente dejada sin efecto en 1984 por la ley 23077, llegando a nuestros días la redacción hoy vigente en nuestro Código Penal.³³

Es de destacar, que aunque con esa redacción se buscaba poner fin a la interpretación restrictiva del artículo, al mismo tiempo y por otro lado, también incorpora la palabra “grave” en el inciso primero, restringiendo de ese modo la interpretación para el caso del aborto terapéutico, previsto en el inc. 1° del art. 86 en estudio.

Podemos concluir que las fechas entre las que tuvo vigencia esa clara redacción, entre 1967 y 1973 y entre 1976 y 1984, se corresponden con períodos en los cuales la República Argentina se vio gobernada por gobiernos de facto. Si bien puede pensarse al observar esas fechas que los gobiernos militares fueron más proclives a aceptar el aborto ético o sentimental que los democráticos, es necesario aclarar que los cambios mencionados no obedecieron a un interés en particular por el tema del aborto. Todas las reformas mencionadas fueron globales y aprovecharon proyectos o leyes anteriores. La ley 21.338, por ejemplo, incorpora la pena de muerte y otros mecanismos represivos ajenos en ese momento al Código Penal³⁴. Cabe señalar que ambas modificaciones referidas fueron también suprimidas en forma global no por su contenido sino por el hecho de haber sido dictadas por gobiernos de facto.

Cabe agregar a esta observación de Nancy Cardinaux, la paradoja que se daría si aceptamos que bajo regímenes democráticos con plena vigencia del Estado de Derecho, los derechos humanos de las mujeres sufran afrontas superiores en esta materia a las vividas bajo gobiernos de

³³ El Código Penal tampoco prevé la figura atenuada del aborto por causa de honor prevista por los Proyectos de 1960, art. 119; PECO, art. 121; COLL-GÓMEZ, art. 122 y de 1951, art. 179.-

³⁴ Cardinaux, Nancy, “Aborto Ley Vs. Jurisprudencia”, JA 1995-IV – 968.-

facto, permanente agresores a los derechos humanos. Reducir la impunidad a las mujeres incapaces es violar los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional y alentar contra la autonomía la no discriminación, la libertad y sobre todo el derecho a una vida digna.

Esta situación alcanza un nivel de dramatismo cuando se trata de violaciones de niñas menores de edad, de 10 u 11 años, cuando una sociedad y un Estado que no hizo nada para prevenir el crimen del cual esa niña es víctima, la revictimiza al exponerla y someterla a innumerables trámites, autorizaciones, opiniones, etc. y en muchos casos la condena a una maternidad precoz con un alto grado de riesgo para su vida y la del bebé. Hecho este, cuyo único destino es promover el ingreso al circuito de la ilegalidad.

A través de todos esos años y esos cambios legislativos, algo que no ha cambiado es el principio general del derecho penal que establece que siempre se optará por la interpretación que beneficie más al reo.

En este caso, si se exige el cumplimiento de los dos extremos: violación o atentado al pudor y que además la víctima se trate de una mujer idota o demente, se estaría violando ese principio general.

Sostener que el supuesto al que se refiere el inc. 2 del art. 86 del Código Penal es aplicable solamente a las mujeres "*idiotas o dementes*" supone no solamente una actitud de flagrante discriminación sino que expresaría también una actitud vejatoria e injurianta hacia todas las mujeres, ya que presupone que la mujer capaz ha aceptado el acceso carnal. Aparecería como una actitud social en grado sumo desvalorosa hacia las mujeres que nos recuerdan las muletas que ocultaran grandes crímenes tales como "por algo será" o "algo habrá hecho". Es una actitud machista. Poner el acento en la demencia y no en la violación es desconocer la voluntad del legislador.

Si se tratara solamente de casos de eugenesia no sería posible explicar por qué no se permite el aborto por ejemplo de mujeres gestantes de otras enfermedades transmisibles y que en aquella época se consideraban como generadoras de graves enfermedades, por ejemplo: sífilis.

La lectura del inc. 2 del art. 86 CP claramente nos dice que se aplica a toda violación y se refiere a la mujer capaz en este caso.

Finalmente, no puede soslayarse el hecho de que la continuación de un embarazo no deseado y la experiencia de ser madre contra la voluntad también suele tener consecuencias emocionales graves.³⁵ De este modo, en los casos de violación y probado por la opinión de un idóneo en la materia (médico o psicólogo) el daño susceptible de producirse en la salud de la gestante con causa en el embarazo producto de la violación, el aborto cae en la órbita de la indicación de peligro para la salud. Al respecto, es dable suponer que por su particular entidad, el embarazo causado por violencia sexual fue reconocido en forma autónoma y la ley presumió la existencia del daño a la salud.

En el sentido señalado aquí se pronunció la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, receptando una interpretación acorde con el espíritu de la permisión y decir que *“Si el embarazo es producto de una violación y se produce una colisión entre la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación”*³⁶

³⁵ Dagg P, “*The psychological sequelae of therapeutic abortion denied and completed*”, American Journal of Psychiatry, 148 (5), 1991, págs. 578 a 585

³⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II • 21/02/2007 • O., M.V. • La Ley Online

De la misma manera, se impone rescatar lo expresado por la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires a cargo de la Dra. María del Carmen Falbo, en torno a que resultaría violatorio del principio de igualdad ante la ley el discriminar a la mujer cuyo embarazo sea producto de una violación de acuerdo a su capacidad. En este sentido, con relación al alcance que habría que darle al inc. 2 del art. 86 CP hace suya la interpretación respecto a que lo que se excluye de la punición es todo embarazo que sea consecuencia de *"un ataque a la integridad sexual a la mujer y no producto del libre accionar (...) toda vez que el "atentado al pudor" del que se habla no figura en otra parte del código. Es decir, que cuando el artículo habla de "si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor", debe entenderse como "de una violación o de acceso carnal (...) Reforzando dicha posición, "tampoco podría admitirse una interpretación de la disposición penal que frente a una violación permitiera dar muerte al fruto de la concepción, ante la presunción del nacimiento de una persona insana, y, a su vez, sancionar ese mismo resultado cuando se produce sobre un feto concebido por una mujer sana" (Edgardo Donna, op. Cit., p. 196). Dicha inteligencia, implicaría violentar tanto el derecho de igualdad ante la ley, previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional, como todos los tratados con jerarquía internacional suscripto por la Argentina"*.³⁷

c') Indicación eugenésica

Esta indicación tiene múltiples fundamentos. Por un lado tiene en miras la incapacidad de la gestante en aras de comprometer su voluntad y consentir el acto sexual. De esta forma, el fundamento de la permisión estaría en la falta de responsabilidad frente al embarazo que obsta a la

³⁷ Dictamen de la Procuraduría General de la Provincia de Buenos Aires en autos R., L.M.; publicado en www.diariojudicial.com.ar/nota.asp?IDNoticia=30146#

obligación de terminar con un embarazo no deseado ni buscado.

Así lo ha dicho Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al fallar que *“La interrupción por medio de prácticas médicas del embarazo de una menor débil mental, abusada sexualmente, encuadra en las previsiones del art. 86 inc. 2 del Cód. Penal, pues si la niña no estaba en condiciones de prestar su libre consentimiento para el acto sexual por la discapacidad que sufre, se ha configurado una violación, sin que importe quién la cometió, ni se necesite una declaración judicial al respecto”*³⁸

Desde otro punto de vista esta indicación justifica la interrupción del embarazo cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento, graves taras físicas o psíquicas. En tales casos se exige el informe médico que acredite dicha probabilidad. Esta situación fue receptada jurisprudencialmente en el caso *“T.S c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”* para el caso de un feto anencefálico, y tuvo en cuenta el daño psíquico que la continuación del embarazo acarrearía a la mujer gestante y su familia.

En el antes citado dictamen de la Procuradora General de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se plantea que *“si se entendiera que el art. 86, inc. 2 del CP solamente prevé el aborto eugenésico, se debería aceptar, el fin histórico de dicha norma, esto es, la protección de la “pureza de la raza humana”. Actualmente esta fundamentación es insostenible, en tanto que “la sociedad de hoy, no es la misma que al momento de sancionarse la norma, y en consecuencia lo mismo sucede con sus valores. Por ello, y a la luz de los nuevos valores receptados tanto por nuestra constitución como por los*

³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 31/07/2006 • R., L. M. • LLBA 2006, 895 - LL 2006-F, 152 - JA 2006-IV, 210

*tratados internacionales, entiendo necesario reinterpretar el artículo. Por ello me veo inclinada a sostener que el artículo 86, inciso 2, exime de pena a cualquier mujer que desea no continuar con un embarazo producto de un ataque a su integridad sexual.” Lo contrario equivaldría a discriminación, y reflexiona que con ello no se desconoce el derecho a la vida, sino que reconoce el valor de todos los seres humanos, con las limitaciones que su condición conlleva y con lo que el ordenamiento jurídico puede exigirle a cada ser sin destruirlo.*³⁹

Por lo demás y en general, es importante destacar que la imposibilidad de la mujer de consentir voluntariamente el acto sexual transforma a toda relación que involucre a una mujer “*idiotas o demente*” en una violación con las consecuencias supra apuntadas para dicha indicación.

En ese sentido se ha manifestado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 2006-IV, 210, “*Las prácticas abortivas, no como conducta necesaria, sino como opción valorativa no incriminada de la mujer violada, absolutamente inhábil para haber comprendido el sentido de la sexualidad y para afrontar una maternidad, integran el listado de situaciones que se identifican o indican como excepciones razonables a la tutela supralegal de la persona por nacer*”⁴⁰

B) Naturaleza jurídica de las indicaciones

El análisis en orden de dilucidar la naturaleza jurídica de las indicaciones resulta ser de suma importancia debido a la necesidad de clarificar e insistir sobre la legalidad de las conductas de la mujer y de los integrantes de los

³⁹ Dictamen de la Procuraduría General de la Provincia de Buenos Aires en autos R., L.M.; publicado en www.diariojudicial.com.ar/nota.asp?IDNoticia=30146#

⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 31/07/2006 • R., L. M. • LLBA 2006, 895 - LL 2006-F, 152 - JA 2006-IV, 210.

servicios de salud cuando ejercen los respectivos derechos y obligaciones que les otorga el art. 86 incs. 1 y 2 del Código Penal.

La doctrina se encuentra dividida con relación a la consideración de las indicaciones, y la calificación va desde una causa de justificación a una excusa absolutoria. Esto importa anclarlo en el plano de la antijuricidad, en el de la culpabilidad o en el de la punibilidad.

Las legislaciones modernas han considerado el estado de necesidad como causa de justificación genérica. Cabe preguntarse por qué el legislador aparte de legislar en general el estado de necesidad como tal y para todos los tipos de delito establecidos otorga una regulación expresa y específica para el aborto cometido en determinadas condiciones. Se ha dicho que el motivo reside en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en un terreno donde las decisiones jurídicas difícilmente están exentas de considerarse morales o ideológicas. Nos encontramos ante un supuesto en el cual la regulación positiva busca el interés de la ley por garantizar los abortos no punibles se realicen en condiciones de asepsia y se cumplan las reglas del arte de curar.

Es en este punto en el que llegamos a la pregunta ¿Ausencia de punibilidad o causa de justificación?

La doctrina oscila entre ambas interpretaciones. ¿Cuáles son las diferencias y cuáles las consecuencias que se derivan de una u otra interpretación? Para nosotros aparece claro que nos encontramos ante causas de justificación, ya que la no punibilidad que expresa la ley en referencia a un tipo penal determinado deviene en convertir el hecho en legal *ab initio*.- Para ordenar las ideas, decimos que el art. 86 establece una causa de justificación por lo tanto no es necesaria la intervención judicial ni ante, ni post facto. Un ejemplo del caso contrario, es el del naufrago, que mata al otro que le disputa el salvavidas, en este caso, el naufrago mata para salvar su vida y la posterior intervención judicial, a pesar

de que se cometió el delito de homicidio, como no le podía ser exigida otra conducta, no lo considerará culpable, pero es necesaria en este caso la intervención judicial.

Esta legalidad del art. 86 aparece con toda su fuerza en los referidos fallos de los Tribunales Supremos de las provincias de Mendoza, Entre Ríos y Buenos Aires y todos aquellos que han señalado la no necesidad de solicitar autorización judicial para realizar los abortos cuando se dan las circunstancias que señalan los inc. 1 y 2 del art. 86 del Código Penal.

Esa innecesidad nos acredita la legalidad de la conducta de todos los implicados en un caso de aborto terapéutico y/o ético.

Los eximentes suponen un estado de necesidad justificante. El meollo es dilucidar cuál es el interés preponderante. En el caso de los intereses comprometidos de la mujer, existe coincidencia en identificarlos como: vida, salud física y psíquica, intimidad y libertad; todos ellos, bienes protegidos por la Constitución y que se encuentran en cabeza de su titular de derechos, la mujer. Desde el otro lado, el interés no es tan claro, ni las opiniones son tan coincidentes y los mismos no representan derechos fundamentales; los mismos se diversifican en el interés del estado demográfico o con el valor que la sociedad le atribuye a la esperanza de vida representada por el nasciturus o con la vida humana en proceso.

Como consecuencia de la indicación considerada *causa de justificación* nos encontramos en primer lugar con la imposibilidad de que un tercero obstaculice el acto médico bajo pretexto de defender o auxiliar al feto. Nadie podrá impedir que se realice un aborto indicado. Además será válido el contrato con el médico que versa sobre la interrupción del embarazo. Cabría la cobertura de los gastos ocasionados por la seguridad social y se consideraría enfermedad no provocado dando derecho a

la percepción del salario durante la baja ocasionada por el aborto.⁴¹

Si se califica la indicación como *causa de exculpación* o como *excusa absolutoria* sí cabría el auxilio a terceros, es decir que un tercero pueda impedir el acceso de la embarazada a una clínica abortiva y podría hasta matar al médico si fuera la única medida eficaz para impedir el aborto porque el profesional actuaría antijurídicamente, aunque quedaría exculpado de la misma manera que la embarazada por mandato de la ley. El contrato con el médico no sería válido, no se cubrirían por la seguridad social los gastos ocasionados y la embarazada no tendría derecho al salario durante la baja.⁴²

Lo dicho resulta claro en cuanto a que las diferentes consecuencias nos muestran la importancia fundamental de la calificación jurídica de las indicaciones. Si optamos por considerarla causa de justificación nos encontramos frente a una cantidad y calidad de consecuencias que avalan y devienen de su legalidad, mientras que considerarla como causa de inculpabilidad obstaculizará o impedirá la realización del aborto en cualquier forma, así como la ilegalidad de los actos realizados en función del hecho interruptivo.

En especial y sobre todo la legalidad del aborto no punible se expresa en la improcedencia de solicitar autorización judicial siendo idóneo y único elemento necesario, la opinión del médico.⁴³

⁴¹ Fellini Zulita, Interrupción del Embarazo, en Revista de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales, Pág. 155.-

⁴² Fellini Zulita, Ob. Citada.

⁴³ "... o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir con una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil; el

Recordemos lo dicho por el Dr. Roncoroni en la causa Ac. 95.464, “C.P.d.P., A.K. Autorización”, sentencia del 27 de junio de 2005 que dice que a la luz de lo dispuesto en el ar.t 86 del Código Penal los únicos protagonistas de ese acto médico no son otros que la mujer encinta y el médico diplomado, que es el único dotado con el bagaje de conocimientos científicos y técnicos que permita apreciar, con la debida justeza, si el grado de peligro para la salud o la vida de la madre justifican la adopción de la práctica que ella consiente y si no hay otro medio de evitarlo.⁴⁴

C) La legalidad del aborto

Una vez aclarados los términos en orden a los alcances y la naturaleza jurídica del permiso legal para abortar, es importante señalar que en los casi noventa años de vigencia del Código Penal, la constitucionalidad del artículo 86 solo se ha cuestionado judicialmente en una oportunidad, en el año 2006, cuando la Suprema Corte Bonaerense tuvo que resolver sobre el caso de la joven L.M.R, una joven incapaz que resulto embarazada debido a una violación, oportunidad en la que el más alto tribunal provincial señaló la congruencia de la autorización legal con las disposiciones constitucionales y con los tratados internacionales suscriptos por nuestro país.

Llegado este punto resulta necesario reiterar que, cuando se dan las circunstancias reseñadas, la interrupción del embarazo ha sido excluida expresamente del tipo penal por el legislador. En este sentido es importante recordar

segundo, por imposibilidad jurídica...” Bidart Campos, “Autorización judicial solicitada para abortar”, nota al fallo publicada en ED 114-184, citada en Jarque, Gabriel D., “Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas” ED, 2001, III.-

⁴⁴ INADI, “Recomendación general N° 2 “Discriminación en la Atención Sanitaria de casos de abortos Legales y Tratamiento Postaborto”, 23 de mayo de 2007.-

que el derecho penal, por expreso mandato constitucional solo interviene una vez cometida la conducta ilícita y, en consecuencia, resulta innecesaria e ilegítima la actuación anticipada del Poder Judicial en orden a autorizar una práctica médica legítima o a prohibir su realización. En todo caso, será cuestión de análisis ex post facto la inexistencia de alguna de las causas que habilitan al aborto en los términos del art. 86 CP.

Por último destacar que, en la cuestión del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, nuestro país no hace otra cosa que sumarse a una corriente de orden internacional en lo referido al reconocimiento de los derechos de las mujeres. En este sentido, resulta ilustrativo lo señalado por la Organización Mundial de la Salud en cuanto a que *“en casi todos los países la ley permite el aborto para salvar la vida de la mujer. En más de tres quintos de los países, el aborto está también permitido para preservar la salud física y mental de la mujer y, en alrededor del 40 por ciento, se permite el aborto en caso de violación, incesto o daño fetal. Un tercio de los países permite el aborto sobre bases económicas y sociales y al menos un cuarto, permite el aborto a petición (División Población de las Naciones Unidas 1999). Por ende todos los países deberían tener servicios seguros y accesibles para realizar un aborto donde la ley lo permita”*⁴⁵.

⁴⁵ Aborto sin riesgos, Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud, Organización Mundial de la Salud, 2003.

IV. LA REALIDAD DEL ABORTO NO PUNIBLE EN ARGENTINA.

Como se ha dicho, en la mayoría de los países se contemplan situaciones en las que el aborto es legal, sin embargo y a pesar de ese reconocimiento, es común la colocación de obstáculos que impiden o dificultan el acceso de las mujeres al derecho que les asiste.

Según la Organización Panamericana de la Salud, *"en muchos casos en que las mujeres están legalmente autorizadas para tener un aborto, no se dispone de servicios seguros por diversas razones. Estas incluyen problemas del sistema de salud, tales como falta de proveedores capacitados o su concentración en áreas urbanas, actitudes negativas del proveedor, utilización de métodos inadecuados o desactualizados para inducir el aborto, falta de autorización para proveedores o instalaciones, falta de conocimiento de la ley o falta de aplicación de la ley por parte de los proveedores, requerimientos reglamentarios complejos o falta de recursos. También deben encararse factores políticos y sociales más amplios si va a brindarse acceso a un servicio legal y sin riesgos, tales como los requerimientos reglamentarios o legales, la falta de información pública sobre la ley y los derechos de las mujeres bajo la ley, la falta de conocimiento sobre lugares donde se realizan abortos o la necesidad de efectuar el aborto en etapas tempranas del embarazo, la actitud familiar, el estigma y los temores en relación a la privacidad y confidencialidad y como se percibe la calidad de la atención"*.⁴⁶

En el caso argentino, establecido y aceptado que existen supuestos legales en los que el aborto no es punible, cabe añadir que la realidad enseña que cuando se cumplen los presupuestos que legalmente habilitan la procedencia de la interrupción del embarazo, estos no operan

⁴⁶ Aborto sin riesgos, Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud, Organización Mundial de la Salud

automáticamente sino que sufren el retraso de la solicitud de autorización judicial, lo que implica un menoscabo del goce o ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres.

Requerir la intervención de un juez es interponer una barrera que dificulta arbitrariamente el acceso a la salud y resulta inconstitucional. Tanto el sistema de salud cuando la solicita, como el juez cuando responde la solicitud, están violando el derecho a la salud integral de las mujeres.⁴⁷

Así lo entendió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, cuando dijo que *“Una vez cotejadas las circunstancias de hecho contenidas en el art. 86 del Cód. Penal, la actuación de los profesionales de la salud debe dirigirse a adoptar las intervenciones médicas aconsejadas sin necesidad de previa autorización judicial.”*⁴⁸

En el mismo sentido el Dr. Julio Maier, en cuanto al requisito como único necesario del dictamen médico, se ha pronunciado en el fallo “S.T. c/ GCBA” dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires al fallar ante un caso llevado a su conocimiento, donde señaló: *“En esta verdadera paradoja consiste precisamente la decisión a tomar por el Tribunal y, como se vera, la ilegitimidad del acto administrativo que omite la ejecución de lo indicado y le requiere a las personas presuntamente en riesgo un requisito mas que la ley no exige: la autorización judicial. Se puede comprender, al menos en este país, el temor de los médicos que determinó esta solución, pero ellos deberán comprender que el ejercicio de toda profesión entraña responsabilidad*

⁴⁷ Mafia Diana, “Aborto No Punible: Del amparo de la ley al desamparo de la Justicia”, en Urbe et ius Revista de Opinión Jurídica, Año II Newsletter N. 13, otoño MMVI.

⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 31/07/2006 • R., L. M. • LLBA 2006, 895 - LA LEY 2006-F, 152 - JA 2006-IV, 210.

y, más aún, la asunción de esa responsabilidad al tomar decisiones que sólo un profesional médico puede tomar, según la propia ley (...) Con la decisión de no ejercitar aquello que fue indicado, por lo demás, no han eliminado la responsabilidad, pues si resultara, por ejemplo, que el daño a la salud se produce por no haber procedido a tiempo a ejecutar la indicación, al requerir la autorización judicial ellos deberán hacer frente a esa imputación”⁴⁹

Y de igual forma se manifestó la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza al resolver en el caso C., S. M. y otros y *“Declarar que la aplicación del art. 86 incs. 1 y 2 del Código Penal no requiere autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma a criterio de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público”⁵⁰.*

Por otra parte, es importante destacar que el arraigado hábito de los médicos de remitir a la justicia las solicitudes de aborto, o requerir autorización judicial para realizarlos, no sólo es una falta grave por delegación de la responsabilidad médica, sino un debilitamiento y obstaculización del ejercicio de derechos de las mujeres que debe ser condenado como un caso de iatrogenia y de *“mala praxis”* profesional e incluso de abandono de persona en el Caso de que de la denegación de la solicitud deriven daños para la paciente.⁵¹

Mas aún, debe tenerse presente que el médico que solicita la venia judicial para efectuar un aborto en los casos previstos por el art. 86 CP podría incurrir en el delito de violación del secreto profesional, tipificado en el art.

⁴⁹ TSJ CABA en “S.T c/ GCBA”, voto del Dr. Julio Maier.

⁵⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, C., S. M. y otros; JA 2006 IV 219

⁵¹ Mafia Diana, “Aborto No Punible: Del amparo de la ley al desamparo de la Justicia”, en Urbe et ius Revista de Opinión Jurídica, Año II Newsletter N. 13, otoño MMVI.

156 del CP. Ello así, por cuanto tal requerimiento supone comunicar a un tercero una situación conocida en virtud del ejercicio de la profesión médica, sin que pueda argumentarse la existencia de justa causa por cuanto la practica abortiva en los supuestos de excepción es un hecho cuya licitud ha sido declarada ex ante por la ley penal. De esta forma, resulta evidente que solicitar la intervención de la justicia implica un ataque contra el derecho a la intimidad que asiste a la paciente y una violación del deber de confidencialidad que el interés público exige a los médicos, y que se encuentran en la base de la norma que pena la violación del secreto profesional.

En otro orden de cosas, entiendo importante destacar que de esta rutina médica de requerir la intromisión de los jueces en las situaciones del art. 86 CP, resulta la generación de un acceso diferenciado a la salud en tanto el nivel socio-económico, la edad y el nivel de escolaridad de las mujeres determina sus posibilidades de acceso a un aborto seguro.

Ello es así en tanto es un hecho evidente y sabido que las mujeres de nivel socio-económico medio y alto acceden, en forma privada y sin mayores problemas, a la atención sanitaria adecuada en los casos en que requieren la realización de un aborto; mientras que las mujeres de más bajos recursos ponen en riesgo su vida y su salud al verse obligadas a practicarse un aborto séptico y clandestino. Esta situación se vincula con nuestro tema debido a que las solicitudes de autorización provienen, por lo general, de médicos que operan en hospitales públicos.

De esta manera se lleva a quienes tienen un derecho a ingresar en el circuito clandestino, con el agravamiento que las mujeres que ya se encontraban en situación de vulnerabilidad, ya sea por la posibilidad de que sufran daño en su salud física o psíquica o porque ha sido víctima de una violación con todo lo que ello implica, se

verán doblemente victimizadas, porque deberán recurrir a una interrupción del embarazo sin contar con las mínimas condiciones de asepsia y cuidado debidos.

Sin embargo, es preciso destacar que en un estudio realizado en el año 2001 por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) entre 500 médicos que desarrollan su práctica en hospitales públicos del área metropolitana arrojó resultados reveladores con respecto a la visión de la comunidad médica respecto a la práctica del aborto no punible. De dicho trabajo surge que un 63% de los profesionales consultados consideró que el aborto es el problema de salud pública más relevante del país. En cuanto a la legislación sobre aborto, el 86,7% de los médicos encuestados afirmó que la ley no debería penalizar la interrupción de la gestación en caso de riesgo para la vida o la salud de la mujer y el 83,3% sostuvo que no se debería penalizar la interrupción de la gestación en caso de violación o incesto. Además, el 73,5% dijo que los hospitales públicos deberían realizar los abortos no penalizados por la ley. De los datos reseñados resulta lícito inferir que la resistencia de los médicos a practicar los abortos lícitos podría tener que ver con el temor que les produce la confusión en torno a la legislación y las interpretaciones contradictorias de los tribunales.

Dicho esto, corresponde señalar que “los profesionales de la salud en todo nivel tienen la obligación ética y legal de respetar los derechos de las mujeres. Trabajando en forma conjunta con los Ministerios de Salud y Justicia y sus respectivas asociaciones profesionales, ellos pueden ayudar a clarificar las circunstancias en las cuales el aborto no es ilegal. Deben entender y aplicar las leyes nacionales relacionadas al aborto y contribuir al desarrollo de regulaciones, políticas y protocolos para asegurar el acceso a servicios de calidad en toda la

*extensión permitida por la ley y respetando el derecho de la mujer a un trato humano y confidencial.*⁵²

El escenario que se acaba de describir da cuenta de la necesidad de proporcionar un marco legal que, regulando los procedimientos que deben seguirse en las situaciones en las que el aborto es permitido, garantice el ejercicio de los derechos que emergen del art. 86 CP poniendo al alcance de todas las mujeres la posibilidad de acceder a un aborto en adecuadas condiciones sanitarias y con la contención psicológica apropiada.

Existe una innegable realidad acreditada por estudios estadísticos y es que Argentina es uno de los países donde el aborto inseguro es la principal causa de mortalidad por gestación desde 1980. La mortalidad avanza sobre mujeres y niñas entre 15 y 39 años, jóvenes y pobres; 93 muertes se registraron en el año 2006, entre ella, la de una niña menor de 14 años y 7 adolescentes, menores de 20 años. En el 2005, se habían registrado 19 muertes de jóvenes entre los 15 y 24 años de edad por abortos inseguros. Ello representa el 24 % de las muertes por aborto para ese tramo de edad.⁵³

Las normas a dictarse en esta inteligencia no pueden ser de otra naturaleza que procedimentales, puesto que vienen a regular las maneras y formalidades a que debe sujetarse la acción de los efectores de salud para garantizar el efectivo ejercicio de un derecho reconocido por la ley de fondo. Estas normas determinarán *“cuáles son los pasos a seguir para que llegado el momento se establezca quién, en que oportunidad, y qué requisitos deberán cumplirse para que la operación no se torne imposible o ilegal.”*⁵⁴

⁵² Aborto sin riesgos, Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud, Organización Mundial de la Salud

⁵³ Estadísticas Vitales 2006, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación de la República Argentina.-

⁵⁴ Fellini Zulita, “Interrupción del...” Ob. Citada.-

De esta manera, y en orden a la organización de nuestro sistema constitucional federal, la elaboración de la normativa en cuestión corresponde a los órganos locales, en tanto que el dictado de normas de procedimiento es una de las competencias reservadas por las provincias, de acuerdo con el art. 121 de la Constitución Nacional.

V. NORMAS DE PROCEDIMIENTO QUE GARANTIZAN LOS DERECHOS QUE EMERGEN DEL ART. 86 CP

La reiteración de obstáculos puestos a las mujeres a las que les asiste el derecho de abortar y las dilaciones a que son expuestas, llevó a que el Ministerio de Salud de la Nación conjuntamente con los ministerios provinciales señalaran la necesidad de garantizar el acceso a la atención del aborto no punible en los hospitales públicos dando cumplimiento a lo estipulado en el código penal y asumieran el compromiso de elaborar una reglamentación para que se atendieran allí como una práctica médica habitual que no requiere autorización judicial.⁵⁵

El marco jurídico que se adopte para que los servicios de salud no obstaculicen el ejercicio de un derecho humano básico como es la debida prestación médica que requiere la práctica de un aborto terapéutico serán normas legislativas u administrativas perfectamente constitucionales ya que no modifican en modo alguno la legislación de fondo, esencialmente procedimentales y, por ende, reservadas a las provincias. De este modo, los estados provinciales tienen la obligación de adoptar medidas para que el derecho constitucional a la salud sea garantizado, y de ese modo hacer que las normas se

⁵⁵ Zamberlin Nina, *“El aborto en la Argentina”*, Buenos Aires; CEDES/FEIM/IPPF; 2007. En www.cedes.org/informacion/ci/publicaciones/hi.html.

cumplan, se efectivicen y no se convierta en meras declaraciones.

En virtud de lo dicho hasta aquí, a lo largo del año 2007 algunas provincias dictaron sus propias normativas tendientes a despejar dudas y obstáculos en el acceso al derecho al aborto legal. Así, La Pampa aprobó recientemente una ley que reglamenta la atención de los abortos no punibles y que fue vetada por el ejecutivo provincial, y Buenos Aires dictó a comienzos del año una resolución en el mismo sentido. Las ciudades de Buenos Aires y de Rosario también avanzaron con protocolos similares.

Las normas así dictadas tienen el carácter de protocolos dispuestos por la autoridad legislativa o administrativa para guiar la acción de los profesionales médicos ante situaciones a las que la ley reconoce legalidad. Su objetivo es generar un marco de seguridad a los profesionales de la salud y especificar sus obligaciones ante pedidos de interrupción de embarazos que encuadren en los supuestos contemplados en el Código Penal. Es en este sentido que pueden ser asociadas a normas procedimentales y, reiteramos, de ninguna forma dicen algo con relación al tipo penal.

Como ya se dijera, por su naturaleza jurídica como normas de procedimiento, y del juego armónico de los arts. 5, 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional, el dictado de la normativa en cuestión corresponde a los órganos provinciales en el ámbito de su autonomía y en ejercicio de facultades que le son propias y que no han sido delegadas en el gobierno federal.

Por otra parte, es claro que se trata de normas que al dejar en claro los alcances de la ley penal, vienen a cumplir con el rol educador que corresponde al derecho, tan o más importante que su papel como rector.

Un análisis de las disposiciones, nos llevan a la plena convicción de que las mismas son meras normas

procedimentales y jamás puede decirse que modifican al tipo penal. Cabe recordar, siguiendo a Zullita Fellini que las leyes penales se construyen sobre tipos jurídicos estructurados sobre un precepto o antecedente y un consecuente o sanción. Estableciendo el precepto lo que se encuentra prohibido, es decir la conducta no permitida, o la conducta obligada (en el caso de los delitos de omisión) y el consecuente la sanción, es decir: lo que ocurre a quien hace o deja de hacer lo obligado por la ley penal.

Por el contrario, las disposiciones constituyen obligaciones de hacer y como hacer, que no están imputados ni describiendo ningún delito. No tienen precepto ni sanción, no se enmarcan en el ámbito penal. Por lo tanto, no exceden, no modifican, no contradicen, ni restringen la normativa penal, no operan en ese ámbito. No se trata de fondo y forma. No se legisla en materia penal. No se le imputa algo a alguien.

En lo demás, resulta importante destacar que las reglamentaciones mencionadas se encuentran en concordancia con las recomendaciones efectuadas a la Argentina por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el año 2000. En aquella oportunidad se dijo: *"Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite"... "El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado"... "El Comité recomienda además que se reexaminen periódicamente las leyes y las políticas en materia de planificación familiar. Las mujeres deben poder recurrir a los métodos de planificación familiar y al procedimiento de esterilización y, en los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se deben suprimir todos los obstáculos a su obtención".*

Las aludidas reglamentaciones son:

- *Guía Técnica para la Atención de Abortos No Punibles del Ministerio de Salud de la Nación.*

La guía fue elaborada en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, que promueve la incorporación de los servicios de aborto no punible (ANP) como parte de las políticas integrales de salud sexual y reproductiva y en especial, de la prevención y el manejo del embarazo no deseado. Se trata de una especie de Manual entregado por el Ministerio de Salud de la Nación a los hospitales públicos con precisos lineamientos de cómo se debe proceder ante un pedido de interrupción de un embarazo permitida por la ley con el objetivo de evitar que esos casos se judicialicen.

El documento fue desarrollado por un equipo convocado por la Secretaría de Programas Sanitarios, con el apoyo de la Organización Panamericana de la Salud, y pone al alcance de los profesionales de la salud los procedimientos clínicos y quirúrgicos recomendados por la OMS para la interrupción de un embarazo, y provee el marco jurídico para que los médicos se sientan respaldados en sus prácticas.

En cuanto al esquema que propone, en primer lugar se plantea el deber del médico de dar información veraz y despojada de su juicio personal, ofreciendo la contención profesional y emocional a la mujer, de modo tal que le sea posible tomar libremente la decisión que considere adecuada para su situación personal.

Una cuestión importante es la referida al deber de confidencialidad que, respetando el debido secreto profesional, se hace extensivo a la pareja y, en su caso, a los representantes legales de la mujer gestante, en orden a evitar presiones o influencias externas a una decisión que solo a ella compete.

En lo que tiene que ver con el tratamiento específico de las indicaciones, en lo referido a las que surgen del inc. 1 del art. 86 CP la guía asume como propia la definición de salud integral de la OMS y, en cuanto a la constatación del peligro, establece que el médico debe fundar su diagnóstico mediante los estudios pertinentes y en interconsulta con otro profesional (médico o psicólogo según corresponda). Asimismo, se indica que cualquier imposición de exigencias adicionales *“representarán una violación del derecho de la mujer a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley, lo que vulnera su derecho a la autodeterminación e incrementa el riesgo para la salud”*.

Por su parte en el caso de las indicaciones del inc. 2 del art. 86 CP, se impone a la mujer o a sus representantes legales según corresponda, la carga de presentar la constancia de la denuncia policial. Asimismo, y en orden de atender las consecuencias de la situación vivida, se exige la prestación de atención psicológica.

En otro orden de cosas, y con relación a la objeción de conciencia, se reconoce a los profesionales de la salud la facultad de ejercer este derecho en forma individual, pero obliga a las instituciones a procurar los recursos materiales y profesionales para garantizar la prestación.

- *La Resolución 304/2007 de la Provincia de Buenos Aires*

Esta norma se inscribe en el marco del “Programa provincial de salud para la prevención de la violencia familiar y sexual y la asistencia a las víctimas”, e incluye un Protocolo de Atención de Abortos No Punibles, *“fundado en la necesidad de contar con pautas que permitan aplicar el aborto en los supuestos contemplados como no punibles en los términos del Artículo N° 86, Inciso 1 y 2 del Código Penal.”*

En primer lugar señala en forma expresa que en los casos previstos no se requiere autorización judicial, luego prescribe que los centros de salud deben actuar con la debida celeridad y sin dilatar en forma innecesaria la realización del procedimiento abortivo, siendo responsabilidad del director del establecimiento brindar la atención y práctica solicitada.

En cuanto al procedimiento en si, se establece que, en los supuestos de peligro para la vida o la salud de la mujer gestante, esta circunstancia debe ser fehacientemente diagnosticada por un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud (conformado por un Toco ginecólogo; Psicólogo; un Médico Psiquiatra y un Trabajador/a Social), que debe expedirse en un plazo no mayor a los 5 días de la solicitud.

Por otra parte, se establece expresamente que a los fines del diagnóstico de afección a la salud debe tomarse en consideración el concepto de salud integral sostenido por la OMS, y se señala que deben considerarse situaciones tales como síndrome de estrés post-traumático, depresión profunda, intentos de suicidio y ser víctima de violencia, entre otros.

Por último, se requiere del consentimiento informado de la paciente y, una vez obtenido, la intervención debe realizarse dentro de los 3 días siguientes. Además, establece la obligación de ofrecer *"asistencia psicológica desde el momento en que solicita la interrupción del embarazo y hasta después de realizada la intervención, gozando de prioridad en la asignación de turnos"*.

Para los casos de interrupción del embarazo de mujer incapaz, se requiere el consentimiento informado del representante legal, en su caso acreditación de insania y la denuncia de judicial o policial de la violación.

A fin de garantizar la libertad de los médicos se contempla la posible objeción de conciencia que deberá formularse por escrito, y promueve la conformación de un registro

público de objetores. Los profesionales que se inscriban en el registro no pueden formar parte de los Equipos Técnicos Interdisciplinarios.

- *La Resolución 1174/2007 del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires*

En atención a que la legislación de fondo en ningún momento menciona el procedimiento a seguir por los médicos para efectuar la maniobra abortiva, el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires señala la necesidad de diseñar e implementar medidas de acción positivas que permitan el acceso de las mujeres a la práctica de abortos seguros en las condiciones establecidas por el art. 86 del Cód. Penal, y con el fin de *"garantizar en sus diversas dimensiones el bien jurídico salud, el que debe ser protegido en la mayor medida posible"*. Es en esa inteligencia que se dicta el acto administrativo a través del cual se establecen los parámetros a los que deberán ajustarse los efectores de salud pública en el ámbito de la competencia del Ministerio.

Del texto de la Resolución surge en forma expresa que el pedido de autorización judicial no resulta necesario para la realización de las prácticas abortivas, las que deberán realizarse dentro de los 3 días de constatados los extremos requeridos por la ley de fondo y obtenido el consentimiento informado de la mujer, que en el caso de las mujeres menores o incapaces deberá ser refrendado por sus representantes legales luego de ejercer su derecho a ser oídas.

A fin de constatar que se cumplan las circunstancias que habilitan la realización del aborto, deberá conformarse en cada centro de salud un Equipo Técnico Interdisciplinario integrado por un el toco ginecólogo tratante, un psicólogo, un/a médico psiquiatra, un trabajador social y

un abogado; que deberá expedirse dentro de los cinco días de recibidos los antecedentes.

En cuanto al procedimiento en si, para el caso de las indicaciones del inc. 1 del art. 86 el peligro para la salud o la vida de la mujer deberá ser declarado por el médico tratante o el Equipo Técnico según el caso, y el diagnóstico debe ser conformado por el Director del Centro de Salud. El cuadro y el peligro deberán ser explicados a la mujer en términos que pueda comprender, debiendo asentarse la explicación en la historia clínica de la paciente.

Para la atención de los casos que caen en la órbita del inc. 2 del art. 86, debe contarse con el consentimiento informado del representante legal de la gestante, y acreditarse la insania con la respectiva declaración o el dictamen del profesional de salud mental que integra el Equipo Técnico del Centro de Salud.

A fin de respetar la autonomía de los médicos, se habilita un registro de objetores de conciencia, estableciendo que quienes se encuentren allí inscriptos no formaran parte de los Equipos de Evaluación.

- *Ley 1044 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Esta ley tiene por objeto regular el procedimiento que deben seguir los profesionales de los hospitales públicos de la órbita del Gobierno de la Ciudad, ante situaciones de fetos que padezcan patologías incompatibles con la vida extrauterina; garantizando el acceso a servicios de psicoterapia y al adelantamiento del parto a las mujeres que así lo soliciten.

- *Ordenanza 8166 de la Ciudad de Rosario.*

A través de esta norma, el Consejo Deliberante de la Ciudad de Rosario establece los procedimientos a que

deberán ajustarse los efectores de salud del sistema público de la ciudad a fin de garantizar la realización de los abortos en las circunstancias habilitadas por el art. 86 del Código Penal, en orden a garantizar el derecho a la salud y a la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, por medio de la adopción del llamado "Protocolo de Atención Integral para la Mujer en Casos de Aborto no punible".

Dicho protocolo tiene como objetivos específicos que los servicios de salud municipal garanticen a la mujer:

- a)** La realización de un diagnóstico y las intervenciones médicas necesarias para la interrupción del embarazo sin riesgos.
- b)** La atención médica y psicológica a la mujer pre y post aborto.
- c)** La preservación de sus datos personales y familiares.

Con relación a los casos de peligro para la vida y salud de la mujer, se establece que una vez diagnosticado por el profesional de la salud que corresponda, se deberá informar a la mujer del diagnóstico /pronóstico y de la posibilidad de interrumpir el embarazo dejando constancia de ello en la historia clínica.

Respecto al caso de la violación de una mujer incapaz, dispone la necesidad de contar con el consentimiento informado de los representantes legales de la mujer.

Finalmente, se dispone el derecho de los médicos de negarse a realizar esta práctica por razones de conciencia, pero se aclara que tal declaración se debe efectuar al momento de ingresar a trabajar en el establecimiento de salud, el que de todas formas deberá garantizar la existencia de medios técnicos y humanos para hacer posible la intervención.

Se hace constar que esta práctica médica no requiere de autorización alguna en orden a su realización y

- *Ley 2394 de la Provincia de La Pampa*

Mediante esta ley, la Legislatura de la Provincia intentó dar un marco jurídico que regulara la atención de los abortos no punibles establecidos en el art. 86 del CP, con el objeto de “*garantizar la salud integral de las mujeres*”, y hacía expresa mención a la ausencia de necesidad de autorización judicial.

La ley establecía el deber de garantizar la realización de un diagnóstico y las intervenciones médicas necesarias para la interrupción sin riesgo del embarazo; la que debía llevarse a cabo por un equipo interdisciplinario y la obligación de atención médica y psicológica previa y posterior al mismo.

En el mismo sentido que las demás reglamentaciones, establecía el derecho de los médicos a ser objetores de conciencia y proponía la conformación de un registro.

Sin embargo, la iniciativa fue abortada por el poder ejecutivo, que la veto con diversos argumentos.

En primer lugar se sostuvo que, al incorporar el concepto de salud integral se estaría realizando una interpretación de la legislación penal que ampliaría y modificarían los alcances de la permisión, lo que entraría en la órbita de las competencias delegadas al gobierno federal, que es quien tiene competencia para legislar sobre cuestiones de fondo.

Ahora bien, una ley penal para ser tal debe contar con un antecedente que es un hecho al que se le imputa una sanción. En el caso de referencia esto no ocurre, sino que estábamos ante una norma que establecía una obligación de hacer en cabeza de los médicos. La ley resultaba, a lo sumo, aclaratoria de cómo debe procederse ante situaciones que, por otra parte, son legales. Por otro lado, es importante destacar que resulta una aberración jurídica creer que el Concepto de Salud al que se refiere el Código Penal permanece incólume desde hace cien años, y que

no participa del alcance que a este derecho le otorgan la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a ella.

Otra de las objeciones esgrimidas por el Sr. Gobernador Jorge plantea que la adopción de un registro de objetores de conciencia estaría vulnerando el art. 19 de la C.N, no obstante la realidad nos dice que se esta reconociendo el derecho de los médicos de no realizar prácticas abortivas con base en sus creencias particulares poniéndolos a salvo de posteriores reclamos por mala praxis o abandono de persona para el caso que decidieran no intervenir.

Por último, y en orden a otro de los fundamentos del veto, es importante destacar que con esta medida, al adelantarse a ejercer un control de legalidad y razonabilidad de la ley, el gobernador a avanzado sobre atribuciones que son propias del poder judicial, al evaluar ex ante la supuesta inconstitucionalidad de la ley, cercenando de de hecho la división de poderes.

VI. EMBARAZO ADOLESCENTE, ABORTO LEGAL Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

La OMS define como adolescencia al *"período de la vida en el cual el individuo adquiere la capacidad reproductiva, transita los patrones psicológicos de la niñez a la adultez y consolida la independencia socio – económica"* y fija sus límites entre los 10 y 20 años. La sexualidad es una parte fundamental del desarrollo durante la adolescencia, según estudios de la Sociedad Argentina de Ginecología y Obstetricia el inicio de las relaciones sexuales es a los 15 años. La iniciación sexual a edad temprana y la información insuficiente expone a las adolescentes a una sexualidad riesgosa, cuyas consecuencias son múltiples y van desde la transmisión de enfermedades infecciosas al embarazo no deseado.

De acuerdo a datos del Centro de Estudios Latinoamericanos Salud y Mujer, en el país se registran casi 110 mil partos anuales de menores de 18 años. El mismo Centro estima que también creció la cifra de abortos clandestinos, ya que si bien no se puede calcular con precisión el número exacto de las jóvenes que deciden interrumpir su embarazo por tratarse de una actividad ilegal, hubo un 45 por ciento de aumento de internaciones por complicaciones de aborto en menores de edad. Esta afirmación se condice con lo afirmado en la investigación desarrollada por la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer de la que surge que una de cada tres (35,3 por ciento) de las muertes maternas en adolescentes se debe a embarazos terminados en aborto⁵⁶.

El escenario que acabamos de describir nos indica que el entrecruzamiento de las problemáticas del embarazo adolescente y del aborto coloca a las adolescentes en una situación de desprotección aún mayor que el de las mujeres adultas. Con relación al aborto legal, esta disparidad se reproduce en la exigencia de la participación de los representantes legales en orden a otorgar el consentimiento informado para autorizar la intervención médica. En este punto, entiendo que debe analizarse esta cuestión a la luz del orden creado por la adopción de la Convención de Derechos del Niño y el dictado de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes.-

La aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, constituye un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez, en tanto inaugura una nueva relación entre el derecho y los niños que se conoce como el modelo de la protección integral de derechos. Este modelo se caracteriza por la concepción del niño como sujeto titular de los mismos derechos de los

⁵⁶ "La adolescencia en Argentina: sexualidad y pobreza", FEIM, 2003.

que resultan titulares los adultos, mas un “plus” de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo.

En este sentido, la Convención de los Derechos del Niño ha venido a marcar una resignificación de las relaciones paterno filiales. Esto es así en tanto la concepción tradicional de “patria potestad” ligada a la representación legal de los menores de edad para todos los actos de su vida resulta incompatible con el paradigma de la protección integral de derechos. Y es que no basta con el reconocimiento de los niños como sujetos titulares de derechos humanos, es preciso también consentir que, en determinadas circunstancias los puedan ejercer personalmente; en tanto el ejercicio progresivo de los derechos humanos constituye un derecho en si mismo, cual es el “derecho a la autodeterminación” y que implica la facultad de decidir en forma autónoma sobre las cuestiones que lo afectan en el marco de su libertad de intimidad.

A tenor de lo expuesto, se propicia un sistema que excluya del ámbito de la representación paterna aquellos actos relativos a los derechos personalísimos de los niños y adolescentes que puedan ejercer por sí mismos en función de su grado de madurez y desarrollo físico y psíquico.

En este orden de cosas, es necesario resaltar que en el contexto del derecho a la salud la relación médico paciente presupone el derecho de toda persona, como agente moral autónomo, a recibir la información necesaria para formar su opinión y asegurar la autonomía de la voluntad en la toma de decisiones que le competen; y a tomar las decisiones racionales que le dicta su interés. De esta manera, a partir del reconocimiento de la autonomía personal surge el concepto de consentimiento informado.⁵⁷

⁵⁷ El consentimiento informado ha sido definido por Elena Highton y Sandra Wierzba como “una declaración de voluntad efectuada por un paciente

Ahora bien, en materia de consentimiento informado, cuando se trata de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, el consentimiento jurídico de "capacidad" no coincide con el bioético de "competencia". La capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que debe tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos. Teniendo en cuenta estos parámetros se ha incorporado la idea de "*mayoría anticipada para el acto médico*" que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mucho antes de arribar a la mayoría de edad generalmente estipulada por las leyes.

De esta forma, considero que a partir del momento en que la adolescente esta en edad de procrear, le asiste el derecho de ejercer en forma autónoma los derechos atinentes a su salud sexual y reproductiva, y de resolver en forma autónoma si desea o no ser madre.

Para acercarnos un poco a la realidad de nuestros adolescentes las estadísticas nos muestran que un importante porcentaje de los adolescentes de ambos sexos son sexualmente activos, no tienen suficiente información acerca de la sexualidad, la reproducción y la anticoncepción y tienen dificultad para adoptar conductas adecuadas para la prevención del embarazo no deseado y las ETS-sida (Maddaleno, 1995).⁵⁸

quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención."

⁵⁸ Ver también El riesgo de no planificar: "Alberto Alvarado Durán, presidente del Centro Latinoamericano de Salud y Mujer en México y Latinoamérica (Celsam) precisó que, según el estudio 'Conocimiento, Prácticas y Uso de Métodos Anticonceptivos en Latinoamérica 2007' elaborado por esa institución, el 62 % de las adolescentes de la región no utiliza anticonceptivos. Asimismo, 42% de quienes sí emplean un método

Hasta aquí, podemos observar que niños y adolescentes se encuentran solos frente a sus derechos de salud reproductiva y procreación responsable, tanto así que la población adulta que los acompaña en su crecimiento no es conciente de la realidad acerca de la vida sexual de sus hijos / alumnos. Y este desconocimiento es altamente preocupante, pues queda en evidencia que no se toman las medidas necesarias para acompañarlos en ese proceso tan arduo.

Sobre esta materia debemos mencionar la legislación vigente, como la ley Nacional 25.673 sobre Salud Sexual y Procreación Responsable que destina el programa a la población en general, sin discriminación alguna y su decreto⁵⁹ reglamentario, que en su art. 4º pone al servicio del interés superior del niño las acciones ordenadas por la ley y reglamentadas en el decreto, y a nivel local desde junio del 2000 contamos con la ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, cuyo artículo 7º

para el control de la fertilidad han suspendido su uso al menos una vez”, en el sitio de CLAM.

<http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=%5FES&infolid=4673&sid=21>

⁵⁹ Dto. 1282/2003 sancionado el 23.05.03 que en su artículo 4º dice: “A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades.- En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de CATORCE (14) años.- Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad.- En todos los casos y cuando corresponda, por indicación del profesional interviniente, se prescribirán preferentemente métodos de barrera, en particular el uso de preservativo, a los fines de prevenir infecciones de transmisión sexual y VIH/ SIDA. En casos excepcionales, y cuando el profesional así lo considere, podrá prescribir, además, otros métodos de los autorizados por la ADMINISTRACION NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGIA MEDICA (ANMAT) debiendo asistir las personas menores de CATORCE (14) años, con sus padres o un adulto responsable.”

inc. e) garantiza la *“promoción de la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos.”* Esta norma, al igual que el decreto 1282/03 reglamentario de la ley nacional 25673 reconoce como destinatarios de la norma a las personas *“en edad fértil”*.

De la misma manera, cabe subrayarse el decreto 2316 reglamentario de la ley de salud básica de la Ciudad de Buenos Aires n° 153 (20/11/2003), que no fija una edad determinada, sino por el contrario prevé que: *“Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamiento”*. Estableciendo además que: *“Se presume que todo niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello...”*⁶⁰. Por su parte, también, amerita mencionarse la reciente Resolución n° 1562 de fecha 28/7/2005 de la Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que establece *“la obligatoriedad, de los efectores dependientes de su jurisdicción, de asegurar el acceso de manera irrestricta e incondicional, a todas las prestaciones de carácter preventivo, promocional, asistencial (diagnóstico y tratamiento) y de rehabilitación, en términos de igualdad con el resto de la ciudadanía, que sea requerida en los establecimientos a su cargo, por parte de niñas, niños y adolescentes; consagrando específicamente además que ello resultará aplicable indistintamente a niñas, niños y adolescentes que se presenten “solos” o “acompañados de un adulto”*.

Este enfoque, que irrumpe de la mano de la bioética, constituye un valioso aporte para asegurar el respeto al

⁶⁰ Cf. art. 3.

principio de autonomía de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos personalísimos.

Significativa es la legislación en el derecho comparado que se refiere a las niñas y adolescentes y su vinculación con el aborto. En Alemania, por ejemplo, se considera que una joven mayor de 16 años tiene la madurez suficiente como para resolver por sí misma. Además, en este país, el deber de respeto del secreto profesional indica que no se puede informar a sus progenitores sin el consentimiento de la menor.

Otras legislaciones, como la belga, no regulan específicamente el tema, pero no exigen autorización alguna para la realización de abortos a mayores de 14 años.

Las disposiciones legales de Holanda establecen que a partir de los 16 años, los menores pueden dar su consentimiento válido para cualquier tratamiento médico. Entre los 12 y los 16 años, se exige el consentimiento conjunto de la menor y el de sus progenitores. No obstante, cualquier tratamiento médico puede tener lugar sin el acuerdo de los progenitores cuando sea absolutamente necesario para la paciente. Incluso puede ser realizado a pesar de la oposición de los padres, cuando la menor luego de reflexionar con madurez, continúe firme en su decisión.

En otros ordenamientos, en cambio, se requieren autorizaciones, con formalidades diversas, el consentimiento o la simple notificación a los progenitores o tutores. Estas disposiciones se aplican en Estados Unidos, Dinamarca, Italia, la República Checa o la India. Sin embargo, en Italia, por ejemplo, si la menor alega una situación de urgencia en el riesgo del embarazo, el aborto puede realizarse sin la autorización parental.

En el caso de Dinamarca se exige la autorización de los progenitores, pero una comisión ad hoc puede determinar

que no es necesaria o puede otorgarla si los padres la hubieran negado.⁶¹

Es importante, con la experiencia que se recibe del derecho comparado, para nuestro país analizar que si bien es importante que los efectores promuevan la participación de los padres u otros representantes legales, prevalezca necesariamente la voluntad de la adolescente en aquellos supuestos en que esta se oponga expresamente a dicha participación por temor a sentirse coaccionado o violentado por la presencia de aquellos o por sus consecuencias futuras.

Del juego de normativa vigente y en un todo de acuerdo a su jerarquía podría concluirse que existen dos parámetros posibles para establecer la competencia médica en el caso de aborto no punible: a) e de edad fértil o; b) el que otorga la posibilidad de discernimiento, o sea 14 años; o en su caso la que recoge el decreto 1282/03 reglamentario de la Ley Nacional N° 25.673 precedentemente referenciado.

Queda claro que no es pertinente la sola lectura del Código Civil cuando se trata de competencia médica. Por ello no debemos remitirnos al art. 126 de dicho cuerpo normativo que fija la edad de 21 años como mayoría, ni al 921 del mismo cuerpo, sino a la Convención de los Derechos del Niño en sus artículos 3°, 5, 12 y 16 y muy en especial a la Ley de Protección Integral artículos 3°, 19, 24 y 27 que conceptualizan al niño como sujeto de derechos.

VII. LA CUESTIÓN DEL ABORTO NO PUNIBLE EN EL DERECHO COMPARADO ⁶²

⁶¹ Bergallo, Paola, "El derecho al aborto en los sistemas jurídicos del mundo" en Despenalización.org.ar, cuadernillo N° 05/Octubre 2007.-

Si en épocas pretéritas la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo era la regla y el estado de necesidad la única excepción prevista, actualmente en la casi totalidad de los países de Europa se ha establecido un sistema de despenalización, bien dentro del llamado Sistema del Plazo, o bien dentro del denominado Sistema de Indificaciones.

El llamado Sistema de Plazos contempla la despenalización dentro de ciertos límites temporales. Por lo general, se establece que dentro de los tres primeros meses de gestación es potestad de la mujer decidir sobre la continuación o interrupción del embarazo, quien valorará las situaciones y dificultades en que se encuentra una vez informada médica y jurídicamente.

Como lo hemos visto en el caso argentino, el Sistema de Indificaciones determina una serie de supuestos concretos en los que se autoriza la interrupción del embarazo y que, una vez comprobado que se esta ante una de las situaciones así contempladas, se puede proceder a la práctica abortiva.

Dicho esto, corresponde abocarse al análisis de los casos concretos en las legislaciones europeas para observar como se ha resultado en estos países la cuestión que nos ocupa.

- En Alemania la despenalización del aborto ha sido motivo de arduos debates.

Con relación a la mujer, la despenalización es posible en dos supuestos a) cuando la mujer se ha sometido al asesoramiento obligatorio y b) Cuando existen indicaciones.

El primer caso esta previsto en el párrafo 218 a, párrafo I, del Código Penal Alemán, que excluye del tipo penal a

⁶² Fellini Zulita, Interrupción del Embarazo, en Revista de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales.

la interrupción del embarazo solicitada por la mujer embarazada y realizada por un médico dentro de de las doce semanas de concepción, siempre que aquella se haya dejado asesorar antes de la interrupción. El asesoramiento esta plasmado en el parágrafo 219 del CP y se orienta a ayudarla a tomar una decisión, a concientizar sobre el derecho a la vida que asiste al embrión y a conducir, a través de consejo y ayuda, a superar la situación de conflicto en torno al embarazo y en orden a animar a la mujer a continuarlo.

En cuanto a los tipos de indicaciones que suponen causas de justificación, reconoce dos: el terapéutico (peligro para la vida o salud de la mujer) y el ético (cuando el embarazo es producto de violencia sexual contra la mujer), y se encuentran regulados en el parágrafo 218 a, párrafo II del Código Penal Aleman.

Con relación a los médicos, el CPA establece que la interrupción del embarazo con asesoramiento es atípica para ellos y que su comportamiento en caso de indicaciones esta justificado.

Por último, se establecen disposiciones generales organizativas y técnicas con el objeto de que exista una oferta de centros de asesoramiento y de establecimientos para llevar a cabo las intervenciones y, a la vez, para impartir en casos especiales, ayuda económica a la embarazada.

- En España, la Ley Orgánica 9/85 optó por el sistema de indicaciones e introdujo el art. 417 bis en el Código Penal. Esta norma reconoce tres supuestos de indicación: La terapéutica, la ética o criminológica y la eugenésica.

Los requisitos comunes son: el consentimiento de la mujer, la intervención médica y la realización en un centro especializado.

Para el terapéutico se exige, además, un dictamen profesional emitido por un médico distinto al que va a llevar a cabo la intervención.

En el criminológico es necesario haber efectuado la denuncia y sólo se puede efectuar dentro de las doce primeras semanas de gestación.

Por último el eugenésico deberá ser probado por dos certificados médicos y tendrá lugar dentro de las primeras veintidós semanas de embarazo.

- En Italia, la ley N. 194 de mayo de 1978 estableció que durante los primeros noventa días del embarazo la mujer puede solicitar la interrupción del mismo, cuando su continuación provoque un grave peligro para su salud física o mental; sus condiciones sociales, económicas o familiares o las circunstancias de la concepción lo demuestren necesario; o la probabilidad de que la criatura pudiera nacer con malformaciones o anomalías.

La misma ley establece el procedimiento a seguir por el cual se determina que el médico debe evaluar los motivos de la petición, tras corroborar alguna de las situaciones previstas informar sobre las posibles soluciones alternativas al aborto, de no mediar urgencia suscribirán un documento dando cuenta de las advertencias efectuadas y, a los siete días, podrá realizarse la intervención.

- En Francia regula la cuestión en torno de la interrupción del embarazo la ley 79-1204 de diciembre de 1979. La normativa permite el aborto antes de la décima semana de gestación en los casos en que la mujer se encuentre en un estado de "angustia". Luego de efectuar la petición la madre recibe del médico información sobre los programas de ayuda pública, asistencia social, adopción y lugares donde practicar la intervención y, transcurridos diez días, podrá llevarse a cabo la interrupción del embarazo.

VIII. CONCLUSIÓN

Como consecuencia de lo desarrollado a lo largo de este trabajo, podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que en el ordenamiento argentino el aborto se encuentra legalmente despenalizado desde el año 1921 para determinados supuestos expresamente determinados por la ley penal.

No obstante, este amparo legal es cercenado de muchas maneras empujando a las mujeres que tienen derecho a practicar una interrupción legal de su embarazo a hacerlo en condiciones de clandestinidad e inseguridad, afectando con esta conducta derechos muy básicos como el derecho a la justicia y el derecho a la igualdad; llegando en algunos casos a comprometer los derechos a la salud y a la vida al condenar a las mujeres de escasos recursos a un aborto séptico.

La circunstancia de que, en las condiciones señaladas por la ley, el aborto sea lícito también es importante desde el punto de vista de la posición que debe afrontar el estado ante este tipo de prácticas. Si la conducta fuera ilícita el estado no podría “regular” esta clase de abortos pues, simplemente, se trataría de una disculpa al autor. En los casos de no exigibilidad, el Estado reprueba la conducta, solo que por razones de prevención y política criminal, no le interesa la imposición de la pena. En los casos de indicaciones para el aborto, pareciera que la actitud que asume el orden jurídico es distinta a tal punto que se establecen ciertos procedimientos como la obligación de cumplir entrevistas o asesoramientos con especialistas, o se impone la obligación de practicar el aborto en determinadas instituciones habilitadas. Nada de esto se mostraría compatible con una consideración del aborto, en aquellas indicaciones, como conducta antijurídica.⁶³

⁶³ Abraldes Sandro F. y De la Fuente Javier Esteban, “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones”, Revista de Derecho Penal 2 – 2006.-

Vale la pena agregar que, cuando desde el poder ejecutivo a través de los organismos de salud pública o desde el ámbito judicial se agregan exigencias que no están en la ley, se viola el sistema republicano de división de poderes ya que las modificaciones en la ley corresponden al poder legislativo y agregar requerimientos que aquella no contempla implica modificar su letra y sobre todo su alcance en orden a la protección de derechos que reconoce a las mujeres de nuestro país la Constitución Nacional; y resulta una flagrante violación de la ley penal y un "desacato" a las normas constitucionales en especial.

En este sentido, mediante la adopción de protocolos de actuación que establecen pautas claras de acción a cumplir por los profesionales y garantizan la prestación médica gratuita se participa en la manda constitucional de "afianzar la justicia", que implica que la ley debe ser igual para todos, aplicada con el mismo rigor a todos los ciudadanos y que permita percibir con claridad las razones por las cuales se aplica la ley y cómo se resuelven los casos, sin importar que se trate.

Asimismo, es importante destacar que en una democracia social, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales mediante normas jurídicas y que la despenalización del aborto en determinados supuestos no establece obligaciones para nadie y permite a cada cual ejercer libremente sus convicciones.

Por último, quiero enfatizar que las objeciones y obstáculos de todo tipo puestos a las normativas reseñadas, en realidad suponen una negativa a aceptar la constitucionalidad del art. 86 del Código Penal. En este sentido, se pretende aunque encubiertamente situar a nuestro país dentro del grupo más restrictivo en materia de aborto, lo que supondría un grave retroceso en orden a los derechos de la mujer.

Las conclusiones vertidas en este trabajo en cuanto a la necesidad de la debida aplicación concreta del art. 86 inc.

1° y 2°; la naturaleza jurídica de “las indicaciones” y de los instrumentos que se dicten para lograr la plena efectividad de las normas reseñadas no significa renuncia a continuar bregando: a) por una modificación legal que asegure educación sexual para poder ejercer plenamente los derechos sexuales y reproductivos; b) se asegure la plena efectividad del Programa de Derechos Reproductivos que garantice la provisión de anticonceptivos en todo el país y a todo nivel; y en especial c) se amplíen las condiciones incorporando la de plazos y toda otra que habilite el ejercicio autónomo y libre de la mujer que desee abortar dentro del período y circunstancias que fije la ley en forma segura y gratuita. Estos tres puntos son los que permitirán que disminuya el número de abortos, y en especial, el de complicaciones graves en la salud y muerte de miles de mujeres por haberse sometido a intervenciones realizadas en condiciones infrahumanas.-⁶⁴

⁶⁴ Cerrando este artículo ha llegado a nuestro conocimiento que las comisiones de Familia, Salud y Legislación General de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, han emitido en forma conjunta y de consuno un dictamen en el cual se propicia la modificación del art. 86 del Código Penal en sus dos incisos a los fines de precisar y aclarar el alcance de la norma vigente en el sentido que hemos propiciado en este trabajo, o sea, considerando la interpretación del daño de la salud en la forma que lo recepta la Organización Mundial de la Salud y sosteniendo la no punibilidad para el caso de violación de la mujer sea o no incapaz.

Católicas por el Derecho a Decidir es un movimiento autónomo de personas católicas comprometidas con la búsqueda de la justicia social y el cambio de patrones culturales y religiosos vigentes en nuestras sociedades. Desde este lugar promovemos los derechos de las mujeres, especialmente los que se refieren a la sexualidad y reproducción humanas. Luchamos por la equidad en las relaciones de género y por la ciudadanía de las mujeres tanto en la sociedad como al interior de las iglesias.

Esta publicación es un aporte desde el campo jurídico para generar debate y transformaciones que permitan efectivizar los derechos de las mujeres, sin avasallar su autonomía y libertad de conciencia.



Católicas por el Derecho a Decidir

C ó r d o b a A r g e n t i n a

