

igualdad,
autonomía personal
y derechos sociales

Nº 4
especial
*interrupción legal
del embarazo*



Septiembre de 2016

[aDA



Foto Felicitas Rossi

Foto de tapa: Muestra Amnistía Internacional.

Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice

Revista sobre igualdad, autonomía personal y derechos sociales

Septiembre de 2016

Número 4

Dirección

Damián Azrak

Co-Dirección especial

Felicitas Rossi

Edición especial

Romina Faerman

Equipo editorial

Luciana Bercovich

Ernesto Blanck

Romina Faerman

Paula Nuñez Gelvez

Mariano Valentini

Federico Orlando

Fotografías

M.A.f.I.A - Movimiento

Argentino de Fotógrafxs

Independientes

Autoconvocadxs

www.somosmafia.com.ar

Amnistía Internacional

Argentina. Muestra:

“11 Semanas, 23

Horas, 59 Minutos.

Aborto clandestino en

Argentina”. Un trabajo de

Guadalupe Gómez Verdi,

Lisa Franz y Léa Meurice

Diseño editorial

Lisandro Aldegani

Versión para imprimir:

<http://www.adaciudad.org.ar/docs/RevistaADA-N4.pdf>

ÍNDICE

I

Editorial

II

Derechos sexuales y reproductivos: un panorama general

Derechos Sexuales y Reproductivos: reconocimiento, desarrollo progresivo y discusiones contemporáneas. *Por Mariano Fernández Valle*

III

Interrupción legal del embarazo en la CABA *Por Felicitas Rossi*

IV

Inconstitucionalidad del protocolo de atención
de los abortos no punibles de CABA

Una acción de clase para acceder al aborto legal en la CABA.
Por José M. Salgado y Francisco Verbic

Un debate constitucional pendiente en la CABA:
la objeción de conciencia sanitaria frente a los derechos
sexuales y reproductivos. *Por Sonia Ariza Navarrete*

El derecho de niñas y adolescentes a acceder a una Interrupción Legal
del Embarazo sin obstáculos. *Por Sabrina A. Cartabia Groba*

Los obstáculos legales al acceso al derecho al aborto legal como ejemplos de violencia institucional. *Por Edurne Cárdenas, Lucia De la Vega y Andrés López Cabello*

El derecho al acceso al aborto legal por parte de mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial. *Por Iñaki Regueiro de Giacomi*

Anexo: Resoluciones cautelares y sentencias dictadas en la causa contra el protocolo de atención de los abortos no punibles de CABA

V

La criminalización del aborto y la violencia institucional

La denegación de los derechos sexuales y reproductivos como una forma de violencia contra la mujer. *Por Paola García Rey*

Aborto ilegal, violencia institucional. Una conceptualización de las violencias en los espacios-cuerpos de las mujeres: consideraciones en torno a la violación del secreto profesional. *Por Daniela Fagioli*

VI

Todo lo que usted siempre quiso saber sobre género y aborto, pero no se atrevió preguntare. *Por Sonia Ariza & Agustina Ramón Michel*



Foto M.A.f.I.A.

I

Suplemento especial

Derecho a la autonomía, derecho a la igualdad e interrupción legal del embarazo

En este cuarto número, siguiendo con la línea editorial, decidimos hacer un giro y centrar toda nuestra atención en una problemática urgente: el derecho al aborto legal en la Ciudad de Buenos Aires.

El objetivo de la Revista, como lo dijimos en las Editoriales de los tres números anteriores, es colocar en el centro de nuestras preguntas a la **igualdad** como principio y garantía, y los **derechos sociales** y su exigibilidad; pero también como deuda y problema que atraviesa nuestra cotidianidad.

Con este faro y en miras no sólo reconocer a las especialistas que trabajan arduamente en el área sino también, poder lograr una mejor dirección de este número especial, invitamos a co-dirigirlo a Felicitas Rossi, abogada feminista, a quien le debemos un agradecimiento y reconocimiento profundo en el armado del índice y el seguimiento de los textos enviados.

Inicialmente, para quienes desean una mirada más general sobre el tema, Mariano Fernández Valle relata algunos debates recientes sobre el alcance de los derechos sexuales y reproductivos que han tenido lugar en la doctrina especializada, en el campo legal, y en la jurisprudencia supranacional, regional y local.

Luego, Rossi, repasa los principales lineamientos del fallo “F.,A.L.” y las diversas reacciones a lo largo del país para centrarse, luego, en la situación de la Ciudad de Buenos Aires y el litigio iniciado contra el protocolo porteño de atención de los abortos no punibles.

Francisco Verbic y José M. Salgado, analizan y comentan críticamente la sentencia de la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativa de la Ciudad que rechaza, por cuestiones formales, los amparos colectivos interpuestos contra el mencionado protocolo. Esta misma Sala tiene que resolver en el corto plazo si concede el recurso interpuesto a fin de que el Tribunal Superior de Justicia revierta la violación de derechos humanos denunciada.

Sonia Ariza, Sabrina Cartabia, Edurne Cárdenas, Lucía de la Vega, Andrés López e Iñiqui Regueiro de Giacomi se refieren, en sus respectivos artículos, a los diversos requisitos que establece el protocolo que obstaculizan el acceso a la interrupción legal del embarazo.

Paola García Rey y Daniela Fagioli reflexionan sobre la negación del derecho al aborto como un supuesto de violencia institucional.

Agustina Ramón Michel y Sonia Ariza, inauguran una nueva sección titulada “Todo lo que ud. quiere saber sobre... y no se atrevió a preguntar”. Así, nos recomendarán textos académicos, literatura, películas y demás piezas artísticas que permitan acercarse, desde otra perspectiva, a la temática que nos convoca.



*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*

Con este número pretendemos realizar un aporte al debate sobre el derecho al aborto legal en la Ciudad de Buenos Aires, incluyendo la mirada de diversas/os autoras/es que trabajan esta temática, basada en la garantía efectiva de los derechos humanos de las mujeres.

Por último, queremos agradecer y reconocer a quienes brindan su tiempo y sus fuerzas en luchar porque los derechos de la mujeres se conviertan en realidad.

Equipo Editorial

II

Derechos sexuales y reproductivos: un panorama general

[Volver al índice](#)

Reconocimiento, desarrollo progresivo y discusiones contemporáneas

Mariano Fernández Valle

Máster en Derecho y Posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos,
Universidad de Palermo



*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*



Introducción¹

El presente trabajo repasa algunos debates recientes sobre el alcance de los Derechos Sexuales y Reproductivos (DSyR), que han tenido lugar en la doctrina especializada, en el campo legal, y en la jurisprudencia supranacional, regional y local. Su objetivo no es de carácter exhaustivo; se dirige únicamente a ofrecer una guía orientativa a quienes deseen acercarse a la temática y profundizar en ella.

A tal fin, en primer término introduce conceptual y normativamente estos derechos. Luego, distingue algunas de sus manifestaciones más relevantes, que se sistematizan en cuatro secciones: (a) *anticoncepción de emergencia*, (b) *técnicas de reproducción asistida*, (c) *aborto* y (d) *temáticas LGTBI*². Estas

1 El artículo se publicó originalmente en Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Tomo II, Thomson Reuters-La ley, pp. 585-615. Se agradece las autorizaciones brindadas por el autor, los coordinadores de la obra y de la Editorial.

2 Esta sigla se encuentra atravesada por impugnaciones y transformaciones permanentes. En general se utiliza para hacer referencia al activismo de lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgéneros e intersexuales, sin perjuicio de las diferencias entre estos colectivos y hacia su interior.



*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*

secciones se relacionan entre sí, reseñan las principales controversias que los DSyR han generado y analizan las formas divergentes en que fueron resueltas. Finalmente, el trabajo presenta unas breves conclusiones.

Derechos sexuales y reproductivos: concepto y reconocimiento normativo

Los DSyR agrupan distintos derechos humanos ya reconocidos, pero leídos y significados desde el plano de la sexualidad y de la reproducción³. Su desarrollo es reciente y puede leerse como parte de los procesos de interpelación a las formulaciones generales de derechos⁴, que derivaron en normativas más específicas y sensibles a la situación de distintos colectivos sociales. En particular, el avance de estos derechos se originó en el reclamo de movimientos de mujeres y de diversidad sexual, y estuvo

³ Arango Olaya, Mónica, “Derechos sexuales y reproductivos”, en Lacramette, Nicole (Ed.), *Derechos Humanos y Mujeres: teoría y práctica*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 211-212; 214.

⁴ Para una introducción a estos procesos, véase Charlesworth, Hilary, “Feminists critiques of International Law and their critiques”, en *Third World Legal Studies*, Vol. 13, Article 1, 1995 y Charlesworth, Hilary, “¿Qué son los “derechos internacionales de la mujer”?”, en Cook, Rebecca (Ed.), *Derechos Humanos de la Mujer*, Ed. Profamilia, 1997.

centralmente motivado en las numerosas formas de coacción que enfrentan en el plano de la sexualidad y la reproducción. Queda cubierta por ellos una enorme gama de demandas, que incluye desde la posibilidad de desarrollar libremente la personalidad, la corporalidad, las identidades de género y la orientación sexual, hasta la de decidir si tener hijos/as, cuándo, cómo y con quién/es. También quedan abarcados los distintos servicios, prestaciones y tecnologías dirigidos a llevar adelante esas demandas sin discriminación.

La positivización de los DSyR como tales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se encuentra apenas sugerida. Aprobada en el año 1979, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) dio algunos pasos en esta dirección y estableció exigencias a los Estados para eliminar la discriminación contra las mujeres en la esfera de la atención médica y para asegurar su acceso a servicios de planificación familiar (arts. 12.1 y 14) y a aquellos relacionados con el embarazo, el parto y el período posterior al parto (art. 12.2). También reconoció el derecho de las mujeres, en condiciones de igualdad, “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (art. 16.e).

Estas disposiciones se desarrollaron con más detalle en la Cuarta Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, en el año 1994. Allí se definió por primera vez en un documento internacional el concepto de *salud repro-*

ductiva, como “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”, se indicó además que “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, cuando y con qué frecuencia”, y se aclaró que “[i]ncluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”⁵. Al año siguiente, la Conferencia de Beijing y su Plataforma de Acción continuaron este camino y favorecieron en mayor medida el posicionamiento de los DSyR, en especial en lo atinente a mujeres adultas, jóvenes y niñas⁶.

Más cerca en el tiempo, algunas menciones concretas pueden encontrarse en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (arts. 23.c y 25.a) y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (art. 19, inc. c y f). A su vez, se verifica una creciente ocupación por parte de los organismos supranacionales de monitoreo y contralor del DIDH, a través de informes de país, informes temáticos, recomendaciones y resolución de casos contenciosos, como luego se

5 ONU, *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, Capítulo VII (Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva), punto 7.2 y siguientes.

6 Véanse especialmente los puntos 93 a 98 de la *Plataforma de Acción de Beijing*, entre otros que se ocupan del tema. Véase también el punto 30 de la *Declaración de Beijing*, que en términos generales llama a “promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación”.

verá. Finalmente, en lo que constituye quizás el proyecto más ambicioso de positivización de estos derechos, existe una campaña llevada adelante por distintas organizaciones, dirigida a la sanción de una Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Reproductivos. La propuesta preliminar entiende a los DSyR como derechos humanos “universales, indivisibles, interconectados e interdependientes de los otros derechos humanos reconocidos” (art. 5) y regula con detalle las condiciones de acceso a ellos, tanto en la faz sexual como en la reproductiva y no reproductiva⁷.

Un proceso con algunas notas similares se verifica en el constitucionalismo regional. Las constituciones históricas no hacen referencia a los DSyR, y las variadas discusiones que se han dado para acceder a ellos giraron alrededor de la interpretación de cláusulas generales que consagran derechos como la libertad, la autonomía personal, la igualdad y no discriminación, la integridad personal, la salud, la intimidad, la vida y la dignidad humana. Sólo en tiempos recientes se han incorporado consagraciones explícitas, de modo insuficiente e incluso contradictorio, como parte de la última oleada de reforma constitucional que ha tenido lugar en América Latina⁸. A modo de ejemplos, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia garantiza

7 La propuesta preliminar de Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Reproductivos se encuentra disponible en:

<http://www.derechossexualesyreproductivos.com/prop2010-lima-esp.pdf> (fecha de consulta: 03/12/2015).

8 Sobre este proceso, se sugiere Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI editores.

expresamente “a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos” (art. 66), mientras que la Constitución de Ecuador reconoce a las personas el derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 32), así como el derecho “a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual” y a “tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”. Sin embargo, ambas constituciones paradójicamente definen a la familia y al matrimonio de una forma estrecha, centrada en un paradigma heterosexual y excluyente.

En la Argentina, la Constitución Nacional no contiene ningún reconocimiento explícito de los DSyR. De acuerdo con el posicionamiento de los actores en pugna, su alcance se ha dirimido en verdaderas “batallas interpretativas” alrededor de las disposiciones de los artículos 14 (libertad de cultos), 14 bis (protección integral de la familia), 16 (igualdad y no discriminación), 19 (autonomía personal), 33 (derechos implícitos), 42 (derecho a la salud, a la información y al trato equitativo de consumidores y usuarios), 43 (derechos de incidencia colectiva), 75 inc. 22 (incorporación de tratados internacionales de derechos humanos) y 75 inc. 23 (igualdad real de oportunidades, y protección de la mujer en el embarazo y la lactancia), entre otras. En el constitucionalismo provincial tampoco es posible observar un reconocimiento de los DSyR como tales. Sólo la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha avanzado en este campo, a través de una moderna cláusula anti discriminatoria que incluye al género y a la orientación sexual como categorías

protegidas (art. 11), y de disposiciones que imponen la obligación estatal de incorporar programas de derechos humanos y de educación sexual (art. 24) y que reconocen “los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos” (art. 37).

En el plano legislativo, son varios los desarrollos sobre DSyR que pueden citarse y que se irán ampliando a lo largo de este trabajo. En el año 2002 se sancionó la ley N° 25.673, que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable con los objetivos de “alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia”; “disminuir la morbilidad materna-infantil”; “prevenir embarazos no deseados”; “promover la salud sexual de los adolescentes”; “contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/sida y patologías genital y mamarias”; “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 “potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable” (art. 2). En el año 2006, la ley N° 26.130 incluyó también a la ligadura de trompas y a la vasectomía dentro de los métodos de planificación familiar y anticoncepción⁹, mientras

9 Ley N° 26.130 (Régimen para las intervenciones de contra-concepción quirúrgica), modificatoria de la Ley N° 25.673, 28/08/2006, art. 8.

que al año siguiente se incorporó la anticoncepción hormonal de emergencia por vía de resolución ministerial¹⁰ y se publicó la primera “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles” en el país¹¹.

Asimismo, en 2009 la ley N° 26.485¹² incluyó disposiciones referidas a la temática aquí abordada. Entre otros aspectos relevantes, definió a la violencia sexual mediante la enunciación de distintas formas en que puede vulnerarse el derecho de las mujeres a “decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva” (art. 5.3). Dentro de las modalidades de violencia que específicamente contempla, definió a la violencia contra la libertad reproductiva como “aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” (art. 6.d) y a la violencia obstétrica como “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929^[13]” (art. 6.e). Con posterioridad, el Decreto Re-

10 Ministerio de Salud de la Nación Argentina, Resolución N° 232/2007, 02/03/2007.

11 Su versión actualizada a 2010 se encuentra disponible en:

<http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000667cnt-Guia-tecnica-web.pdf> (fecha de consulta: 03/12/2015).

12 Ley N° 26.485 (Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), 01/04/2009.

13 Esta norma establece distintas prestaciones vinculadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto; determina las obligaciones de cobertura de las obras sociales y de las entidades de medicina prepaga, y las incorpora al Programa Médico Obligatorio. También regula diferentes derechos de las mujeres en esta situación y de las personas recién nacidas.

glamentario N° 1011/2010 amplió y precisó con mayor detalle los derechos y garantías que la ley N° 26.485 consagra.

A esta reducida síntesis se suman otras normas nacionales vinculadas con los DSyR, junto con disposiciones sancionadas en la mayoría de las jurisdicciones provinciales, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el nivel municipal. No obstante, el grado de cumplimiento de esta constelación legal es muy dispar y la satisfacción de los DSyR dista de ser una realidad tangible¹⁴. Como se verá de inmediato, esta situación responde a diversos factores, que no son privativos de nuestro país sino que tienen una fuerte presencia en la región.

14 Véase *Cairo +20, Informe de la Alianza de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre el cumplimiento del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo y su seguimiento después de 2014*, 06/2013, p. 2. Disponible en: <http://www.cladem.org/argentina/Mayo13-Publicacion-CAIRO20-coalici%C3%B3n-de-organizaciones.pdf> (fecha de consulta: 03/12/2015).

Algunas dimensiones específicas de los DSyR. Discusiones contemporáneas

Las políticas sobre DSyR, de manera autónoma o en conexión con un andamiaje normativo mucho más amplio (de carácter sanitario, administrativo, civil, penal, etc.), han dado lugar a numerosas controversias jurídicas y a importantes vaivenes respecto de su efectividad. En tanto este trabajo tiene un objeto acotado, a continuación se reseñan únicamente algunas de las dimensiones de los DSyR que mayor debate generaron, que se sistematizan en cuatro secciones: (a) *anticoncepción de emergencia*; (b) *técnicas de reproducción asistida*; (c) *aborto* y (d) *temáticas LGTBI*. En cada una de ellas, el análisis prioriza la realidad argentina pero enmarcada en el contexto regional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a efectos de mostrar continuidades e interacciones.

Anticoncepción de emergencia

El acceso a mecanismos anticonceptivos y, en particular, a la anticoncepción de emergencia ha sido objeto de numerosos litigios en América Latina¹⁵. La anticoncepción de emergencia es de uso generalizado frente a relaciones sexuales no protegidas o frente a aquellas en las que fallaron los mecanismos de protección empleados. También es de uso imprescindible frente a casos de violencia sexual. Sin embargo, en los Estados en los que se han estipulado políticas que incorporan este método, sectores opositores le han adjudicado un supuesto carácter abortivo y, sobre tal base, han intentado a través de diferentes medios discontinuar su producción y entrega, principalmente en el ámbito de la salud pública.

La jurisprudencia regional ha sido pendular y se registran decisiones de variada índole. Un antecedente restrictivo fue la controvertida sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina (CSJN) en la causa “Portal de Belén”¹⁶, en la que prohibió la distribución y venta de la anticoncepción de emergencia, en una de sus marcas comerciales. Allí la organización demandante alegaba un presunto efecto de la píldora dirigido a evitar la implantación del óvulo fecundado,

15 Al respecto, sostiene Casas que: “América Latina también ha visto como se judicializan las políticas públicas desarrolladas por los gobiernos y la regulación en materia de salud, particularmente la salud sexual y reproductiva cuando contradice posturas que rechazan la noción de autonomía (...) La autorización de registro, entrega y venta de anticoncepción de emergencia ha sido litigada en Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú”. Véase Casas, Lidia, Capítulo 4-Salud, en Motta, Cristina y Sáez, Macarena (Eds. Académicas), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Red Alas, Siglo del Hombre Editores, p. 449. Otros métodos, como el Dispositivo Intrauterino (DIU) y la anticoncepción quirúrgica, también han sido atacados por la vía del litigio en la región.

16 CSJN, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, 05/03/2002.

del cual derivaba un carácter abortivo del método. Esta posición fue respaldada por cinco de los nueve jueces de la CSJN, que tomaron por válido el supuesto efecto, equipararon el momento de la “concepción” al de la “fecundación” y concluyeron que la distribución de la anticoncepción de emergencia ponía en jaque las obligaciones del Estado de protección de la vida, a las que por otra parte adjudicaron un carácter absoluto.

El fallo fue luego severamente cuestionado por haberse apoyado en literatura sin asidero científico¹⁷; por desconocer el criterio de entidades autorizadas como la Organización Mundial de la Salud, que avalan el uso del método¹⁸; por presentar información errónea¹⁹ y por omitir toda consideración de las mujeres como sujetas de derechos. También fue cuestionado por la lectura que realizó del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del que derivó obligaciones absolutas de protección de la vida y las extendió a los embriones no implantados, sin realizar balance alguno con otros derechos en juego. Pese a las críticas, a lo largo de la década del 2000 la decisión fue utilizada por distintos tribunales locales con posiciones restrictivas

17 Véase Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina, “La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina” (artículo en prensa, facilitado por sus autoras).

18 Véase Organización Mundial de la Salud (OMS), *Emergency contraception: a guide for service delivery*, WHO/FRH/FPP/98.19, 1998. La OMS, la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) y el Consorcio Internacional sobre Anticoncepción de Emergencia, entre otras instituciones de renombre, descartan el carácter abortivo del método e impulsan su uso.

19 Véase Carbajal, Mariana, “Hasta un falso premio Nobel”, en *Diario Página 12*, 19/10/2009. Disponible en:

<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/133700-43138-2009-10-19.html> (fecha de consulta: 03/12/2015)

alrededor de la anticoncepción de emergencia²⁰, hasta que la propia Corte Suprema modificara sus premisas argumentales en 2012 a propósito del caso “F.,A.L.”²¹, de posterior análisis.

Situaciones similares se experimentaron en otros países del continente²², que incluso se sirvieron del precedente sentado en “Portal de Belén”. En el año 2008, a raíz de una demanda promovida por 36 parlamentarios, el Tribunal Constitucional de Chile determinó que la entrega de la anticoncepción de emergencia por parte del sistema público violaba la Constitución de la República²³. Desde su perspectiva, la entrega del fármaco en cualquiera de sus modalidades vulneraba el derecho a la vida, en atención a la existencia de un potencial efecto abortivo. El Tribunal sostuvo que la evidencia científica era contradictoria respecto de los efectos de la píldora, que desde el momento de la concepción existía un ser “único e irrepetible” (sic), que era titular de derechos como cualquier otro y que contaba con una protección absoluta derivada del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como señalaron juristas de dicho país, para así razonar el Tribunal Constitucional reveló una mayor preocupación por evitar cualquier amenaza a la

20 Asimismo, el precedente “Portal de Belén” fue utilizado como base de los argumentos opositores en las distintas acciones judiciales interpuestas en el país contra el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Véase al respecto Peñas Defago, Angélica y Faúndes, José Manuel, “Conservative litigation against sexual and reproductive health policies in Argentina”, *Reproductive Health Matters*, 2014, pp. 84-85.

21 CSJN, F.,A.L. *s/medida autosatisfactiva*, 13/03/2012.

22 Véase Arango Olaya, Mónica, “Derechos sexuales y reproductivos”, óp. cit., pp. 236-239.

23 Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 740/2008, 18/04/2008.

vida en gestación que por el reconocimiento de la subjetividad de las mujeres y de su estatus de ciudadanía²⁴.

Un razonamiento emparentado desplegó el Tribunal Constitucional de Perú en el año 2009, a propósito de una acción dirigida a prohibir la distribución de la anticoncepción de emergencia en su sistema público de salud²⁵. El tribunal sostuvo que la distribución gratuita de la píldora de emergencia violaba el derecho a la vida del “concebido” y declaró inconstitucional su entrega. El razonamiento se asentó en premisas ya referidas, vinculadas con una idea de “concepción” que se homologa a “fecundación”, con la existencia de un deber jurídico de protección desde aquel momento y con una “duda razonable” respecto de los efectos del fármaco²⁶. Y si bien el tribunal no extendió a los laboratorios privados la prohibición de comercializar la píldora, les ordenó incluir en la posología “la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado”. De tal manera, de acuerdo con distintas organizaciones de derechos humanos, la anticoncepción de emergencia sólo quedó disponible para quienes contaban con el dinero suficiente para comprarla con receta médica y en farmacias²⁷.

24 Véase Bordalí Salamanca, Andrés y Zúñiga Añazco, Yanira, “Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después”, en *Anuario de Derechos Humanos 2009*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 173-182. Allí se señala que “[u]na característica transversal de la sentencia es la falta de consideración de las mujeres como sujetos de derechos” (p. 177) y que “la omisión que hace el TC [Tribunal Constitucional] de los derechos de las mujeres está lejos de ser casual” (p. 179).

25 Tribunal Constitucional de Perú, Expediente 02005-2009-PA/TC, 16/10/2009. Para un análisis del caso, véase Arango Olaya, Mónica, “Derechos sexuales y reproductivos”, óp. cit., pp. 238-239 y 242-243.

26 Ídem, considerando N° 53.

27 Véase Centro de Derechos Reproductivos, Planned Parenthood, Global y Promsex, *Infor-*

A contramano de estas decisiones y de todas sus premisas de argumentación, los desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se han mostrado mucho más respetuosos de los DSyR y han llamado a su debido cumplimiento en los órdenes nacionales. Distintos órganos del sistema universal de protección han exigido a los Estados prevenir la coerción con respecto a la fertilidad y la reproducción; eliminar las barreras de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva; erradicar la presencia de estereotipos en este ámbito; y garantizar la entrega de una amplia variedad de métodos anticonceptivos, incluida la anticoncepción de emergencia²⁸. En el caso de la Argentina, el Comité CEDAW en sus Observaciones Finales del año 2010 recordó expresamente que la falta de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva constituye un grave problema para las mujeres del país, e instó al Estado a asegurar su prestación, a impartir educación sobre salud sexual y reproductiva en las escuelas “en todos los niveles” y a adoptar las medidas necesarias para reducir las altas tasas de mortalidad materna²⁹. Asimismo, en el año 2011 el Comité DESC reiteró su preocupación “por la insuficiencia de los servicios de salud reproductiva para las jóvenes y las mujeres en el Estado parte,

me para la 58ava Sesión del Comité de la CEDAW (30 de junio al 18 de julio de 2014) sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva en Perú, 13/06/2014. Disponible en:

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/PER/INT_CEDAW_NGO_PER_17413_S.pdf (fecha de consulta: 03/12/2015)

28 Sobre este aspecto específico, véase Comité CEDAW, *Observaciones Finales: México*, CEDAW/C/MEX/CO/6, 25/08/2006, párrs. 32-33; Comité CEDAW, *Observaciones Finales: Perú*, CEDAW/C/PER/CO/6, 2/2/2007, párr. 25; Comité CEDAW, *Observaciones Finales: Costa Rica*, CEDAW/C/CRI/CO/5-6, 2/8/2011, párr. 32 y Comité CEDAW, *Observaciones Finales: Chile*, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 12/11/2012, párr. 35.a.

29 Comité CEDAW, *Observaciones Finales: Argentina*, CEDAW/C/ARG/CO/6, 16/08/2010, párrs. 37-38.

lo que ha dado lugar a tasas de mortalidad materna elevadas y en general a altas tasas de embarazo en la adolescencia”, a la par que observó en especial las “grandes disparidades entre las distintas provincias”³⁰.

En el sistema interamericano de protección se registran decisiones en sentido coincidente. En el año 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) homologó un acuerdo de solución amistosa en el caso “Paulina Ramírez” (México), en el que una de las violaciones de derechos humanos denunciadas guardaba relación directa con la falta de prestación de anticoncepción de emergencia y de servicios de aborto seguro para una niña de 14 años de edad, víctima de violencia sexual³¹. En el análisis de compatibilidad del acuerdo, la Comisión IDH afirmó que “el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia” (párr. 19). Asimismo, en su Informe sobre *Acceso a la Información en materia reproductiva desde una perspectiva de Derechos Humanos*³² del año 2011, la Comisión IDH detalló los distintos obstáculos que las mujeres enfrentan para acceder a información en el ámbito de la salud, en especial en lo que se vincula con la sexualidad y la reproducción; mientras que en su Informe sobre *Acceso a la*

30 Comité DESC, *Observaciones Finales: Argentina*, E/C.12/ARG/CO/3, 14/12/2011, párr. 22. Véase también párr. 23.

31 Comisión IDH, Informe N° 21/07, *Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto (México)*, 09/03/2007.

32 Comisión IDH, *Acceso a la Información en materia reproductiva desde una perspectiva de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 61, 22/11/2011.

justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, llamó la atención sobre la situación de Estados que no incorporan la anticoncepción de emergencia en sus programas de salud pública, ni difunden información sobre ella para las mujeres que puedan necesitarla³³. En lo que atañe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), si bien no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en particular, la decisión adoptada en el marco de la causa “Artavia Murillo y otros”³⁴ desarticuló todos los pilares de las posiciones restrictivas respecto de la anticoncepción de emergencia y su interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como se explicará en la sección siguiente. Finalmente, por fuera de los organismos de contralor mencionados, también el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) cuestionó las acciones que en distintos países de la región se dirigen a obstaculizar el acceso a la anticoncepción de emergencia y recomendó adoptar disposiciones que efectivicen su distribución gratuita en los servicios públicos de salud, sin distinción de clase social o pertenencia étnica³⁵.

Técnicas de reproducción asistida

También la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) es parte de las discusiones contemporáneas en el campo

33 Comisión IDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 63, 09/12/2011, párr. 242.

34 Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28/11/2012.

35 MESECVI, *Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará*, 04/2012, pp. 44-45 y 98. Véase también MESECVI, *Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos*, MESECVI/CEVI/DEC.4/14, 19/09/2014.

de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Estas técnicas son necesarias para muchas personas a fin de llevar adelante sus proyectos familiares, e incluyen procedimientos de baja complejidad como la estimulación ovárica y la inseminación intrauterina, y de alta complejidad como la fecundación *in vitro* (FIV). Son utilizadas en los distintos Estados, aunque se verifican criterios disímiles respecto de quiénes pueden acceder a ellas y a qué costo.

Las posiciones más resistentes a las TRA han emprendido verdaderas cruzadas contra algunas de ellas en particular, como la fecundación *in vitro*. Si bien esta técnica ha posibilitado millones de nacimientos desde la primera vez en que fue utilizada, se enfrenta de manera sistemática a argumentaciones restrictivas similares a las referidas respecto de la anticoncepción de emergencia. Sirva como ejemplo la resolución de la Corte Suprema de Costa Rica del año 2000, cuyo efecto fue la prohibición total de su uso³⁶. Dicho tribunal argumentó que la aplicación de la FIV importaba la disposición consciente y voluntaria de embriones no implantados, y un riesgo desproporcionado de pérdida que afectaba su derecho a la vida, que derivó del art. 4.1 de la CADH y asignó un carácter absoluto. En particular, indicó que según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y que el derecho a la vida “se declara a favor de todos, sin excepción (...) debe protegerse tanto en el

36 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente N° 95-001734-007-CO, Sentencia N° 2000-02306, 15/03/2000.

ser ya nacido como en el por nacer”³⁷. Sobre esa base, declaró inconstitucional el Decreto que regulaba el acceso.

Esta decisión fue primero cuestionada por el Comité CEDAW en sus Observaciones Finales a Costa Rica del año 2011³⁸. Luego, recibió un categórico revés por parte de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo y otros”. Allí el tribunal interamericano, con motivo de la petición de distintas parejas afectadas por la sentencia de la Corte Suprema y la consecuente prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, interpretó que si bien la CADH en su art. 4.1 incorpora un deber de protección de la vida, “en general”, desde el momento de la “concepción”, ésta no debe ser equiparada a “fecundación” sino que debe ser entendida como un proceso complejo que se consuma con la “implantación”. De tal modo, afirmó que los embriones no implantados –aquellos que eventualmente la técnica afectaría– no se encuentran cubiertos por la CADH, ni aplican a éstos las disposiciones del tratado. En otro orden, avanzó en el razonamiento y también señaló que los embriones no son personas ni seres humanos en los términos de la Convención Americana, ni titulares de los derechos que aquella y el DIDH reconocen a quienes tienen por tales. Finalmente, indicó que el deber de protección de la vida en gestación no es absoluto sino “incremental” conforme el grado de desarrollo, y que tal deber siempre debe balancearse frente al ejercicio de otros derechos, en particular los Derechos Sexuales y Reproductivos.

37 Ídem, considerando V y VI.

38 Comité CEDAW, *Observaciones Finales: Costa Rica*, óp. cit., párrs. 32 y 33.b.

En el caso, encontró que al haber privado a las parejas demandantes del acceso a la fertilización *in vitro*, Costa Rica violó diferentes aspectos de la vida privada, “que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas” (párr. 144). Esta combinación de aspectos fue desarrollada en extenso por la Corte IDH. En primer lugar, consideró que el derecho a fundar una familia incluye la posibilidad de procrear (párr. 145). En segundo lugar, y con referencia a disposiciones de la CEDAW, destacó que la autonomía reproductiva implica la posibilidad de decidir “libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”, y que esta posibilidad se ve vulnerada “cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad” (párr. 146). En tercer lugar, resaltó el impacto que genera en la integridad personal la falta de atención médica y los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos de salud, en especial los de salud reproductiva (párr. 147).

Por último, concluyó que “el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia (...) se extienden al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones”, del que se deriva “el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en

cada persona” (párr. 150). Sobre la severidad de estas restricciones en el caso (párrs. 277-316), la Corte IDH consideró que revocar la posibilidad de acceder a la fecundación *in vitro* era una intromisión ilegítima y que tenía un efecto discriminatorio en razón de los recursos económicos (por su impacto en quienes no contaban con lo necesario para acceder a estas técnicas en el extranjero), en razón de la capacidad (por su impacto en quienes enfrentan dificultades o imposibilidad de procrear sin acceso a la FIV) y en razón del género (por su impacto en las mujeres, en atención a los estereotipos existentes y a que estos procesos se relacionan especialmente con sus cuerpos).

Más allá del efecto positivo de la decisión en el goce de los DSyR en general y en el acceso a las TRA en particular, las controversias y obstáculos actuales no se circunscriben únicamente al estatus de los embriones no implantados. Algunas regulaciones comparadas han establecido otros criterios restrictivos para acceder a las TRA, como presentar un diagnóstico de “infertilidad”. Este requerimiento se encuentra vigente en distintos sistemas normativos, y limita la posibilidad de aquellas personas que sin contar con diagnósticos de ese tipo requieren el uso de las técnicas. A modo de ejemplos, numerosas parejas de mujeres lesbianas se han servido de ellas para desarrollar proyectos reproductivos³⁹, y también son de uso común en núcleos familiares en los que una única persona o más de dos personas presentan “voluntad procreacional”. De tal manera, el requisito de la infertilidad se contrapone a un paradigma volitivo,

39 Véase Peralta, María Luisa, “Reproductive Justice: A Useful Approach for Lesbian Families in Argentina to Bypass Legal Constrictions and Political Misunderstandings”, en *Reproductive Laws for the 21st Century Papers*, Center for Women Policy Studies, 2012.

más respetuoso de la autonomía personal y de la diversidad que presenta la vida familiar⁴⁰. Límites emparentados plantean a su vez aquellos sistemas jurídicos que circunscriben el uso de las TRA al establecimiento previo de una unión conyugal⁴¹, dejando fuera a quienes no desean contraer este vínculo o ni siquiera se les presenta la opción de hacerlo (ej. países donde el “matrimonio igualitario” se encuentra vedado). También el uso de las TRA ha dado paso a numerosos planteos respecto de las obligaciones de cobertura por parte de las prestadoras de salud, que no necesariamente se relacionan con el estatus de los embriones no implantados sino con los costos económicos que las técnicas conllevan. Desde esta perspectiva, en el tipo de articulación entre la intervención estatal y el mercado se juega el acceso efectivo a las TRA para muchas personas.

En Argentina, la ley N° 26.862 reconoció el derecho a acceder a estas técnicas con cierta amplitud⁴², gracias a la labor de distintos colectivos sociales y, en particular, al activismo lésbico. En lo formal, cualquier persona mayor de edad puede acceder

40 En otro orden, el paradigma de la infertilidad como única llave de acceso a derechos puede resultar particularmente lesivo para ciertos colectivos históricamente “patologizados”, como los LGTBI. Desde la perspectiva de Peralta: “Los efectos simbólicos y psicológicos de aceptar la patologización como el precio a pagar por los derechos, es simplemente imposible de enfrentar para nosotras. Las lesbianas preferimos una aproximación desde la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo, la ampliación de derechos y el principio de no discriminación”. Véase Peralta, María Luisa, “Reproductive Justice: A Useful Approach for Lesbian Families in Argentina to Bypass Legal Constrictions and Political Misunderstandings”, óp. cit. (traducción propia, revisada por la autora).

41 Sin ir más lejos, el Decreto que regulaba la fertilización *in vitro* en Costa Rica, cuya invalidez por parte de la Sala Constitucional de su Corte Suprema dio lugar al caso “Artavia Murillo y otros”, limitaba la disponibilidad de la técnica a las uniones conyugales. Véase Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, óp. cit., párr. 68. Sin embargo, este criterio de exclusión no fue parte del debate ante la instancia interamericana.

42 Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida”, en Revista *La Ley*, Año LXXVIII N° 224, 27/11/2014, p. 1.

a ellas, con independencia de su estado civil o de su orientación sexual (arts. 7 y 8). Por otra parte, la norma las incorporó al Programa Médico Obligatorio e impuso obligaciones de cobertura integral al sector público de salud, a las obras sociales, a las entidades de medicina prepaga y en general a todos los agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados/as (art. 8), no sin reparos y dificultades de aplicación práctica⁴³. Con posterioridad, el Código Civil y Comercial⁴⁴ reguló otros aspectos asociados con el uso de estas técnicas, como el de los vínculos filiales. En ese sentido, reconoce que la filiación se establece por “naturaleza”, “por adopción” o “mediante técnicas de reproducción humana asistida” (art. 558). Sin embargo, estipuló que no pueden establecerse más de dos vínculos filiales, lo que paradójicamente resulta regresivo si se tiene en cuenta que la triple filiación ya fue reconocida, incluso a través de trámites administrativos⁴⁵, como garantía del derecho a la identidad del niño/a y del principio de igualdad y no discriminación. En el nuevo ordenamiento, importantes aspectos adicionales sobre el uso de las TRA fueron remitidos a una ley especial, que aun no ha sido sancionada⁴⁶.

43 A modo de ejemplo, véase CSJN, *L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo*, 01/09/2015. En el caso, la Corte Suprema consideró que el criterio de integralidad de la ley N° 26.862 no cubría el “diagnóstico genético preimplantacional” (DGP) reclamado por la pareja accionante, y que en ausencia de una norma específica que imponga esa obligación no correspondía a la obra social demandada hacerse cargo de sus costos, ni a los/as magistrados/as ordenarlo.

44 Ley N° 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación), 07/10/2014.

45 En abril de 2015, el Registro de la Provincia de Buenos Aires autorizó la inscripción de un niño nacido a través de TRA con el apellido de sus dos madres y de su padre. Cerca de tres meses después, el Registro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tomó la misma determinación en un caso similar.

46 En el marco de esta normativa deberán abordarse aspectos tales como “los derechos y deberes de los centros de salud; las funciones de control de la autoridad de aplicación; el modo y limitaciones de las donaciones; el destino de los embriones sobrantes, sean o no viables, etc.”.

Aborto

Actualmente, en América Latina y el Caribe se discute en espacios administrativos, judiciales y parlamentarios el alcance de las regulaciones sobre interrupción del embarazo, en un contexto en el que el 95% de los 4.4 millones de abortos que se realizan tiene lugar en condiciones de inseguridad, y ponen en riesgo la vida, la salud y la libertad de quienes recurren a la práctica⁴⁷. En líneas generales⁴⁸, los países de la región se dividen entre aquellos que penalizan el aborto sin excepciones (Chile, El Salvador, Nicaragua, Honduras), aquellos que estipulan distintas “indicaciones” de aborto legal o “permisos” (la gran mayoría) y aquellos que liberalizan el aborto en el embarazo temprano, siguiendo el modelo de plazos (Cuba, México DF y Uruguay). Esta sistematización, de cualquier modo, no sugiere que las experiencias de cada uno de ellos sean homogéneas, ni en lo formal ni en la práctica. La operatividad y alcance de sus regulaciones usualmente queda mediada por distintos factores, entre ellos la multiplicidad de litigios que moviliza tanto el activismo feminista y de derechos humanos como el conservador. Sólo en los últimos diez años, cortes supremas y constitucionales de países como Costa Rica, Colombia, El Salvador, México, Brasil, Argentina y el Estado Plurinacional de

Véase Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida”, *óp. cit.*, p. 2. Un análisis del proyecto de ley especial que hoy día cuenta con media sanción puede verse en el trabajo citado (pp. 2-6).

47 Alan Guttmacher Institute, *Hechos sobre el aborto inseguro en América Latina y el Caribe*, 2012. Los datos corresponden al año 2008.

48 En lo que sigue, se retoman y actualizan algunos desarrollos de Fernández Valle, Mariano, “El debate legal sobre aborto en la Argentina: avances, reacciones y perspectivas”, en *Revista Electrónica Género, Sexualidades y Derechos Humanos*, Vol. 1, N° 1, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013.

Bolivia han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, ofreciendo abordajes y respuestas disímiles⁴⁹.

La Argentina se ubica dentro del grupo de países que contempla distintas causales de aborto legal, siguiendo el modelo de “indicaciones”⁵⁰. El artículo 86 del Código Penal dispone que: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. En casi un siglo de vigencia de esta disposición, se han enfrentado en doctrina y jurisprudencia diferentes posiciones interpretativas alrededor de ella, entre las que se distinguen algunas más amplias y otras más restrictivas.

Con relación al inciso 1º, las discusiones se centraron en los alcances de la causal “salud”. En particular, en si debía quedar

49 Para un análisis de estas decisiones, véase Bergallo, Paola y Ramón Michel, Agustina, “La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina”, óp. cit. En una línea de mayor accesibilidad al aborto, destaca la decisión adoptada por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-355/2006, en la que ordenó garantizar el acceso a la práctica en supuestos de peligro para la vida o salud (física y psíquica) de la mujer, violación, incesto y “malformaciones” graves incompatibles con la vida extrauterina. También en esta línea de mayor accesibilidad puede encuadrarse el fallo “F.,A.L.”, de análisis en este apartado. En un sentido opuesto, puede citarse la decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador en el caso B. (Sentencia N° 310-2013, 28/05/2013), en la que luego de un extenso trámite judicial se denegó la solicitud de interrupción de un embarazo que presentaba inviabilidad extrauterina y riesgo para la vida de la gestante.

50 Véase Bergallo, Paola, “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, en Bergallo, Paola (Comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

circunscrita a la salud física o si debía interpretarse como un equilibrio psico-bio-social, conectado con el principio de autonomía personal. Con relación al inciso 2º, los debates se detuvieron en si debía aplicarse únicamente a las mujeres con alguna discapacidad intelectual/psicosocial o si su aplicación era extensiva a todas las mujeres en general⁵¹. Frente a ambos incisos, también fueron objeto de controversia las condiciones de acceso y, en especial, si era exigible una autorización judicial para la práctica. Como señalan distintos trabajos⁵², estas pugnas interpretativas –y su impacto en los operadores/as institucionales– determinaron una inaccesibilidad sistemática a los abortos legales en el país⁵³.

Luego de un largo repertorio de fallos judiciales que abonaron todo tipo de posiciones alrededor del Código Penal, en los últimos diez años algunos tribunales superiores provinciales se inclinaron hacia las miradas más amplias y favorecieron la realización del aborto legal⁵⁴, aunque en procesos extensos y

51 Véase Faerman Romina, “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en Gargarella, Roberto (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II (Derechos)*, Ed. Abeledo Perrot, 2008.

52 Véase, entre otros, Derdoy, Malena y Pujó, Soledad, “Algunas notas críticas sobre el tratamiento judicial del aborto en Argentina”, en Fernández Valle, Mariano (Ed.), *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 137-145; Bergallo, Paola, “La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate”, óp. cit.; y Ramón Michel, Agustina, “El fenómeno de inaccesibilidad al aborto no punible”, en Bergallo, Paola (Comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

53 Un panorama similar se ha diagnosticado en el ámbito regional. Véase al respecto Human Rights Watch, *Derecho internacional de los derechos humanos y aborto*, 07/2005; y Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *Informe sobre la situación de la accesibilidad al aborto no punible en América Latina*, 06/2012.

54 En este sentido se inclinaron decisiones de los tribunales superiores de las provincias de Buenos Aires, Mendoza, Entre Ríos y Chubut.

de manera tardía. El enfoque amplio también fue respaldado por organismos internacionales que se pronunciaron sobre la situación del país en trámites contenciosos⁵⁵ y en observaciones particulares⁵⁶ y, finalmente, por la Corte Suprema de la Nación en el fallo “F.,A.L.”. En este caso, que involucraba un pedido de aborto en favor de una niña de 15 años violada por un familiar, la CSJN entendió que el inciso 2º aplica a toda mujer que haya sufrido un ataque sexual, no sólo a aquellas que presentan alguna discapacidad intelectual/psicosocial.

La Corte Suprema tomó varios caminos interpretativos para arribar a esa conclusión. Por un lado, sostuvo que análisis literal e histórico de la norma penal abona el alcance amplio, ya que el inciso 2º incluye tanto el supuesto de violación como el de “atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” separados por una “o” disyuntiva (considerando N° 18)⁵⁷. También indicó que el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación no permite trazar una distinción razonable y justificada entre distintos tipos de mujeres a los efectos de acceder al derecho (considerando N° 15), y que el principio de dignidad y de inviolabilidad de las personas proscriben que sean tratadas instrumentalmente, como medios para satisfacer otros fines últimos (considerando N° 16). En adición, consideró que los principios de estricta legalidad y *pro homine* exigen restringir el poder

55 Comité de Derechos Humanos, *L.M.R. vs. Argentina*, Comunicación N° 1608/2007, 28/04/2011.

56 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales: Argentina*, CCPR/C/ARG/CO/4, 31/03/2010, párr. 13; Comité CEDAW, *Observaciones Finales: Argentina*, óp. cit., párrs. 37-38; y Comité DESC, *Observaciones Finales: Argentina*, óp. cit., párr. 22.

57 Otras aristas del análisis literal pueden verse en el mismo considerando, que se combina con un análisis orgánico-sistémico del ordenamiento penal.

punitivo del Estado (considerando N° 17), lo que correlativamente implica interpretar de la forma más abarcadora posible las indicaciones de acceso a este supuesto de aborto legal. Asimismo, nada encontró el tribunal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que invalidara dicha interpretación, sino lo contrario (considerandos N° 10-14). En este punto, la CSJN dejó atrás de manera explícita el posicionamiento sobre el DIDH que había sostenido en la causa “Portal de Belén” ya citada, que a su vez había adelantado en “T.S.”, un precedente anterior en el que se discutía la posibilidad de interrumpir la gestación de un feto sin viabilidad extrauterina⁵⁸.

En un orden complementario, la Corte Suprema se detuvo en “F.,A.L.” en las prácticas judiciales y sanitarias *contra legem* que operan como obstáculos para el acceso a los supuestos de aborto legal en el país. En razón de ellas, extendió el alcance de su pronunciamiento. En primer término, dejó en claro que las solicitudes de abortos permitidos no deben ser judicializadas, y que frente a ellas el Estado debe responder de manera rápida y segura (considerandos N° 19 y siguientes). Indicó que no puede exigirse la intervención de más de un/a profesional de la salud en las situaciones concretas (considerando N° 24) ni procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo, instancias que frente a víctimas de violencia sexual contravienen las disposiciones de la Convención de Belém do Pará⁵⁹ y pueden constituir, en sí mismas, actos de violencia ins-

58 CSJN, T.S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, 11/01/2001.

59 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

titucional en los términos de la ley N° 26.485. También sostuvo que en estos casos basta la declaración jurada de la requirente ante el personal tratante, sin necesidad de aportar denuncias o pruebas, o de determinar judicialmente el delito invocado (considerando N° 27). Y si bien la Corte Suprema reconoció al personal sanitario un derecho a la objeción de conciencia, destacó que su ejercicio no puede convertirse en un obstáculo y que los establecimientos de salud deben contar con personal para garantizar, de forma permanente, el acceso a las prestaciones (considerando N° 29)⁶⁰.

Como corolario de este análisis, la CSJN exhortó “a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos” (considerando N° 29). Esta exhortación mostró límites operativos pocos meses después de pronunciada, a propósito de la judicialización y demora que registró la práctica de un aborto legal a una mujer víctima de redes de trata, situación que obligó a la Corte Suprema a reiterar su jurisprudencia en la causa “Profamilia”⁶¹. Por otra parte, su nivel actual de cumplimiento es errático: mientras que

60 Este enfoque parece sugerir una mayor preocupación de la CSJN por balancear derechos e intereses en juego que por conceptualizarlos. El abordaje no es menor, si se tiene en cuenta que la apelación a la objeción de conciencia tiene una acentuada incidencia en América Latina y que opera como un importante obstáculo para el acceso a los DSyR. Sin embargo, el máximo tribunal no explicó por qué existiría un derecho a la objeción de conciencia de personal de un servicio público, que tiene a su cargo la atención un bien primario como la salud.

61 CSJN, *Pro Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación actos administrativos*, 11/10/2012.

algunas jurisdicciones no cuentan con protocolos de acceso, en otras se confeccionaron pero incorporan requerimientos que no se ajustan a los exigidos por la CSJN⁶² o mantienen algunos no cuestionados en el marco del fallo⁶³. En la actualidad, la accesibilidad al aborto no punible continúa sometida a trámites restrictivos, y no se ha avanzado hacia un modelo de liberalización a demanda en el embarazo temprano, pese a los proyectos legislativos que desde el año 2007 presenta la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito⁶⁴.

En el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se registra una tendencia a la ampliación del aborto legal⁶⁵, a propósito de los graves daños que los sistemas prohibitivos

62 Para un panorama completo y actualizado, véase Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación (Marzo 2015)*. Disponible en:

<http://www.adc.org.ar/wp-content/uploads/2015/03/Acceso-al-aborto-no-punible-Marzo-2015.pdf> (fecha de consulta: 03/12/2015)

63 Entre otros, aquellos que dificultan el acceso a la práctica para personas con discapacidad intelectual/psicosocial. En este sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas lamentó que en nuestro sistema el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto en su nombre, y recomendó ofrecer los apoyos necesarios para que sean las propias mujeres con discapacidad las que lo hagan. Véase *Observaciones Finales: Argentina*, CRPD/C/ARG/CO/1, 19/10/2012, párrs. 31-32. Un cuestionamiento a estas restricciones, así como a las que repercuten en niños/as y adolescentes de entre 14 y 18 años, puede verse en Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación (Marzo 2015)*, óp. cit., pp. 67-68.

64 Para mayor información sobre la campaña y sobre el proyecto que impulsa, véase: <http://www.abortolegal.com.ar/> (fecha de consulta: 03/12/2015).

65 Un detallado análisis respecto de cómo los organismos internacionales han aplicado el test de ponderación frente a los derechos e intereses en juego, con cita a jurisprudencia que a continuación se referencia, puede verse en Defensoría General de la Nación, Comisión sobre Temáticas de Género, *Presentación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, apartado II.2. Disponible en:

<http://www.mpd.gov.ar/pdf/Aportes%20MPD%20OG%20Nº%2036.pdf> (fecha de consulta: 03/12/2015)

generan en las mujeres, en particular en aquellas afectadas por distintos ejes de desigualdad que se intersecan con el género, tales como la posición socioeconómica, la localización geográfica, la edad, la etnia y la discapacidad. En los sistemas universal, europeo e interamericano, como ya se adelantó, hay acuerdo en que el deber de proteger la vida en gestación no es absoluto, y que se distingue del deber de protección de las personas, a quienes asisten los derechos reconocidos en los tratados internacionales de Derechos Humanos⁶⁶. También existen observaciones y condenas a diferentes Estados que no han puesto a disposición servicios de interrupción del embarazo seguros para las mujeres en casos de riesgo a su vida o a su salud⁶⁷, en casos de embarazos producto de violencia sexual⁶⁸ y en casos de inviabilidad extrauterina⁶⁹. De hecho, la denegación de acceso a los servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto, ha sido considerada una forma de malos tratos por motivos de género, que puede causar sufrimientos físicos, emocionales e incluso tortura⁷⁰.

66 Una larga recopilación de decisiones en esta línea puede verse en Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, óp. cit., párrs. 194-244, entre otros.

67 Véase Comité de Derechos Humanos, *K.L. vs. Perú*, Comunicación N° 1153/2003, 22/11/2005 y Comité CEDAW, *L.C. vs. Perú*, Comunicación N° 22/2009, 25/11/2011. En el Sistema Interamericano, aun no existen pronunciamientos de fondo pero pueden observarse algunos avances en Comisión IDH, Medidas Cautelares 43-10, “*Amelia*” (Nicaragua), 26/02/2010; Comisión IDH, Medidas Cautelares 178/15, *Asunto niña Mainumby respecto de Paraguay*, 08/06/2015; y Corte IDH, *Medidas Provisionales respecto de El Salvador*, Asunto B., 29/05/2013.

68 Véase Comité de Derechos Humanos, *L.M.R. vs. Argentina*, óp. cit. y Comité CEDAW, *L.C. vs. Perú*, óp. cit.

69 Véase Comité de Derechos Humanos, *K.L. vs. Perú*, óp. cit.

70 *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan Méndez, A/HRC/22/53, 01/02/2013, párrs. 46, 49 y 50. En el mismo sentido, véase MESECVI, *Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes*

En razón de las insuperables dificultades de acceso que plantea el sistema de “indicaciones” o “permisos”⁷¹, también se registra una incipiente inclinación de los organismos del sistema internacional a exigir la despenalización general del aborto⁷². En esa dirección, el Comité CEDAW sostuvo que “[a]lgunos códigos y leyes penales y/o códigos de procedimiento penales discriminan contra la mujer: (...) tipificando como delitos comportamientos que sólo pueden ser realizados por mujeres, como el aborto” y recomendó a los Estados despenalizar la conducta⁷³. Asimismo, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental consideró que “[l]as leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud” y exhortó a los Estados no sólo a despenalizar el aborto sino también a derogar las leyes conexas, como las relativas a su facilitación⁷⁴. En el ámbito interamericano, si bien no existe un pronunciamiento explícito en el sentido antedicho, la Comisión IDH sostuvo hace más de treinta años que la despenalización del aborto en el primer trimestre por voluntad de la mujer no viola la Declaración Ameri-

y sus derechos sexuales y reproductivos, óp. cit.

71 Véase nota al pie N° 52 de este trabajo.

72 Defensoría General de la Nación, Comisión sobre Temáticas de Género, *Presentación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, apartado II.2, óp. cit.

73 Comité CEDAW, Recomendación General N° 33, CEDAW/C/GC/33, párrs. 47 y 51.l, respectivamente. En la misma línea, véase Comité CEDAW, Recomendación General N° 24, A/54/38/Rev.1, 1999, párr. 31.c.

74 *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 03/08/2011, párrs. 21 y 65.h., respectivamente.

cana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁷⁵, y que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tampoco presenta un obstáculo al respecto⁷⁶.

Temáticas LGTBI

Como se adelantó, los DSyR también engloban aspectos vinculados con el desarrollo libre de la orientación sexual, la identidad de género y la corporalidad, en atención a las severas restricciones que este desarrollo enfrenta. A modo de ejemplo, en el mundo 75 países criminalizan la diversidad sexual y la organización política alrededor de ella⁷⁷. Asimismo, las personas LGTBI sufren numerosas violaciones a sus derechos humanos en las esferas social, familiar, económica y política. Incluso países que han avanzado en el establecimiento de cláusulas antidiscriminatorias a nivel legal y constitucional, en regímenes jurídicos para parejas y grupos familiares LGTBI, en normas sobre identidad y expresión de género, en el acceso amplio a técnicas de reproducción humana asistida y en el abordaje de las demandas del activismo intersexual, todavía no han logrado construir realidades con niveles aceptables de igualdad sustantiva.

En lo que se vincula con la situación argentina, con posterioridad a la última dictadura militar se activó un nuevo proceso

75 Comisión IDH, Resolución N° 23/81, “*Baby Boy*” (Estados Unidos de América), 06/03/1981.

76 Ídem, párr. 30. La Comisión IDH sostuvo que la interpretación que los peticionarios hicieron del alcance del artículo 4.1 de la CADH era incorrecta, a la luz de sus antecedentes.

77 International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans e Intersex Association (ILGA), *State-Sponsored Homophobia*, 05/2015, p. 6. Disponible en:

http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2015.pdf (fecha de consulta: 03/12/2015).

de liberalización de discursos y prácticas relativos a la sexualidad, junto con políticas de visibilidad y diferentes exigencias en materia de derechos humanos⁷⁸. Este proceso no estuvo exento de dificultades, como tempranamente se puso de relieve en el caso “CHA” de 1991, en el que la CSJN denegó a la Comunidad Homosexual Argentina la posibilidad de actuar como persona jurídica y de acceder a la protección estatal que conlleva esa forma de organización⁷⁹. Para así resolver, los distintos votos de mayoría desplegaron una serie de prejuicios y estereotipos respecto de las sexualidades disidentes, que interpretaron como contrarias al “bien común”. Esta jurisprudencia sólo fue revertida quince años después, cuando una nueva integración de la CSJN posibilitó a la Asociación por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT) acceder a la personería jurídica, mediante una interpretación radicalmente distinta de la relación entre los derechos involucrados y el concepto de “bien común”. En esta nueva decisión, sostuvo la Corte que “el ‘bien común’ no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural,

78 Véase al respecto Moreno, Aluminé, “La invisibilidad como injusticia. Estrategia del movimiento de la diversidad sexual”, en Pecheny, Mario; Fígari, Carlos y Jones, Daniel (Comps.), *Todo sexo es político*, Libros del Zorzal, 2008, p. 220.

79 CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas*, 22/11/1991.

esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc.”⁸⁰.

La problemática articulación entre derechos humanos básicos y conceptos vaporosos como el “bien común”, el “orden público” y la “moral pública”, también ha tenido lugar en la región y ha mostrado sus efectos frente a una gran cantidad de reclamos LGTBI, como los referidos al reconocimiento de sus núcleos familiares. En el país, se puso de relieve en los primeros intentos de consagrar regímenes legales para parejas y familias LGTBI⁸¹, y luego se maximizó a propósito de las movilizaciones a favor del “matrimonio igualitario”. La ley N° 26.618, que en 2010 modificó el viejo Código Civil y extendió el instituto matrimonial a las parejas más allá del género y la orientación sexual de los contrayentes, tuvo que superar un arduo proceso de discusión en sede social, judicial y parlamentaria, así como discursos de fuerte tenor discriminatorio⁸². Algo similar puede predicarse respecto de Uruguay y el Distrito Federal de México, que también han regulado el “matrimonio igualitario” por vía legislativa; así como de otras jurisdicciones que libran de-

80 CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual c/ Inspección General de Justicia*, 21/11/2006.

81 Véase Hiller, Renata, “Lazos en torno a la unión civil. Notas sobre el discurso opositor”, en Pecheny, Mario; Fígari, Carlos y Jones, Daniel (Comps.), *Todo sexo es político*, Libros del Zorzal, 2008.

82 Frente a estos discursos, las decisiones judiciales y argumentaciones parlamentarias favorables al reclamo de “matrimonio igualitario” pusieron el eje en la violencia histórica que los colectivos LGTBI han sufrido por parte de la estructura social e institucional, y mostraron a la prohibición matrimonial como una manifestación más de esa violencia. También resaltaron el carácter irrazonable de la exclusión, y sus consecuencias en la posibilidad de materializar proyectos de vida personal y familiar. Un detalle de todo el proceso puede verse en Fernández Valle, Mariano, *Colectivos LGTBI, acceso a derechos y “matrimonio igualitario”: Avances, tensiones, desafíos*, Tesis de Maestría, 21/08/2013.

bates en ese sentido pero no han alcanzado de momento tal resultado⁸³.

En el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se registra un proceso de creciente ocupación. En 2008, la *Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género* presentada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas incluyó una programática amplia contra la violencia y la discriminación hacia personas y colectivos LGTBI, mientras que la Resolución N° 17/19⁸⁴ del Consejo de Derechos Humanos de 2011 permitió profundizar en esa dirección⁸⁵. Estas decisiones estuvieron a su vez precedidas por los “Principios de Yogyakarta”⁸⁶, que redactados por un panel de especialistas constituyeron uno de los primeros esfuerzos por ofrecer pautas para la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en una clave sensible a las violaciones que se registran por razones de orientación sexual e identidad de género.

Por su parte, organismos del sistema universal y europeo de derechos humanos han condenado la criminalización de la di-

83 Véase, a modo de ejemplo, los debates sustanciados en Colombia a propósito de la sentencia C-577/2011 de su Corte Constitucional.

84 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución N° 17/19, *Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/RES/17/19, 14/07/2011.

85 Con base en dicha resolución el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos elaboró el *Informe sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género* (A/HRC/19/41, 17/11/2011). El Informe se encuentra disponible en:

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf (fecha de consulta: 03/12/2015)

86 Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (“Principios de Yogyakarta”).

versidad sexual⁸⁷, han garantizado su derecho a la libre expresión y han hecho lugar a ciertas demandas de reconocimiento de los núcleos familiares LGTBI⁸⁸. No obstante, enfrentados a la apertura del régimen matrimonial, sus posturas han sido más restrictivas. Mientras que en el caso “Joslin”⁸⁹ el Comité de Derechos Humanos consideró que el tratado internacional que monitorea sólo contempla expresamente el matrimonio entre varón y mujer, en el caso “Schalk y Kopf”⁹⁰ el Tribunal Europeo remitió la cuestión al “margen de apreciación estatal”, en función de que es un aspecto que aun genera controversia entre los países sobre los que tiene jurisdicción.

En lo que se refiere al sistema interamericano, desde el año 2008 a la fecha la Asamblea General de la OEA ha emitido declaraciones de rechazo a la violencia y a la discriminación contra sexualidades disidentes en la región, mientras que en el año 2011 se puso en funcionamiento la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI en la órbita de la Comisión IDH⁹¹. La propia Comisión de manera reciente avanzó en el re-

87 En el ámbito universal, véase Comité de Derechos Humanos, *Toonen vs. Australia*, Comunicación N° 488/1992, 04/04/1994. En el ámbito europeo, véase *Dudgeon vs. United Kingdom*, Application N° 7525/76, 22/10/1981, entre muchos otros en la misma línea.

88 En el ámbito universal, véase Comité de Derechos Humanos, *Young vs. Australia*, Comunicación N° 941/2000, 18/09/2003 y *X. vs. Colombia*, Comunicación N° 1361/2005, 14/05/2007. En el ámbito europeo la jurisprudencia es más vasta pero presenta algunos vaivenes. Para una síntesis actualizada, véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Factsheet: Sexual Orientation Issues*, 07/2015. Disponible en:

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf (fecha de consulta: 03/12/2015)

89 Comité de Derechos Humanos, *Joslin et al. vs. Nueva Zelanda*, Comunicación N° 902/1999, 30/07/2002.

90 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Schalk and Kopf vs. Austria*, Application N° 30141/04, 24/06/2010.

91 Véase: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>

conocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación en los casos “Ángel Alberto Duque” y “Homero Flor Freire”. En el primero de ellos, en su Informe de Fondo encontró responsable al Estado de Colombia por privar del derecho a la pensión al conviviente supérstite de una pareja de varones⁹², mientras que en el segundo determinó la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por la exclusión discriminatoria de un integrante de su Ejército, percibido como “no heterosexual”⁹³. Ambos casos tramitan actualmente ante la Corte IDH, que sólo registra en la materia la decisión adoptada en la causa “Atala Riffo y niñas” de 2012. En ella, el tribunal interamericano hizo una fuerte defensa del principio de igualdad y no discriminación, a propósito del reclamo de una mujer que había sido privada de la custodia de sus hijas por su orientación sexual y por haber iniciado una convivencia con otra mujer⁹⁴. Entre otras determinaciones de relevancia, indicó que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el DIDH (párr. 91)⁹⁵ y que deben ofrecerse razones de mucho peso para trazar distinciones restrictivas de derechos sobre esa base. También sostuvo que la Convención Americana no reconoce un modelo específico de familia, menos aún de carácter tradicional y estereotipado (párrs. 142 y 145).

92 Comisión IDH, Informe de Fondo 5/14, Ángel Alberto Duque (Colombia), 02/04/2014.

93 Comisión IDH, Informe de Fondo 81/13, *Homero Flor Freire (Ecuador)*, 04/11/2014.

94 Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 24/02/2012.

95 La Corte IDH consideró que tanto la orientación sexual como la identidad de género se encuentran incluidas en la expresión “cualquier otra condición social”, utilizada por el artículo 1.1 de la CADH.

Por fuera de las señaladas, otras demandas que típicamente se incluyen en la movilización legal LGTBI a nivel transnacional, como el reconocimiento a la identidad y expresión de género, y el respeto a la integridad corporal de personas trans e intersex, también registran procesos de debate en curso y con resultado dispar. A la fecha, distintos Estados han regulado el acceso a estos derechos, pero a través de un paradigma anclado en la patologización de sus titulares y no en el reconocimiento de su autonomía identitaria y corporal. De tal manera, admiten el acceso a modificaciones registrales o a intervenciones corporales (hormonales o quirúrgicas), pero las supeditan a la sustanciación de procedimientos coercitivos y tortuosos, mediados por criterios “diagnósticos” y por la participación judicial. Estas formas de abordaje son aún extendidas, pero paulatinamente denunciadas por organismos internacionales. En particular, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes indicó que “[e]n muchos países las personas transgénero se ven a menudo obligadas a someterse a operaciones de esterilización no deseadas como requisito previo para disfrutar de reconocimiento legal de su identidad de género preferida” y exhortó a los Estados a que “proscriban la esterilización forzada o coaccionada en cualquier circunstancia y ofrezcan una protección especial a los miembros de los grupos marginados”⁹⁶. El mismo informe también se detuvo en el respeto a la integridad corpo-

96 *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan Méndez, A/HRC/22/53, óp. cit., párrs. 78 y 88. Otros obstáculos para el reconocimiento de la identidad de género, como el estado civil, junto con su respectivo cuestionamiento, pueden verse en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23, 04/05/2015, párrs. 69-70.

ral de las personas intersex, y denunció que “[l]os niños que nacen con atributos sexuales atípicos suelen ser objeto de intervenciones quirúrgicas irreversibles de reasignación de sexo, esterilizaciones involuntarias o cirugía reconstructiva urogenital involuntaria, practicadas sin su consentimiento informado previo ni de sus padres, ‘en un intento de fijar su sexo’, que les provocan infertilidad permanente e irreversible y un gran sufrimiento psíquico”⁹⁷. En el ámbito del sistema interamericano, de la mano de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI de la Comisión IDH, empiezan a asomar determinaciones en el mismo sentido⁹⁸.

En lo que a la realidad argentina corresponde, desde los años 90’ la militancia travesti, transexual y transgénero ha denunciado de forma sistemática las precarias condiciones de vida del colectivo, un destino prioritariamente inclinado a la prostitución, y la violencia social, institucional y policial experimentada⁹⁹. Esos reclamos mantienen plena vigencia y las condiciones de ejercicio de derechos básicos continúan siendo sumamente deficitarias, pero otras articulaciones políticas, como aquellas dirigidas al reconocimiento legal de la identidad de género y al amplio acceso a las tecnologías necesarias para expresar corporalmente esa identidad¹⁰⁰, han corrido mejor suerte. Su co-

97 *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, óp. cit., párr. 77.

98 Comisión IDH, Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI, Anexo al Comunicado de Prensa N° 153/14, 17/12/2014, p. 5.

99 Véase Berkins, Lohana y Fernández, Josefina (Coords.), *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2005 y Berkins, Lohana (Coord.), *Cumbia, copeteo y lágrimas. Informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros*, Buenos Aires, ALITT.

100 Véase Cabral, Mauro, “El doble acceso a la identidad”, Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), 2011. Disponible en:

rolario fue la sanción de la ley N° 26.743, que en el año 2012 consagró el derecho de toda persona “a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida” (art. 3), a través de una mera solicitud ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, en la que se manifieste estar amparado/a por la presente ley. No se requiere la intermediación judicial, ni acreditar ningún otro extremo distinto a la declaración de voluntad (art. 4). La misma norma consagró el derecho a acceder, sólo con el consentimiento informado y sin autorización judicial o administrativa, a tratamientos integrales hormonales y/o a intervenciones quirúrgicas (totales o parciales) para adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida, incluida la genitalidad; prestaciones que a su vez incorporó en el Plan Médico Obligatorio como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 11). Asimismo, la ley reguló criterios especiales para que los menores de 18 años puedan acceder a los derechos que establece, tanto en lo vinculado con las rectificaciones de registro como con las intervenciones corporales¹⁰¹. La mencionada normativa constituye al día de hoy uno de los modelos más acabados de reconocimiento de la identidad de género a nivel mundial, que incluso ha informado algunos abordajes regulatorios posteriores¹⁰².

<http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=9064&sid=25> (fecha de consulta: 03/12/2015)

101 Los criterios de acceso para menores de 18 años se encuentran regulados en los artículos 5 (rectificación registral) y 11 (tratamientos integrales hormonales e intervenciones quirúrgicas totales o parciales).

102 En lo que atañe al reconocimiento legal, véase Cabral, Mauro y Eisfeld, Justus, “Making

Conclusiones

A lo largo de este artículo se ha presentado un panorama sucinto de la realidad actual de los DSyR. En primer lugar, se ha reseñado su desarrollo y positivización como cuerpo específico de derechos. A continuación, se ha trabajado sobre las controversias que generaron algunas de sus dimensiones centrales, desde una perspectiva que intentó priorizar la situación local pero a la vez enmarcarla en un contexto regional más amplio y en los desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como se advirtió en la introducción, por razones de espacio se han dejado muchas dimensiones relevantes fuera y otras tantas, pese a la riqueza que ofrecen, sin un análisis exhaustivo. Sin perjuicio de la salvedad, el fin principal de esta contribución ha sido ofrecer una hoja de ruta útil para acercarse a este campo de estudios, a los debates que motiva y al rol de los movimientos sociales de mujeres, de diversidad sexual y de derechos humanos en su evolución. Aun modesto, se espera que dicho fin haya sido satisfecho.

depathologization a matter of law. A comment from GATE on the Maltese Act on Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics”, 08/04/2015. Disponible en: <http://transactivists.org/2015/04/08/making-depathologization-a-matter-of-law-a-comment-from-gate-on-the-maltese-act-on-gender-identity-gender-expression-and-sex-characteristics/> (fecha de consulta: 03/12/2015)

III

La interrupción legal del embarazo en la Ciudad de Buenos Aires

[Volver al índice](#)

Felicitas Rossi

Abogada graduada en la UBA, orientaciones en Derecho Penal y Derecho Internacional Público. Diplomada en “Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica” por la Universidad de Chile. Integra la Comisión Directiva de Amnistía Internacional Argentina y el Programa de Género y Derecho de la Universidad Di Tella. Actualmente trabaja en el Observatorio de Género en la Justicia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Fue abogada patrocinante en la causa “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/GCBA s/ amparo” que cuestionó el protocolo de aborto no punible de la Ciudad de Buenos Aires.



*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*

Introducción

Hasta hace pocos años veíamos en los medios de comunicación una noticia recurrente: la judicialización de situaciones en las que el derecho al aborto legal¹ era obstaculizado. Los/as profesionales de los servicios de salud se rehusaban a practicar abortos legales o, antes de practicarlos, solicitaban autorizaciones judiciales, ya sea en casos de anencefalia o en los que el embarazo ponía en riesgo la salud física de la mujer o que involucraban a mujeres con discapacidad que habían sido violadas o a niñas y adolescentes, con o sin discapacidad, que habían sido abusadas por familiares. La cantidad y variedad de casos en los que las mujeres debieron transitar procesos judiciales en busca de una autorización para interrumpir sus embarazos, cuando ninguna ley requiere o sugiere esta intervención, daba cuenta de la falta de un consenso acerca del alcance de los permisos para abortar establecidos en el Código Penal desde 1921. Y

1 En este artículo se emplearán en forma indistinta las expresiones “aborto legal”, “aborto no punible” e “interrupción legal del embarazo” para referir a los supuestos de no punibilidad del aborto establecidos en el artículo 86 inc. 1 y 2 del Código Penal de la Nación. Si bien el artículo menciona, repetidas veces, a las mujeres, niñas y adolescentes como sujetas activas del derecho, se sobrentiende que el acceso a la práctica debe ser garantizado a todas las personas con capacidad de gestar.

cuando se solicitaban estas autorizaciones judiciales, los tribunales dictaban sentencias contradictorias aprovechando cierta ambigüedad de la ley.

En 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante Corte o CSJN) en el histórico fallo “F., A.L.” despejó cualquier duda al respecto al pronunciarse a favor del derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos en los supuestos permitidos por ley.

Este artículo repasa los principales lineamientos del fallo “F., A.L.”, las diversas reacciones a lo largo del país a las exhortaciones formuladas por la Corte y los casos de denegación de la práctica que aún se reiteran. Luego se centra en el litigio iniciado en la Ciudad de Buenos Aires contra el protocolo de atención de los abortos no punibles dictado por el Ministerio de Salud de dicha jurisdicción en 2012. La breve reseña de algunos logros, desafíos y resistencias concluyen el artículo.

Un repaso por el fallo “F., A.L.”

El 13 de marzo de 2012, la CSJN en el fallo “F., A.L.”² se pronunció sobre el derecho de las mujeres a acceder al aborto en las circunstancias permitidas por la ley desde 1921. Esto es, cuando su vida o su salud están en peligro o cuando el embarazo es producto de una relación sexual no consentida (causales previstas en el artículo 86 inc. 1 y 2 del Código Penal, en adelante CP).

Entre otras importantes cuestiones, el máximo tribunal del país, por primera vez y sin disidencias, reafirmó que el aborto no es punible cuando el embarazo es consecuencia de una violación contra toda mujer, sin importar su capacidad intelectual o psico-social. Para ello, realizó un análisis exhaustivo que

² CSJN, caso “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 13 de marzo de 2012, Fallos: 335:197. El caso había sido previamente decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut que resolvió favorablemente el pedido para acceder a un aborto formulado por la madre de una adolescente violada por su padrastro. La práctica se llevó a cabo en marzo de 2010 en un centro médico de Trelew. Luego de que el aborto fuera practicado, el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia en representación del “nasciturus”.

concluyó en la compatibilidad del art. 86 del CP con el marco normativo constitucional y convencional que consagra el derecho a la vida. La CSJN, también, fue contundente al afirmar que “es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura”³. Además, indicó que las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires deben **implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para remover todas las barreras que limitan el acceso a los servicios médicos, ya sean administrativas o fácticas**. Y estableció diversas pautas que dichos protocolos deben contemplar, entre ellas, que se garantice el acceso a la información y la confidencialidad, se eviten dilaciones innecesarias, no se requiera autorización judicial ni denuncia policial en los casos de violación sino que baste con una declaración jurada de la mujer con respecto a la existencia del delito, se prevea que la objeción de conciencia sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente y se sancione a los profesionales que dificulten o impidan el acceso a la práctica en tanto las conductas dilatorias o irregulares pueden constituir actos de violencia institucional en los términos de la ley 26.485⁴. Por último, la

³ *Ibíd.*, cons. 25.

⁴ Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada el 11/3/2009 y promulgada de hecho el 1/4/2009.

CSJN exhortó a los poderes judiciales de todas las jurisdicciones a que se abstengan de judicializar el acceso a los servicios médicos en estos casos.

En aquél momento celebramos la sentencia de la Corte como un paso trascendental no sólo porque daba fin a una disputa de notoria gravedad social e institucional que desde hace años venía perjudicando los derechos más elementales de las mujeres sino también porque los argumentos del tribunal permitían avanzar hacia una discusión más profunda y necesaria: la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo temprano⁵. Sin embargo, a más de cuatro años del dictado del fallo “F., A.L.”, las circunstancias nos muestran que aún falta un largo camino por recorrer.

5 Cavallo, M. y Rossi, F., “El caso ‘F., A. L.’ : un avance hacia la legalización del aborto”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de Abeledo Perrot N° 7, julio de 2012.



Foto Felicitas Rossi



El acceso al aborto legal en el país

Con posterioridad al fallo “F., A.L.”, las reacciones en cada jurisdicción del país fueron diversas: sólo ocho provincias poseen protocolos que cumplen, en buena medida, con las pautas elaboradas por la Corte: Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego. Otras ocho dictaron protocolos que incluyen requisitos que pueden dificultar el acceso a la práctica: Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta. Y ocho jurisdicciones no han dictado protocolo alguno: Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán⁶.

A nivel nacional, en 2015, el Ministerio de Salud de la Nación publicó el “Protocolo para la Atención Integral de las Perso-

6 Un informe detallado sobre la situación del país en la materia puede encontrarse en Asociación por los Derechos Civiles, *Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación*, marzo de 2015, disponible en <http://www.adc.org.ar/wp-content/uploads/2015/03/Accesso-al-aborto-no-punible-Marzo-2015.pdf>

nas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo”⁷. Este protocolo tiene diversos aspectos destacables⁸ y si bien establece que es obligatorio en todo el territorio argentino y debe ser implementado por todas las instituciones sanitarias, públicas y privadas, aún no tiene estatus de resolución ministerial. Esta falta de reconocimiento normativo, puede leerse como un indicador de la ausencia de una política pública contundente a nivel nacional y como un factor que ha posibilitado la inaccesibilidad sistemática a los abortos no punibles de forma segura a lo largo del país⁹.

Esta disparidad en las normas genera una situación de desigualdad intolerable en la cual el acceso al aborto legal depende del lugar de residencia y del nivel socio-económico de la solicitante del servicio.

Por otra parte, tal como demuestra una reciente investigación, el nivel de judicialización del acceso al aborto legal no ha dismi-

7 Este protocolo revisa y actualiza la información médica, bioética y legal contenida en la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles”, vigente desde el 2007 y que, a su vez, fuera actualizada en 2010, disponible en <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690ent-Protocolo%20ILE%20Web.pdf>

8 Así, por ejemplo, el uso de un lenguaje sencillo y el cambio de la expresión “abortos no punibles” por “interrupción legal del embarazo” a los fines comunicacionales, la transversalización del enfoque de género al incluir a los varones trans como personas que pueden requerir la práctica, la amplia definición de las causales que habilitan el aborto legal (causal salud y causal violación), la incorporación de los últimos desarrollos científicos y jurídicos en la materia como las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y los lineamientos establecidos por la Corte Suprema en el fallo “F.,A.L”, entre otros.

9 Ver Ramón Michel, Agustina, *El fenómeno de inaccesibilidad al aborto no punible*, en Bergallo, Paola (Comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011 y Cavallo, M. Mercedes, *Inaccesibilidad al Aborto No Punible en Argentina: Obstáculos de iure y de facto*, Revista Electrónica Cuestión de Derechos N°1, Asociación por los Derechos Civiles, Julio de 2011.

nuido¹⁰. En la Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Salta y Santa Fe se presentaron acciones judiciales a favor y en contra de los protocolos elaborados con posterioridad al fallo “F., A.L.”; en Tucumán para impedir su implementación y en Mendoza para exigirlo. Muchas de las sentencias dictadas en estos casos han rechazado, de modo inadmisiblemente, la interpretación del artículo 86 del Código Penal realizada por la Corte Suprema en dicho fallo, desconociendo sus lineamientos e ignorando la doctrina tradicional sobre la obligación de los tribunales inferiores, especialmente en materia constitucional, de conformar sus decisiones a los precedentes del máximo tribunal, dada su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia.

Finalmente, resulta preocupante la gran cantidad de casos en los que se sigue dificultando o impidiendo el acceso a la práctica –aún en las provincias donde existen protocolos– por intervenciones ilegales de operadores judiciales, abogados, organizaciones conservadoras y efectores sanitarios. Así, por ejemplo, en octubre de 2012, una asociación interpuso una acción judicial a fin que se prohibiera abortar a una mujer víctima de trata en el Hospital Ramos Mejía de la Ciudad de Buenos Aires. Una jueza civil concedió el pedido y extendió la prohibición a todos los hospitales porteños¹¹. El caso llegó a la CSJN quien

10 Ver Gherardi, N. y Gebruers, C., “El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso ‘F.A.L.’”, Serie Documento REDAAS N°2, abril de 2015. La investigación relevó un total de 18 casos vinculados con el derecho al aborto y 29 resoluciones judiciales, desde marzo de 2012 a diciembre de 2014.

11 Cfr. <http://www.lanacion.com.ar/1515797-viene-de-tapa-una-jueza-suspendio-un-aborto-y-la-ciudad-apelara>

ordenó anular el procedimiento civil y realizar la práctica en forma inmediata recordando que en estos casos no se requiere una autorización judicial para acceder al derecho¹². En octubre de 2013, en Tucumán, una joven de 16 años embarazada como consecuencia de una violación, ante la negativa ilegal de los médicos, debió trasladarse a la Ciudad de Buenos Aires para acceder a la práctica¹³. En diciembre de 2013, un juez negó el aborto a una joven salteña de 14 años violada por su padrastro¹⁴, en el marco de una amparo interpuesto por la asesora de incapaces. En esa misma resolución, el juez dispuso que se inicien los trámites para entregar al/la niño/a producto de la violación en adopción. En abril de 2014, en Moreno, Provincia de Buenos Aires se le negó la práctica a una niña de 13 años embarazada como consecuencia de los abusos sexuales que sufría por parte de su padrastro¹⁵. Finalmente, la niña pudo interrumpir el embarazo con medicamentos en un consultorio privado y su atención concluyó en un hospital público fuera del ámbito de la provincia de Buenos Aires. A mediados del mes de julio de 2014, en La Plata, también se le negó el acceso a la práctica a una mujer víctima de violación que fue fuertemente maltratada por el personal del servicio de Ginecología en el Hospital al que acudió¹⁶. Finalmente, la intervención fue efectuada por un médico envia-

12 CSJN, caso “Pro Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación de actos administrativos”, sentencia del 11 de octubre de 2012.

13 Cfr. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-233329-2013-11-11.html>

14 Cfr. <http://www.nuevodiariodesalta.com.ar/noticias/816/la-justicia-impedia-hasta-anoche-el-acceso-al-abor.html>

15 Cfr. http://www.perfil.com/sociedad/niegan-el-aborto-a-menor-violada-por-su-padrastro-0429-0003.phtml?utm_source=redir_url_legacy y <http://www.abortolegal.com.ar/?p=2172>

16 Cfr. <http://anred.org/spip.php?article8176>

do desde otro distrito por el Ministerio de Salud de la provincia. En octubre de 2014, en La Pampa se conoció el caso de una niña de 11 años violada por un familiar que no pudo acceder a la práctica en un hospital en el que todos/as los/as profesionales del servicio de Ginecología y Obstetricia se declararon objetores de conciencia y tuvo que ser trasladada a otra ciudad¹⁷. También en octubre de 2014, se difundió otro caso de denegación de acceso a interrupción legal del embarazo en La Plata en perjuicio de una joven de 18 años que cursaba un embarazo de un feto con malformaciones graves incompatibles con la vida¹⁸.

Estos son sólo algunos de los casos que se han hecho públicos, por lo general, en virtud de las denuncias efectuadas por las diversas organizaciones que acompañan a las mujeres en estas circunstancias. La alarmante reiteración de casos obliga a reflexionar y debatir sobre los desafíos pendientes que ensanchan la brecha entre lo que dicen las normas y lo que sucede en la práctica.

17 Cfr. <http://www.lanacion.com.ar/1739155-la-pampa-practicaron-un-aborto-a-una-nena-violada-fue-en-santa-rosa-porque-en-general-pico-se-negaron>

18 Cfr. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-257203-2014-10-10.html> y <http://perio.unlp.edu.ar/node/4618>



Foto Felicitas Rossi

Situación en la Ciudad de Buenos Aires

Al momento del dictado del fallo “F., A.L.”, en la ciudad de Buenos Aires se encontraba vigente un protocolo restrictivo para acceder al aborto legal¹⁹. Luego del fallo, el Ministerio de Salud local dictó un nuevo protocolo -también restrictivo- aprobado por Resolución 1252/12. A la vez, el 28 de septiembre de 2012, la legislatura porteña sancionó la Ley 4318 que establecía un procedimiento para la atención de los abortos no punibles acorde con los lineamientos del fallo de la Corte Suprema. Sin embargo, el Jefe de Gobierno de la Ciudad vetó la ley alegando que excedía lo dispuesto por el Máximo Tribunal.

En septiembre y noviembre de 2012, una legisladora porteña, por un lado, y un grupo de organizaciones de la sociedad civil²⁰, por el otro, interpusieron acciones de amparo colectivo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) para solici-

19 Aprobado por Resolución 1174/2007 del Ministerio de Salud de la CABA.

20 Las organizaciones actoras son la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI).

tar la inconstitucionalidad de varios artículos de la Resolución 1252/2012 y el dictado de una medida cautelar que los dejara sin efecto. Las organizaciones solicitaron, además, que se ordene al GCBA adecuar los puntos cuestionados de la Resolución mencionada a los estándares de derechos humanos vigentes en la materia²¹.

En dos resoluciones de noviembre de 2012 y marzo de 2013, la jueza interina López Vergara hizo lugar a las medidas cautelares solicitadas y suspendió la exigencia de los requisitos del protocolo cuestionados. Así, la magistrada ordenó que, ante la solicitud concreta de una práctica de aborto no punible, los profesionales de la salud, deberán adecuar su conducta a las siguientes pautas: 1) no se requerirá la intervención previa de un equipo interdisciplinario en el proceso ni la confirmación del diagnóstico por parte del director/a del hospital en los casos de peligro para la vida o la salud de la mujer; 2) se le requerirá al adolescente a partir de los 14 años que exprese su propio consentimiento informado sin necesidad del consentimiento de su representante legal (dejando sin efecto la exigencia de este requisito para las menores de 18 años); 3) el plazo gestacional para los casos de violación será el que establezca el médico tratante con fundamento en su saber y entender (suspendiendo, con ello, el límite gestacional de 12 semanas que establece el protocolo); 4) se podrá alegar la objeción de conciencia dentro

21 Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires N° 2, causas “Rachid, María de la Cruz y otros c/GCBA s/amparo” (Expte. N° 45722/0) y “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/GCBA s/amparo” (Expte N° 46062/0). Por resolución del 10/6/2013 las causas fueron acumuladas.

de los 30 días de notificada la sentencia o al momento de comenzar a prestar servicios en un efector de salud (dejando sin efecto la posibilidad de alegarla caso a caso); 5) no se requerirá acreditación alguna respecto de la inminencia de la gravedad del riesgo para la salud y la vida de la mujer resultando suficiente la potencialidad del riesgo; 6) no se requerirá la acreditación de insania o certificado que acredite que la mujer posee una discapacidad mental. Asimismo, ordenó al GCBA implementar un sistema de apoyo y salvaguardia para acompañar la decisión de las mujeres con discapacidad relativa a realizar (o no) la práctica, de conformidad con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²². En cumplimiento parcial de esta orden judicial, el Ministerio de Salud porteño dictó una serie de resoluciones que avanzan en el reconocimiento de los apoyos sanitarios en estos casos²³.

El 5 de julio de 2013, el juez Gallardo en una resolución conjunta, hizo lugar a las acciones de amparo interpuestas y declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 1252 en forma íntegra.

22 El artículo 12.2 de la Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Y el art. 12.3 establece que los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para *proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*.

23 Resoluciones 1860/MSGC/13 y 1312/MSGC/2014. Entre otras importantes cuestiones, estas resoluciones establecen que: 1) el sistema de apoyos es un derecho de la mujer, que debe respetar su voluntad y no puede –bajo ningún supuesto– forzarla o sustituirla; 2) la función de apoyo tiene por finalidad asistir a la mujer con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, respetando de modo irrestricto su voluntad y preferencias; 3) la función puede ser desempeñada por familiares, amigos, asistentes personales o cualquier otra persona de confianza de la mujer discapacitada; 4) para el caso de no existir personas de confianza, la autoridad administrativa deberá designar persona idónea para prestar el apoyo requerido, designación que deberá tener siempre en cuenta la opinión de la mujer con discapacidad.

Entre otras cosas, sostuvo que el protocolo porteño “en lugar de eliminar barreras administrativas y fácticas, establece requisitos que constituyen insalvables impedimentos al acceso al aborto no punible”.

El recurso de apelación del GCBA, firmado por el ex Procurador de la Ciudad de Buenos Aires, contiene argumentos verdaderamente alarmantes. Entre otras cosas, a) Desconoce que el acceso al aborto legal sea un derecho de las mujeres: “*Este derecho no existe en nuestro ordenamiento jurídico*”; b) Centra su defensa en la violación al derecho a la vida de “*la persona por nacer*”, pasando por alto que la opción regulatoria vigente desde hace casi un siglo en Argentina admite que es lícito el aborto cuando se dan los extremos del artículo 86 del CP y que el mismo GCBA, si bien con las falencias cuestionadas, ha optado por regular el acceso a dicha práctica, por lo que dicha argumentación no sólo es inconducente sino que, además, es incongruente con su propia política regulatoria; c) Desconoce el rol institucional y simbólico de la CSJN como último intérprete de la Constitución Nacional y el carácter vinculante de las interpretaciones que realizó en el fallo “F.,A.L.”: Lo allí decidido es una mera recomendación que “*las jurisdicciones territoriales de ninguna forma están obligadas a seguir*”. “*Dicho fallo hace una interpretación antojadiza del art. 86 inc. 2 del Código Penal*” y “*sólo se aplica al caso concreto*”; d) Desconoce el valor de las recomendaciones y sentencias de los órganos de seguimiento de los diversos tratados de derechos humanos suscriptos por la Argentina y de condenas internacionales contra nuestro país en casos de denegación de acceso a la práctica: “*Las instan-*

cias mencionadas... NO tienen carácter jurisdiccional y sus comunicaciones o dictámenes son simples recomendaciones, NUNCA vinculantes (...) muchas veces son reinterpretaciones ideologizadas de los textos aprobados” que “con el pretexto de asegurar el mayor nivel de acceso a la salud o la salud integral de la mujer, terminan desconociendo los derechos que poseen las personas por nacer”. “Tampoco existe fallo alguno de carácter internacional que obligue al país a cambiar su legislación interna o que lo haya encontrado responsable del incumplimiento de las normas de los Tratados Internacionales en esta materia”²⁴; e) Realiza ponderaciones sobre los valores e intereses en juego²⁵ que instrumentalizan a las mujeres, violan

24 Para el momento de la interposición del recurso de apelación, en julio de 2013, Argentina ya había sido condenada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso de “L.M.R.”, una joven con discapacidad, oriunda de la provincia de Buenos Aires, que había quedado embarazada por una violación. Junto a su madre solicitó que se le practicara un aborto no punible y los médicos le exigieron una autorización judicial. Desde el pedido original de interrupción del embarazo hasta la sentencia del máximo tribunal que autorizó la práctica transcurrieron dos meses. No obstante, ningún centro de salud accedió a realizarla, sobre la base de argumentos religiosos y la objeción de conciencia de los profesionales que debían intervenir. El Comité concluyó que el Estado argentino había violado el derecho de la joven a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes, su derecho a la intimidad y su derecho a la tutela judicial efectiva. El Comité, también resolvió que el Estado argentino debía indemnizar a la joven y tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro (Comité de Derechos Humanos, caso “L.M.R. c. Argentina”, CCPR/C/101/D/1608/2007, del 28 de abril de 2011, disponible en <http://bit.ly/1BQv7n9>).

25 La Corte IDH en el caso “Artavia Murillo” concluyó que la protección del derecho a la vida con arreglo al artículo 4.1 de la CADH “no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”. Este reconocimiento llevó al máximo tribunal interamericano a reafirmar el deber de ponderar la protección de la vida cuando otros derechos e intereses entran en juego. Así, precisó que “el objeto y fin del artículo 4.1. de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 noviembre de 2012, Serie C N° 257, parág. 264 y 258, respectivamente).

sus derechos, desconocen jurisprudencia nacional e internacional y contradicen, nuevamente, su propia política regulatoria: “Cuando se compara ... el valor de la vida del niño por nacer con el valor de la salud de la madre, es de toda lógica jurídica dar por sobre el valor de la salud de otra. Es cierto que esta comprobación puede significar un sacrificio de la comodidad o del proyecto de vida de la madre, pero no por esto puede darse vuelta la valoración...”; f) Recurre a mitos falsos sobre las consecuencias de practicarse un aborto sin citar estudio alguno que avalen sus afirmaciones: “El protocolo vigente, al extremar los recaudos para el recurso al aborto (...) también está cuidando la salud de la mujer, ya que existe suficiente material científico sobre el síndrome post aborto que demuestra cómo varias mujeres han llegado incluso al suicidio luego de haber realizado la práctica”; g) Desconoce abiertamente la jerarquía supralegal (hoy constitucional) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al señalar que la medida cautelar “deja de lado el sistema de representación legal de los incapaces” instaurada en el Código Civil [se refiere al Código vigente con anterioridad a la reforma] y lo reemplaza por un “desconocido sistema de salvaguarda y apoyo no existente en la legislación vigente”, y que la intervención de los representantes legales constituye “uno de los principales mecanismos de salvaguarda de los intereses de la discapacitada”, cuando, en verdad, siempre fue el mecanismo más efectivo para anular y sustituir la voluntad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El nuevo Código Civil y Comercial recepta, en gran medida, el cambio de paradigma.

En definitiva, de las 80 páginas del recurso de apelación del GCBA, 55 páginas se dedican a defender las facultades discrecionales del Jefe de Gobierno de vetar una ley, negar el control judicial sobre el protocolo, cuestionar la procedencia formal de la acción de amparo interpuesta y desacreditar el fallo “F., A.L.”. Sólo unas 22 páginas se refieren a la cuestión de fondo pero desde una perspectiva equivocada que demuestra un desconocimiento absoluto de los principios y estándares aplicables al caso y un llano desprecio por los derechos fundamentales de las mujeres.

En diciembre de 2015, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo revocó la sentencia de grado y rechazó los planteos constitucionales formulados contra la Resolución 1252/2012 con fundamento en la inviabilidad de la acción de amparo colectivo y en la falta de legitimación activa de las actoras. Esta conclusión sólo pudo ser posible mediante serios errores conceptuales respecto a los elementos constitutivos de las acciones colectivas y a una grosera tergiversación del objeto de la demanda de las organizaciones. Es decir, la Cámara se demoró más de 2 años, como si no fuera una cuestión urgente, y nada dijo sobre los planteos de fondo. Con ello, se desvinculó por completo de una problemática que afecta en forma cotidiana la salud y la vida de las mujeres en general, y de ciertos grupos en particular –adolescentes, mujeres con discapacidad, víctimas de violación- que se atienden en el sistema de salud público de la Ciudad.

Contra esta sentencia, las actoras interpusieron recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia, cuya

concesión se encuentra actualmente a estudio de la Cámara. Ya sea por vía ordinaria (concesión del recurso de inconstitucionalidad) o extraordinaria (interposición de un recurso de queja), el expediente llegará al máximo tribunal de la Ciudad de Buenos Aires a quien le tocará revertir esta flagrante violación de derechos humanos.

Logros, desafíos y resistencias

En el marco del litigio contra el protocolo porteño de atención de los abortos no punibles, se logró que, por varios años, se suspenda la exigencia de requisitos completamente ilegítimos para acceder a la práctica. También, en una resolución sin precedentes, se avanzó en el reconocimiento e implementación de un sistema de apoyos sanitarios para las mujeres con discapacidad intelectual o psico-social que demanden el servicio.

Si bien la interrupción legal del embarazo siempre debe garantizarse más allá de la existencia de un protocolo de atención, lo cierto es que el panorama normativo, tanto en las provincias como en la ciudad de Buenos Aires, es poco alentador. Los casos en los que se dificulta o impide el acceso al derecho se reiteran. Los/as profesionales de la salud siguen abusando de la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia. El accionar de la justicia y el activismo de diversos sectores conservadores en contra del derecho de las mujeres a la práctica es persistente. Todo ello, demuestra que la incertidumbre y la falta de seguri-

dad jurídica que la Corte quiso combatir con el fallo “F., A.L.” aún perdura entre los/las profesionales de la salud y las mujeres. Sumado a ello, no se han implementado campañas de información pública referidas a los derechos involucrados y tampoco existen estadísticas oficiales sobre la cantidad de abortos legales realizados en cada jurisdicción.

En definitiva, aún queda mucho trabajo por delante para lograr que las mujeres y demás personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, accedan a la práctica en condiciones seguras, oportunas, dignas e igualitarias. Este trabajo no se agotará con la victoria normativa. Todos los días se abren nuevos frentes de resistencia y para combatirlos es indispensable reforzar las políticas públicas y sancionar de modo enérgico a quienes niegan u obstaculizan el ejercicio efectivo del derecho al aborto legal.





*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*

IV

Inconstitucionalidad
del protocolo
de atención de los
abortos no punibles
de CABA

[Volver al índice](#)

Una acción de clase para acceder al aborto legal en la Ciudad de Buenos Aires

José M. Salgado y Francisco Verbic

Francisco Verbic: Profesor Adjunto de Derecho Procesal II y Secretario Académico de la Maestría en Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.
José M. Salgado: Profesor de Derecho Procesal (UBA-UNPAZ). Secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.



Foto Felicitas Rossi

Introducción

En el presente trabajo analizaremos críticamente algunos aspectos de la sentencia dictada en fecha 29/12/2015 por los jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (CCAyT) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) Dres. Esteban Centanaro y Hugo Zuleta en los expedientes acumulados “*Rachid, María de la Cruz y otros c/GCBA s/amparo*” (Expte. N° 45.722/0) y “*Asociación por los Derechos Civiles y otros c/GCBA s/amparo*” (Expte.N° 46.062/0).

Por medio de esta sentencia dicho tribunal rechazó –sin entrar a juzgar el fondo del asunto- diversos planteos constitucionales efectuados contra la Resolución del Ministerio de Salud de la CABA N° 1252/2012, aprobatoria del procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punible(ANP) contempladas en el art. 86 incisos 1° y 2° del Código Penal de la Nación, así como también una pretensión de condena por la cual se buscaba que el Gobierno local procediera a redactar y aprobar un protocolo de acceso al ANP acorde con los estándares convencionales y constitucionales establecidos por la Corte



Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al pronunciarse en el caso “*F.A.L.*”¹

Nos enfocaremos exclusivamente en dos de los argumentos procesales esgrimidos por el tribunal para sostener el rechazo de ambas demandas, intentando demostrar que la sentencia incurrió en serios errores que impidieron abordar una temática de extrema urgencia que afecta y pone en riesgo de vida a miles de mujeres de la CABA.

1 CSJN en autos “*F.A.L. s/ medida autosatisfactiva*”, sentencia del 13/03/2012, *Fallos* 335:197.

Sobre la delimitación de la clase representada en el caso por los legitimados colectivos

Un primer defecto de la sentencia está en sostener que no hay “proceso colectivo” por ausencia de una clase identificable: *“este elemento de identificación de los sujetos que comprenden la clase, de un modo posible de ser determinado, no se encuentra presente en el caso bajo estudio. Es imposible identificar individualmente a las mujeres, niñas, adolescentes (afectadas o no en su salud mental) que se encuentran -o se encontrarán- embarazadas y con intención de interrumpir la gestación por encontrarse en alguno de los supuestos contemplados en el ordenamiento penal para casos de abortos no punibles (violación o riesgo en la salud de la madre). Así, debe descartarse que el caso bajo estudio constituya un supuesto de proceso colectivo, ni de la especie que tiene por objeto la tutela de bienes colectivos*

–por ausencia de un bien colectivo- ni de la relativa a intereses individuales homogéneos –por falta de determinación y conformación de la clase- ni los atinentes a cuestiones de discriminación” (considerando VIII).

Esta conclusión descansa ante todo en un serio error conceptual. Sucede que la “*precisa identificación*” de la clase que requiere la doctrina de la CSJN es de índole cualitativa.² Tiene que permitir el encuadre de los miembros del grupo como tales, lógicamente. Pero eso no supone que el actor deba identificarlos individualmente, mucho menos cuando se trata de un grupo que puede modificarse a cada momento como es aquel que los legitimados colectivos pretendían defender en este caso³.

En segundo lugar, debemos considerar que un embarazo dura nueve meses. Sin embargo, el aborto seguro –sin riesgo para la vida y la salud de la mujer- puede realizarse hasta la semana 22 o 24 de gestación, de acuerdo con la fuente que se tome como

2 Recordemos que la CSJN se ha ocupado de precisar el alcance de este requisito en algunos precedentes, sosteniendo que “*la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo*” en la medida que “*la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Sólo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva*”(conf. CSJN en autos “*Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros*” [CSJ 566/2012 (48-A); CSJ 513/2012 (48-A)/RHI; CSJ 514/2012 (48-A)/RHI], sentencia del 10/02/15, considerando 9°. Ver también CSJN en autos “*Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Como c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento*” (Expte. N° CSJ 1193/2012 (48-C)/CS1), sentencia del 09/12/15).

3 Según la Real Academia Española, una “clase” se define como: “1. f. *Conjunto de elementos con caracteres comunes (...)* 8. f. *Distinción, categoría.*

referencia.⁴ Es decir que, en la tesis de la sentencia, aun cuando fuera individual y no colectivo, el proceso debería durar seis meses para que pudiera ser promovido con legitimación y caso justiciable. Ello, claro, siempre que la demanda fuera iniciada minutos después de la violación o del diagnóstico que indique que el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer, que no existieran demoras en su trámite y que no se interpusieran recursos, vistas o consultas que extendieran la ejecución de la sentencia más allá de los 168 días corridos que componen aquellas 24 semanas. Un plazo que, sin feriados, ferias, enfermedades o ausentismo de los funcionarios o medidas gremiales, constituyen –en el mejor de los supuestos– alrededor de 130 días hábiles judiciales. Esto parece, en el contexto actual en que se presta el servicio de justicia, algo irrealizable.

Es por ello que se ha considerado que en los supuestos donde la duración del conflicto es breve y el tribunal debe igualmente resolver una vez que aquel ha desaparecido, no se verifica un supuesto de abstracción en tanto la decisión servirá como guía

4 Ver por ejemplo Organización Mundial de la Salud “*Manual de práctica clínica para un aborto seguro*”, 2014 (disponible en <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe-abortion/clinical-practice-safe-abortion/es/>, última visita el 30/07/16); Organización Mundial de la Salud, Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas “*Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*”, 2da Edición, 2012 (disponible en <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe-abortion/9789241548434/es/>, última visita 30/07/16); Federación Latinoamericana de Obstetricia y Ginecología “*Uso del Misoprostol en obstetricia y ginecología*”, 2013 (disponible en <http://www.flasog.org/wp-content/uploads/2013/12/Uso-de-misoprostol-en-obstetricia-y-ginecolog%C3%ADa-FLASOG-2013.pdf>, última visita 30/07/16); y Aníbal Faúndes y Dorothy Shaw (Editores) “*El Acceso Universal a la Salud Reproductiva: Oportunidades para Prevenir el Aborto Inseguro y Atender a las Brechas Críticas – La Iniciativa FIGO para la Prevención del Aborto Inseguro*”, *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, Volumen 110, Suplemento 1 (2010) (disponible en http://www.figo.org/sites/default/files/uploads/IJGO/supplements/IJG110_S1_SpanishForFIGO.pdf, última visita el 30/07/16).

de actuación para casos futuros. El problema es que en Argentina muchas veces se hace un uso irresponsable de los precedentes. De otro modo no existirían motivos para que la sentencia dictada en el caso “*F.A.L.*” no gobernara la controversia (no) resuelta por la decisión en comentario. Máxime si tenemos en cuenta que se trata de un precedente dictado por la CSJN, justamente, en un “caso abstracto”.

Dicha circunstancia se presentó también, por ejemplo, en el renombrado caso “*Roe v. Wade*”⁵, donde la solución vinculada con el aborto no podía aplicarse al caso pero era sabido que la cuestión habría de repetirse con posterioridad. Luego de esa sentencia, como debiera haber ocurrido en la decisión de la CCAyT que ahora comentamos, el holding fue utilizado para sostener una *class action* que propagó la solución allí adoptada a toda la clase representada en el litigio (“*Sosna v. Iowa*”)⁶.

Sin *stare decisis et quieta non movere*, el planteo de la cuestión en clave colectiva resulta superador de las dificultades expuestas en relación a la vigencia del “caso” judicial para supuestos como el que nos ocupa. La clase a la que se hace referencia debe ser descripta en el proceso a fin de garantizar la congruencia entre la pretensión colectiva que se enjuicia y los efectos de la decisión. También podría señalarse que es necesario compro-

5 Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 410 U.S. 113 (1973).

6 Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 419 U.S. 393 (1975). Se trató de un caso en el cual se cuestionó una ley del Estado de Iowa que exigía un año de residencia previa antes de iniciar la petición de divorcio. Allí se dijo que en virtud de que quienes planteaban en el caso representaban los intereses de otras personas en su misma situación, no obstante que al momento de dictar la sentencia hubieran cumplido con el plazo legal, la cuestión no se tornaba abstracta.

bar su existencia, es decir, que pudiera corroborarse que hay un grupo de personas vinculadas por razones comunes de hecho o derecho con necesidades insatisfechas. Sin embargo, como ya señalamos, nunca es necesaria la personalización o identificación a modo de un litisconsorcio tradicional.

La clase posee, justamente, contornos permeables. Los sujetos pasan a constituir parte de la misma en tanto cuenten al inicio del proceso -o adquieran en lo sucesivo- las condiciones y características mediante las cuales aquélla ha sido descrita por el representante colectivo (así como dejan de formar parte del grupo cuando pierden esas condiciones). El proceso colectivo y la noción de “clase” en este contexto configuran construcciones eminentemente jurídicas, y por ende sociales, que buscan dar solución a conflictos de masa en beneficio de las personas que se encuentren comprendidas en el conjunto afectado (o en riesgo) y también para aquellas que en el futuro lo estén, de modo de permitir mayor seguridad jurídica, estabilidad y una proyección de la decisión judicial a situaciones análogas.

Cambemos por un momento de ejemplo y hablemos del medio ambiente, ya que el acceso al aborto es un tema que suele irritar determinadas idiosincrasias y clausurar todo posible intercambio de ideas. Si el proceso colectivo se encargara de tratar la situación de un grupo de vecinos de un lugar afectados en su salud por un determinado agente contaminante de la zona, en principio la clase quedaría comprendida por aquellos que viven en ese lugar y tengan problemas en su salud derivados de esa contaminación. Pero también la integrarían las personas que,

viviendo en el lugar, manifiesten sus patologías en el futuro, así como aquellas que residiesen en otro sitio al promoverse el proceso colectivo pero con posterioridad decidieran mudarse al ámbito geográfico especificado y resulten, por tanto, también afectadas por la contaminación.

Por todo lo expuesto hasta aquí, el argumento de la sentencia según el cual “no se ha individualizado sujeto en particular alguno sobre la base del cual se pueda construir la clase” (argumento que sigue a la conclusión transcrita al inicio de este apartado), es lisa y llanamente absurdo. No puede pensarse que ya no habrá violaciones en el futuro, o que no existirán situaciones de embarazo que pongan en riesgo la vida o la salud de la mujer. Además, la discusión sobre el protocolo –como se explicó– excede el tiempo vital que demanda la solución de los casos individuales comprendidos dentro de la clase representada por los legitimados colectivos.

Finalmente, cabe destacar que una interpretación que exigiera la individualización de todos los miembros del grupo iría en contra de una de las principales razones de ser de las acciones colectivas, como es actuar en beneficio de personas que ni siquiera saben que sus derechos están siendo afectados. Ello sin contar con que tornaría prácticamente imposible cualquier postulación colectiva.

La vía procesal y una clara denegación de justicia

El deslinde entre la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) y el proceso de amparo en la Ciudad de Buenos Aires muchas veces es difícil de realizar. Especialmente en este tipo de casos colectivos. Sin embargo, recordemos que cuando la ADI fue instaurada, *“la cuestión de mayor relevancia que debía esclarecerse, dado que en ello se sustentaba la dinámica propia de la herramienta, era si se trataba de un ejercicio en abstracto o vinculado a un “caso” o relación jurídica concreta”*. En su tiempo, al reglamentar las previsiones constitucionales *“la ley no fue contundente en este punto y tampoco lo fueron los debates parlamentarios en los que se discutió su sanción, sin embargo la interpretación de su articulado permitirá concluir que se trata de una acción abstracta de control de constitucionalidad”*. Y ello es así dado que *“el art. 19 de la ley 402, al establecer los recaudos de la demanda, no exige en ninguno de sus cinco incisos la exposición de los hechos en los que se funda*

la misma o la demostración de la existencia de una relación jurídica sustancial”⁷.

Esto nos lleva necesariamente a analizar el objeto de la pretensión articulada en la demanda de las organizaciones de derechos humanos, con personería unificada en la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).⁸ Allí puede verse que no sólo fue solicitada una sentencia declarativa de inconstitucionalidad de diversos artículos de la Resolución 1252/12 sino también una clara pretensión de condena, a saber: *“Como remedio, solicitamos a V.S. que se ordene al GCBA a adecuar los puntos cuestionados de la Resolución mencionada de conformidad con los estándares de derechos humanos que se desarrollarán en esta presentación y en los términos expuestos en el apartado VIII del presente”* (ver al final de este trabajo un ANEXO con las partes pertinentes del escrito de demanda).⁹

Llegados a este punto cabe recordar la interpretación que ha realizado el STJ de la CABA con relación a la admisibilidad de la ADI. En este sentido, y en consonancia con la señalada naturaleza meramente declarativa y abstracta del mecanismo, se ha resuelto que *“no es posible acumular a la pretensión declarativa de inconstitucionalidad pretensiones condenatorias”*.¹⁰ El

7 SALGADO, José María, *“La acción de inconstitucionalidad”*, en FALCÓN, Enrique M. (Dir.) *“Tratado de Derecho Procesal Constitucional”*, Tº I, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2010, p. 1035.

8 El caso fue promovido por ADC, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI).

9 En el apartado VIII del escrito de demanda, al cual se remite en el OBJETO, se solicitó una condena destinada a obtener la regulación positiva de diversas cuestiones, siempre en línea con los estándares internacionales que gobiernan la materia y con el precedente *“F.A.L.”*.

10 STJ en autos *“Gabas, Alberto Anibal c/ GCBA s/ ADI”*, sentencia del 16/06/99 y en autos *“Fe-*

STJ ha sido sumamente claro en este sentido, aclarando también que “*La inclusión incidental de una cuestión constitucional como fundamento jurídico de la pretensión de condena no convierte a la acción en aquella* prevista en el inciso 2º del art. 113 CCBA, pues es menester que el objeto de ésta sea el control abstracto de constitucionalidad”.¹¹

Tenemos entonces que, en base a la jurisprudencia del STJ, el caso no podría haber sido nunca promovido por vía de ADI si pretendía llegar a buen puerto. Ello por cuanto la demanda de una de las causas acumuladas (la promovida por las organizaciones de derechos humanos) contiene una pretensión de condena: adecuación del protocolo, fundada en la inconstitucionalidad de la Resolución que lo aprobó.

Más allá de que se pueda discutir si la vía del amparo era la más adecuada para promover el caso, lo cierto es que de ninguna manera puede afirmarse que se trataba de pretensiones que debían ventilarse por vía de ADI. Sucede que –vale insistir– la función específica de esta última queda limitada a la invalidación del precepto legal cuestionado, y en el caso, concomitantemente, la demanda contenía una pretensión positiva o de condena consistente en la adecuación de la normativa local a los estándares convencionales y constitucionales ya establecidos en el *leading case* federal operativo en la materia: “*F.A.L.*”.

deración Argentina de Box c/ GCBA s/ ADI”, sentencia del 16/06/99, entre otros

¹¹ STJ en autos “*Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/ ADI*”, sentencia del 30/11/00.

Más aun, de una atenta lectura del fallo puede concluirse que existió de parte del Tribunal una errónea lectura del objeto de la demanda al referirse a éste en los considerandos de la sentencia. Un error que derivó en presentar el alcance de la pretensión actora como una pretensión exclusivamente declarativa, lo cual sirvió de premisa para aplicar la doctrina de la ADI y, de ese modo, rechazar el caso sin entrar a analizar el fondo del asunto.

En otras palabras: si la sentencia hubiera tenido en cuenta la pretensión de condena que acompañaba la de inconstitucionalidad en la demanda de las organizaciones de derechos humanos, hubiese sido imposible sostener que la ADI era la vía procesal que debía utilizarse.

Como puede observarse en el considerando II de la sentencia, la CCAyT afirma que la demanda se planteó *“a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los requisitos ilegítimamente incluidos en la resolución 1252/GCBA/MSGC/12, en particular los establecidos en los artículos 2, 5, 8, 9 (a) y (b), 10 (b), 11, 13, 17, 18, 19 y 20, que obstaculizan arbitrariamente el acceso al aborto no punible de las mujeres en general, y de ciertos grupos en particular –adolescentes, mujeres con discapacidad, víctimas de violación- en el sistema de salud público de la Ciudad” (fs. 1/45 del expediente 46062/0)*. Del tercer párrafo del objeto de dicho escrito de demanda, transcrito en el segundo párrafo de este apartado, no se dijo absolutamente nada.

Este error se confirma en la sentencia cuando más adelante apunta que *“como primera medida corresponde precisar que*

no existe controversia en torno a la determinación del objeto y el alcance del pronunciamiento que pretenden los actores: la declaración de inconstitucionalidad de una norma de carácter general –la Resolución 1252/2012, en diversos artículos- con efectos erga omnes. Tal como lo reconocen y expresamente solicitan, la pretensión se encuentra dirigida -de modo exclusivo- a la pérdida de vigencia de una norma de carácter general...” (considerando VIII).

Lo expuesto nos lleva a sostener que también es una falacia el argumento de la sentencia según el cual el rechazo del amparo no provocaría una denegación de justicia. Sobre esta cuestión la sentencia sostiene que *“Para la resolución del conflicto –y a fin de despejar dudas acerca si el hecho de desestimar la vía del amparo no implicaría someter a los actores a una falta de acceso a la justicia- es necesario dejar sentado que el régimen jurídico de la Ciudad de Buenos Aires contiene una acción para dar curso a su pretensión”* (considerando IX). Sin embargo, como hemos visto, la vía alternativa que propone la decisión (la ADI) era manifiestamente inadmisibles porque el caso contiene también una clara pretensión de condena orientada a adecuar positivamente la reglamentación local impugnada.

La denegación de justicia se evidencia también en el hecho que la CCAyT demoró un total de 28 meses en dictar la sentencia que comentamos para (no) resolver las apelaciones contra la decisión de primera instancia (el expediente fue elevado a la Cámara en Agosto de 2013 y la sentencia que comentamos fue dictada a fines de diciembre de 2015).

En otro orden, si tenemos presente que el caso versa sobre derechos fundamentales que involucran, además, a un grupo altamente vulnerable de la sociedad, no parece razonable que un supuesto error sobre la vía de debate (en un contexto de ausencia de regulación sobre los procesos colectivos) impida el abordaje y tratamiento del fondo del asunto. Máxime cuando toda la elaboración argumental realizada en la sentencia, incluso imaginando un contenido del escrito de demanda que no era tal, derivó en la revocación de un fallo de primera instancia que había hecho lugar a gran parte de las pretensiones. ¿Alguien, quizás, podrá sostener que el juez de primera instancia fue quien imaginó la pretensión en base a la cual pudo dictar el fallo? Responder el interrogante es casi una redundancia.

Doctrinas como las del exceso ritual manifiesto, *in dubio pro actione*, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, interpretación constitucional en caso de grupos vulnerables involucrados, y responsabilidad internacional del Estado por violaciones convencionales, entre otras, podrían haber acudido en ayuda para resolver argumentalmente cualquier obstáculo formal que impidiese avanzar sobre el tratamiento de la cuestión de fondo. Pero, aparentemente, esa no era la impronta.

El contexto convencional y jurisprudencial que agrava los errores

El 13 de marzo de 2012 la CSJN se pronunció en el citado caso *“F.A.L.. Allí reinterpreto el art. 86, inc. 1° y 2° del Código Penal, una norma vigente desde 1921, y acordó nuevos contornos al aborto no punible. En especial, dejó en claro los estándares a considerar para efectuar la práctica en supuestos en que el embarazo era el resultado de una violación.*

Al llegar el planteo al Máximo Tribunal la intervención médica para interrumpir el embarazo ya había sido concretada. Es por eso que la Corte sostuvo que el caso era una excepción dentro de los casos abstractos, estimando que la rapidez en su desenlace y la futura repetición de casos análogos la autorizaban a expedirse igualmente sobre la cuestión ya que de otra forma esa clase de conflictos quedaría siempre fuera de su jurisdicción (cfr. consid. 5° de la mayoría).

La cuestión federal (art. 14, inc. 3° de la Ley N° 48) se planteó en el caso vinculada con la armonización de la normativa constitucional y convencional con el derecho común –art. 86, inc. 2° del Código Penal- y condujo a la CSJN a definir, haciendo una interpretación amplia del precepto, que el aborto no es punible cuando el embarazo se originó en una relación sexual no consentida (ver especialmente los considerandos 14° y 15° de la mayoría).

La Corte efectuó una declaración de inconstitucionalidad de tipo interpretativa, pues fijó que la hermenéutica restrictiva de los supuestos de aplicación del precepto penal era contraria a una aplicación válida de la normativa constitucional y convencional. A raíz de ello, la norma sólo puede seguir operando si se efectúa su interpretación conforme a dicho bloque de constitucionalidad.

A la par afirmó que, en virtud del principio de reserva (art. 19 de la C.N.), no es necesaria una autorización judicial previa ni una denuncia policial para acceder al aborto en esos casos. Es claro que los efectos de la decisión abarcarían todos los casos análogos que se suscitaran en el futuro. O al menos esa parece haber sido la intención de la CSJN. No sólo porque el conflicto que motivó el pronunciamiento ya había encontrado un desenlace, sino porque la fijación de estándares y la exhortación al dictado de protocolos para el acceso al ANP sólo puede responder a esa finalidad. Entendemos indudable que el objetivo del Tribunal fue fijar la pauta de conducta convencional y constitucional para todos los órganos jurisdiccionales inferiores (federales, nacionales y provinciales), así como también para la administración pública nacional, provincial y municipal a fin

de no frustrar el debido ejercicio del derecho de la mujer a interrumpir su embarazo en casos futuros.

El grado de acatamiento del precedente, sin embargo, fue muy bajo. Es más, a la luz del fallo en comentario y del relevamiento efectuado en los distintos estados provinciales tres años después de su dictado, puede concluirse que “*F.A.L.*” fue el comienzo de la lucha por su efectiva implementación. En dicho relevamiento, cuya última actualización data del año 2015, se constató que: (i) nueve jurisdicciones no contaban con protocolos: Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tucumán y la jurisdicción nacional; (ii) ocho regulaban los permisos con exigencias que podían dificultar el acceso al ANP: Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta; y (iii) tan solo ocho, un tercio del total, habían instrumentado protocolos que se corresponden en buena medida con lo dispuesto por la CSJN: Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego.¹²

12 Ver el informe “*Acceso al aborto no punible en Argentina: estado de situación. Marzo 2015*”, Asociación por los Derechos Civiles (ADC) (disponible en <http://www.adc.org.ar/wp-content/uploads/2015/03/Acceso-al-aborto-no-punible-Marzo-2015.pdf>, última visita el 30/07/16).



Foto M.A.f.L.A.

Cierre

El precedente “*F.A.L.*” provee una interpretación para el ejercicio de derechos de carácter federal y convencional, efectuada por el último intérprete de la Constitución Nacional, cuya obligatoriedad fue fijada expresamente por uno de los poderes del Estado argentino. Su contexto de aplicación es sumamente concreto y, por si fuera poco, el Máximo Tribunal exhortó entonces al Estado Nacional y a los Estados locales a que sancionen protocolos que regulen el efectivo acceso al ANP, así como a los poderes judiciales para que no obstruyan el acceso a los servicios de sanidad. Es decir que se trata de una obligatoriedad convencional y constitucional bien tangible y puesta por escrito que, sin embargo, la sentencia que comentamos deliberadamente omitió considerar. La expresión jurisdiccional contiene: (i) serios errores conceptuales en torno a lo que significa una “clase” en el campo de la tutela colectiva de derechos; y (ii) deficiencias relevantes en la lectura e interpretación del alcance de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda. Esto es grave. Casi tan grave como el problema de fondo que no se abordó.

IV

Inconstitucionalidad
del protocolo
de atención de los
abortos no punibles
de CABA

[Volver al índice](#)

La objeción de conciencia sanitaria frente a los derechos sexuales y reproductivos

Sonia Ariza Navarrete

Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: sonia_ariza@hotmail.com



*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*

En las últimas décadas, el campo de los derechos sexuales y reproductivos (en adelante DDSSyRR) se ha desarrollado intensamente; no solo en sus aspectos jurídicos sino también técnicos, sociales y culturales. Desde la primera década del siglo XXI, todos los órganos internacionales, regionales y universales de derechos humanos han insistido en la necesidad de proteger los derechos sexuales y reproductivos, especialmente, los de las mujeres, niñas y adolescentes. Entre otras razones, se alude al desproporcionado impacto que ocasiona en la mortalidad materna, en la vida de las adolescentes embarazadas y madres y sobre la violencia de género, y la falta de garantías de estos derechos. Ya, para el 2016, es claro que la protección de los derechos reproductivos, como derechos humanos, debe ser una prioridad para los estados; tal y como lo ha reiterado, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“10. El derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente de los demás derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, tales como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal, la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la privacidad y el respeto de la vida familiar, y la igualdad y no discriminación. Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o negación del aborto a menudo conducen a la mortalidad

y morbilidad materna, que a su vez constituye una violación del derecho a la vida o la seguridad, y en ciertas circunstancias pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹

La ciudad de Buenos Aires, en su Constitución de 1996 incluyó los DDSSyRR en su amplio catálogo de derechos. En ella se incorporó un catálogo amplio de derechos que incluye específicamente los derechos sexuales y reproductivos (artículo 37)² pero también, una larga serie de derechos relacionados con su ejercicio, como los derechos a la salud,³ a la

1 Traducción propia del original: “10. *The right to sexual and reproductive health is also indivisible from and interdependent with other human rights. It is intimately linked to civil and political rights underpinning the physical and mental integrity of individuals and their autonomy, such as the right to life; liberty and security of person; freedom from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment; privacy and respect for family life; and non-discrimination and equality. For example, lack of emergency obstetric care services or denial of abortion often lead to maternal mortality and morbidity, which in turn constitutes a violation of the right to life or security, and in certain circumstances can amount to torture or cruel, inhuman or degrading treatment*”. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 22 on the Right to sexual and reproductive health, E/C.12/GC/22, 04/03/2016, Disponible en: <http://tbinternet.ohchr.org/>

2 ARTÍCULO 37.- Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos. Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia.

3 ARTÍCULO 20.- Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.

El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por sus respectivas entidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones

privacidad,⁴ dignidad,⁵ igualdad y no discriminación,⁶ libre desarrollo de la personalidad,⁷ igualdad de género,⁸ libertad de conciencia,⁹ entre otros. De la misma manera, la Constitución consagró la incorporación de la perspectiva de género en el diseño y ejecución de todas las políticas públicas locales,¹⁰ dentro de las que se destacan las políticas de prevención, atención y

4 ARTÍCULO 12.- La Ciudad garantiza:... 3. El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana.

5 ARTÍCULO 11.- Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.

6 *Ibidem*

7 *Ibidem*

8 ARTÍCULO 36.- La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos, organismos y niveles y que no serán inferiores a las vigentes al tiempo de sanción de esta Constitución...

9 ARTÍCULO 12.- La Ciudad garantiza:...4. El principio de inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia. A nadie se le puede requerir declaración alguna sobre sus creencias religiosas, su opinión política o cualquier otra información reservada a su ámbito privado o de conciencia.

10 ARTÍCULO 38.- La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres. Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas; fomenta la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad; facilita a las mujeres único sostén de hogar, el acceso a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social; desarrolla políticas respecto de las niñas y adolescentes embarazadas, las ampara y garantiza su permanencia en el sistema educativo; provee a la prevención de violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres y brinda servicios especializados de atención; ampara a las víctimas de la explotación sexual y brinda servicios de atención; promueve la participación de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a las temáticas de las mujeres en el diseño de las políticas públicas.

reparación frente a la violencia contra las mujeres¹¹, el desarrollo de políticas públicas respecto de las niñas y adolescentes embarazadas,¹² como la escolarización y el acceso al aborto legal, para dar sólo algunos ejemplos.

A pesar de que por lo menos en el nivel escrito parece estar claro que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos que no pueden ser negados sin responsabilidad, tanto individual como del Estado, frente a los estamentos internacionales, todavía existen muchos debates legales alrededor de la implementación y el cumplimiento de estos derechos que están en espera de un re-encuadre constitucional¹³. En este *paper* intento hacer una descripción acerca de la discusión sobre uno de los fenómenos menos desarrollados dentro de los debates constitucionales que involucran los derechos sexuales y reproductivos, en el contexto de la Ciudad de Buenos Aires: la objeción de conciencia sanitaria frente a prácticas de salud reproductiva. Especialmente en materia de aborto legal, la regulación de la Ciudad ha sido, por lo menos errática. La falta de adecuación a los estándares de derechos humanos, en relación con el acceso y ejercicio de los derechos reproductivos, es patente. Por ejemplo, las resoluciones expedidas por el Ministerio de Salud de la Ciudad (Resolución N° 1.147/ MSGC/2007, actualizada por la Resolución N° 1.252 /MSGC/2012), han contemplado el derecho a

11 *Ibidem*

12 *Ibidem*

13 Sobre el proceso de constitucionalización de los debates en torno a los derechos sexuales y reproductivos, especialmente en el caso del aborto, ver: Bergallo, Paola & Ramón Michel, Agustina. "The constitutionalization of abortion in Latin American Law". En: (Gargarella, Roberto & Bertomeu, Juan (Comp.). *Handbook in Latin American Constitutionalism*, Ashgate, London, 2015.

la objeción de conciencia de las/os profesionales de la salud, sin embargo, reflejan la falta de encuadre de derechos humanos, dado que, en primer lugar, no contemplan garantías suficientes para las usuarias de los servicios; en segundo lugar, no establecen estrategias efectivas para garantizar el ejercicio de la objeción de conciencia¹⁴; y finalmente, no han sido consistentes en establecer mecanismos de responsabilidad tanto para el abuso de la objeción como por la falta de garantías para su ejercicio.

En adelante haré una presentación del fenómeno de forma que permita iniciar el debate constitucional acerca de algunas de los distintas cuestiones que deberían ser tenidos en cuenta. No pretendo dar respuestas acerca de las múltiples facetas de este debate, sino únicamente sugerir una forma de describir el fenómeno mostrando las complejidades involucradas desde la óptica de las/os profesionales de la salud. Dado el límite de extensión para este escrito, me concentraré en la descripción de los aspectos más relevantes desde el punto de vista de la provisión de servicios de salud, dejando de lado la mirada de las/os usuarias de los servicios de salud sexual y reproductiva, en su mayoría mujeres.

14 Ello se evidencia en que se permite, por ejemplo, ejercer la objeción de conciencia frente a una solicitud particular de aborto legal, lo cual implica una serie de cargas excesivas para quien solicita a práctica. De igual forma establece la confidencialidad de los/as objetoras de conciencia, sin especificar cuál es el alcance de esta protección. En este caso se limita el derecho a las usuarias de conocer de ante mano las restricciones en la práctica médica a que se verá sujeta si continúa la atención con ese profesional. Por otro lado, limita también la capacidad de gestión del servicio dado que no permite que sea ampliamente conocida la calidad de cada profesional y por tanto, se pueda garantizar que siempre estará en servicio un/a profesional no objetor/a. Esto por supuesto en detrimento no solo de los derechos de las usuarias, sino también, del ejercicio de la objeción de conciencia, ya que de no haber profesionales disponibles no se podrá eximir de la realización de la práctica objetada. (Resolución N° 1.252 /MSGC/12).



Foto Felicitas Rossi

El surgimiento de la objeción de conciencia sanitaria: un breve repaso de la historia

La objeción de conciencia sanitaria surge en el mundo a partir de la década de 1970, periodo en el que se tiene por primera vez un registro de profesionales de la salud que se oponen formalmente al cumplimiento de deberes legales usando esta figura. En la mayoría de los estudios sobre el surgimiento de la objeción de conciencia sanitaria, ésta aparece como una derivación de la objeción de conciencia “tradicional”¹⁵, presentada en décadas anteriores en relación con ciertos actos civiles obligatorios, como la conscripción obligatoria, rendir honor a la bandera o contribuir a la financiación de la guerra. Sin embargo, para estudiar a la objeción de conciencia sanitaria resulta necesario revisar no solo la historia de este instrumento jurídico sino también, la historia propia del campo de la salud en el que se pretende ejer-

15 Alegre, Marcelo, “Opresión a conciencia: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”. En: *Derecho y sexualidades: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Librarias, Buenos Aires, 2009.

cer; ello para comprobar que surge también, como reacción al cambio de paradigma en la atención sanitaria: del paternalismo excluyente al respeto de la autonomía de/la “paciente”.

Fue en esa misma década (años 70) del siglo XX cuando apareció con claridad, en la regulación ética y jurídica, el deber de los profesionales de la salud de respetar las decisiones de “sus pacientes”. Con la aparición de la primera carta de derechos de pacientes en los Estados Unidos, comenzó a incorporarse el concepto de autonomía como un derecho y una prerrogativa de quien requiere la atención médica.¹⁶ En esta carta se consagra originalmente el derecho a recibir toda la información acerca del diagnóstico, el pronóstico y las alternativas terapéuticas o posibles cursos de acción en la atención médica. Se afirma el deber de respeto de la autonomía de las/os usuarios de los servicios estableciendo, por un lado, que todas las personas deben dar su consentimiento informado para todas las intervenciones dentro de la atención médica, y por el otro, que siempre pueden elegir dentro de las alternativas disponibles y rechazar en cualquier momento la continuación de la atención.

De esta forma se sientan las bases para romper con la histórica relación paternal “medico-paciente”, caracterizada no solo por ser extremadamente jerárquica y autoritaria sino indiscutible: el profesional (que opera desde la prerrogativa patriarcal) tiene

16 La Asociación Americana de Hospitales aprueba la primera Carta de Derechos de Pacientes el 6 de febrero de 1973. Desde ese momento los derechos a recibir información completa sobre el cuadro clínico y a la autonomía para decidir entre las opciones posibles de acuerdo con su propio plan de vida, fueron establecidos. El ejercicio de estos derechos como quedó consagrado en dicha carta se expresaría, al menos, a través de la firma del consentimiento del informado.

el monopolio del conocimiento y, por tanto, indica al paciente qué debe hacer para recuperar la salud, qué es lo que más le “conviene”. El “enfermo” o “paciente”, es justamente el extremo pasivo de la relación y no participa más que exponiendo su cuerpo a la intervención experta. En esta situación, eran escasas las posibilidades de que un/a profesional considerara que “lo mejor” o “más indicado” para un/a paciente fuera una intervención que no resultara compatible con sus propias creencias morales o religiosas. Dado que el ejercicio profesional de la medicina no solamente involucra el conocimiento técnico sino también, una serie de valores y principios legales, profesionales, morales y culturales, la determinación de qué es “lo más indicado” para cada paciente se ve cruzada por un entramado de factores que, para entonces, eran sólo despejados por el profesional.

Bajo este paradigma, las comunidades con creencias morales o religiosas particulares, desarrollaron sus propios centros de atención médica que seguían tales mandatos, pero no como un acuerdo con cada paciente, sino como una prerrogativa médica de ejercer su profesión dentro de las limitaciones que sus concepciones morales indicaban, sin siquiera consultar al “sujeto pasivo” de esta relación. Ello se ve con gran facilidad en la Argentina y especialmente en la Ciudad de Buenos Aires,¹⁷ en donde las comunidades inmigrantes, europeas mayormente,

17 Los hospitales privados de la Ciudad de Buenos Aires se crearon como estrategia para cubrir las necesidades sanitarias de los grupos de inmigrantes especialmente europeos, ante la explosión demográfica que produjo la inmigración masiva durante la segunda mitad del siglo XIX.

desarrollaron sus propios centros de atención de la salud adecuados, entre otras, a sus creencias morales y culturales.¹⁸

Este paradigma empieza a cambiar, como ya mencioné, desde la década del 70, momento en el que aparece el concepto de autonomía vinculado a las/os pacientes. Ello supone un cambio radical en el modelo de atención sanitaria. El profesional no es ya quien evalúa la situación y toma las decisiones sanitarias, sino que debe empezar a actuar como un apoyo técnico para que las/os “pacientes”, o mejor, *las/os usuarios/as de los servicios* tomen sus propias decisiones. Se presenta entonces un choque enorme con el modelo de ejercicio tradicional de la profesión médica o, al menos, se empezó a producir muy lentamente. Desde este momento el contenido de los deberes profesionales¹⁹ está sujeto al ejercicio de la autonomía de las/os usuarias de los servicios de salud. Las alternativas terapéuticas no se discuten solo entre grupos de expertos sino que se deben presentar en un lenguaje claro y accesible (para las personas en condiciones de discapacidad este punto es especialmente importante), de forma completa y actualizada, para que las personas puedan disponer de su propio cuerpo. El/a médico/a aporta su conocimiento para garantizar que cada persona pueda desarrollar su

18 No se pretende decir que la razón para el desarrollo de sistemas de salud privada en la Argentina tiene que ver, en especial, con la conservación de pautas culturales y morales propias ya que se trató de un fenómeno complejo de crecimiento poblacional urbano. Simplemente se menciona como una de los ingredientes presentes en estos primeros sistemas de salud privados, desarrollados en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX.

19 Recordemos que estos son, entre otros, los tradicionales deberes profesionales de beneficencia, no maleficencia; justicia y no discriminación; y los llamados nuevos (aunque ya no lo son tanto), como el respeto de los derechos humanos y las libertades de las/os usuarias/os de los servicios, consagrados en la declaración de Ginebra de 1948.

plan de vida y tomar las decisiones sobre su cuerpo, de acuerdo con su mejor entendimiento de la información científica que le ha sido explicada.

Este cambio de paradigma en la atención, centrado en la autonomía del paciente, impacta también en el ámbito de los deberes profesionales modificando, por ejemplo, el contenido de los principios de beneficencia y no maleficencia.²⁰

No parece casual que en ese mismo momento surja también, con mayor fuerza, el recurso a la objeción de conciencia sanitaria. El/la profesional ya no puede elegir de acuerdo a una combinación de factores científicos y personales, dentro de los que están su agenda, sus convicciones morales, sus preferencias profesionales; por tanto, no puede (o no debe) recortar la realidad médica para ajustarla a sus preferencias, sino que debe actuar de acuerdo con la voluntad de las/os usuarias, incluso si no acuerda con ella. Esto resulta especialmente problemático

20 Tradicionalmente el primero, el deber de beneficencia, se entendió como el deber de “actuar en beneficio de los demás”. Se trata de una actuación positiva, de acción. Actualmente, como se ha explicado, este deber implica entregar toda la información necesaria y actuar de acuerdo con la voluntad del paciente, incluso si ello puede traer resultados negativos para la salud o contraría la recomendación del/la profesional. El segundo, el deber negativo, no maleficencia, implica no causar daño a las/os usuarias de los servicios de salud, se emparentó tradicionalmente con el principio de prudencia médica, que indicaba la necesidad de un juicio sobre los posibles perjuicios de una actuación médica en contraste con los posibles beneficios. Actualmente se entiende como deber el no actuar por fuera de la voluntad de las pacientes o usuarias de los servicios. Es así porque se entiende que el daño sólo se configura si el/la usuaria del servicio no ha consentido la actuación médica o hay mala praxis médica en la ejecución de la voluntad expresada por la/el usuario de los servicios. En este mismo sentido, se causa un daño si una persona solicita una práctica y el profesional, teniendo la capacidad técnica para hacerlo, no presta su ayuda profesional para llevarla a cabo. Para profundizar sobre deberes éticos profesionales contemporáneos. Ver: Beauchamp, Tom L, y Childress, James F., *Principles of biomedical ethics*, Oxford University Press, USA, 2001, pp.166.

cuando se trata de decisiones sobre el principio y el fin de la vida, por lo que muchas/os profesionales en el mundo empezaron a declararse objetores de conciencia frente a la eutanasia y, especialmente, frente a la terminación del embarazo y la anti-concepción de emergencia.

Un caso paradigmático es el aborto. En la Argentina el aborto es legal desde 1921, en ciertas circunstancias que incluyen: los casos en que el embarazo sea el resultado de la violencia sexual o que suponga un riesgo para la salud de la mujer o para su vida. Sin embargo, hasta la primera década del siglo XXI, no estuvo disponible en la inmensa mayoría de los servicios de salud del país. Los/as profesionales de la salud que atendieron durante todos esos años a mujeres víctimas de violencia sexual o cuya salud se veía en riesgo por la continuación del embarazo optaron, casi sin excepción, por ofrecerles alternativas que no incluían al aborto legal. Es posible suponer que, al menos en parte, fue consecuencia de la aplicación del viejo modelo de atención en donde el/la profesional seleccionaba la alternativa “más beneficiosa” de acuerdo a su mejor saber y entender que, como dije arriba, incluyen concepciones personales que exceden el ámbito médico. Esta situación empieza a cambiar a partir del año 2005 aproximadamente, cuando se empieza a tener registro en los medios de comunicación masiva acerca de solicitudes de aborto legal en los servicios de salud²¹; casos que hoy consideramos emblemáticos toman estado público. En ese momento

21 Bergallo, Paola, “The struggle against informal rules in Argentina”. En: *(Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies)*. University of Pennsylvania Press, S: D. 2014, pp. 143-165, notes 415-419.

se rompió el silencio que había permitido que las/os profesionales *forcluyeran* al aborto legal, y como consecuencia se ven enfrentados a la obligación de garantizar el acceso a los servicios. Como reacción, algunos profesionales se proclamaron objetores de conciencia. No sabemos cuáles son los fundamentos individuales de cada objeción, pero es posible suponer que no todas las objeciones tuvieron que ver con razones religiosas o morales sino también, con la resistencia a la intromisión en la práctica profesional tradicional de la voluntad de las mujeres que reclaman un servicio que no les fue ofrecido por “el experto”.²²

En conclusión: el surgimiento de la objeción de conciencia, en el campo de la salud, coincide en gran medida con el establecimiento de la obligación de actuar respetando la voluntad de las/os usuarios de los servicios que, en el caso de la salud reproductiva, serán, en su mayoría, personas sanas que acuden a los centros de servicios en busca de ayuda para cumplir con su proyecto de vida: ajustar su cuerpo a su identidad de género, tener relaciones sexuales seguras con parejas del mismo o distinto sexo, utilizar técnicas de reproducción asistida para ejercer la parentalidad biológica (genética o no), retrasar la reproducción o evitarla permanentemente, terminar un embarazo no deseado o no continuable, recibir asistencia aceptable²³ durante el parto, etc.

22 Triviño Caballero, Rosana, “Usos y abusos de la objeción de conciencia”. En: *El peso de la conciencia. La objeción de conciencia en el ejercicio de las profesiones sanitarias*. CSIC, Serie Theoria cum Praxi, Studia 11, Madrid, 2014, Capítulo 4, pp. 237-299.

23 La aceptabilidad es un concepto asociado a la satisfacción de las necesidades, intereses y expectativas de las usuarias de los servicios de salud y, especialmente, al respeto de la ética médica con sensibilidad a los factores culturales, de edad y género de cada persona. Ver: OMS. Salud y Derechos Humanos, Nota descriptiva N°323, 2015. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>



Foto M.A.f.I.A.

Una descripción de la objeción de conciencia sanitaria frente a las prácticas de salud reproductiva

En su esfera constitucional, el debate sobre la objeción de conciencia sanitaria se ha presentado, en general, como una tensión entre derechos constitucionalmente protegidos: por un lado, el derecho de las/os profesionales de la salud a la libertad de conciencia y, por el otro, todos los derechos protegidos constitucionalmente de las/os usuarias de servicios de salud reproductiva. A pesar de que esta primera descripción podría parecer indiscutible a primera vista, el encuadre con el que se ha abordado la discusión se centra únicamente, y de forma precaria, en el primer término: la protección del derecho a la libertad de conciencia que supone *la imposibilidad de obligar a un/a profesional de la salud a llevar adelante una práctica sanitaria a la que legalmente está obligado, cuando ella contraría central-*

mente sus creencias morales o religiosas. Este marco, que coincide en gran medida con la definición más extendida de objeción de conciencia sanitaria, resulta ser una forma demasiado simplificada que reduce la multiplicidad de conflictos jurídicos y morales que se presentan en esta situación. Una descripción más adecuada de la situación de las/os profesionales de la salud frente a la objeción de conciencia sanitaria, requiere evidenciar, por lo menos, que:²⁴

i) El conflicto que se presenta en la conciencia de las/os profesionales no es unidimensional y no puede ser descrito únicamente como la contradicción entre un (1) deber moral y un (1) deber legal pues, dado el carácter complejo, tanto de la conciencia como del ordenamiento jurídico, en todos los casos hay numerosos deberes en conflicto²⁵.

24 Aunque la mayoría de los esfuerzos de la literatura feminista que ha abordado el tema de objeción de conciencia sanitaria ha abogado por el re-encuadre del problema del ejercicio de la objeción de conciencia para enfocarlo en las mujeres usuarias de los servicios de salud reproductiva y las lesiones y daños que pueden sufrir como consecuencia de la excepción del ejercicio de un privilegio que en muchas ocasiones se ha usado para impedir o retrasar el acceso a prácticas como el aborto o la anticoncepción de emergencia (que son prácticas urgentes). En este paper, la intención es mostrar que incluso la versión tradicional de la discusión de la objeción de conciencia, aquella que se ha negado a tener en cuenta a las mujeres, resulta insuficiente para dar cuenta de la verdadera situación en la que se encuentran las/os profesionales de la salud, quienes verdaderamente se encuentran en un conflicto entre deberes morales y jurídicos que debe acomodar o resolver para conservar su integridad individual.

Sobre la visión feminista de la objeción de conciencia sanitaria ver: Triviño, Rosana. “Bioética feminista y objeción de conciencia al aborto: la lucha continua”. En: Revista *Dilemata*, n° 15, (6) 2014, pp. 153-159; Harris, Lisa H. “Recognizing Conscience in Abortion Provision”. En: *New England Journal of Medicine*, n°11,(367)2012, pp. 981-983.

25 Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina. “La objeción de conciencia frente al aborto legal (o la reacción frente al ‘problema’ del aborto legal) en América Latina”. En: *Objeción de conciencia y aborto una perspectiva global sobre la experiencia colombiana*. O’NEILL Instituto y Women’s Link World Wide, Bogota, 2014, 93-116.

Como se intentó mostrar en el apartado anterior, las/os profesionales tienen deberes éticos centrales al ejercicio de la medicina que se incumplen necesariamente con el ejercicio de la objeción de conciencia. Es el caso de los deberes profesionales de respeto por la autonomía de las/os usuarias de los servicios de salud, el ejercicio de la profesión sin discriminación y para lograr mejorar la justicia social, así como los deberes de beneficencia y no maleficencia que implican la prestación adecuada de los servicios solicitados por las usuarias. De la misma forma, no sólo se enfrenta un deber legal, el que establece la obligación de realizar la prestación objetada, sino que se trata de contravenir el cumplimiento de una serie de deberes legales que se han asignado a las/os profesionales por la posición privilegiada que ocupan en la sociedad: la promoción de la igualdad (artículo 11 Constitución de la CABA)²⁶; como recurso humano de la ciudad, las/os profesionales de la salud están en la obligación de promover el acceso a los servicios públicos (la salud como uno de los más relevantes) a la población con necesidades básicas insatisfechas y a todas aquellas personas que tienen menos posibilidades (Artículo 17, Constitución de la CABA); así como la garantía de acceso a los recursos humanos y suministros necesarios para ejercer los derechos reproductivos de forma responsable (Artículo 21.4 Constitución de la CABA).

ii) Las/os profesionales de la salud están obligados también, jurídica y moralmente, a proteger entre otros derechos de las

26 ARTÍCULO 11. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.

personas usuarias de los servicios de salud, la salud integral, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a decidir sobre el propio cuerpo.

Como lo han reconocido los organismos internacionales de derechos humanos, el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva no sólo garantiza la protección de la salud sino que es también una herramienta fundamental para el desarrollo individual, social y económico de las personas.²⁷ El adecuado acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva garantiza no solo el derecho a disfrutar de la sexualidad de forma segura y libre sino, también, la posibilidad de desarrollar los planes y proyectos de crecimiento individual y familiar de forma que respeten la dignidad y valor de cada persona. El éxito de las intervenciones sanitarias en materia de salud sexual y reproductiva está dado por la oportunidad y urgencia con que sean brindados los servicios. En los casos en que la objeción de conciencia es presentada, ésta puede retrasar el acceso a los servicios; lo que en muchos casos puede llegar a significar el perder la oportunidad de recibir la atención. Si bien es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para que no se afecte la prestación del servicio, es cierto que el riesgo de que las personas se vean desincentivadas por la referencia a otro profesional, debe ser tenida en cuenta por las/os profesionales.

27 OMS, Salud Reproductiva. Un proyecto de estrategia para acelerar el avance hacia el logro de los objetivos y metas internacionales de desarrollo. Consejo Consultivo, 113 reunión, 2003. Disponible en: http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB113/seb11315a1.pdf

iii) Las/os profesionales deben cumplir con su obligación constitucional y moral de evaluar el impacto que el ejercicio de la objeción de conciencia pueda tener en términos de igualdad social y de género, puesto que supone una limitación para el acceso a las prestaciones de salud, especialmente de salud reproductiva de las mujeres, niñas y adolescentes.

Es evidente el impacto diferenciado que tiene en la vida de varones y mujeres el acceso, o mejor, la falta de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. No sólo por las implicaciones biológicas que determinan que sean principalmente las mujeres las que llevan en su cuerpo el proceso de la (no) reproducción y, por tanto, que sean ellas las que corran los riesgos que conlleva sino, sobre todo, por los aspectos culturales de la maternidad. Especialmente, para los grupos más pobres de la sociedad que, al menos en la Argentina, en su mayoría se atienden en el sistema público de salud, los riesgos de no poder acceder en todos los servicios de salud a las prácticas requeridas supone, o bien el abandono de la búsqueda de atención o el recurso a sistemas clandestinos, y muchas veces inseguros, a los que acuden para obtener la práctica requerida.

En Argentina, las cifras de embarazo en la adolescencia (para el 2014 el 15,05% de los nacimientos fueron de mujeres menores de 20 años),²⁸ así como las de muerte por aborto (en 2014, 43 mujeres en todo el país murieron por abortos complicados, realizados presumiblemente de forma insegura fuera del siste-

28 Ministerio de Salud de la Nación, Estadísticas vitales, DEIS. 2014. Disponibles en: <http://deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/2016/01/Serie5Nro58.pdf>

ma de salud)²⁹ son sólo una pequeña muestra del impacto que puede tener sobre las mujeres la falta de acceso a los servicios de salud reproductiva de forma oportuna. Las/os profesionales de la salud que pretenden ejercer la objeción de conciencia, especialmente en el sistema público de salud, deben tomar en cuenta que, dado que van a sustraer el uso de sus conocimientos técnicos para garantizar el acceso a prácticas que pueden tener un impacto profundo en la vida de las usuarias, el ejercicio de la objeción contribuye a la desigualdad de género y al empobrecimiento de muchas mujeres como consecuencias de embarazos no deseados, abortos inseguros, desescolarización temprana, entre otras.

iv) El deber legal y moral de cumplir con las obligaciones contractuales como parte de un equipo de atención de salud, para evitar sobrecargar a algunas/os de sus integrantes.

El ejercicio de la objeción de conciencia por parte de un/a profesional de la salud, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó claro en 2012³⁰ y el Ministerio de Salud de la Nación reiteró en 2015³¹, supone la obligación de las instituciones de salud de acomodar su personal para garantizar la realización de todas las prácticas legales. Es por ello que, cuando un/a profesional ejerce la objeción de conciencia, el servicio debe asegurar que otra/o profesional este disponible para realizar la práctica sin demoras o retrasos.

29 Ibidem.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación. F., A.L s/Medida Autosatisfactiva, 13/03/12

31 Ministerio de Salud de la Nación, Protocolo de atención integral de personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, 2015.

Por tanto, ésta debe ser absorbida por sus compañeras/os y, si todo el servicio se declara objetor debe darse una reacomodación de personal que garantice que siempre se tendrá disponibilidad de al menos un/a profesional dispuesta a realizar las prácticas objetadas. Se trata entonces del tipo de objeciones que Leiter ha denominado “burden-shifting”,³² es decir, objeciones que “desplazan la carga a otras personas que no pueden eximirse de la prestación”. Esto resulta, según el autor, profundamente injusto. Es por ello que quien decide ejercer la objeción de conciencia debe estar dispuesto/a a soportar cargas asociadas, por ejemplo, realizar alguna prestación sustitutiva, o una disminución del salario proporcional a la carga de las prestaciones objetadas para que estas puedan ser compensadas a quienes realicen efectivamente la práctica.

v) El cumplimiento de los deberes profesionales de beneficencia, no maleficencia, no discriminación y contribución a la justicia social, tiene como fundamento el respeto de los derechos humanos de las/os usuarias de los servicios.

Tal y como se comprometen cuando egresan de la facultad de medicina, las/os profesionales están obligados a no utilizar sus “conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, incluso bajo amenaza”.³³ El ejercicio de la objeción de conciencia supone entonces el incumplimiento

³² Brian Leiter, “Why Tolerate Religion?” En: Princeton University Press, Princeton, 2013, 130:131.

³³ Declaración de Ginebra, actualización universal del antiguo juramento hipocrático, aprobada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en 1948.

parcial de la promesa profesional y de su deber de ser garante del ejercicio efectivo de los derechos humanos de los “pacientes”.

vi) El ejercicio de la medicina lleva de suyo una serie de privilegios como el uso monopólico del conocimiento técnico, la exclusividad para la receta de una cantidad importante de medicamentos, el prestigio social y la jerarquía en la relación médica, lo que durante siglos fomentó un desequilibrio extremo entre la persona que solicita los servicios y la/el profesional de la salud.

En este sentido, utilizar además el privilegio de la exención del deber de cumplir con la realización de algunas prestaciones médicas que por su especialidad le competen, resulta contrario al espíritu de servicio que ha enarbolado la profesión médica durante siglos. En este caso se trata además de una prolongación del ejercicio del poder que otorgaba el viejo modelo de atención descrito en este trabajo, ya que es el/la profesional quien hace uso de su posición para elegir el tratamiento o las prácticas por sobre la voluntad de las pacientes que reclaman un servicio, en muchos casos con suma urgencia y necesidad.

vii) La solicitud de servicios de salud reproductiva, ya sean curativos o no, tienen carácter urgente: no solo por las consecuencias para la salud de las/os usuarios que no acceden inmediatamente a los servicios, sino también por las múltiples barreras culturales y las consecuencias sociales negativas que puede traer para la vida de las personas la imposibilidad de controlar su sexualidad o su reproducción, especialmente mediante mecanismos técnico-médicos.

Muchas mujeres, niñas o adolescentes, sufren restricciones culturales, familiares, económicas, etc., para el acceso a los servicios de salud; por tanto, cuando se acercan a los servicios, es en muchos casos, su única oportunidad de atención. Es recurrente el abandono de las usuarias que son retrasadas en la atención de, por ejemplo, solicitudes de inicio del uso de anticonceptivos de largo alcance como el Dispositivo Intrauterino (DIU), pruebas de embarazo, información o consejería en opciones reproductivas, obtener la receta para una interrupción segura del embarazo con medicamentos, o recibir insumos para evitar embarazos o infecciones de transmisión sexual. Si en esa única oportunidad el/la profesional tratante ejerce la objeción de conciencia, el solo hecho de remitirlas a una nueva consulta, incluso si es en el mismo día y servicio, puede suponer una barrera considerable para esas niñas, adolescentes o mujeres adultas. Ya sea porque no disponen del tiempo suficiente, porque deben atender otras responsabilidades, porque anteponen las necesidades de otras personas, o porque se sienten avergonzadas de exponer nuevamente su situación ante otra/o profesional, se pueden ver desincentivadas y abandonar la atención.

El análisis de todas las dimensiones anteriores permite ver con claridad que los conflictos en la conciencia de las/os profesionales de la salud son complejos y no en todas ocasiones podrán ser armonizados. Sin embargo, en muchos casos se podrá encontrar una alternativa, en la que no se lesione la conciencia y tampoco se abandone a las usuarias de los servicios de salud reproductiva.

A modo de conclusión:
la necesidad de un
procedimiento que favorezca
la reflexión y armonización
de deberes de los/as
profesionales

La anterior descripción de algunos de los conflictos que se pueden presentar para un/a profesional frente a la objeción de conciencia, muestra que se requiere una reflexión profunda para llegar a la conclusión de que eximirse de la prestación de un servicio de salud sexual o reproductiva es la mejor alternativa disponible para proteger la integridad moral. Sin dejar de lado que la denegación del servicio supone el incumplimiento de importantes deberes morales y jurídicos, tal como se mencionó en el apartado anterior. Ello, sumado a la obligación constitucional

y convencional del Estado de proteger los derechos humanos de las/os usuarios de los servicios de salud garantizando la continuidad de las prestaciones, supone por lo menos, la necesidad de desarrollar una regulación administrativa que disponga los mecanismos para asegurar que quienes presenten una objeción de conciencia han realizado este juicioso ejercicio de reflexión individual. En este sentido, la medida cautelar tomada en 2013 en el marco del proceso de impugnación de las regulaciones de la Ciudad,³⁴ avanza exigiendo a las/os profesionales presentar sus objeciones de conciencia en el momento de la implementación del protocolo, y en adelante, al momento de ingresar a prestar servicios en una institución sanitaria. Sin embargo, todavía resulta muy incipiente dado que, a pesar de asignar a las instituciones del sistema de salud la responsabilidad de la garantía de prestación del servicio, sin que el ejercicio de la objeción “se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la paciente”, no existen todavía estrategias regulatorias que aseguren que este objetivo podrá traducirse en un acceso afectivo a los servicios y en un ejercicio responsable de la objeción de conciencia. Nada se dice, en los pronunciamientos judiciales o administrativos de la Ciudad, sobre la manera en que deben hacerse las derivaciones para que no comprometan la atención o cuáles son los deberes asociados al ejercicio de la objeción³⁵ para que no se presenten demoras. En resumen

34 “Rachid, María de la Cruz y otros contra GCBA sobre amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte: EXP 45722/0 y su acumulado “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros contra GCBA sobre amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte: EXP 46062 / 0, Secretaría n° 4.

35 Como son: entregar información completa, clara y actualizada a las usuarias sobre el aborto legal, diseñar y emplear los circuitos de derivación acordados para estos casos, organizar la planta de personal para que siempre esté al menos un/a profesional disponibles para rea-

la sub-regulación sobre objeción de conciencia sanitaria en la Ciudad de Buenos Aires todavía persiste.

Puesto que el reclamo por el reconocimiento de la objeción de conciencia sanitaria siempre fue una reivindicación conservadora alentada fuertemente por sectores religiosos, especialmente la iglesia católica, el movimiento social que aboga por el reconocimiento y garantía de los derechos sexuales y reproductivos nunca ha tomado este tema dentro de su agenda. Sin embargo, es indudable que el avance de estos derechos y los esfuerzos por su uso efectivo, han generado una resistencia importante; canalizada en muchos casos a través de esta figura que, dada su precaria regulación, ha sido utilizada sin limitaciones, generando importantes obstáculos para el acceso a los servicios de salud reproductiva, especialmente mujeres, pobres y rurales.

El reconocimiento de la objeción de conciencia sanitaria “como forma de asegurar el pluralismo moral y garantizar que las personas no serán llevadas al límite de su integridad moral cuando se trata del cumplimiento a las obligaciones que tenemos como integrantes de una comunidad política”,³⁶ ha sido positivado en la mayoría de las regulaciones de salud sexual y reproductiva y avalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el caso del aborto, por lo menos. Como expresión de la libertad de conciencia, la objeción no es absoluta pues tiene unos límites claros: no se puede ejercer frente a prestaciones de emergencia como la anticoncepción poscoital o la atención post-aborto;

lizar los abortos legales, etc.

36 Cavallo & Ramón Michel. Op.Cit.

no se puede ejercer frente a la obligación de dar información acerca de las prácticas posibles en todos los casos; implica el deber de referencia a un/a profesional no objetor/a, sin que ello suponga una carga para la persona que solicita el servicio; no se puede ejercer si no hay un/a profesional no objetora disponible para realizar la práctica sin retrasos.

Ahora bien, como resultado de un proceso que pretende proteger la integridad moral de una persona, el Estado, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podría asegurar, mediante la reglamentación administrativa o legal, la creación de un procedimiento que permita a las/los profesionales reflexionar sin las influencias políticas que han tratado de imponer algunos sectores conservadores para distorsionar el escenario político al abusar de la figura de la objeción de conciencia. Es por ello que el llamado al activismo legal en esta materia debe tener presente que “la demanda por el cambio legal que amplíe la vigencia de los DDSSyRR requiere de una política para reducir la influencia de las instituciones religiosas en las democracias contemporáneas.”³⁷

37 Vaggione, Juan, “Derechos sexuales y reproductivos. Repensando las dimensiones religiosas de la política”. En: *(Repensando los Feminismos en Bolivia)*. Serie Foros 2, 2012, pp. 297- 318.



*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*

IV

Inconstitucionalidad
del protocolo
de atención de los
abortos no punibles
de CABA

[Volver al índice](#)

El derecho de niñas y adolescentes a acceder a una Interrupción Legal del Embarazo sin obstáculos

Sabrina A. Cartabia Groba

Sabrina A. Cartabia Groba es abogada feminista, diploma de honor UBA. Ha trabajado en el marco de la investigación socio jurídica feminista en temas de salud y relación de las mujeres con la justicia en ELA y CEDES. Actualmente es investigadora asociada del PIAF (Programa de Abogacía Feminista de la UTDT), miembro de la Asociación Civil Red de Mujeres y militante por el derecho al aborto. Se ha desempeñado como abogada del Programa de Salud Sexual y Reproductiva de la PBA y asesora en derechos de mujeres, niñas y adolescentes de la Diputada Provincial Lucía Portos.



Foto M.A.f.I.A.

Uno de los principales vallados que se encuentran a la hora de brindar acceso a la Interrupción Legal del Embarazo (ILE) en los servicios de salud está conformado por el desconocimiento y la confusión imperante respecto del alcance de la autonomía progresiva de niñas y adolescentes (NNYA) para brindar consentimiento informado. Los resabios del sistema tutelar que consideraba a los y las menores de 18 años de edad como objetos de protección dejando en manos de sus representantes legales la potestad de decidir por sobre sus derechos, tiene raíces profundas tanto en nuestro sistema jurídico como en nuestras prácticas habituales. Este artículo busca echar luz, con argumentos legales, sobre uno de los puntos en los que la Resolución 1252/2012 (que estableció un protocolo para regular el aborto no punible en la ciudad de Buenos Aires), se alejó del mandato constitucional en desmedro de los derechos de las personas en situación de ILE.

Introducción, removiendo viejos paradigmas

NNYA constituyen una población especialmente sensible a las violaciones de derechos. Si bien cuentan con los mismos derechos humanos que las personas adultas, más un plus de protección brindado por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), este se ha traducido en las conciencias y en las prácticas como un obstáculo en nombre del cual se burocratizan decisiones y se limitan las posibilidades de estos, alejándolos de acceder a los mismos derechos fundamentales que las personas mayores de edad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo F.A.L. s/ Medida Autosatisfactiva, con fecha 12/03/2012 estableció una serie de Estándares constitucionales para garantizar el acceso a la ILE. Entre ellos se destacan la obligación de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos; establecer pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retra-

sen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.

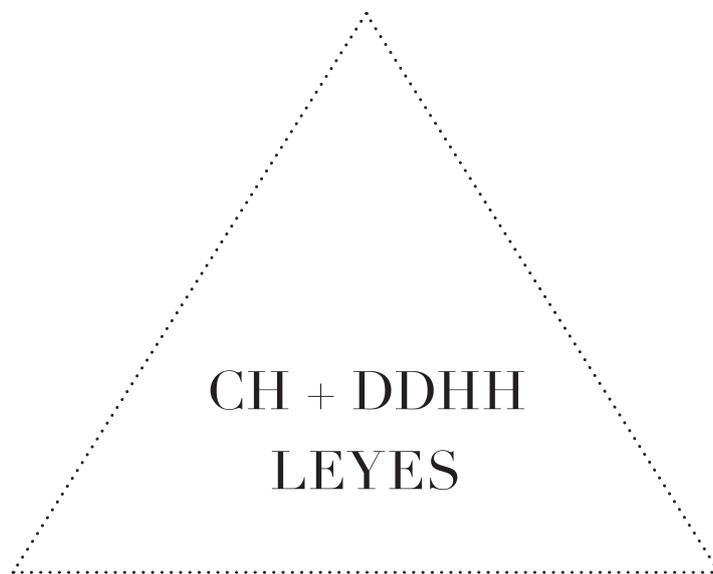
La resolución 1252/2012 que surge como reacción ante el mandato generado por la CSJN señala que las personas menores de edad “deberán ser oídas e informadas en el proceso de decisión en el que también deberán participar las personas que por ley ejerzan su representación legal” y a su vez impone como requisito: “En los supuestos de personas menores de edad deberá requerirse el consentimiento de su representante legal”. De esta forma subsume en el mero hecho a ser oído la manifestación de la autonomía de NNyA, pero deja en manos de los representantes legales la decisión que se cristaliza en la firma del consentimiento informado como requisito ineludible de acceso a la práctica médica.

La CDN define a niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad” en su artículo 1. Por otra parte se les debe garantizar el **disfrute del más alto nivel posible de salud**, otorgando una preparación adecuada para afrontar su vida adulta y siempre debe primar el interés superior del niño en la toma de decisiones respecto de estos según el artículo 3.

NNyA hasta los 18 años son titulares de todos los derechos humanos consagrados, con particular énfasis los **personalí-**

simos que deben ser ejercidos con **participación directa** sin **discriminación** en forma **progresiva** y en consonancia con su **competencia**. Los **Derechos personalísimos** son aquellos que no son susceptibles de ser ejercidos por representantes, implican la facultad de decidir y elegir por sí mismos, el Estado está obligado a adecuar sus políticas públicas para garantizar el acceso efectivo. El derecho a la salud, los derechos sexuales y reproductivos y a la información son ejemplos. Por otra parte la **Competencia progresiva** se encuentra vinculada con el discernimiento, implica analizar si el sujeto puede, o no, comprender y con que alcance, comunicarse, razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar. No es un concepto estático sino flexible, pues está relacionado con la evolución madurativa de cada sujeto. A esto se le suma la **Participación directa** que exige que se debe garantizar que NNyA puedan participar directamente y de forma significativa en sus asuntos y que se termine con la vieja práctica de la “sustitución de la voluntad” derivada de la intervención exclusiva de las/os representantes, en los procesos de toma de decisiones que involucren NNyA. Para terminar pero no por ello menos importante debemos resaltar la existencia del principio que rige toda intervención en relación con los derechos de NNyA, **el interés superior del niño** que proyecta sus pautas a todo el sistema jurídico argentino del que ha quedado eliminada toda idea de primacía o prerrogativa paterna/materna. Estos principios se encuentran asentados en el más alto nivel normativo de nuestro país, es decir la Constitución Nacional y los Tratados de DDHH.

Para abordar la temática es imprescindible tener en cuenta que nuestro diseño jurídico es escalonado y exhibe un orden de preeminencia de unas normas frente a otras, donde la Constitución Nacional y los Tratados de DDHH tienen la máxima jerarquía, frente a otras normas (artículo 31 de la Constitución Nacional). Justamente esto nos permite resolver dudas al momento de hacer efectivo un derecho cuando observamos una colisión entre estos, pues la ley suprema prevalece sobre todo ordenamiento jurídico inferior. Se utiliza la figura de una pirámide para graficar este orden.



Todas las personas nos encontramos obligadas a seguir el mandato constitucional y de DDHH, y este sostiene que NNYA debe tener acceso a los servicios de salud sin discriminación. Sin embargo la **responsabilidad parental** (antes llamada Patria Potestad) suele interpretarse como un obstáculo que aleja a NNYA de sus derechos, porque se lleva adelante sin ser enmarcada o leída a la luz de las obligaciones constitucionales y el interés superior del niño. Esta institución del derecho es reconocida en el nuevo Código Civil como el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su **protección, desarrollo y formación integral** mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. (Art 638). Por otra parte el Artículo 639 enuncia las pautas para su ejercicio:

- El **interés superior del niño** obliga a que todas las acciones y decisiones que lleven adelante los representantes de NNyA deben ser realizadas en su beneficio.
- La **autonomía progresiva** del hijo/a conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. **A mayor autonomía, disminuye la representación** de los progenitores o representantes legales en el ejercicio de los derechos de los hijos/as;
- **El derecho del niño/a a ser oído** y a que su **opinión sea tenida en cuenta** según su edad y grado de madurez.

A esto debemos sumarle que la responsabilidad parental no es una finalidad en sí misma, pues debe ejercerse en beneficio de

NNyA. Por lo tanto no implica sujeción al vínculo filial, ni es absoluta. Tiene límites ya que se encuentra sujeta a normas sociales y legales y se complementa con la acción del Estado que también debe proteger y brindar acceso a derechos a NNyA. En consecuencia no es legítimo supeditar el derecho a la salud de los NNyA al solo arbitrio de quien detenta la responsabilidad parental. Esto implicaría sostener que los titulares del derecho a la salud integral son únicamente las personas mayores de edad, mientras que los NNyA deberían conformarse con un derecho más restringido, según los progenitores o representantes legales que les toquen.

El derecho a la Salud se encuentra reconocido en el artículo 24 de la CDN y en diversas leyes como la 26.061, 26.529 entre otras. También profundamente ligado se encuentra el derecho a la privacidad en el artículo 16 de la CDN, así como en las mismas leyes especiales. La contracara del derecho a la privacidad y condición de posibilidad del ejercicio de la salud es el derecho a la confidencialidad y su correlato en el deber de guardar secreto profesional. Médicos y médicas están obligados a no revelar a terceros la información que se vea, oiga o descubra directa o indirectamente en el contexto de la relación profesional. Pues la información que surge de una consulta médica se encuentra protegida y solo puede revelarse con el **consentimiento** de la persona involucrada, por lo tanto NNyA gozan de la protección de su **intimidad** al igual que los adultos. El quebrar el secreto aleja a las personas del ejercicio del derecho a la salud y a la privacidad. También afecta a la confianza en el sistema, pues se demora la consulta, el paciente no revela toda la información,



Foto M.A.f.L.A.

promueve la automedicación, búsqueda de prestadores no calificados, etc. Se acrecienta la situación de vulnerabilidad generándose un problema de justicia social. Por lo tanto se debe dejar en claro que la minoría de edad, en sí misma, no es un límite al deber de confidencialidad de los/as profesionales. Porque la intimidad y la privacidad son derechos personalísimos que sólo pueden ser ejercidos por sus titulares. Por otra parte la violación de la confidencialidad puede ser perjudicial para la vida o la salud del NNyA y por lo tanto contraria al interés superior del niño que funciona como criterio dirimente en caso de duda.



Foto M.A.f.I.A.



Autonomía progresiva y capacidad

La capacidad es un concepto rígido del derecho civil, se adquiere a una edad determinada y es aplicable a la realización de determinados actos jurídicos como casarse, testar, contratar, etc. Por ejemplo los jóvenes adquieren capacidad para realizar los actos jurídicos que la ley establece a los 14 años. Sin embargo esta no es aplicable al ejercicio de los DDHH porque imponer una edad como barrera para su ejercicio es un acto de discriminación. Siguiendo el razonamiento que hemos expuesto precedentemente el Código Civil es un ordenamiento de menor jerarquía que la CN y los tratados de DDHH y debe ser leído a la luz de estos. Por lo tanto si reconocemos que NNyA son titulares de todos los derechos inherentes a su condición de persona, el concepto de capacidad del Código Civil rígido y su aplicación sin excepciones puede ser discriminatoria sumado a que los padres y tutores los representan en consonancia con la evolución de sus facultades, pero que nunca puede suprimir derechos humanos personalísimos pues NNyA gozan,

de una esfera de derechos específicos para garantizar su mejor desarrollo y mayor protección y que el interés superior del niño rige toda la actividad relacionada con ellos; llegamos a la concluir que el acceso al derecho a la salud no puede ser recortado en base a la existencia exclusiva del consentimiento informado prestado por los representantes legales, pues esta decisión debe analizarse a la luz de su posible proyección lesiva sobre el interés superior del niño. Afirmar lo contrario sería sostener la negación de un derecho que involucra el bienestar integral devolviendo a los NNyA a la esfera de ser objetos de protección sin posibilidad de decidir sobre sus propios cuerpos.

Frente a una colisión de derechos o intereses siempre debe primar el de NNyA. Poder realizar el principio del interés superior del niño requiere moverse de un paradigma de exclusiva protección a uno de participación con respeto a la autonomía, teniendo en cuenta que la mejor decisión es aquella que se toma con base en la información y el conocimiento. Considerar a los NNyA sujetos de derecho implica que se los considere como seres habilitados para tomar decisiones y brindar consentimiento informado. Para esto debe primar el interés por oírlos, por conocer su visión de las situaciones que atraviesan, por aprender de sus modos de percibir y valorar.

Consentimiento informado, nueva lectura del Código Civil a la luz de los DDHH

La CDN reconoce la autonomía progresiva según el paradigma de la competencia, a su vez la ley de Derechos del Paciente reconoce a NNYA el derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud (Art. 2 inc. e). Por lo tanto debe reconocerse la validez del consentimiento prestado por adolescentes sin límites arbitrarios como la edad cuando del caso específico surge que está en condiciones de comprender los alcances de las prácticas médicas. Pues el estatus superior que ostenta el DDHH a la salud, desplaza a cualquier otra previsión como la impuesta por el decreto 1252/2012. En caso contrario se vulnera el derecho a la salud y puede vulnerarse el derecho a la vida y/o a la integridad física y se deberá responder civil, administrativa o penalmente si correspondiera.

El artículo 26 del nuevo Código Civil nos brinda un nuevo marco que debe tenerse en cuenta. Establece que a partir de los dieciséis años el adolescente tiene plena autonomía en las decisiones relativas a su cuerpo. Por debajo de los 16 años, si cuenta con el grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que **no resultan invasivos**, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

El punto clave de este artículo es si la ILE es un tratamiento invasivo o no. Para aclarar este punto el Ministerio de Salud de la Nación por medio de la Resolución 65/2015,¹ aprobó el marco interpretativo del Código Civil y Comercial. En este se estableció que:

El criterio de “invasividad” utilizado por el artículo 26 CCyC debe leerse como tratamientos de “gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud”. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el tér-

1 Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/eUM0aUNGZWtjYkUrdTVReEh2ZkU0dz09>

mino como “invasivo que comprometa el estado de salud” sino que además se lo asocia a tratamientos que “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado.

La evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica. El riesgo de una práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad. El artículo 26 del CCyC, califica la práctica en tanto que “comprometa el estado de salud” del NNyA, o de que exista riesgo grave para la vida o afectación de la integridad física. Es decir, las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y los 16 años, son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNyA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir. Esta probabilidad se mostrará con estudios clínicos, estadísticas sanitarias, y otras fuentes autorizadas y de reconocida calidad.

...se considera que las prácticas de salud sexual y salud reproductiva en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos -DIU) no son prácticas “invasivas que comprometan el estado de salud” en los términos del artículo 26 del CCyC. Ello implica que desde los 13 años (salvo en los casos en

que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho desde una menor edad) las personas pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma. En este sentido es importante recordar, que el/la adolescente con el asesoramiento del/a profesional determinará, de acuerdo con las condiciones del caso concreto, cuál es el método más adecuado. Esta decisión la tomará sobre la base de los criterios de elegibilidad (criterios técnicos basados en la evidencia) y la aceptabilidad de cada método para el/la adolescente.

La evidencia científica señala que “Cuando el aborto inducido es realizado por profesionales capacitados que aplican técnicas médicas y fármacos adecuados y en condiciones higiénicas, este es un procedimiento médico muy seguro. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América (EE. UU.), la tasa de letalidad es 0,7 cada 100 000 abortos legales.”²

Por lo tanto NNyA de entre 13 y 16 años pueden brindar su consentimiento informado para la práctica de la ILE ya que realizado en las condiciones de seguridad que garantiza un profesional de la salud capacitado no es un proceso invasivo, pues en base a la evidencia científica no es un tratamiento de gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud.

Para obtener un consentimiento informado completo debe darse un espacio de intimidad y confianza donde el NNyA tenga derecho a ser informado y sus opiniones a ser escuchadas, donde el

² Organización Mundial de la Salud, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, Segunda edición. 2012. Disponible en http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77079/1/9789243548432_spa.pdf

objetivo es obtener el consentimiento del propio/a interesad/a. Si el consentimiento del NNyA entra en conflicto con el de quien detenta la Responsabilidad Parental, el interés superior del niño se erige como pauta para dirimir el conflicto, debiéndose siempre privilegiar el derecho del NNyA. Para hacer esto se deben ponderar criterios prudenciales respecto de los riesgos y beneficios, en función de la situación de cada paciente, teniendo en cuenta su autonomía progresiva y su historia clínica.

En este proceso se deberá respetar su condición de sujeto de derecho; el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; su centro de vida, es decir el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Por último la CSJN en el fallo F.A.L. identificó que parte de los obstáculos que existen para el acceso de las ILEs es la falta de conocimiento del derecho por parte de las personas. Es razonable pensar que en la mayoría de los casos que se esté frente a una ILE, la persona puede no saberlo, por lo cual es el personal de los equipos de salud quien debe poner esto en conocimiento del paciente a fin de que cuente con todas las opciones posibles. Por esto un elemento constitutivo que hace al consentimiento informado es el deber de transparencia activa, es decir la obligación de brindar información sanitaria que permita tomar una decisión que no omita ninguna arista por falta de conocimien-

to. Esto incluye el deber de entregar información en relación a los aspectos técnico médicos (procedimientos, riesgos, cuidados posteriores, etc.), no médicos (marco legal, apoyo interinstitucional, servicios sociales, etc.) y que esta la información sea comprendida por la/s persona/s interesada/s. Este deber existe aun cuando no haya sido solicitada la ILE expresamente por el NNyA, pues quien no conoce de la existencia de un derecho no podrá exigirlo ni ejercerlo, y es el deber del sistema de salud encarnado en los y las profesionales cerrar esta brecha informativa. El propósito de la entrega de la información es facilitar la toma de una decisión por parte de la persona sobre la cual se realizará una práctica sanitaria. Por ello, es fundamental que la información sea entregada de manera neutra, para que le permita comprender las opciones disponibles y tomar una decisión de acuerdo con sus convicciones y necesidades individuales. En el caso de NNyA este proceso de consentimiento informado resulta especialmente importante, porque se trata, no solo de una garantía de sus derechos sino de una oportunidad para el ejercicio de la autonomía progresiva y la formación de ciudadanas/os plenos. Es responsabilidad del/a profesional diseñar una estrategia que permita a NNyA tomar las decisiones de manera informada. Para ello se podrá, simplificar el lenguaje, adecuar la forma y el tiempo empleado en la explicación de toda la información pertinente; fomentar el acompañamiento de personas de confianza con o sin responsabilidades de cuidado, como progenitores, familiares, amigos/as.³

3 Documento de Lineamientos normativos para el acceso de adolescentes al sistema de salud, Ministerio de Salud de la Nación, 2016. Disponible en <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000732cnt-lineamientos-adolescencia.pdf>

Conclusión

Los argumentos expuestos permiten generar una lectura integral del ordenamiento jurídico a la luz de nuestra Constitución nacional y los Tratados de DDHH que compatibiliza el derecho de NNyA a acceder al más alto nivel posible de salud por medio de la remoción de interpretaciones legales restrictivas de derechos que pueden constituir vallados u obstáculos para el acceso a la ILE. Diversos principios como el interés superior del niño, la participación activa y la autonomía progresiva permiten, en consonancia con lo establecido en el artículo 26 del Código Civil, que NNyA se encuentran en condiciones de prestar consentimiento informado válido para interrumpir embarazos, pues la evidencia científica señala que las prácticas de salud sexual y (no) reproductiva en general y el aborto en particular no son invasivas al ser realizadas en contextos de seguridad clínica. Por lo tanto lo establecido en la Resolución 1252/2012 es ostensiblemente inconstitucional pues contradice normas de mayor nivel tales como la Constitución Nacional, los Tratados de DDHH, el Código Civil y leyes especiales como la 26.061 y la 26.529.

IV

Inconstitucionalidad
del protocolo
de atención de los
abortos no punibles
de CABA

[Volver al índice](#)

Los obstáculos legales al acceso al derecho al aborto legal como ejemplos de violencia institucional

Eduarne Cárdenas, Lucia De la Vega, Andrés López Cabello

Integrantes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)



Foto Felicitas Rossi



Antecedentes

En septiembre de 2012, el Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo de Jorge Lemus dictó la resolución 1252/12¹. Entre sus considerandos, se reconoce que obedece a la exhortación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el fallo “FAL”² a las provincias y la Ciudad de Buenos Aires de implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles (ANP), a efectos de remover las barreras fácticas o administrativas al acceso a los servicios médicos³. Sin embargo, lejos de operativizar la práctica de abortos no punibles estableció en el Protocolo que se presenta como anexo de la resolución requisitos adicionales

1 Resolución 1252/GCABA/MSGC/12 Aprueba Procedimiento - Atención profesional de practicas de aborto no punibles - Hospitales Subsector Público de Salud”. Publicada en el Boletín Oficial N° 3991 el 10/IX/2012.

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, expediente 259/2010, tomo 46, letra F, sentencia del 13/3/2012. Ver en particular el considerando 29.

3 Desde 1921, nuestro ordenamiento legal autoriza el aborto bajo circunstancias específicas, lo que se conoce como “abortos no punibles”: en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer, en caso de violación y en caso de atentado al pudor de una “mujer idiota o demente”. Como mencionamos, en 2012 la CSJN clarificó el alcance del derecho al aborto no punible y estableció pautas para despejar los obstáculos más frecuentes para acceder a este derecho, exhortó en él al Estado nacional, a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a que sancionen protocolos que regulen el efectivo acceso a los abortos no punibles, e indicó a los poderes judiciales que no obstruyan el acceso a los servicios de salud.

que de manera inconstitucional obstaculizan de forma arbitraria el acceso al derecho al aborto en el sistema de salud porteño, afectando particularmente a mujeres con discapacidad, adolescentes, víctimas de violación.

El 28/IX/2012, con la finalidad de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de manera efectiva, la legislatura porteña sancionó la ley reglamentaria de la atención de abortos no punibles en consonancia con los lineamientos establecidos por la CSJN. Pero casi un mes después, el entonces Jefe de Gobierno, Mauricio Macri, vetó la norma quedando vigente la Resolución 1252/12.

Frente a ello, el Centro de Estudios legales y Sociales junto con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Equipo Latinoamericano de Género y Justicia (ELA) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) presentamos una acción de amparo solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los requisitos que constituyen barreras ilegítimas al acceso al aborto legal o no punible y como remedio, que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) a adecuar la resolución con los estándares de derechos humanos en la materia.

La resolución 1252/2012 no sólo refuerza los obstáculos identificados por la CSJN, si no que incorpora nuevas barreras bajo la forma de requisitos legales que configuran violaciones a los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a la integridad física y psíquica, a una vida libre de violencia y a la dignidad en

condiciones de igualdad y no discriminación. En este artículo nos referiremos a cuatro de los obstáculos⁴ impugnados en el amparo: la intervención de un equipo interdisciplinario y la refrenda de las autoridades del hospital; y la consideración de peligro grave para la salud y el establecimiento de un límite gestacional de 12 semanas.

4 En el amparo también impugnamos la exigencia de que en caso de mujeres menores de 18 años el consentimiento informado lo otorguen sus representantes legales (arts. 5, 9 b), 10 b), 13, 18; el requisito de consentimiento del/a representante legal de las mujeres con discapacidad intelectual, que impone una condición arbitraria como es el requisito de declaración judicial de insania o de certificación de discapacidad (arts. 5, 11 y 13); y la regulación de la objeción de conciencia de modo vago, estipulando el alcance del derecho de los profesionales pero no del derecho de las mujeres. (arts. 19 y 20). Si bien no fue incluido en el amparo, la Resolución suma otra barrera a la accesibilidad, al restringir su ámbito de aplicación a los hospitales públicos (Art. 1 de la Res.), más aun, los hospitales que cuenten con servicio de toco ginecología (arts.1, 6, 7 y 8 del protocolo), cuestión que se ve reforzada al establecer requisitos en términos de constitución de equipo profesional (art. 18) que difícilmente existan en unidades o efectores de menor complejidad.



Foto Felicitas Rossi

Obstáculos burocráticos: el equipo interdisciplinario y la refrenda del director

El establecimiento de procedimientos burocráticos que sin justificación clínica obstaculizan el acceso al aborto legal del Código Penal es uno de los problemas más graves que presenta el Protocolo impugnado. En particular, la previsión de la intervención obligatoria de un cuerpo interdisciplinario (sin siquiera una función clara) y la necesaria aprobación del Director o Directora del efector de salud resultan inadmisibles, son discriminatorios, y atentan contra los derechos de las mujeres.

El artículo 2° del Anexo señala que: “[...] Se deberá requerir la intervención de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo establecido en el Capítulo II y IV del presente”. Mientras, el artículo 8° (Capítulo II) establece: “todos los efectores del Subsector Estatal del Sistema de Salud de la Ciudad de Buenos Aires que tengan servicios de tocoginecología deberán encontrarse en condiciones de integrar equipos interdisciplinarios con fun-

ciones asistenciales para la evaluación y contención de los casos que se presenten”. Finalmente, el artículo 18 (Capítulo IV) dispone la conformación del equipo interdisciplinario y que éste se establecerá especialmente para cada caso particular: “Se constituirá un equipo interdisciplinario “ad-hoc”, para cada caso, integrado por: los/las jefes/as de los Departamentos de Medicina, Materno Infantil y Técnico y el/la Jefe/a de Servicio Social del Hospital o quienes dichos jefes/as designen. En caso de considerarlo pertinente, el/la Directora/a del Hospital podrá integrarlo con otro/a profesional del nosocomio. Dicho Equipo no podrá estar integrado por profesionales objetores de conciencia”.

Por su parte, el artículo 9° a), al describir el procedimiento para la práctica de aborto no punible en caso de peligro para la vida o salud de la mujer, exige la refrenda previa del Director o Directora del efector de salud, confirmando el diagnóstico del profesional interviniente: “[..] El/la Director/a de los efectores del Subsector Estatal del Sistema de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá confirmar el diagnóstico y la procedencia de la interrupción de la gestación. Asimismo deberá disponer los recursos necesarios para la realización del procedimiento.”

Vemos como la resolución del Ministerio de Salud de la Ciudad erige un entramado burocrático de intervención obligatoria de otros funcionarios ajenos a la práctica médica, sin justificación clínica alguna, que implica un retraso arbitrario en la satisfacción del derecho de las mujeres que requieren la práctica.

Resulta difícil justificar clínicamente la intervención de un equipo interdisciplinario para asegurar la ejecución de una práctica

médica, toda vez que es el profesional interviniente el encargado de evaluar la procedencia del aborto, pudiendo realizar una interconsulta con otros profesionales si fuera necesario.

Esta consideración se agrava si notamos que el procedimiento reglado por el Ministerio de Salud se limita a exigir la intervención del “equipo interdisciplinario”, pero en ningún momento detalla cuál es su función, ni qué objeto tiene. En los hechos, este equipo interdisciplinario opera como medio para dilatar la ejecución de la práctica y, eventualmente, desalentar a la mujer de realizarla.

Asimismo, la exigencia de la refrenda del Director/a del efector de salud sobre el diagnóstico médico y la procedencia de la interrupción del embarazo resulta aún más inexplicable. La única razón para que la directora/a tenga intervención es más para realizar un control político de la situación, que un análisis clínico del caso y la procedencia del aborto lo que, esta demás decir, es inadmisibles y vulnera gravemente el derecho a la salud de las mujeres de la Ciudad.

Por su parte, el requisito de que el director o directora del efector de salud refrende la decisión clínica del profesional interviniente no tiene otra justificación más que ideológica, destinada a restringir el acceso al aborto legal permitido en el Código Penal.

Al respecto, el Comité DESC⁵ ha destacado que la falta de accesibilidad de servicios necesarios para el pleno goce y ejercicio de

5 El Comité DESC de las Naciones Unidas es el órgano de vigilancia de la aplicación del Pacto del Pacto internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nuestra Corte Suprema ha reconocido la relevancia de las decisiones del Comité DESC, como guía interpretativa de las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por el Estado argentino, en diversas ocasiones. Véase entre otras: CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios

la salud sexual y reproductiva como consecuencia de prácticas o políticas basadas en cuestiones ideológicas, resultan inadmisibles a la luz del derecho internacional de los derechos humanos⁶.

La Resolución 1252/12, al establecer requisitos extraordinarios por medio de la intervención obligatoria de agentes burocráticos del sistema de salud, hace que la ruta de acceso al aborto permitido sea dificultosa y pueda truncarse.

Este tipo de regulación, que impone una variedad de requisitos extraordinarios para la realización de una práctica médica a la que tienen derecho las mujeres en la Argentina y que en términos clínicos implica un bajísimo nivel de riesgo de complicaciones –si se la compara, por ejemplo, con la peligrosidad envuelta en la atención de un parto– da cuenta de la intencionalidad subyacente de una regulación que se presenta como neutral.

Procedimientos burocráticos sin justificación clínica, que implican la intervención obligatoria de funcionarios ajenos y que tienen por objeto desalentar a la mujer y dilatar la ejecución del aborto, no se condicen con las obligaciones internacionales del Estado argentino en materia de protección y garantía de derechos humanos de las mujeres, niñas y varones trans de las mujeres en la Ciudad de Buenos Aires.

Industriales SA s/ accidentes ley 9688”, sentencia del 21 de septiembre de 2004; CSJN, “Recurso de hecho deducido por La Caja ART S.A. en la causa Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ GulfOil Argentina S.A. y otro”, sentencia del 31 de marzo de 2009 y CSJN “Q.C S. Y. c/ GCBA s/amparo”, sentencia del 24 de abril de 2012.

⁶ Comité DESC, OG. 22 párrafo 14.

Yendo más allá que el Código Penal: peligro grave para la salud y edad gestacional

El artículo 9 de la Resolución 1252/12 exige que el peligro para la salud que habilite la práctica de aborto no punible sea, además, *grave*. Su texto estipula: “La atención de aborto no punible en los supuestos de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada en los casos del artículo 86 inciso 1 del Código Penal, deberá efectuarse bajo el siguiente procedimiento: [...] El médico deberá hacer constar en la historia clínica la gravedad del caso, por qué considera que debe abortarse en el estado de la ciencia al momento de emitir el informe, las alternativas terapéuticas consideradas, y por qué descarta cada una de ellas”.

Por su parte, el artículo 17 de la Resolución 1252/2012 establece “[...]En los casos de aborto no punible contemplados en los artículos 10° y 11° de la presente Resolución, la práctica deberá

realizarse dentro del límite gestacional de doce (12) semanas, con el correlato ecográfico correspondiente [...]”. Es decir, para los supuestos de violencia sexual contemplados en el inciso 2° del artículo 86 se establece un límite gestacional para acceder a la práctica.

Revisemos el Código Penal, con relación a la exigencia de peligro grave, su art. 86 no realiza distinción alguna, bastando que el peligro en la salud y en la vida sea *potencial* para la procedencia de la práctica. La norma penal no estipula la necesidad de un riesgo calificado que, ilegalmente, el Protocolo de la Ciudad establece. Tal requisito extra no es novedoso de la Resolución, sino que resulta heredado de la redacción antigua del art. 86 instaurada por la dictadura de Juan Carlos Onganía y la última dictadura cívico-militar⁷, siendo expresamente quitado de la norma en 1984.

Por su parte, con relación al límite gestacional establecido para supuestos de violencia sexual, su inclusión no sólo no responde al sistema regulatorio de causales adoptado por el legislador; sino que generaliza una prescripción del tipo médico particular, erigiéndose en un obstáculo para acceder a la práctica que, luego de las doce semanas, llevaría a la mujer, que sufrió violencia sexual, a un embarazo forzado. Así, la exigencia desconoce los tiempos particulares de cada mujer ante un episodio de violencia sexual, y vulnera sus derechos fundamentales.

7 Ley 17.657. Boletín Oficial 12/01/1968 - ADLA 1967 - C, 2867 y Ley 21.338. Boletín Oficial 01/07/1976 - ADLA 1976 - B, 1113.

Una resolución ministerial, que pretende reglamentar la norma para su aplicación, no puede ir más allá de lo dispuesto por una ley nacional, estableciendo requisitos extras al tipo penal en vista a obstruir el ejercicio de un derecho y punir una conducta. Tal pretensión no sólo implica una intromisión en las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso Nacional, conforme art. 75 inc. 12 CN, sino que vulnera el principio de legalidad penal y sus derivados: principio de máxima taxatividad, interpretación restrictiva, pro persona y prohibición de analogía *in malam partem*.

Recordemos que si bien los Estados pueden imponer límites al ejercicio de derechos, en virtud de su carácter no absoluto, dichas restricciones de acuerdo al DIDH deben a) estar previstas en la ley –esto es, que provengan de una ley en sentido formal–; b) cumplir un fin legítimo –por ejemplo, una función relacionada con la salud pública o los derechos humanos de las personas–; c) ser estrictamente necesarias y proporcionadas con el fin por el cual han sido establecidas⁸.

Es por ello que en esta línea, todas aquellas prohibiciones, restricciones o limitaciones que los Estados dispongan sobre los derechos de las personas que no cumplan con cada uno de estos requisitos, se entienden que son ilegítimas y deben ser removidas de los sistemas jurídicos domésticos, en todas sus

8 Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 96; Caso Herrera Ulloa, *supra*, párrs. 121 y 123; La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 46; ver también Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Sunday Times, 27 de octubre de 1978, párr. 59; y Caso Barthold v. Germany, 25 de Marzo de 1985, párr. 59.

instancias, nacional, provincial y municipal. Esto adquiere especial relevancia en el marco del caso que nos ocupa, vinculado al acceso a servicios de salud sexual y reproductiva y de aborto y redobla la importancia de monitorear la legitimidad de las restricciones impuestas por los Estados, en tanto derechos tan fundamentales como la vida y la salud de las mujeres se encuentran en juego.

Algunas reflexiones finales.

La violencia institucional como marco

La ley nacional 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada en 2009, define a la violencia institucional como “aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin *retardar, obstaculizar o impedir* que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley [...]”. De acuerdo a la definición legal, la violencia institucional puede funcionar a través de barreras u obstáculos para acceder a derechos o no permitir ejercerlos.

Recientemente el Comité DESC en su Observación General 22 (OG 22), donde establece el contenido y alcance respecto al derecho a la salud sexual y reproductiva de acuerdo con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales (PIDESC)⁹, señaló que uno de los mayores problemas que las mujeres enfrentan para el ejercicio pleno de sus derechos sexuales y reproductivos son las diversas barreras – prácticas y legales– que lo obstaculizan, en particular aquellas impuestas a la anticoncepción y el aborto: “Debido a las numerosas barreras legales, procedimentales, prácticas y sociales, el acceso a un amplio rango de instalaciones, servicios, bienes e información de salud sexual y reproductiva, se ve seriamente restringido. De hecho, el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas, especialmente para las mujeres y las niñas, en todo el mundo”¹⁰.

Al respecto, el Comité señaló que una de las obligaciones mínimas de “respeto” del derecho a la salud sexual y reproductiva es el no establecimiento de barreras al acceso de bienes y servicios, disponiendo que “la obligación de respetar exige [...] a los Estados derogar, y se abstengan de promulgar, leyes y políticas que creen barreras en el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva”¹¹.

Mientras, entre las obligaciones esenciales para “cumplir” con el derecho a la salud sexual y reproductiva, el Comité señaló que “la obligación de cumplir [...] obliga a los Estados a tomar

9 Comité DESC, Observación General 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva. E/C.12/GC/22, Original en inglés. Traducción propia.

10 Comité DESC, OG 22 Párr. 2.

11 Comité DESC, OG. 22 párr. 41.

medidas para erradicar los obstáculos prácticos a la plena realización del derecho a la salud sexual y reproductiva”¹².

En el mismo sentido, en su más reciente informe al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer señaló que en materia de atención de la salud sexual y reproductiva, los Estados deben “eliminar los obstáculos discriminatorios al acceso a la interrupción legal del embarazo que no se basen en las necesidades médicas, como los plazos de espera antes de llevar a la práctica la decisión de poner fin a un embarazo, los requisitos de autorización para los centros y el personal de salud reproductiva, y las interpretaciones indebidamente restrictivas de los fundamentos jurídicos para la interrupción del embarazo”¹³.

La ley integral de violencia (26.485) siguiendo lo establecido en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), también define en su art. 5 entre los tipos de violencia, la violencia simbólica, como aquella que a través de patrones estereotipados transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

Sin dudas, este tipo de regulación es un intento de obligar a las mujeres a asumir roles estereotipados, como es la maternidad, por medio de la obstaculización de la interrupción legal del em-

12 Comité DESC, OG. 22 párr. 46.

13 Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, Informe al Consejo de Derechos Humanos en su 32 Sesión, 8 de abril de 2016. A/HRC/32/44

barazo, forzando que los embarazos continúen por medio de la imposición de trabas burocráticas, imponiendo los roles de maternidad y cuidado sin consideraciones.

En el amparo que las organizaciones presentamos ante la justicia de la Ciudad, advertimos que la regulación del Ministerio de Salud importaba no sólo la violación a los derechos a la salud, a la autonomía, a la integridad física y psíquica, a una vida libre de violencia y a la dignidad sino también además una vulneración al principio de igualdad y no discriminación, ya que se trata de una práctica que sólo las mujeres necesitan y la sobre-regulación carente de racionalidad afecta desproporcionadamente a un grupo tradicionalmente postergado de la sociedad¹⁴.

En tiempos de un fuerte reclamo social por la violencia de género, que se cristalizó en dos grandes movilizaciones nacionales durante 2015 y 2016, con el #Niunamenos como consigna, es importante identificar y visibilizar que el estado mediante sus prácticas, sus normas, sus instituciones y decisiones es responsable de tipos y modos de violencia contra las mujeres y niñas. Y esa violencia cuenta.

14 En la OG22, párrafo 28 el Comité DESC señala que “Para la realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, es necesario derogar o reformar las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en el área de la salud sexual y reproductiva. Se requiere la eliminación de todas las barreras al acceso amplio de las mujeres a los servicios, bienes, educación e información de salud sexual y reproductiva”.



Muestra Amnistía Internacional. Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice



IV

Inconstitucionalidad
del protocolo
de atención de los
abortos no punibles
de CABA

[Volver al índice](#)

El derecho al acceso al aborto legal por parte de mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial

Iñaki Regueiro De Giacomi

Abogado de la Universidad de Buenos Aires. L.L.M. (Maestría en Derecho) especializada en discapacidad, Syracuse University, EE.UU. Candidato a la maestría de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Integrante del Área de Género de la Asesoría General Tutelar, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro de la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y de Abogad*s por los Derechos Sexuales (AboSex).



*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*

Los derechos involucrados¹

Los/as prestadores/as de salud, tanto del sistema público como del privado, deben asegurar a todas las personas el acceso a servicios y tratamientos en igualdad de condiciones. Este acceso está garantizado por el **derecho a la salud** contemplado, por ejemplo, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de jerarquía constitucional.

Y, a fin de ser adecuado, el acceso debe estar guiado en todo momento por la voluntad de la persona usuaria del servicio de salud. A tal efecto, constituye un prerequisite vinculante e indispensable el respeto del procedimiento de **consentimiento libre e informado** contemplado, por ejemplo, en el artículo 5 de la Ley N° 26.529 y en el artículo 10 de la Ley N° 26.657².

1 Si bien las posiciones vertidas en este artículo corren por mi cuenta, agradezco especialmente el acompañamiento sostenido, el ánimo y las contribuciones de Felicitas Rossi.

2 La Ley N° 26.657 del Derecho a la Protección de la Salud Mental reconoce además el derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento y el derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad y pleno respecto de su vida privada. En su artículo 10 se establece: *“Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.”*

Esta disposición incluye obviamente a todas las mujeres, a los varones trans³, y a quienes -dentro de esos grupos- posean una discapacidad intelectual y/o psicosocial, las/os cuales gozan del derecho a otorgar su consentimiento en igualdad de condiciones con las demás personas.

El acceso adecuado se encuentra, a su vez, garantizado por el **principio y derecho a la accesibilidad** contenido, por ejemplo, en los artículos 3, 9 y 25⁴ de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de aquí en más “la Convención”), de jerarquía constitucional en nuestro país (conf. Ley N° 27.044 que entró en vigor el 11/12/14). De hecho, la Convención garantiza específicamente los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad⁵. En cuanto a las mujeres con discapacidad, la Convención establece que se deberán adoptar

3 Si bien los obstáculos en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los varones trans no son abordados específicamente en el presente artículo, valga la aclaración de que lo referido al acceso al aborto de personas cuyo ejercicio de la capacidad jurídica se encuentra regulado formalmente se aplica a quienes pudieran encontrarse cursando un embarazo, tanto sean mujeres o varones trans.

4 La Convención reconoce en su artículo 25 (referido a salud) el derecho al acceso a “...programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población...”.

5 Además del citado artículo 25, el artículo 23 establece que los “...Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: [...] b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.” También se menciona el consentimiento en el artículo 15.1 de la Convención.

las medidas necesarias para asegurar que las mujeres y niñas con discapacidad gocen plenamente y en igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁶.

Asimismo y por supuesto, estas previsiones incluyen a las mujeres declaradas incapaces, inhabilitadas o con cualquier tipo de regulación sobre el ejercicio de su capacidad jurídica (por ejemplo, sistemas de apoyos judiciales o extrajudiciales en los términos del artículo 43⁷ del Código Civil y Comercial de la Nación). Y, en estos casos, ninguna tercera persona -ni un/a juez/a, ni un/a curador/a, ni una persona de apoyo, ni un/a familiar, ni un/a amigo/a, ni una pareja, ni un/a allegado/a, ni quien dirige una institución- debería tener la potestad expresa o implícita de decidir sobre el cuerpo de otro/a en contra o soslayando la voluntad de la persona efectivamente involucrada, avasallando de esa manera su autonomía e integridad corporal. Lo dicho se encuentra garantizado por el **derecho al reconocimiento y ejercicio de la capacidad jurídica** de todas las personas, sin discriminación por motivos de discapacidad, reconocido en los artículos 5 y 12 de la Convención. Este último afirma que las

6 Convención, art. 6.1.

7 “Parágrafo 2º. *Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. ARTICULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*”

personas con discapacidad “...*tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*” y que “...*tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”. Todos los aspectos de la vida incluyen, obviamente, la dimensión sanitaria. En reemplazo del antiguo sistema de incapacidad y curatelas, la Convención dispone que deberán brindarse sistemas de apoyo libremente escogidos. El cambio en nuestro régimen civil de capacidad exige que todas las personas, con independencia de que tengan o no discapacidad, sean reconocidas tanto en su capacidad para ser titulares de derechos (“capacidad de derecho”) como para ejercerlos en primera persona (“capacidad de hecho”). Por ende, toda situación de hecho o de derecho en el que una tercera persona decida por otra constituye una sustitución de voluntad prohibida.

El derecho al ejercicio de la capacidad jurídica se encuentra también garantizado por el artículo 31.a del Código Civil y Comercial y por el artículo 3 de la Ley N° 26.657.

Justamente esos derechos fueron tomados en cuenta al momento de realizar la reforma en materia de capacidad del Código Civil y Comercial de la Nación que hoy limita la curatela exclusivamente a estados de coma u otros asimilables totalmente a estos⁸.

8 Artículo 32 del Código Civil y Comercial, parte final: “*Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador*”.

Dos obstáculos detectados

No obstante, hay barreras en el ejercicio de estos derechos. Y considero que las mismas son vestigios del antiguo régimen de restricción del ejercicio de la capacidad jurídica que invadían la regulación de los servicios de salud. Me referiré a dos ejemplos que afectan, en particular, a las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial.

El primero es el de la ley de “contracepción quirúrgica” (Nº 26.130 de 2006). Dicha ley indica que “[c]uando se tratare de una persona declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla.” (Art. 3). Es decir, se trata de una excepción al principio de sustitución de la voluntad que regía con el anterior Código Civil -por medio del cual solo se requería la voluntad de un/a tercero/a (curador/a)- a lo que se agregaba en este caso la voluntad de otro/a tercero/a (juez/a). De todas formas, esta regulación continúa permitiendo una sustitución de voluntad con el agregado de la judicialización, la cual presenta distintos problemas en materia sanitaria: demoras, falta de acceso a la justicia, posibilidad de negativa de acceso a la práctica cuando

ésta sea voluntaria, e incluso la posibilidad de que la sustitución de voluntad sea legitimada.

Sobre este punto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (intérprete autorizado de la Convención) expresó en 2012 su: “...preocupación por la existencia de prácticas de esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado. 32. El Comité recomienda al Estado parte a que modifique [...] el artículo 3 de la Ley 26130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, de conformidad con la Convención...”.

Es decir, el criterio que debe primar es solamente el consentimiento libre e informado de la persona y no por parte de terceras personas (aunque sean sus representantes legales). Ni siquiera la intervención de la Justicia podría avalar lo contrario.

El otro ejemplo es el del Código Penal en su artículo 86. El mismo establece que: “*El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: [...] 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto*”. Esta disposición -además de contener terminología peyorativa, ofensiva y discriminatoria- viola claramente los derechos enumerados al comienzo de este artículo en tanto una tercera persona (“representante”) decide autónomamente -e incluso en contra de la voluntad expresa- de quien tiene involucrado su cuerpo, sobre la realización o no de

un aborto. Esto puede implicar, en los hechos, tanto un embarazo forzado como un aborto forzado, siendo ambos hechos atentatorios por igual de la autonomía de las mujeres con discapacidad y podrían constituir un trato cruel, inhumano o degradante. Porque, huelga aclararlo, no se trata solo de garantizar el acceso a la práctica, sino de garantizar que dicha decisión sea el producto de un ejercicio autónomo de la voluntad.

Esto, sin perjuicio de que se trata de una regulación que respondía a un régimen derogado, con lo cual dicho artículo, al sustituir la voluntad de la mujer cuyo cuerpo está involucrado, deviene contrario a la Convención y, por ende, inconstitucional en dicho aspecto.

Y, sobre este punto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas solicitó también su modificación en los siguientes términos: *“El Comité lamenta que el representante legal de una mujer con discapacidad bajo tutela pueda otorgar el consentimiento a un aborto no punible en nombre de la mujer con discapacidad”*. Y pidió que el Estado: *“...tome medidas para ofrecer los apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela para que sean ellas mismas las que den su consentimiento informado para acceder a la práctica del aborto no punible ...”*⁹.

Sobre este punto en particular veremos el recorrido que se ha hecho en la Ciudad de Buenos Aires para armonizar la legislación con los estándares de derechos humanos mencionados.

9 Documento ONU CRPD/C/ARG/CO/1 disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/8thSession/CRPD-C-ARG-CO-1_sp.doc.



*Muestra Amnistía Internacional.
Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice*

El aborto no punible en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

1. Poder Ejecutivo

La Resolución N° 1252/12 del Ministerio de Salud porteño intentó ser un protocolo para la atención de los abortos no punibles (artículo 86 del Código Penal) en dispositivos sanitarios públicos de dicha jurisdicción. Dicha norma derogó a su predecesora, la Resolución N° 1174/07, y ambas normas permitían la sustitución de voluntad en el caso de mujeres con discapacidad. La más reciente estipulaba expresamente que todos los derechos que podía ejercer una mujer en primera persona, podían ser asimismo ejercidos por un/a “representante legal”. Si bien dicha Resolución contemplaba el derecho a ser oída y a recibir información (arts. 5 y 13), lo mismo es insuficiente atento a que la definición sobre si se realiza o no la práctica la toma un/a tercero. Es decir, mientras que la expresión de voluntad no sea vinculante, la sustitución sigue permitiéndose y eso es inaceptable.

En otras palabras, los arts. 11, 5 y 13 del Capítulo I del Anexo de la Resolución del Ministerio de Salud porteño impedían que una mujer con discapacidad consienta (o no) la práctica del aborto no punible al requerir exclusivamente la intervención de su curador/a, aún contra su voluntad expresa. Dicha norma, en definitiva, no consideraba válido el consentimiento informado de una mujer con discapacidad intelectual o psicosocial en relación con su voluntad de interrumpir o continuar con su embarazo cuando éste es producto de un “atentado al pudor” en los términos del artículo 86.2 del Código Penal. Respecto del acceso a la práctica en los casos del inc. 1 del artículo 86 (cuando el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la mujer), el protocolo porteño, nada específica respecto de las mujeres con discapacidad.

Asimismo, la misma avalaba el “consentimiento” de una tercera persona con la sola presentación de un certificado de discapacidad (conf. art. 11.3 de la Resolución N° 1252/12), confundiendo discapacidad en los términos de la Ley nacional N° 22.431 con incapacidad civil declarada judicialmente bajo el viejo régimen. Se extendía, entonces, la actuación sustitutiva a, por ejemplo, un/a familiar o acompañante de la persona, quien pasaba a decidir por la mujer aún sin haber sido ésta declarada “incapaz” judicialmente.

Es claro que la discapacidad no puede ser un motivo válido de prescindencia del consentimiento de la mujer que recurre a la atención sanitaria. Ese extremo constituye una discriminación por motivos de discapacidad prohibida por el artículo 5 de la Convención ya que implica suponer que las mujeres con

discapacidad son incapaces de expresar su voluntad o que la expresión de la misma no puede constituir un consentimiento **válidamente otorgado.**

2, Poder Legislativo

La referida Resolución del Ministerio de Salud fue dictada cuando se discutía en la Legislatura un proyecto que fue finalmente aprobado el 27 de septiembre de 2012 bajo el N° de Ley 4.318, y posteriormente vetado por el Jefe de Gobierno por medio del Decreto N° 504/12. Si bien dicha norma contenía innovadoras previsiones en torno al sistema de apoyos, se permitía la sustitución “*cuando no sea posible*” articular dicho sistema¹⁰. La vaguedad de dicha expresión permitía soslayar con facilidad dicha manda.

¹⁰ *“Artículo 8°.- CONSENTIMIENTO INFORMADO DE NIÑAS Y ADOLESCENTES Y PERSONAS CON RESTRICCIÓN JUDICIAL DE SU CAPACIDAD. Es válido el consentimiento de la persona a partir de los 14 años. En los casos de niñas y adolescentes menores de 14 años o personas con restricción judicial de su capacidad para tomar decisiones sobre su propio cuerpo, se requiere el consentimiento de su representante legal, respetando el derecho a ser oído de la niña o adolescentes y a que su opinión sea tomada en cuenta. En caso que tuviere más de uno/a, basta el consentimiento de uno/a solo/a de sus representantes legales para que se efectúe la práctica del aborto no punible. La falta de consentimiento del/la otro/a representante legal no implica, bajo ninguna causa o pretexto, un impedimento para tal práctica. Si mediara urgencia, a falta de otra prueba, respecto del carácter de representante legal, debe prestarse declaración jurada. El/la manifestante, en este supuesto, quedará obligado/a a acompañar la documentación respectiva que acredite efectivamente el carácter invocado. Para los casos de personas con restricción judicial de su capacidad para tomar decisiones vinculadas al cuidado de su propio cuerpo, se implementa un sistema adecuado de apoyos y salvaguardas, conforme lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley Nacional N° 26.378), a fin de que la persona adopte una decisión autónoma. En caso de no ser posible, el consentimiento informado debe ser prestado por el/la representante legal, debiendo ser acreditado dicho carácter con la correspondiente documentación. En caso de existir controversia entre la persona menor de 14 años o la persona con restricción judicial de su capacidad para tomar decisiones sobre su propio cuerpo con la totalidad de sus representantes legales, el/la directivo/a del establecimiento debe requerir la intervención del Ministerio Público Tutelar. De persistir la controversia, será de aplicación el Art. 3° último párrafo, de la Ley Nacional N° 26.061.”*

3, Poder Judicial

A fin de declarar la inconstitucionalidad de distintos obstáculos¹¹ que presentaba la referida Resolución N° 1252/12, en noviembre de 2012 organizaciones de distinto tipo –de derechos de mujeres como el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA); de derechos de personas con discapacidad como la REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad); y transversales de derechos humanos como la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)- decidieron cuestionar judicialmente distintas disposiciones de dicha norma a través de un amparo colectivo ante el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. Se petitionó, asimismo, que se dicten nuevas regulaciones respetuosas de los estándares de derechos humanos en la materia. Y que, hasta tanto se dictara sentencia sobre el fondo, se suspendiera cautelarmente la vigencia de las disposiciones cuestionadas. Entre otros puntos, se cuestionó la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad para consentir la práctica del aborto no punible.

Se trató de una estrategia sin precedentes dado que apuntaba a compatibilizar las agendas de mujeres y de personas con discapacidad, no viéndolas como compartimentos estancos o contradictorios sino como un solo campo que involucra direc-

11 En lo que respecta a este artículo solo haremos referencia a los obstáculos referidos a los derechos de las mujeres con discapacidad, aunque la norma presentaba distintos requisitos inconstitucionales en contra los derechos de todas las mujeres (por ejemplo, se exigía que el riesgo para la salud o la vida de la mujer sea grave o inminente) y de otros grupos de ellas en particular (adolescentes, víctimas de violación).

tamente a las mujeres con discapacidad y que requiere de políticas públicas y normas consensuadas.

Como principio general en materia de aborto no punible se destacó que en todo momento se ha de evitar judicialización directa o indirecta de los casos individuales atento a la exhortación¹² de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “F., A.L.”.

El 27 de marzo de 2013 la Jueza interina Patricia López Vergara dictó la medida cautelar solicitada por las partes. En la misma se destacó la importancia del consentimiento ya que sin éste, *“la voluntad de la mujer discapacitada intelectual/psico-social se vería sustituida por la de su representante legal”*. Asimismo, se sostiene que *“los apoyos no pueden ser equiparados a un curador, un tribunal o un equipo técnico perteneciente a este último”* y se estableció el *“requisito de que el sistema se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y nunca en contra de la voluntad de la personas con discapacidad”*¹³. Se suspendió asimismo la parte referida a la acreditación de la “insania” o “discapacidad mental”. Por último, ordenó al Gobierno porteño a *“crear un sistema que sirva de apoyo y salvaguarda para la mujeres con discapacidad intelectual/psico-social que pretendan se les practique un aborto, en los términos previstos en el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal”*. Dicha medida

12 “3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.” (C.S.J.N., Sentencia “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” del 13/03/12).

13 “Asociación por los Derechos Civiles y otros contra GCBA sobre Amparo (art. 14 CCBA”, Expte. N°46062, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, Secretaría N°4.

cautelar fue apelada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (G.C.A.B.A.).

Posteriormente, el 5 de julio de 2013 el Juez Roberto Gallardo hizo lugar a la acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 1252/12 en su conjunto, así como del Decreto 504/12 de veto de la referida Ley N° 4.318. Ante ello, el G.C.A.B.A. y el Ministerio Público Fiscal presentaron recursos de apelación.

Por su parte y en supuesto cumplimiento de la medida cautelar dictada, el Ministerio de Salud porteño dictó la Resolución N° 1860/13 que creaba un “Equipo Interdisciplinario de Apoyo”. En tanto esta Resolución contenía diversos aspectos problemáticos, las organizaciones actoras solicitaron que se modifique dicha norma en relación con los apoyos en los siguientes puntos:

- **No obligatoriedad:** Debería dejarse claramente expresado que la instauración de un sistema de apoyos es un derecho de la mujer y no una obligación que pueda imponerse contra su voluntad. Esto es especialmente relevante para los casos de las mujeres con discapacidad psicosocial e intelectual que no posean regulación judicial alguna en el ejercicio de su capacidad jurídica, quienes se encontraban expresamente contempladas en la Resolución 1252/12.
- **No profesionalización:** Limitar la integración de los apoyos a un equipo interdisciplinario no es correcto. Los apoyos deben basarse en la confianza previa de la mujer en cuestión y las personas que los brindan no deben tener conflicto al-

guno de interés. La regulación debería tener la flexibilidad de adaptarse a las necesidades y deseos de cada mujer, sin perjuicio de los casos en los que la mujer no tenga referente alguno y deba designarse, también con su acuerdo, a una persona idónea para prestar el apoyo requerido.

Asimismo, se citó el informe de 2013 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que menciona específicamente los apoyos en ámbitos sanitarios¹⁴.

14 El 1º de febrero de 2013 el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, presentó ante el Consejo de Derechos Humanos en su 22º período de sesiones, un Informe sobre “ciertas formas de abusos presentes en entornos de atención de la salud”. A continuación se incluyen los párrafos pertinentes, con subrayado sobre los puntos relevantes (dicho destacado no existe en el original): *“El titular del mandato sigue recibiendo informes sobre el uso sistemático de intervenciones médicas forzosas en todo el mundo. Al igual que los órganos de las Naciones Unidas, ha establecido que el tratamiento involuntario y otras intervenciones psiquiátricas en centros de atención de la salud son formas de tortura y malos tratos. Las intervenciones médicas forzosas, que suelen justificarse erróneamente alegando teorías de incapacidad y de necesidad terapéutica contrarias a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ven legitimadas por las leyes nacionales, y pueden llegar a gozar de un amplio apoyo público al realizarse en aras del presunto “interés superior” de la persona afectada. No obstante, en la medida en que infligen dolor o sufrimientos graves, contravienen la prohibición absoluta de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes (A/63/175, párrs. 38, 40 y 41). Su preocupación por la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad hace que el Relator Especial inste a que se revise la legislación nacional que permite las intervenciones médicas forzosas.”* (notas al pie internas omitidas) *Por ende recomienda a los Estados: “e) Preservar el consentimiento libre e informado en condiciones de igualdad para todos y sin excepciones, a través del marco jurídico y los mecanismos judiciales y administrativos, por ejemplo con políticas y prácticas para proteger contra los malos tratos. Deberán revisarse las disposiciones jurídicas que contravengan lo que antecede, como aquellas que permiten la reclusión o el tratamiento obligatorio en entornos de salud mental, en particular mediante tutelas y otros métodos de adopción de decisiones por sustitución. Adoptar políticas y protocolos que respeten la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana. Velar por que la información en materia de salud esté plenamente disponible y sea aceptable, asequible y de buena calidad y que se imparta y se comprenda mediante medidas de apoyo y protección, como un amplio abanico de servicios y apoyo en las comunidades (A/64/272, párr. 93). Los casos de tratamiento sin consentimiento informado deben ser investigados; deberá proporcionarse reparación a las víctimas de dicho tratamiento.”* (notas al

El 11 de junio de 2014 el Juez requirió la modificación de la Resolución N° 1860/13 en los siguientes términos:“(i) *el sistema de apoyos es un derecho de la mujer, que debe respetar su voluntad y no puede –bajo ningún supuesto- forzarla o sustituirla; (ii) la función de apoyo tiene por finalidad asistir a la mujer con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, respetando de modo irrestricto su voluntad y preferencias; (iii) la función puede ser desempeñada por familiares, amigos, asistentes personales o cualquier otra persona de confianza de la mujer discapacitada; (iv) para el caso de no existir personas de confianza, la autoridad administrativa deberá designar persona idónea para prestar el apoyo requerido, designación que deberá tener siempre en cuenta la opinión de la mujer con discapacidad”.*

Particularmente, el fallo es novedoso en tanto promueve por primera vez en nuestro país sistemas de apoyos administrativos, instrumentados en dispositivos de salud y designados a los

pie internas omitidas)“(f) *Velar por la protección especial de las personas y grupos minoritarios y marginados como componente fundamental de la obligación de prevenir la tortura y los malos tratos, entre otras cosas invirtiendo en las personas marginadas y ofreciéndoles una amplia gama de apoyos voluntarios que les permitan ejercer su capacidad jurídica y que respeten plenamente su autonomía individual, su voluntad y sus preferencias.”* (notas al pie internas omitidas) Asimismo, el Relator se refirió a la integridad sexual de las mujeres con discapacidad y a su derecho a decidir, mencionando también el ejemplo de la esterilización forzada: “Algunas mujeres pueden sufrir múltiples formas de discriminación a causa de su sexo u otros motivos relacionados con su condición o identidad. Un problema cada vez más generalizado es la esterilización involuntaria de mujeres de minorías étnicas y raciales, mujeres de comunidades marginadas y mujeres con discapacidad a causa de la noción discriminatoria según la cual no son “aptas” para tener hijos. La esterilización forzada es un acto de violencia, una forma de control social y una violación del derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El titular del mandato ha afirmado que “los abortos y las esterilizaciones forzadas practicadas por funcionarios del Estado siguiendo leyes o políticas coercitivas de planificación de la familia pueden constituir tortura”. (notas al pie internas omitidas). Documento Naciones Unidas A/HRC/22/53 disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53_sp.pdf

efectos del ejercicio autónomo del derecho al aborto no punible con pleno respeto del derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica.

Ante esta nueva resolución judicial, el G.C.A.B.A. dictó una nueva Resolución (Nº 1213/14) en los siguientes términos:

- Se ratifica el sistema de apoyos previsto en la Resolución 1860/13, aclarando que constituye un derecho de la mujer, se debe respetar su voluntad y no se puede forzarla o sustituirla.
- El apoyo tiene por finalidad asistir a la mujer con discapacidad en la toma de decisiones, respetando de modo irrestricto su voluntad y preferencia y puede ser desempeñada por familiares, amigos, asistentes personales o cualquier otra persona de confianza de la mujer discapacitada.
- En caso de no existir personas de confianza, el Director del efector correspondiente, deberá designar una persona idónea para prestar el apoyo requerido, tomando especialmente en cuenta la opinión de la mujer con discapacidad.

La nueva resolución cumplía parcialmente con lo prescripto por el Juez pero la misma ordenaba modificar una resolución y no dictar una nueva. Por ende, coexistían dos resoluciones contradictorias entre sí (1860/13 y 1312/14), lo cual podía provocar interpretaciones erróneas y llevar a la confusión al personal sanitario encargado de aplicarlas, por lo que las organizaciones actoras se expresaron en ese sentido.

Por ende, el 24 de diciembre de 2014 el Juez resolvió tener por incumplida la resolución del 11 de junio de 2014 e insistir en sus términos.

En diciembre de 2015, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. -que tenía a consideración la medida cautelar y la cuestión de fondo- rechazó la acción de amparo por cuestiones formales y revocó la sentencia de primera instancia, sin abordar la cuestión de fondo. Dicha resolución no se encuentra firme ya que las organizaciones actoras presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia sobre el cual aún no se ha dictado resolución. Más allá de la suerte que corra este recurso, lo cierto es que las resoluciones de Ministerio de Salud porteño sobre el reconocimiento e implementación de un sistema de apoyos sanitarios para mujeres con discapacidad se mantienen incólumes, lo que, sin dudas, constituye un avance sin precedentes para el ejercicio efectivo de sus derechos y por ende un motivo para celebrar.

Comentarios finales

Fueron citadas distintas normas y un precedente judicial que dan sustento a la aplicación de apoyos sanitarios. No obstante, cabe destacar que el Código Civil y Comercial que entró en vigencia en agosto de 2015 ha realizado innovaciones que también fundamentan esta postura. Por ejemplo, en su artículo 31.f se hace referencia a que deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades, y su artículo 43 hace específica referencia a los apoyos extrajudiciales, los cuales apuntarán a: (a) facilitar la celebración de actos jurídicos; (b) promover la autonomía; y (c) facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad para ejercicio de derechos. Todos estos conceptos son plenamente aplicables.

Transitamos en la actualidad un momento de transición entre dos sistemas antitéticos: el antiguo de restricción de derechos y el actual de ejercicio voluntario de ellos. Dicho pasaje implica desafíos, también para los dispositivos sanitarios, y ante cada supuesto es importante poder tener una respuesta. Y la misma, huelga aclararlo, no puede implicar directa o indirectamente la

judicialización conforme a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado fallo “F.,A.L.”. Con todo ello en mente, he aquí una propuesta hermenéutica en relación con los casos de aborto no punible:

Supuesto	Norma aplicada	¿Se designa apoyo sanitario administrativo?	Tercera persona con designación judicial previa
Declaración judicial de incapacidad total	Art. 141 Código Civil (derogado)	Si lo consiente	Curador/a no decide porque violaría art. 12 Convención. La mujer puede nombrarlo/a apoyo sanitario.
Declaración judicial de inhabilitación	Art. 152 bis Código Civil (derogado)	Si lo consiente	Curador/a está fuera de su competencia patrimonial. La mujer puede nombrarlo/a apoyo sanitario.
Declaración judicial de incapacidad parcial para decisiones atinentes a su salud	Art. 152 ter Código Civil (derogado)	Si lo consiente	Curador/a no decide porque violaría art. 12 Convención. La mujer puede nombrarlo/a apoyo sanitario.
Declaración judicial de incapacidad parcial para decisiones no atinentes a su salud	Art. 152 ter Código Civil (derogado)	Si lo consiente	Curador/a está fuera de su competencia. La mujer puede nombrarlo/a apoyo sanitario.
Apoyo judicial para decisiones atinentes a su salud	Arts. 32 y 43 Código Civil y Comercial	No. Interviene el apoyo designado en la sentencia.	Persona/s de apoyo no decide/n, sino que acompaña/n y asesora/n (art. 43 CCyC).
Apoyo judicial para decisiones no atinentes a su salud	Arts. 32 y 43 Código Civil y Comercial	Si lo consiente	Persona/s de apoyo está/n fuera de su competencia. La mujer puede nombrarlo/a apoyo sanitario.
Sin regulación judicial alguna del ejercicio de su capacidad jurídica	–	Si lo consiente	–

Si bien la sanción del nuevo Código Civil y Comercial fue un paso hacia delante, aún queda mucho por hacer para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en nuestro país, en todos los ámbitos.

Resulta necesario que se lleve a cabo la revisión de todas las sentencias dictadas en el marco del Código Civil derogado a fin de adecuar dichos regímenes a la nueva normativa. Es importante, asimismo, realizar una armonización normativa que permita desterrar definitivamente la asimilación entre personas con discapacidad y niños, niñas y adolescentes, tal como lo hace el protocolo porteño de atención de los abortos no punibles y todas las presentaciones judiciales del G.C.A.B.A. en el marco del amparo colectivo arriba referido. Infancia y discapacidad son temáticas diferentes y es hora de dejar de considerarlas en conjunto. También es importante dejar de utilizar los casos clínicos extremos y excepcionales (como ser la coma o estadios terminales¹⁵) como justificativo retórico de un sistema de restricción generalizada de derechos y libertades.

En relación con este último punto, la Convención reconoce en su artículo 3 la importancia que la autonomía e independencia individuales revisten para las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. La gran promesa incumplida para muchas personas con discapacidad es que pue-

15 En ese sentido, la Ley N° 26.742 del año 2012 (denominada “de muerte digna”) modificó artículos referidos al consentimiento informado de la Ley N° 26.529 (denominada “de derechos del paciente”). Su consideración descontextualizada podría dar lugar a interpretaciones restrictivas para los derechos del colectivo de las personas con discapacidad. Deviene necesario, por ende, que futuras reformas contemplen en su redacción a todos los actores involucrados.

dan forjar su propio plan de vida. Todos los derechos que enuncié quedan en la nada si ellas están privadas de su libertad en instituciones o privadas de su autonomía en sus hogares. El enfoque histórico –tanto estatal como familiar– que en el nombre de la protección segrega y limita la libertad y la potencialidad debe dar lugar a la autonomía y a la dignidad del riesgo. Ello implica problematizar estructuras consolidadas y crear nuevas; y demanda mayor creatividad, consulta y participación activa, pero es el único camino posible, legal y valioso. Y allí el Estado debe ejercer un rol clave que hoy no cumple debidamente.

Y ese rol se traduce en servicios bien financiados y estructurados (que, por ejemplo, garanticen la accesibilidad física y comunicacional en dispositivos sanitarios), en campañas y también en reformas legales (por ejemplo, las mencionadas sobre las partes pertinentes de la Ley N° 26.130 y del artículo 86 del Código Penal). Cabe aclarar que las reformas que contemplen los derechos de la mujeres con discapacidad nunca podrían implicar retroceso alguno para los derechos de las mujeres en general (sostener lo contrario sería una contradicción en los términos). Una necesaria legislación de salud nueva -no restrictiva, no penal- que garantice el acceso al aborto para todas las mujeres será seguramente la ocasión propicia para demostrar que ambas perspectivas son una sola.



Foto Felicitas Rossi

Anexo:

Resoluciones cautelares
y sentencias dictadas
en la causa contra
el protocolo de atención
de los abortos no
punibles de CABA

[Volver al índice](#)

Sentencia del caso ANP

http://www.adaciudad.org.ar/docs/CAyT_Sentencia_ANP_CABA_2015.pdf

Resoluciones cautelares de López Vergara

http://www.adaciudad.org.ar/docs/Lopez_Vergara_ANP_Cautelar_2012.pdf

http://www.adaciudad.org.ar/docs/Lopez_Vergara_ANP_Cautelar_2013.pdf

Resolución cautelar de Gallardo

http://www.adaciudad.org.ar/docs/Gallardo_ANP_Cautelar_2014.pdf

Sentencia de primera instancia de Gallardo

http://www.adaciudad.org.ar/docs/Gallardo_ANP_Sentencia_2013.pdf

V

La criminalización del aborto y la violencia institucional

[Volver al índice](#)

La denegación de los derechos sexuales y reproductivos como una forma de violencia contra la mujer

Paola García Rey

Directora de Promoción y Protección de Derechos Humanos de Amnistía Internacional Argentina



Foto Felicitas Rossi

Introducción¹

Una forma de manifestación de la violencia ejercida contra la mujer se desarrolla en la batalla por el control de su vida y su cuerpo, que se libra de forma especialmente encarnizada en torno a la interrupción legal del embarazo.

Existe un consenso por parte de la comunidad internacional que reconoce la violencia contra las mujeres como un problema de derechos humanos que requiere una proactiva y urgente intervención de los Estados. Este consenso encuentra reflejo en numerosos instrumentos internacionales², así como, más incipientemente, en los tribunales locales.

La Convención de Belém do Pará³, ratificada por Argentina, define la violencia contra las mujeres como una forma de vio-

1 Paola García Rey es Directora de Promoción y Protección de Derechos Humanos de Amnistía Internacional Argentina. Este artículo fue elaborado en base a documentos y materiales de la organización.

2 Tales como resoluciones de la Asamblea General, declaraciones y plataformas de acción, tratados y opiniones de sus órganos de supervisión, el derecho consuetudinario, la jurisprudencia de los sistemas universal y regional, y otras fuentes del derecho internacional. Ver a este respecto, CIDH, Informe N° 80/11, Caso N° 12.626, *Jessica Lenahan (Estados Unidos)*, 21/07/2011, párrs. 123-124 (citas omitidas). La CIDH remite en apoyo a distintos desarrollos del DIDH que se repasan con posterioridad.

3 Adoptada el 9 de junio de 1994, la Convención de Belém do Pará es el primer instrumen-



lencia de género, una manifestación de la desigual relación de poder entre hombres y mujeres que sigue existiendo tanto en las instituciones estatales como en el sector privado (desde empresas privadas hasta el hogar). E insta a los Estados a garantizar la “diligencia debida” para prevenir, investigar y castigar la violencia contra las mujeres, y reparar a las víctimas, independientemente de dónde se produzca y de la identidad de su autor, lo que incluye la violencia que tiene lugar dentro del ámbito familiar.

La denegación de los derechos sexuales y reproductivos constituye una de las formas en que se manifiesta la violencia ejercida contra la mujer. Todos los años, los abortos en condiciones de riesgo le cuestan la vida a miles de mujeres y niñas. Es bien sabido que la despenalización del aborto y la seguridad de acceso a los servicios de salud reproductiva y planificación familiar reducen la mortalidad materna. Sin embargo, en lugar de trabajar en políticas públicas para superar las barreras en el acceso a los derechos de las mujeres, se las silencia a las mujeres y se las excluye de los procesos de toma de decisiones.

Como proponemos brevemente reflexionar los Estados, a través de sus políticas y prácticas, son generadores de violencia contra las mujeres y niñas, especialmente en el control de su vida, sus cuerpos y su salud reproductiva.

to internacional de naturaleza vinculante que se ocupa específica y nominalmente del tema de la violencia contra las mujeres, y adapta los derechos consagrados en los tratados generales de Derechos Humanos a sus realidades y necesidades.

El caso paradigmático de nuestro país: la Argentina del doble discurso

Pese a que Argentina no se encuentra dentro del grupo de países que imponen restricciones absolutas en el acceso al aborto (como el caso de Chile, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, entre otros), en la práctica su realidad se acerca mucho a la de los contextos legales en que el aborto está totalmente prohibido.

En efecto, aún cuando Argentina adhiere al modelo de indicaciones o causales, en virtud del cual el aborto está penalizado excepto en determinados supuestos –en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer; en caso de violación; en caso de feto anencefálico–, en la práctica, son muchos y diversos los obstáculos que enfrentan mujeres y niñas para ejercer sus derechos. El uso de la justicia para dilatar y obstaculizar abortos; el ejercicio abusivo

de la objeción de conciencia por parte de los efectores de salud; la violación del secreto profesional; el hostigamiento y persecución a mujeres y niñas; los sistemas de salud que repelen a mujeres y niñas a través de comentarios reprobatorios del personal hospitalario; la falta de incorporación expresa de las prestaciones que demandan los casos de aborto no punible como prácticas esenciales del servicio de salud;⁴ son parte de las prácticas que operan en contra del derecho al aborto legal y someten a las mujeres y niñas a situaciones de violencia institucional.

Frente a este escenario, en 2013, la CSJN dictó una sentencia histórica para la vida y la salud de las mujeres en el marco del caso “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”⁵. Con el fin de terminar con la práctica de judicializar, entorpecer y/o demorar el derecho al acceso al aborto no punible, el Tribunal estableció el alcance de los permisos y reafirmó el derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos en todas las circunstancias permitidas por la ley, cuando su vida o su salud están en peligro o cuando el embarazo es producto de una relación sexual no consentida, sin importar la capacidad intelectual o psico-social de la mujer. La Corte convocó a los poderes judiciales de todas las jurisdicciones a que se abstengan de judicializar el acceso

4 ADC, *Acceso al aborto no punible en la Argentina. Estado de situación*, marzo de 2015.

5 CSJN, caso “*F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva*”, F. 259. XLVI, sentencia del 13 de marzo de 2012. El caso llegó a conocimiento de la Corte después de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut del 8 de marzo de 2010, que había resuelto favorablemente el pedido de acceder a un aborto no punible de una niña de 15 años que había sido violada por su padrastro. La práctica se realizó tres días después, en un centro médico local. Luego de que el aborto fuera practicado, el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en su carácter de *Tutor Ad-Litem* y Asesor de Familia e Incapaces, interpuso recurso extraordinario ante la CSJN en representación del “nasciturus”.

a los abortos legales. Y finalmente, exhortó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para remover todas las barreras que limitan el acceso a los servicios médicos y estableció diversas pautas que los protocolos deben contemplar⁶.

Por su parte, en el mes de junio de 2015, el Ministerio de Salud de Nación publicó en su página web un nuevo “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo”⁷. Este protocolo revisa y actualiza la información médica, bioética y legal contenida en la Guía Técnica del 2010. El nuevo Protocolo establece que “es de aplicación obligatoria en todo el territorio argentino y debe ser puesto en práctica por todas las instituciones sanitarias, tanto públicas como privadas”.

Sin embargo, a casi cuatro años de la exhortación efectuada por la CSJN en el fallo “F.A.L.”, sólo nueve de las 25 jurisdicciones poseen protocolos de atención de los abortos no punibles que se corresponden, en buena medida, con los lineamientos

6 La Corte indicó, por ejemplo, el acceso a la información y la confidencialidad de la mujer deben estar garantizadas; que deben evitarse dilaciones innecesarias, por lo que estableció que no debe requerirse autorización judicial ni denuncia policial en los casos de violación sino que basta con una declaración jurada de la mujer/niña.; la objeción de conciencia debe ser manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, debe sancionarse a los profesionales que dificulten o impidan el acceso a la práctica.

7 Ministerio de Salud de Nación, *Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo*, disponible en <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000690cent-Protocolo%20ILE%20Web.pdf> (acceso Agosto, 2016).

fijados por el tribunal o la Guía⁸. Otras jurisdicciones dictaron protocolos que incluyen requisitos que dificultan el acceso a la práctica⁹ y por último, otras no han dictado protocolo alguno¹⁰. Es decir, más de la mitad de las jurisdicciones del país aún no cuenta con una normativa que asegure, de modo efectivo, el ejercicio de un derecho que las mujeres tienen desde 1921.

8 Estas provincias son, Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe, Río Negro y Tierra del Fuego.

9 Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires y Salta.

10 Las provincias son, Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán.

Los derechos sexuales y reproductivos como agenda postergada

El derecho de las mujeres a acceder a servicios integrales de salud reproductiva, incluido el aborto, está arraigado en los estándares internacionales sobre derechos humanos que garantizan el derecho a la vida, la salud, a la privacidad, a la igualdad y no discriminación, a la integridad física, a no sufrir violencia ni ser sometido a tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes. Estos derechos son vulnerados cuando los Estados no garantizan el acceso a los servicios de aborto legal para las mujeres que requieren interrumpir su embarazo o cuando criminalizan el aborto.

Los distintos órganos internacionales de interpretación que velan por la implementación de los tratados han insistido en que el acceso al aborto legal y seguro puede salvar vidas y que los gobiernos, por lo tanto, tienen la obligación de asegurar que las mujeres y niñas tengan acceso a servicios de aborto legales y se-

guros, por lo menos donde la vida y la salud de la mujer, niña o adolescente embarazada están en peligro o donde el embarazo es fruto de violación o incesto¹¹, sin que medie ningún obstáculo o restricción (tales como autorización judicial, consulta a Junta médica, denuncia policial, etc.).

A título ilustrativo, el Comité CEDAW, ha repetidamente notado con preocupación la relación entre las leyes que restringen el aborto, el aborto clandestino y los riesgos para las vidas de las mujeres, por lo que ha recomendado la revisión y reforma de aquellas leyes que restringen o penalizan el aborto¹². En ese sentido, ha confirmado que este tipo de leyes empuja a las mujeres a buscar servicios de aborto ilegales y en condiciones de

11 Véase, por ejemplo, Comité DESC, Observación General 22, sobre los derechos sexuales y reproductivos, E/C.12/GC/22 (2016) párr. 1. Comité DDHH, Observaciones finales sobre Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, 27 de agosto de 2001, párr. 11; Observaciones finales sobre Sri Lanka, CCPR/CO/79/LKA, 1 de diciembre de 2003, párr. 12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre Nepal, E/C.12/1/Add.66, 24 de septiembre de 2001, párr. 33; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales del Examen del cuarto informe periódico de Colombia, UN Doc A/54/38, 9 de julio de 1999, párr. 393.

12 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales sobre Bolivia, U.N. Doc. A/50/38, (1995); Observaciones finales sobre Chile, 139, Doc. de la ONU A/50/38 (1995); Observaciones finales sobre Chile, 228, Doc. de la ONU A/54/38 (1999); Observaciones finales sobre Chile, 19, Doc. de la ONU CEDAW/C/ CHI/CO/4 (2006); Observaciones finales sobre Colombia, 393, Doc. de la ONU A/54/38 (1999); Observaciones finales sobre Paraguay, 131, Doc. de la ONU A/51/38 (1996); Observaciones finales sobre Perú, 339, Doc. de la ONU A/53/38/Rev.1 (1998); Observaciones finales sobre Portugal, 345, A/57/38 (2002); Observaciones finales sobre República Dominicana, 337, Doc. de la ONU A/53/38 (1998); Observaciones finales sobre Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 309, Doc. de la ONU A/55/38 (1999); Observaciones finales sobre Venezuela, 236, Doc. de la ONU A/52/38/Rev.1 (1997); Zimbabwe, 159, Doc. de la ONU A/53/38 (1998).

riesgo¹³, lo que resulta violatorio de sus derechos más esenciales a la vida y a la salud¹⁴.

En relación a la situación en Argentina, el Comité CEDAW fue contundente al exhortar al país a asegurar que la “Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles” se aplique en todo el país de manera uniforme, de modo que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir el embarazo¹⁵.

Sin embargo, la situación en el país es tan arbitraria que, en la práctica, en función de la jurisdicción en que le haya tocado nacer a una mujer o niña, ésta podrá ejercer su derecho de acceso al aborto o no. Así, por ejemplo, la guía de interrupción legal vigente en la Ciudad de Buenos Aires –a través de la Resolución 1252/12¹⁶– impone más barreras que vías de acceso al aborto no punible, contradiciendo el fallo “F.,A.L.” y los tratados de

13 Comité CEDAW, Observaciones finales sobre Chile, 19, Doc. de la ONU CEDAW/C/CHI/CO/4 (2006).

14 Comité CEDAW, Observaciones finales sobre Belice, 56, Doc. de la ONU A/54/38 (1999); Observaciones finales sobre Chile, 228, Doc. de la ONU A/54/38 (1999); Observaciones finales sobre Colombia, 393, Doc. de la ONU A/54/38 (1999); República Dominicana, 337, Doc. de la ONU A/53/38, (1998); Observaciones finales sobre Paraguay, 131, Doc. de la ONU A/51/38 (1996).

15 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales sobre Argentina (2010), CEDAW/C/ARG/CO/6, de fecha 16 de agosto de 2010.

16 Así, por ejemplo, la Resolución Ministerial, impone la intervención obligatoria de un equipo interdisciplinario en el proceso de acceso al aborto legal y el aval del director/a de hospital donde se realice la práctica, constituye una barrera burocrática adicional que funciona como un obstáculo que las mujeres deben sortear para acceder al servicio. O incluye una exigencia extra de que el peligro para la salud de la mujer que habilita la práctica sea “grave”, vulnerando el principio de legalidad y el derecho a la salud de las mujeres y obstaculiza ilegalmente el acceso al aborto no punible.



Foto Felicitas Rossi

derechos humanos que la Argentina ratificó, que forman parte de la Constitución Nacional.

La violación al secreto médico también constituye una estrategia de vulneración y disciplinamiento hacia mujeres que buscan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. En este sentido, el Comité CEDAW como la Organización Mundial de la Salud¹⁷ señalan que la falta de certeza suficiente acerca de que el derecho a la privacidad será respetado y la confidencialidad garantizada cuando una mujer se presenta en un servicio de salud –en muchas ocasiones agravada por la criminalización de los derechos sexuales y reproductivos– reduce las posibilidades de que mujeres y niñas acudan oportunamente a los servicios

¹⁷ Comité CEDAW, Recomendación general No. 24, op. cit.; Organización Mundial de la Salud (OMS), “Sexual health, human rights and the law”, 2015.

de salud que necesitan; favorece que recurran a prácticas inseguras para evitar ser denunciadas y/o que terceros se involucren en su decisión, poniendo en peligro su vida y su salud¹⁸. Este tipo de situaciones, de acuerdo al derecho internacional, en ocasiones pueden llegar a constituir un trato cruel, inhumano o degradante¹⁹.

Lo mismo ocurre con el ejercicio abusivo de la objeción de conciencia que repele a las mujeres del sistema de salud. Los Estados por ello deben organizar servicios de salud para garantizar que exista al menos un efector que pueda procurar la práctica²⁰ para evitar hechos como los ocurridos como el de la provincia de Buenos Aires, en donde los médicos del hospital Mariano y Luciano de la Vega del partido de Moreno, se negaron a realizar un aborto legal a una niña de 13 años embarazada como consecuencia de una violación²¹; o el caso de Córdoba en que un juez avaló la objeción de conciencia institucional, al prohibir el aborto a una pareja que cursaba un embarazo de un feto

18 Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y Alianza Nacional por el Derecho a Decidir, “Causal Salud: interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos”, 2008, pág. 207.

19 Comité CAT, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura sobre Chile, UN Doc. CAT/C/CR/32/5, 14 de junio de 2004 y Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura respecto del Perú, CAT/C/PER/CO/4 25 de julio de 2006.

20 Comité CEDAW, Declaración sobre salud y derechos sexuales y reproductivos con ocasión de la revisión del Programa de Acción adoptado en la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, Egipto, 1994), más allá de 2014, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, celebrado entre el 10 y 28 de febrero de 2014.

21 Finalmente, la niña pudo interrumpir la gestación con medicamentos en un consultorio privado y su atención concluyó en un hospital público fuera del ámbito de la provincia de Buenos Aires, con el acompañamiento de organizaciones de mujeres de la zona, integrantes de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Información disponible en Ver en <http://www.abortolegal.com.ar/?p=2172> y <http://www.telam.com.ar/notas/201404/61237-la-directora-del-hospital-reafirmo-que-un-aborto-pone-en-riesgo-la-vida-de-la-nena-violada.html>

anencefálico²², ilustran la manera en que en el país de sigue ensañándose con los cuerpos y la vida de las mujeres.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) también exhortó al Estado a velar por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas²³. Pero ello no ha logrado prevenir situaciones de extrema violencia en los tribunales locales. En octubre de 2012, apenas 7 meses después de *F.A.L.*, la CSJN tuvo que volver a intervenir en un caso de denegación de aborto legal, esta vez en la Ciudad de Buenos Aires²⁴. Reaccionó ante las obstrucciones impuestas para la interrupción legal del embarazo solicitada, en el Hospital Ramos Mejía, por una mujer víctima de violencia sexual y trata de personas con fines de explotación sexual. La Corte anuló la decisión de la jueza Miriam Rustán de Estrada, a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil N°106, quien de forma irregular había concedido dos días antes una medida cautelar que impedía la realización de la práctica.

Argentina, asimismo, ya ha sido condenada internacionalmente por no haber garantizado el acceso a un aborto permitido a una mujer con una discapacidad mental que había sido abusada, tal como lo preveía el Código Penal desde 1921²⁵. Pese a

22 ADC, *Acceso al aborto no punible en la Argentina. Estado de situación*, marzo de 2015, pág. 37

23 Comité DESC, Observaciones Finales sobre Argentina, E/C.12/ARG/CO/3, 2011, párr. 22.

24 CSJN, Profamilia asociación Civil c/ GBCA y otros s/ impugnación de actos administrativos, 17 de septiembre de 2013.

25 Comité de Derechos Humanos, Caso LMR c. Argentina, CCPR/C/101/D/1608/2007, de

esto, al día de hoy, existen Protocolos que continúan avalando restricciones en el acceso al aborto por parte de personas con discapacidad. A título ilustrativo, en ciudad de Buenos Aires, Entre Ríos, Córdoba, La Pampa, Salta, por nombrar algunas, no se reconoce la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad intelectual y psicosocial para consentir la práctica, vulnerando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁶. Las personas con discapacidad intelectual y psico-social gozan del derecho a consentir un procedimiento médico que afecta su cuerpo, su vida, sus intereses y sus deseos, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Someter a mujeres y niñas a circuitos imposibles –ya sea a través de normas o prácticas– que terminan limitando o negando sus derechos sexuales y reproductivos constituyen una manifestación de la violencia de género ejercida por el Estado, lo que el derecho internacional ha denominado violencia institucional. En este sentido, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará ha exhortado a los Estados a “eliminar de los ordenamientos jurídicos las leyes que perpetúan el ejercicio de la violencia contra mujeres, niñas y adolescentes, así como garantizar que no se reproduzcan conductas de maltrato e humillación en entornos institucionales, y que el personal de salud no

fecha 28 de abril de 2011.

26 ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por ley nacional 26.378 en 2008. De acuerdo al artículo 12.3 de la CDPD debiera procurarse que sea la mujer con los “apoyos” que requiriese quien consienta el aborto y no debiera permitirse que el representante legal sustituya su voluntad. La función del apoyo es asistir a la mujer con discapacidad en la toma de sus propias decisiones respetando su voluntad y preferencias y puede ser ejercida por familiares, amigos, asistentes personales o cualquier otra persona de confianza de la mujer.

las revictimice, no deniegue su acceso a los servicios de salud y asegure el acceso a la información sobre la salud reproductiva”²⁷.

En esta línea, el Relator contra la Tortura de la ONU expresó que “los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género. Ejemplos de esas violaciones son el maltrato y la humillación en entornos institucionales; la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención post aborto; las esterilizaciones y abortos forzosos; la mutilación genital femenina; las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales; y la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto”²⁸.

Recientemente, un caso conmocionó a la opinión pública y suscitó el reproche de órganos internacionales de derechos humanos²⁹ en la Provincia de Tucumán, nos alerta sobre las prácticas

27 MESECVI, “Declaración sobre la Violencia contra las niñas, mujeres y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos”, del 19 de septiembre 2014.

28 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, del 1 de febrero de 2013, A/HRC/22/53, párrafo 46.

29 El Comité de DDHH de Naciones Unidas en oportunidad del 117º período de sesiones, llamó a Argentina a “...revisar el ‘caso de Belén’, a la luz de los estándares internacionales en la materia, con miras a su inmediata liberación, y a la luz de este caso, considerar la descriminalización del aborto”. 20 de junio a 15 de julio de 2016. Asimismo, el Relator contra la tortura

de violencia institucional, tortura y malos tratos en Argentina en relación con la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Belén³⁰, una mujer de apenas 25 años de edad, sufrió un aborto espontáneo en un hospital público; así lo reflejaba su historia clínica. No sabía que estaba embarazada. Se despertó en la cama del hospital, rodeada de policías que inspeccionaban su cuerpo. Nunca más volvió a su casa ya que fue derivada directamente a la cárcel, donde lleva más de dos años en prisión preventiva. Fue denunciada por médicos y policías, en clara violación al deber de guardar secreto profesional, fue sometida a malos tratos y violencia, y fue condenada por la justicia a 8 años de prisión por homicidio agravado por el vínculo, en el marco de una causa penal plagada de irregularidades.

La imposición de los valores morales de los efectores de salud por sobre los derechos de la mujer, el hostigamiento y persecución a mujeres y niñas, el uso de la justicia para dilatar y obstaculizar abortos, la influencia de la iglesia sobre los gobiernos nacional y locales; así como la falta de incorporación del aborto legal como servicio básico de salud, se cobra la vida de mujeres y niñas en Argentina.

La brecha existente entre el marco legal y la práctica en Argentina imponen una revisión sobre la situación actual en el país:

de la ONU, el Grupo de Trabajo de Detenciones arbitrarias, el Relator para la Independencia Judicial y el relator contra la discriminación de la ONU realizaron un pedido de explicaciones a Argentina. Información disponible en <http://www.telam.com.ar/notas/201607/156935-caso-belen-tucuman-justicia-aborto-secretaria-de-derechos-humanos-de-la-nacion-onu-condena-prision.html>

30 Para más información, Amnistía Internacional, Acción Urgente, disponible en <http://www.amnistia.org.ar/rau/argentina3>

la falta de implementación de aborto legales en todo el territorio nacional; la falta de información y registros sobre muertes maternas, y sobre abortos legales, necesarios para planificar y diseñar una política pública acorde a los derechos de las mujeres y niñas; la falta de efectores de salud que proveen servicios de interrupción legal del embarazo; la ausencia de controles y sanciones a las barreras y obstrucciones en la prestación de servicios, exigen una intervención inmediata del Estado.

Para terminar con este ciclo de violencia, el Estado debe asumir sin más demora una deuda histórica: eliminar los estereotipos de género en la normativa estatal que regula el acceso a la salud sexual y reproductiva. Si bien la discriminación contra las mujeres subyace a casi todos los ámbitos de la vida, en los sexuales y reproductivos alcanza índices alarmantes. En la regulación de la sexualidad y la reproducción de las mujeres salen a la luz de manera más manifiesta los estereotipos y prejuicios de género, la concepción del rol que la sociedad le asigna a cada sexo, que es impuesto de manera violenta a todas las mujeres a través de legislaciones y prácticas fuertemente discriminatorias.

A pesar del avance en el reconocimiento y ampliación de derechos, la situación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Argentina se presenta como una agenda pendiente, en tanto mujeres y niñas continúan poniendo en riesgo sus vidas y su salud por la falta de acceso a los abortos legales.





Foto Felicitas Rossi

V

La criminalización del aborto y la violencia institucional

[Volver al índice](#)

Aborto ilegal, violencia institucional

Una conceptualización de las violencias
en los espacios-cuerpos de las mujeres:
consideraciones en torno a la violación
del secreto profesional

Daniela Fagioli

Abogada Feminista, recibida en la Universidad de Buenos Aires en el 2012. Militante feminista de “Mujeres en Lucha” Movimiento Popular la Dignidad, espacio de géneros del Movimiento Popular la Dignidad. Actualmente trabajo en la Comisión Sobre Temáticas de Genero de la DGN, y como abogada patrocinante en el “Proyecto Piloto de Asistencia y Patrocinio a Personas Víctimas de Violencia de Género” en la villa 31 de retiro.



Muestra Amnistía Internacional. Fotos: Gómez Verdi - Franz - Meurice

*La víctima es expropiada del control
sobre su espacio-cuerpo*

Rita Segato

La violencia hacia las mujeres en los términos de la ley 26.485, ley de protección integral hacia las mujeres contra la violencia de género, constituye un flagelo que va más allá de la violencia interpersonal, mal llamada “doméstica”, de un varón determinado hacia una mujer determinada, y configura la estructura de dominación hetero-patriarcal-estatal.

La violencia institucional ejercida por los/las profesionales¹ de la salud a través de diversas prácticas naturalizadas y legitimadas por su “arte de curar”, se apropia de los cuerpos, a través de sus intervenciones y del discurso disciplinador sobre ellos. Esta instrumentalización², constituye una violación a los derechos

1 Es importante aclarar que a lo largo del artículo al hacerse referencia a los/las profesionales de la salud, no se está hablando de manera generalizada, sino que se hace referencia a los/las profesionales de la salud que ejercen prácticas violentas y desoyen a las mujeres durante el ejercicio de su profesión. Por otro lado, aclarar que hay profesionales de la salud comprometidos con la salud de las mujeres, como por ejemplo los/las profesionales de la salud que integran la Red de Profesionales de la Salud de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Un ejemplo de sus prácticas puede verse en el reciente fallo dictado por el Juzgado en lo Criminal de Instrucción N° 16 “XXX y otros s/ aborto profesional punible” Expte. 28580/2015, fecha de firma: 28/06/2016; donde se absolvió a una médica de un Centro de salud público de la CABA, denunciada por la pareja de la mujer a quien se le garantizó la interrupción legal del embarazo, considerando la situación de violencia que vivía por parte del denunciante.

2 Se utilizará la definición de instrumentalización definida en: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Tareas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, 32º Periodos de sesiones, A/HRC/32/44, 8 de abril de 2016. Párr., 12 : “El sometimiento de las funciones biológicas de la mujer aun programa patriarcal politizado cuyo propósito es mantener y perpetuar ciertas ideas de feminidad frente a masculinidad o del papel de subordinación de la mujer en la sociedad.

humanos de las mujeres, a la vez que implica que un grupo reducido de la sociedad se arrogue el ejercicio de la justicia por mano propia³, expropiándole, de hecho, al Estado el ejercicio de la violencia.

El presente artículo intenta analizar esta violencia institucional. En primer lugar se realizará una conceptualización de las violencias ejercidas sobre los cuerpos de las mujeres, cómo impactan en sus vidas cotidianas, y cómo opera el control social informal y formal de las instituciones por las que transcurren las mujeres desde que nacen, como herramienta para perpetrar los roles generizados asignados a las mujeres en la sociedad. Luego, se abordará el rol que tienen los/las profesionales de la salud en el disciplinamiento del cuerpo de las mujeres, específicamente limitando y obturando el acceso a sus derechos sexuales y reproductivos, que constituyen discriminación y violencia institucional. Finalmente, se abordará cómo inciden las prácticas violentas que ejercen los/las profesionales de la salud en las mujeres que concurren a los centros de salud en busca de ayuda, tras haberse realizado un aborto clandestino, y en particular el impacto que tiene la violación del secreto profesional en la atención y acceso a la salud de las mujeres.

3 El arrogarse la capacidad de perseguir y denunciar a las mujeres, actuando como asistentes de los Fiscales, así como la imposición de cierta moral por sobre la libertad de decidir de las mujeres instrumentando sus cuerpos, desviándose de su deber de garantizar la salud y bienestar de sus pacientes.

La salud y el disciplinamiento del cuerpo de las mujeres

La a-historicidad, la a-sociabilidad, el individualismo, el considerar la salud como mercancía, la relación asimétrica en el vínculo médico-paciente, la participación subordinada de los/las usuarias en las acciones de salud, la legitimación jurídica y académica, la tendencia al control social e ideológico, son algunas de las características del “modelo médico hegemónico”, tal como lo describe Eduardo Menéndez⁴. Este modelo, desde el origen de la construcción de su saber-hacer, dejó de lado al sujeto y su historia, su medio social, su relación con el deseo, con la angustia, con la muerte, con la vida, para considerar solamente al mecanismo corporal, el cuerpo como una máquina⁵.

4 MENÉDEZ, E.L., *Hacia una práctica médica alternativa*, Cuadernos de la casa chata, N° 86, 1984, pp. 1-23.

5 LE BRETON, D., *Antropología del cuerpo y modernidad*, Buenos Aires, Nueva Visión. Citado en: SCHWARTZ, P.K.N., *Maternidades en verbo. Identidades, cuerpos, estrategias, negociaciones: mujeres heterosexuales y lesbianas frente a los desafíos de maternar*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2016. p.74.

Desde el nacimiento de la medicina moderna hasta nuestros días, las mujeres han sido pensadas como objetos, no como sujetos, y el poder médico se ha adjudicado progresivamente el derecho de establecer quiénes son las mujeres y cómo deben ser tratados sus cuerpos y vidas. El modelo dominante occidental de atención a la reproducción se sustenta en una ideología que impregna de significados patriarcales sus distintos momentos, como el embarazo, parto, puerperio y el aborto.

La idea del sujeto moderno tiene como su sostén la racionalidad del hombre, y como contracara, sostiene que las mujeres son la irracionalidad a derrotar, la falta de dominio de sí y la a-historicidad. Por lo cual, el disciplinamiento de los sujetos es diferente en varones y mujeres.

El disciplinamiento de los cuerpos femeninos tiene como uno de sus mecanismos de control a las violencias, que se disimulan y naturalizan, y funcionan como instrumento de control constante, moldeando los cuerpos, determinando los espacios de vida cotidiana y la manera en que se utiliza el tiempo.

Cuanto más disimulada y sutil sea esta violencia, mayor será su eficiencia para mantener despierta y clara la memoria de la regla impuesta y, al mismo tiempo, podrá preservar en el olvido el carácter arbitrario y poco elegante de la violencia fundadora así como los placeres propios del mundo que ella negó.⁶

Las violencias operan como mecanismos de control social con efecto intimidatorio en todas las mujeres, lo que refuerza su

6 SEGATO, RITA L., *Las estructuras elementales de la violencia, Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010, 2º ed., p. 105.

inferiorización y reproducen las desigualdades sociales entre personas de distinto sexo-género.

La necesidad de definir cómo operan las violencias en los cuerpos y subjetividades de las mujeres no es mero capricho o interés académico, sino que resulta necesario para comprender de qué manera las mujeres transitan los controles de las instituciones.

Retomar la vieja discusión sobre el control social resulta por demás apropiado, puesto que este control, que es parte de las relaciones de poder, organiza, define y jerarquiza a las personas y sus comportamientos dentro de la sociedad. Siguiendo los conceptos foucaultianos del poder, se puede afirmar que, en la construcción de los sujetos femeninos, estos mecanismos de disciplinamiento, las obliga, por un lado, a la interiorización de ciertas normas y valores generizados que las determina subjetivamente como “mujeres normales”, y, por el otro, hace sentir la represión que se les impone cuando se “desvían” de esos roles que le son asignados.

La maternidad obligatoria es uno de los estatus sociales por excelencia asignados a las mujeres en la sociedad, el cual produce sujetos determinados, y también funciona como el principal espacio de reglamentación, disciplinamiento y represión. “Los Estados han tratado a menudo a las mujeres de forma instrumental, como herramientas mediante las que aplicar políticas y programas en materia de población. A veces ello se hace recurriendo a sanciones penales y a menudo con el pretexto de

proteger la salud y la seguridad de la mujer y con argumentos culturales o religiosos”⁷.

Resulta de interés, entonces, poder visibilizar y tornar inteligible el accionar de las instituciones que intervienen en el control de las mujeres que, frente a un embarazo forzado (es decir los embarazos no deseados por las mujeres), elijen “desviarse” de esa capacidad reproductiva, la de poder producir vida, y deciden abortar.

Control y disciplinamiento es lo que encontramos en el derecho penal. El poder punitivo recae sobre los cuerpos de las mujeres cuando deciden abortar, esa es la “respuesta” que el sistema judicial les da a las mujeres cuando se corren de la norma. Sin embargo, es una norma desobedecida entre 360 y 480 mil veces al año en nuestro país.

La criminalización no es eficiente para disuadir a las mujeres que deciden abortar, por el contrario las empuja a poner en riesgo sus vidas recurriendo a la clandestinidad, y las condena a vivir en la ilegalidad. En la Argentina, durante décadas, las complicaciones post-aborto constituyeron la primera causa de mortalidad materna, debido a prácticas de aborto inseguro.⁸ Además, se estima que desde la recuperación de la democracia

7 ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Tareas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, op.cit., párr. 61.

8 PANTELIDES, EDITH Y MORENO, MARTÍN J. (coord.), *Situación de la población en la Argentina*, PNUD-UNFPA, Buenos Aires, 2009, pp. 89-90. Disponible en: <http://www.unfpa.org.ar/sitio/Publicaciones/situaciondelapoblacionenlaargentina.pdf>, [consulta: 05/08/2016].

han muerto 2.899 mujeres por el aborto inseguro;⁹ que solo entre 2009 y 2013 murieron 32 niñas y adolescentes de hasta 19 años de edad, y que en 2010 se registraron 52.817 internaciones en establecimientos públicos del país por causa de abortos.¹⁰

Por otro lado, la criminalización de conductas que se atribuyen exclusivamente a mujeres por su capacidad reproductiva es discriminatoria, genera un estigma y lo perpetua, y limita el acceso de las mujeres a la información y a los servicios de salud sexual y reproductiva.

Por lo tanto, podemos afirmar que el tipo penal de “aborto” es el único tipo penal que mata, al desoír la realidad de muchas mujeres que por diversas razones deciden no ser madres, a la vez que implica una afectación directa para el goce de otros derechos reconocidos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), tales como el derecho de las mujeres a la vida, a vivir una vida libre de violencia, a la salud, a la integridad personal, a la igualdad y no discriminación.

9 Estadísticas Vitales. Dirección de Estadísticas e Información de Salud. Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos. Ministerio de Salud de la Nación. La cifra comprende las muertes maternas a causa de aborto identificadas entre los años 1984 y 2013 por el Ministerio de Salud de la Nación argentina.

10 Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico. Año 2010. Dirección de Estadísticas e Información de Salud. Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos. Ministerio de Salud de la Nación. Disponible en: <http://www.deis.gov.ar/publicaciones/Archivos/Serie11Nro8.pdf> [consulta: 05/08/2016].

La violencia institucional en el ámbito de la salud

Ahora bien, ¿qué pasa en el ámbito de la salud pública, principal institución a la que recurren cotidianamente y por diversas razones las mujeres? ¿Qué características adquieren esas violencias, y qué efectos producen en las mujeres?

Las políticas públicas de salud son las encargadas de garantizar la salud sexual y reproductiva de las mujeres, pero resulta fundamental para ello, comprender que la salud sexual y reproductiva está en íntima relación con la violencia que sufren las mujeres cotidianamente. La ignorancia, negación o desconocimiento de ello por parte de los/las profesionales encargados/as de garantizar la salud reproductiva de las mujeres constituye violencia institucional, según la ley 26.485 de protección integral contra la violencia hacia las mujeres.¹¹

¹¹ Art. 6. b de la ley 26485, op.cit., dice: Violencia institucional contra las mujeres: Aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

Esta violencia opera de manera directa a través de las prácticas de los/las profesionales de la salud sobre los cuerpos de las mujeres, a partir de la vulneración de su capacidad de decidir, su autonomía, y su derecho a contar con información sobre las prácticas que se les realizarán en pos de su bienestar. Estas prácticas violentas, enmarcadas en el ejercicio del saber-poder médico hegemónico, son ejercidas por los/as profesionales como justicia por mano propia, y sumadas a la criminalización y denuncia de las mujeres, operan como “brazos armados” del Estado con función punitiva.

Una de las formas de ejercicio de esa violencia institucional es la violación del secreto profesional, práctica extendida y naturalizada por los/las profesionales de la salud, que funciona como amenaza concreta hacia las mujeres que concurren a los hospitales o centros de salud por complicaciones post aborto. La violación del secreto profesional por parte de los/las efectores/as de la salud opera también como herramienta de ejercicio de poder, a través del incumplimiento de sus deberes ético-legales de beneficencia y no maleficencia, respeto a la autonomía, intimidad, y confianza que sus pacientes depositan en ellos/as, como presupuesto indispensable para garantizar su salud y bienestar.

Por otro lado, esta violencia tiene una función ejemplificadora para otras mujeres, y así se convierte en la principal herramienta de disuasión para ellas, no de la práctica del aborto, sino de concurrir a las instituciones sanitarias ante complicaciones, por miedo a ser investigadas, juzgadas y sancionadas, lo que

genera graves problemas para la salud integral y el bienestar de todas las mujeres.

Las implicancias de la relación médico/a- paciente y la violación del secreto profesional¹²

Garantizar la salud implica una responsabilidad de los/las profesionales de la salud, por lo cual, la relación médico/a-paciente debe ser respetuosa de los derechos humanos de las personas, no solo hablando en términos conceptuales e ideológicos, sino también a partir de un deber moral y legal como funcionarios públicos.

Las relaciones médico/a-paciente son una parte principal de la ética médica en general y de la deontología en particular. Ello explica el carácter específico del oficio del médico, al que la persona le confía voluntariamente, con esperanza, su salud y su vida; le confía todo, incluso lo más íntimo. “Esta confianza sin límites le exige al profesional tener altas cualidades morales. El paciente no es solo un objeto de influencia profesional, sino

12 En el presente apartado, se utilizaran algunos extractos de la denuncia que la Red de Profesionales por el Derecho a decidir de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, formulo ante las violencias que ejercieron los/las profesionales de la salud que intervinieron en el “Caso Belén”, denuncia en la cual participé asesorando legalmente a la Red y en la producción de la misma. Belén concurreó al hospital Avellaneda de la ciudad de Tucumán el 21/III/2014, ingresó con dolores abdominales, y en cuyo ámbito sufrió un aborto espontáneo. El suyo es un nombre ficticio, lo que es absolutamente real es la violación de todos sus derechos. Lejos de ser atendida con la profesionalidad médico sanitaria que el caso ameritaba, egresó de dicho hospital directamente a la cárcel de mujeres provincial. El 19 de abril de 2016, se condenó a “Belén” a la pena de 8 años de prisión, por declararla autora penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el vínculo existiendo circunstancias extraordinarias de atenuación, y se prorrogó la prisión preventiva por el plazo de cinco meses y dos días que cumplía Belén desde el mismo día del hecho (más de dos años), luego de haber sido dada de alta del hospital donde fue a buscar ayuda por dolores gástricos, y por haber sido denunciada y violentada por los/las profesionales de la salud que la recibieron y atendieron en el Hospital Avellaneda.

también, y en primer lugar, un sujeto racional, es una persona. Él no es indiferente a los problemas de su propio bienestar físico y psíquico, y quiere comprender la esencia de los procesos fisiológicos y patológicos que transcurren en su organismo”.¹³

A la luz de las relaciones entre el médico/a- paciente, el médico/a debe no solo perfeccionar constantemente su calificación, maestría, habilidades y el arte médico, sino también respetar al paciente y su derecho a la confidencialidad.¹⁴

Así, la relación médico/a paciente no es un acto individual del médico/a que con sus conocimientos científicos nombra, designa, enuncia lo que padece una persona, sino una interacción donde el concepto de salud y enfermedad de la época en que se vive lo impregna todo. Una interacción en la cual participan los/las médicos/as y los/las pacientes con sus propias concepciones y emociones, y de la que resulta el diagnóstico médico.

Esta relación, debe construirse sobre la base del respeto, la escucha, teniendo en cuenta las especificidades de cada persona, en especial de las mujeres en cuanto a la salud sexual y reproductiva, donde resulta fundamental el fortalecimiento de la confidencialidad, la privacidad, la libertad y autonomía de las mujeres para decidir sobre sus cuerpos y garantizar efectivamente su salud y sus vidas.

13 Boshniakov D. Relaciones entre el médico y el paciente de las condiciones del crecimiento del nivel cultural general e higiénica de la población. En: *Ética y deontología*. URSS:Uneshalargizdat; 1988.109-22.

14 WELNER J., Confidentiality and paradox: The location of ethical space. *J Anal Psicol* 2001;46(3), pp. 431-42.

El Secreto Profesional, un deber ético-legal

El secreto profesional del personal de salud es un deber ético, además de una obligación jurídica y una garantía al derecho legal protegido por normas nacionales¹⁵ e instrumentos internacionales. Este deber ético-legal contempla el deber de confidencialidad respecto de la información que haya llegado al conocimiento de los/las profesionales en el ejercicio de su profesión. Asimismo, se constituye como garantía de derechos con jerarquía constitucional de quien acude en busca de auxilio médico, como la vida, la salud, la integridad, la intimidad, la prohibición de autoincriminación y de discriminación.

Nuestro país es parte de instrumentos internacionales de derechos humanos en los cuales se establece una estrecha relación entre el secreto profesional en el campo de la medicina y el derecho a la intimidad; entre esos documentos es importante

15 Ver CPN Art. 156 y 157; ley 26.592 *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud*; ley 25.326 *Protección de Datos Personales*.

resaltar la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, el derecho a la intimidad constituye un derecho fundamental con cuyo ejercicio cada persona puede salvaguardar del conocimiento de otros, ciertos aspectos de su vida. La propia salud es uno de los ámbitos de mayor intimidad de la persona, de ahí el fuerte vínculo entre el derecho a la intimidad y el secreto profesional en el campo de la medicina¹⁶.

La confidencialidad médica constituye un componente esencial en la relación médico-paciente, ya que significa un resguardo de los derechos constitucionales fundamentales de las personas que requieren atención sanitaria.¹⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así también lo afirmó en el caso *De La Cruz Flores vs. Perú*¹⁸, y nuestra Corte Suprema en el fallo “Baldivieso”¹⁹, que retoma la vieja jurisprudencia sentada por el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “Natividad Frías”²⁰.

16 COBOS CAMPOS, AMALIA, “El secreto profesional y sus alcances”, en: Synthesis, Chihuahua, Universidad Autónoma de Chihuahua, núm. 44, octubre-diciembre 2007, p. 2.

17 Comité de Derechos Humanos. Observación General no 28: Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3); Naciones Unidas 2000, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General no. 24: Mujeres y Salud (artículo 12); Naciones Unidas, 1999, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General no. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

18 Corte IDH, Caso De la Cruz Flores vs. Perú, 18/11/2004. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/medidas/delacruz [Consultado 05/08/2016]

19 CSJN, *Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733, rta. 20/04/2010, Fallos: 333:405.*

20 CN Criminal y Correc., en pleno, 26/8/66., “Natividad Frías”.

Cada profesional de la salud tiene la obligación de proteger la información médica de divulgación indeseada y asegurar que las mujeres que autorizan revelar información confidencial lo hagan libremente²¹.

La discusión sobre la obligación legal que pesa sobre los/las profesionales de la salud de denunciar a las mujeres que abortan ha sido analizado en instancias internacionales, y éstas han concluido que en materia de atención post aborto, el secreto médico debe prevalecer. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia arriba citada contra Perú, resolvió que la imposición a los/las médicos/as de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión vulnera el principio de legalidad.²² Esta sentencia destacó también que no es función ni obligación del personal de salud funcionar como fiscales, ya que no les corresponde la persecución de delitos. El médico no es auxiliar del fiscal, su función social es proteger la salud y la vida de las personas.²³

En virtud de lo antes expuesto es posible concluir que la denuncia por parte del personal de salud en contra de las mujeres que acuden a recibir tratamiento ante una complicación derivada de un aborto inducido no es justificable jurídicamente y resulta siempre en la demora de la demanda de atención o en la no búsqueda de ésta. Además de una práctica violenta e ilegal,

21 Ver Organización Mundial de la Salud 2012.

22 Corte IDH, Caso De la Cruz Flores vs. Perú, op. Cit. Parrs. 97 y 101.

23 Ídem, véase el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

la denuncia es en sí misma una violación a los derechos humanos de las mujeres, que puede derivar en la muerte de éstas y, por tanto, complicar aún más la salud pública de nuestro país.

La violación del secreto profesional, cuando se trata de la salud sexual y reproductiva, opera como herramienta de control en las decisiones y acciones de las mujeres, quienes temen buscar asesoramiento y tratamiento. Esto genera directamente un perjuicio en su salud, entendida esta en términos integrales, teniendo los estados el deber de garantizar la confidencialidad y privacidad de los servicios médicos.²⁴

La persistente persecución y voluntad de los/las profesionales de la salud de denunciar a las mujeres está basada en motivos de discriminación por razones de género. En este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) advirtió que la falta de respeto al carácter confidencial de la información cobra un sesgo de género que puede disuadir a las mujeres de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar, por ejemplo, en materia de atención médica para la atención de casos de abortos incompletos.²⁵

La violencia en materia de salud reproductiva está asociada a las prácticas que vulneran el derecho a la salud, la integridad y al reconocimiento de la personalidad jurídica de las mujeres

24 Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental, Paul Hunt, E/CN.4/2004/49, 16/02/2004, párr. 40.

25 Véase *Recomendación General N° 24*, 20° período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1, párr. 12.d.

en lo que respecta a su capacidad reproductiva, a su autonomía personal en relación a su decisión de concebir o no, en qué momento y bajo qué condiciones, así como los cuidados y decisiones alrededor del embarazo, el parto y el post parto. En consecuencia, son formas de violación de los derechos fundamentales de las mujeres, tienen un impacto diferenciado en ellas atento su capacidad biológica de gestar y los roles socialmente construidos en torno a la maternidad y el comportamiento que debe asumir una mujer.

Asimismo, los órganos internacionales y regionales de derechos humanos están identificando que en muchas ocasiones las mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva reciben malos tratos que les causan graves sufrimientos físicos y emocionales, originados en motivos de género. Ese tipo de malos tratos se detectan en prácticas como la humillación en entornos institucionales, la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención post aborto, las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad, las denuncias contra mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales, y la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto.²⁶

La Convención Belem do Pará establece la protección legal en materia de violencia contra las mujeres. El artículo 1 determina el alcance de la violencia contra las mujeres describiéndola como:

²⁶ Idem, párr. 46.

Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o **sufrimiento** físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” mientras que el artículo 2 precisa que la violencia puede ocurrir “a. ... dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, **tortura**, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, **establecimientos de salud** o cualquier otro lugar, y c. que sea **perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes**, donde quiera que ocurra.”²⁷ (el resaltado me pertenece)

Por su parte, en la Recomendación General N° 24, el Comité CEDAW también ha exhortado a los Estados a tomar medidas relativas a la salud de las mujeres. Entre ellas, que la perspectiva de género sea el centro de los programas y políticas sanitarias orientadas a mujeres y que ellas puedan participar activamente en su planificación, ejecución y control; que se garantice la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica; que se instrumente políticas de planificación familiar y educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas im-

27 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención Belém do Pará”. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos8.htm> [Consulta: 05/08/2016]

puestas a mujeres que se hayan sometido a abortos; exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa; velar por que los profesionales de la salud tengan formación obligatoria en materia de derechos humanos y que sean sensibles los intereses de la mujer sobre su salud.²⁸

Las acciones u omisiones que perturben mediante formas extremas el pleno goce y ejercicio de estas facetas del derecho a la salud y la autonomía individual pueden significar no sólo situaciones de violencia sino también de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Para clarificar a las situaciones de vulneración de derechos reproductivos como tortura o tratos indebidos deben tenerse en cuenta los elementos definatorios establecidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura.

La definición de tortura recogida en el artículo 1, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura [y Otros Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes] recoge al menos cuatro elementos esenciales, ya que la tortura debe: infligir dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; ser intencional; tener un propósito concreto; e intervenir, o al menos prestar su aquiescencia [a ella], un funcionario del Estado (A/HRC/13/39/Add.5, párr. 30). Los actos que no se ajusten a esta definición pueden constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes según lo dispuesto en el artículo 16 de la Convención.²⁹

28 ONU, Comité CEDAW, Recomendación General N° 24, op. cit., párr. 31.

29 ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 1/2/2013, A/HRC/22/53, párr. 17.

En cuanto al alcance de la prohibición de tortura y de la aplicación de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, el Relator Especial contra la Tortura ha manifestado que la obligación del Estado de prohibir la tortura se aplica no sólo a los funcionarios públicos sino también a los médicos, los profesionales de la salud y los trabajadores sociales, incluidos los que se desempeñan en instituciones sanitarias privadas, y en otras instituciones y centros de detención.³⁰

Asimismo, el Relator Especial contra la Tortura Juan Mendez en su reciente informe de 2016 estableció que:

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce en grado creciente que los abusos y los malos tratos infligidos a mujeres que tratan de obtener servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género (A/HRC/22/53).

Las leyes que criminalizan el aborto, al igual que los protocolos médicos restrictivos y las prácticas obstaculizadoras y violentas, funcionan como herramientas de amenaza y control de todas las mujeres, estigmatizando además un procedimiento médico seguro y común, a la vez que le quitan a las mujeres el derecho a su autonomía reproductiva y las obliga a recurrir a servicios clandestinos e inseguros para su vida.³¹

³⁰ Cf. ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, op. cit., párr. 24.

³¹ Ver Investigación realizada por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), publicada en: *“Cuando el aborto es un crimen: la amenaza para mujeres Vulnerables en América Latina”*. Mayo 2013, IPAS, pp.10-16.

Preocupa particularmente la situación actual de Belén, como un ejemplo claro y actual de lo que se ha tratado de expresar en este artículo. Preocupa la realidad de muchas mujeres que, como Belén, cotidianamente concurren a los servicios de salud en busca de ayuda y confían su libertad e intimidad en la confidencialidad de los/las profesionales de la salud que las reciben.

En este mismo sentido, se expresó recientemente el Comité de Derechos Humanos en su última observación final sobre el quinto informe periódico de Argentina de Julio de 2016. En los puntos 11 y 12, reconoció el avance que significó para nuestro país el precedente F.A.L para el respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y en base a un análisis de la realidad actual de nuestro país, mostró su preocupación al constatar que el fallo no se aplica de modo uniforme en las provincias.

Que el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos de facto. El Comité expresa su preocupación por el “caso de Belén”, en que se utilizó la figura del delito de homicidio agravado para una supuesta alegación de aborto ilegal y que la acusada esté todavía privada de libertad. El Comité también está preocupado por los altos índices de abortos clandestinos que han resultado en mortalidad materna, así como por los embarazos de adolescentes (arts. 3,6, 7 y 17).³²

Es claro el comité al recomendar a los representantes y dirigentes de nuestro país acerca del deber de revisar las legislaciones

³² ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe de Argentina. 117º periodo de sesiones, 20 de junio a 15 de julio de 2016.

sobre aborto, a fin de que no se criminalice más a las mujeres, y de que se eliminen las prácticas que obstaculizan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y adolescentes. Así como también, y a la luz del “caso Belén”, la urgente necesidad de descriminalizar el aborto.

Preocupa también, la actualidad que recobra el fallo plenario “Natividad Frías”, no precisamente por su interpretación doctrinaria, sino como muestra del miedo latente y creciente que tienen las mujeres de concurrir a los servicios de salud en situaciones post aborto. Además, es de lamentar el rol que desempeñan los/las profesionales de la salud en el ejercicio de la violencia institucional y de la justicia por mano propia, al desoír a las mujeres y criminalizarlas, imponiendo su moral por sobre el deber de garantizar su salud.

Algunas palabras finales

La garantía de la salud de las mujeres, en particular la salud sexual y reproductiva, necesita de un trato diferenciado, que contemple sus especificidades. Esto de ningún modo significa un trato discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad, por el contrario “la igualdad en la salud reproductiva requiere el acceso, sin discriminación, a métodos anticonceptivos asequibles y de calidad; el acceso a la atención de la salud de la madre, en particular durante el parto y el puerperio; el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones seguras”.³³

Las mujeres tienen el derecho a vivir una vida libre de violencias, y poder decidir libremente sobre su sexualidad, salud y reproducción. Por eso, resulta necesaria y urgente la inclusión de las violencias hacia las mujeres dentro de las políticas de salud públicas, como estrategia fundamental para garantizar el pleno goce de las mujeres al mayor estado de bienestar, al igual que respetar su libertad y autonomía en materia de salud sexual y reproductiva³⁴; la eliminación de los sesgos de género en

³³ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Tareas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, op.cit., párr. 23.

³⁴ “La autonomía significa que una mujer que solicita servicios en relación con su salud, su

las prácticas médicas; la eliminación de los obstáculos en el acceso a la salud para las mujeres, en especial quienes concurren por complicaciones post aborto; la urgente capacitación de los/las profesionales de la salud para garantizar la escucha activa de las mujeres en situación de violencia, así como la necesidad de poner al alcance de las mujeres un dispositivo público, conocido, gratuito e incorporado a sus hábitos de consulta, como manera de facilitar su pedido de ayuda.

Autonomía es que las mujeres decidan libremente sobre sus cuerpos, libres de violencias. La confidencialidad y confianza con los/las profesionales de la salud que las atienden es fundamental para asegurar que puedan tomar decisiones libremente sobre su salud sexual y reproductiva, lo que impone responsabilidad y deber de los/las profesionales de la salud. Por el contrario, la negación patriarcal de la autonomía de la mujer en la adopción de decisiones conduce a la vulneración de los derechos de esta a la salud sexual y reproductiva, la privacidad, la libre determinación sexual, la integridad física e incluso la vida.

Por lo tanto, las prácticas violentas que ejercen algunos/as profesionales de la salud sobre el cuerpo de las mujeres que deciden abortar deben estar sujetas a responsabilidad legal, y se deben resarcir a las víctimas como pena social que visibilice dichas prácticas violentas.

sexualidad o su fecundidad tiene derecho a ser tratada como un individuo por derecho propio, la única beneficiaria del servicio prestado por el profesional sanitario y plenamente competente para tomar decisiones acerca de su propia salud. Se trata, entre otras cosas, del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley". Ver: ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Tareas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, op.cit., párr. 86.

Bibliografía

- BOSHNIAKOV, D. Relaciones entre el médico y el paciente de las condiciones del crecimiento del nivel cultural general e higiénica de la población. En: *Ética y deontología*. URSS:Uneshalargizdat; 1988. pp. 109-22.
- CANEVARI BLEDEL, Cecilia, *Cuerpos enajenados. Experiencias de mujeres en una maternidad pública*. 1º ed. - Santiago del Estero: Barco Edita; Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y Salud y UNSE, 2011.
- COBOS CAMPOS, Amalia, “El secreto profesional y sus alcances” en *Synthesis*, Chihuahua, Universidad Autónoma de Chihuahua, núm. 44, octubre-diciembre 2007.
- Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la mujer (CLADEM), *“Silencio y complicidad. Violencia contra las mujeres en los servicios públicos de salud en Lima, Perú”*, Lima, agosto 1998.
- Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial de Salud, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, E/CN.4/2004/49.
- Comité de Derechos Humanos. Observación General no 28: Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3); Naciones Unidas 2000.
- Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe de Argentina. 117º periodo de sesiones, 20 de junio a 15 de julio de 2016.
- Naciones Unidas, 1999, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General no. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención Belém do Pará”. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de se-

- siones de la Asamblea General. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos8.htm> [Consulta: 05/08/2016].
- Corte IDH, Caso *De la Cruz Flores vs. Perú*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/medidas/delacruz [Consulta: 05/08/2016]
- CSJN, Baldivieso, César Alejandro s/ causa n°4733, rta. 20/04/2010, Fallos: 333:405.
- CN Criminal y Correc., en pleno, 26/8/66., “Natividad Frías”
- Dirección de Estadísticas e Información de Salud. Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos. Ministerio de Salud de la Nación. 2010. Disponible en: <http://www.deis.gov.ar/publicaciones/Archivos/SerieI1Nro8.pdf> [consulta: 05/08/2016].
- FAUDES, ANIBAL y BARZELATTO, J., *El drama del aborto: en busca de un consenso*, 1° Ed., Buenos Aires, Paidós, 2011.
- FEDERICI, Silvia, “*El Calibán y la Bruja*”, *mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. 1° edición, Buenos Aires, Tinta Limón, 2010.
- FERNÁNDEZ MORENO, Sara Yaneth. “*La violencia de género en las prácticas institucionales de salud: Afectaciones del derecho a la salud y a las condiciones de trabajo en salud*”. Publicado en la revista: Gerencia y Políticas de Salud, enero-junio, año/vol. 6, número 012 , Pontificia Universidad Javeriana , Bogotá, Colombia . 2007. pp. 59-76.
- Investigación realizada por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), publicada en: “*Cuando el aborto es un crimen: la amenaza para mujeres Vulnerables en América Latina*”. Mayo 2013, IPAS, pp.10-16.
- Ley 26.485, *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*. Sancionada: Marzo 11 de 2009. Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009. Reglamentación decreto 1011/2010. Publicado en B.O 27/07/2010. Disponible en: <http://www.cnm.gov.ar/MaterialDeDifusion/ManualLey26485.pdf> [Consultada: 05/08/2016].
- MENÉDEZ, E.L., “Hacia una práctica médica alternativa”, *Cuadernos de la casa chata* , N° 86. 1984.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 1/2/2013, A/HRC/22/53.

- ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Recomendación General N° 24, 20° período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 5/1/2016, A/HRC/31/57.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Tareas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, 32° Periodos de sesiones, 8/04/2016, A/HRC/32/44.
- PANTELIDES, EDITH Y MORENO, MORENO J. (coords.), Situación de la población en la Argentina, PNUD-UNFPA, Buenos Aires, 2009, pp. 89-90. Disponible en: <http://www.unfpa.org.ar/sitio/Publicaciones/situaciondelapoblacionenlaargentina.pdf>, [consulta: 05/08/2016].
- SCHWARTZ, P.K.N., *Maternidades en verbo. Identidades, cuerpos, estrategias, negociaciones: mujeres heterosexuales y lesbianas frente a los desafíos de maternar*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2016. p. 74.
- SEGATO, RITA L., *Las estructuras elementales de la violencia, Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010, 2° ed., p. 105.
La escritura en el cuerpo, de las mujeres asesinadas en ciudad Juárez, Buenos Aires, Tinta Limón, 2013, 1° Ed.
Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres, México D.F, Pez en el árbol y Tinta Limón, 2014, 1° Ed.
- Seminario de Acceso a la Justicia Reproductiva, Viviana Della Siega (comp., y editora), edición 2000 ejemplares. Argentina, 2011.
- WLENER, J., Confidentiality and paradox: The location of ethical space. *J Anal Psicol* 2001.

Todo lo que usted siempre quiso saber sobre género y aborto pero no se atrevió preguntar

Sonia Ariza & Agustina Ramón Michel



En esta nueva propuesta, una persona invitada por el equipo editorial recomendará, textos literarios, académicos, películas, música y toda expresión artística que considere para que estas preguntas que alguna vez se hizo comiencen a tener respuestas.

En este número, Agustina Ramón Michel y Sonia Ariza Navarrete, serán quienes darán el puntapié inicial, recomendando material vinculado con la cuestión de género y aborto.

[Volver al índice](#)

Películas y series

1. **Un asunto de mujeres**
(A woman of affairs. Dirigida por
Clearence Brown, 1928)



2. **Lake of fire**
(Documental. Dirigido por Tony
Kane, 2006)
3. **Revolutionary road**
(Dirigida por Sam Mendes, 2009.)
4. **L'une chante, l'autre**
(Dirigida por Agnes Varda, 1977)
5. **Orange is the new black**
(Creada por Jenji Kohan. Serie
para televisión, año de inicio 2015)
6. **Call the midwife**
(Creada por Heidi Thomas. Serie
para televisión, año de inicio 2012)



7. **Obvious child**
(Dirigida por Gillian Roberpierre,
2014)

Obras de teatro

1. **El tiempo todo entero**
(Romina Paula)
2. **Al pie de la teta**
(de la Revuelta de Neuquén, escrita
por Sebastian Fanello)
3. **Medea**



Frases

1. *Yo aborté* (movimiento de mujeres alrededor del mundo)

2. *Pienso que no estamos luchando una cosa sectorial, el aborto no es simplemente algo sectorial que nos toca muy de cerca, estamos luchando por un cambio en el mundo, por un cambio en la humanidad, eso tenemos que tenerlo claro, por la dignidad humana estamos luchando... , es la lucha por un mundo diferente, un mundo que no solamente es posible, sino que también es necesario e imprescindible si queremos luchar por la dignidad humana* (Dora Coledesky)

3. *Si los hombres pudieran quedar embarazados, el aborto sería un sacramento* (Florynce Kennedy)

4. *El feminismo como práctica de libertad* (Linda Zerili)

5. *No soy madre. Aborté. Aunque me sentí sola, también me sentí acompañada. Otras como yo*



estaban abortando quizás al mismo tiempo. Y ustedes existían al otro lado del teléfono (relato en Código rosa: relato sobre abortos, de Dahiana Belfiori).

6. *En realidad la discusión [sobre el aborto] es absolutamente esclarecedora respecto al modo en que el derecho concibe y regula el cuerpo femenino, construye “la mujer” y la relación entre los sexos, y en última instancia, como concibe a la “ciudadanía” femenina* (Tamar Pitch, Un derecho para dos).

Canciones

1. Poder elegir

La Yegros (Argentina), Amparo Sánchez (España), Rebeca Lane (Guatemala), Vero Pérez (Bolivia), Magdalena (Colombia), Dénver (Chile), Ana Prada (Uruguay), Guardarraya (Ecuador), Gepe (Chile), Garotas Suecas (Brasil) y Wendy Sulca (Perú).

2. Reino del revés

(María Elena Walsh)

3. Hello Birmingham

(Ani DiFranco)



Libros de ficción

1. Enero

(Sara Gallardo)

2. Ann Vickers

(Sinclair Lewis)

3. Artes de lo posible

(Adrienne Rich)

4. Colinas como elefantes blancos

(Hemingway)

5. Las reglas de la casa de Sidra

(John Irving)

Libros de no ficción

1. **Un derecho para dos**
(Tamar Pitch)
2. **Código rosa: relato sobre abortos** (Dahiana Belfiori)
3. **Justicia reproductiva**
(Paola Bergallo, editora)
4. **Debate feminista** (Vol. 34,
octubre 2006, Ciudad de México)
5. **El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias** (Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman, y Bernard M. Dickens, editores)
6. **Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto**
(especialmente cap. 4: el derecho como distribución y legitimación)
(Isabel Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso Sierra)

Otros

*11 Semanas, 23 Horas, 59
Minutos* de Guadalupe Gómez
Verdi, Lisa Franz y Léa Meurice.
Muestra fotográfica y realización
audiovisual organizada por
Amnistía Internacional Argentina.



Asociación
de Derecho
Administrativo
de la Ciudad
Autónoma
de Buenos Aires



Comisión Directiva

Presidente

Guillermo Scheibler

Vicepresidente

Rosaura Cerdeiras

Secretaria

Natalia Mortier

Tesorero

Leonardo Toia

Vocales

Mercedes Aveldaño

Mariano Oteiza

María Eugenia Páez

Juan Antonio Stupenengo

Valeria E. Zayat

Vocales Suplentes

Ariel Caplan

Griselda Floriani

Enrique Mabromata

Leandro Otero

adaciudad.org.ar